

JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL
AÑO V, N° 5 - DICIEMBRE 2013

Con derecho al ambiente



FIMA





Consejo Editorial:

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

Director General:

Rodrigo Polanco Lazo.

Editores:

Gabriela Burdiles Perucci y Jorge Ossandón Rosales.

Auspicia:

Fundación Heinrich Böll

Publicado por Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA

ISSN N° 0718-736x- Santiago de Chile

Representante Legal:

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

Diseño portada e interior:

Carolina Quinteros.

Fotografía:

Constanza Dougnac.

Impresión:

Jorge Luis Roque.



Índice de Contenidos





ÍNDICE DE CONTENIDOS

EDITORIAL	11
Rodrigo Polanco Lazo.	
HOMENAJE	17
Pedro Fernández Bitterlich.	
ESTUDIOS	21
1. EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL: CONCEPTO Y PERSPECTIVAS DE DESARROLLO EN CHILE.	23
Jorge Aranda Ortega.	
2. CAMBIO CLIMÁTICO, MIGRACIÓN Y EL MÍTICO REFUGIADO AMBIENTAL.	39
Macarena del Rosario Cabezas Vargas.	
3. DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.	71
Manolo Morales.	
4. ELEMENTOS PARA UNA ADECUADA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA INDÍGENA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.	83
Sebastián Rogers Bozzolo y Andrea López de Maturana Castillo.	
5. POLÍTICAS DE PROMOCIÓN DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN EL SECTOR PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.	113
Pablo Luis Schatz.	
6. MARCO GENERAL DE LOS GLACIARES EN CHILE.	133
Leslye Herr Martínez.	
7. ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS PRIVADAS Y DE PUEBLOS ORIGINARIOS: INTEGRACIÓN DE DIVERSOS ACTORES EN LA PROTECCIÓN DE LAS ÁREAS SILVESTRES EN CHILE.	167
Paula Candia Inostroza.	
8. LA PREVENCIÓN COMO PRINCIPIO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN CHILE.	199
Ezio Costa Cordella.	
9. LA APROBACIÓN DEL UPOV 91: LA BIODIVERSIDAD COMO OBJETO DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ANÁLISIS CRÍTICO.	219
Eliana Barrera Miranda y Alejandra Donoso Cáceres.	

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	235
1. LAS AGUAS DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS: COMENTARIO A UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA.	237
Diego Lillo Goffreri.	
2. EL CASO "PUEBLO KICHWA DE SARAYAKU V.S ECUADOR" Y LA TUTELA DE DERECHOS AMBIENTALES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.	255
Gabriela Burdiles Perucci.	
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	273

Editorial





EDITORIAL

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN TIEMPOS DE CAMBIO

Rodrigo Polanco Lazo*

Este quinto número de nuestra Revista Justicia Ambiental, nos encuentra conmemorando los 15 años de la Fiscalía del Medio Ambiente, en un contexto nacional e internacional muy distinto al que existía cuando FIMA recién nacía.

En 1998, nuestra institucionalidad ambiental estaba dando sus primeros pasos, luego de la publicación en marzo de 1994 de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, complementada el año 1995 con el Reglamento para la dictación de Planes de Prevención y de Descontaminación y con el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión. Aún más importante, fue la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 30, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que hizo efectiva la aplicación del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ese mismo año había entrado en vigencia el Acuerdo de Cooperación Ambiental en el marco del Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá, el primer acuerdo bilateral general suscrito por nuestro país, respecto a temas ambientales.

La aplicación efectiva de esas normas era, entonces, incierta. Se desconocían los criterios que las autoridades administrativas y judiciales iban aplicar a la hora de evaluar determinados proyectos, o al conocer determinadas causas, y se transitó desde una escasa, pero importante jurisprudencia basada en el artículo 19 N° 8 de nuestra Constitución, a un período de alta deferencia a las evaluaciones de los organismos técnicos-políticos; para en

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



años recientes, volver a retomar una senda más garantista, esta vez basada en la afectación de otros derechos que cruzan el campo ambiental – como el derecho de propiedad y los derechos humanos – ampliando el análisis normativo a tratados internacionales, como el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Desde esa época, han ocurrido muchos cambios en la legislación ambiental nacional, incluyendo una profunda modificación a la Ley 19.300 el año 2010, dos importantes modificaciones al Reglamento del SEIA – una parcial el 2001 y otra completa el año 2013 – y la aprobación el año 2012 de nuevos Reglamentos para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión. Nuestro país hoy cuenta con un Ministerio del Medio Ambiente, Tribunales Ambientales, una Superintendencia del Medio Ambiente y un Servicio de Evaluación Ambiental. Si bien Chile no volvió a firmar un acuerdo de cooperación ambiental como el pactado con Canadá, se incorporó el componente ambiental en la posterior negociación de la mayoría de los Tratados de Libre Comercio, llegando a declarar que es inapropiado aprobar o utilizar leyes, regulaciones, políticas o prácticas para relajar de manera inapropiada o dejar de cumplir o administrar la legislación ambiental.

¿Qué futuros cambios podemos esperar en este tan dinámico campo del Derecho? Este número de la revista Justicia Ambiental explora temas que ya se presentan como futuros desafíos para nuestra disciplina, buscando como referencia las experiencias de otros países en la materia y el marco que nos entrega el derecho internacional. Pero eso no implica olvidar el pasado, abriendo este número con un merecido homenaje de Pedro Fernández Bitterlich a dos precursores del derecho ambiental en Chile: Godofredo Stutzin, abogado fundador de la primera ONG ambiental de Chile – el Comité Nacional pro Defensa de la Fauna y Flora (CODEFF) – y Rafael Valenzuela Fuenzalida – abogado y uno de los primeros profesores de derecho ambiental en nuestro país.

La sección de estudios, contempla nueve diversos trabajos, comenzando con una reflexión general del concepto de "Estado de Derecho Ambiental" y su aplicación en nuestro país, en el cual su autor Jorge Aranda Ortega, analiza dicho desarrollo por parte de la doctrina legal extranjera, para plantear una interesante propuesta doctrinaria de aplicación en Chile, basada en nuestro texto constitucional.

A continuación, Macarena Cabezas Vargas reflexiona acerca de uno de los efectos que puede traer el cambio climático y que no son normalmente considerados en los estudios ambientales sobre este tema. Se trata del desplazamiento forzado de personas que deben abandonarlo todo porque su hogar se ha vuelto hostil. La autora expone los

desafíos de encontrar un marco jurídico aplicable a estas situaciones basándose tanto en el derecho ambiental como en la regulación internacional de los movimientos migratorios, a la luz del concepto del “refugiado ambiental”.

Una comprensiva descripción de los principios que consagra la Constitución Ecuatoriana en materia ambiental es presentada en el siguiente artículo, a cargo del Dr. Manolo Morales, exponiendo el modelo de desarrollo orientado hacia el “Buen Vivir o Sumak Kawsay” consagrado en la primera Constitución en el mundo, que reconoce los derechos de la naturaleza en este nivel normativo.

Otro análisis comparado, esta vez de la aplicación del Convenio 169 de la OIT en Perú, es efectuado en el siguiente estudio, a cargo de Sebastián Rogers Bozzolo y Andrea López de Maturana Castillo, utilizándolo como punto de partida para analizar algunos aspectos fundamentales en la propuesta de Reglamento de Consulta Indígena presentado por el Gobierno y sometido a consulta a los Pueblos Indígenas, con el objeto de otorgar lineamientos que sean adecuados a la realidad de Chile para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales suscritas en esta materia.

El crecimiento sostenido de la demanda de energía no es un fenómeno que solo afecte a Chile, como bien se expone en el trabajo de Pablo Luis Schatz, donde expone la experiencia Argentina en materia de dependencia de combustibles fósiles en la matriz de generación eléctrica con el consiguiente aumento en las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI), de la cual se pueden extraer valiosas lecciones para nuestro país.

El artículo de Leslye Herr Martínez sobre el marco legal de los glaciares en Chile, cambia el foco de los estudios al área de conservación, exponiendo la actual situación normativa de las mayores reservas de agua dulce en nuestro país, completamente imprescindibles para nuestra subsistencia, y que cumplen un rol fundamental en la preservación de los valores ambientales, escénicos y de los servicios ambientales que prestan para la conservación de la biodiversidad.

En el siguiente estudio, Paula Candia expone la problemática de las áreas silvestres protegidas privadas ante la ausencia de una normativa sistemática en la materia, instalando asimismo la discusión acerca de una nueva categoría de protección, como son las Áreas Silvestres Protegidas de Pueblos Originarios, como una figura jurídica especial.

A continuación, Ezio Costa Cordella, desarrolla un análisis de la evolución del principio preventivo en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tanto en el SEIA



como en nuestras Cortes de Justicia, poniendo énfasis en el carácter nuclear de este principio, para nuestra disciplina.

Cierra la sección de estudios el interesante trabajo de Eliana Barrera Miranda y Alejandra Donoso Cáceres acerca de la biodiversidad como objeto de propiedad intelectual, efectuando un análisis crítico de la aprobación del Convenio UPOV 91, que promueve una mayor protección de los derechos de obtentor y el "privilegio de los agricultores".

Siguiendo con el criterio de abordar no solo aspectos doctrinarios del derecho ambiental, sino también su aplicación práctica a nivel nacional e internacional, nuestra sección de comentarios de jurisprudencia analiza un reciente fallo de la Corte Suprema en materia de las aguas en áreas protegidas, a cargo de Diego Lillo Goffreri; y el caso del pueblo originario Kichwa de Sarayaku en contra de la República de Ecuador, ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a cargo de Gabriela Burdiles Perucci.

Como se desprende de los estudios y comentarios de jurisprudencia que esta revista presenta, el medio ambiente está en constante cambio, ya sea producto de sus propios ciclos o de la intervención humana. El derecho ambiental debe estar a la altura del desafío que implica adaptarse a los cambios constantes. Para ello es indispensable mirar al futuro con una visión de lo avanzado hasta ahora, pero consciente de los importantes cambios que se avecinan, como nos enseña el estudio del derecho internacional y de otras realidades comparadas.

Homenaje





UN HOMENAJE NECESARIO

Antes que comience el olvido, es necesario, por un mínimo de agradecimiento, hacer una reseña para recordar a dos personas, a dos abogados, que en nuestro país y en el extranjero prendieron la inquietud por la defensa del ambiente. Es bueno hacer memoria sobre ellos para no caer en la ignorancia de algunos, que señalan que la discusión ambiental en Chile comienza con la dictación de la Ley General de Medio Ambiente. Por el contrario, la inquietud, discusión y puesta en escena de la preocupación ambiental, se remonta a la década del 60' cuando se escuchan las primeras palabras de alerta sobre el deterioro ambiental. Es a fin de esa década, cuando se funda la primera ONG ambiental de Chile, el Comité Nacional pro Defensa de la Fauna y Flora CODEFF, la cuarta ONG más antigua de América en cuya creación y posterior Presidencia, el abogado Godofredo Stutzin tiene un lugar de primera importancia.

La segunda persona a la cual me referiré, es Rafael Valenzuela Fuenzalida, abogado y profesor de derecho civil y ambiental de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, ambos hoy fallecidos.

El primero de ellos, Godofredo Stutzin, publica en el año 1959 los primeros artículos sobre el deterioro ambiental en Chile y no se detiene durante 50 años escribiendo artículos y cartas, que se publican en la prensa, las cuales no solo eran protestas por la destrucción de nuestro patrimonio ambiental, sino enseñanzas morales que nos inducían a respetar la VIDA, así, escrita con mayúscula, para que se entienda que es toda la vida, la del hombre y su entorno.

Godofredo nace en Berlín y desde joven llega a Chile huyendo del holocausto nazi. Estudia derecho en la Universidad de Chile y se recibe de abogado formando parte, con el tiempo, de un prestigioso estudio de abogados especializado en patentes y marcas.

En el año 1968, junto a otros distinguidos ambientalistas, crea en la ciudad de



Osorno la primera ONG preocupada por el medio ambiente de la cual fue su primer presidente, CODEFF.

Sus numerosos escritos que, en forma de carta, eran publicados por la prensa, dieron origen a varios libros entre los que cito "Presencia de San Francisco", "Ausencia de San Francisco" y "Cuando los Animales Tenían Voz". En la mayoría de estos libros se refleja el espíritu conservacionista de su autor y su alta calidad moral en defensa de lo creado. Su fuente de inspiración son dos hombres extraordinarios, San Francisco de Asís y el doctor alemán Albert Schweitzer.

En el año 1978, con motivo de Primer Congreso de Derecho del Entorno celebrado en Valparaíso bajo la Dirección del profesor Rafael Valenzuela Fuenzalida y el patrocinio de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Godofredo presenta su tesis "La Naturaleza de los Derechos y los Derechos de la Naturaleza" trabajo ya conocido en Buenos Aires y Suiza en los años 1974 y 1976, respectivamente. Este trabajo, al cual me refiero más en extenso en mi libro "Manual de Derecho Ambiental Chileno", Godofredo Stutzin, preocupado por la destrucción del ambiente, considera que la única manera de evitar tamaño deterioro es mediante un cambio de valores y métodos creando una vía distinta a la clásica del derecho, para ello es necesario concederle a la naturaleza la calidad de sujeto de derecho, concediéndole esta ficción jurídica, no en forma individual, sino como un todo, una universalidad cuyo representante legal sería una voluntad que emanaría del Estado, similar al Consejo de Defensa del Estado.

No recuerdo los infartos que esta teoría pudo haber producido en los maestros del derecho clásico, pero no pasará mucho tiempo en que tengamos que volver a ella, así como estamos dejando en el pasado principios que parecían inmutables, la prescripción de las acciones ambientales, el peso de la prueba en manos de la víctima o la responsabilidad subjetiva.

Pero Godofredo no solo se limita a escribir y proponer caminos para mejorar el ambiente, como lo he señalado, sino es un mecenas en la defensa del ambiente, no solo con su estímulo sino con ayuda financiera puesta al servicio de este camino. Financió numerosos proyectos de investigación sobre biodiversidad, incluso en los tribunales en la defensa del ambiente. Respecto de esto último es bueno recordar su interés en la defensa del Parque Nacional Lauca cuyo recurso de protección patrocinó Fernando Dougnac con un fallo favorable que constituyó el primer hito de defensa del ambiente al impedir la extracción de aguas del lago Chungará, en el año 1985.

Godofredo vivió durante sus últimos años en su parcela del Arrayán como un ermitaño, con esa sencillez y humildad que siempre lo caracterizó, lejos de toda parafernalia. Recibió, sin buscarla, la medalla "Global 500" que entrega las Naciones Unidas a personas destacadas del mundo en la defensa del ambiente. Formó parte de la misión oficial del gobierno de Chile en la primera reunión Cumbre del Ambiente en Estocolmo en 1972 para luego formar parte de la comisión redactora de la "Carta de la Naturaleza" aprobada por la Naciones Unidas en 1982, después de siete años de discusión respecto de la cual, y para vergüenza de los presentes, Chile se abstuvo de firmarla y Estados Unidos, el único país que se negó a hacerlo.

El segundo hombre que merece ser recordado es Rafael Valenzuela Fuenzalida recientemente fallecido. Rafael, oriundo de Viña del Mar, fue por largo tiempo profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y junto con ello inició la enseñanza en sus aulas del Derecho Ambiental, en esos años llamado Derecho del Entorno cuyas clases las inició en el año 1975. Fueron las primeras clases de derecho ambiental impartidas en Chile en las aulas universitarias, las que continuó ofreciendo hasta el año 2000 en que tuvo que dejar la docencia por motivos de salud. Ocupó diversos cargos relacionados con el derecho ambiental, fue cofundador y primer presidente de la Asociación Chilena de Derecho ambiental ACHIDAM, ONG creada en 1986; Cogobernador Regional del Consejo para la región de América Latina y el Caribe del Consejo Internacional de Derecho Ambiental; miembro del Consejo de Dirección Científica del Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDCE); miembro de la Comisión de derecho ambiental de la UICN; consultor de CEPAL; consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD; Asesor en ciencias del ambiente de CONICYT; Integrante de la rama internacional de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) de la República Argentina; Integrante del Taller Multidisciplinario del Medio Ambiente de la Universidad Católica de Valparaíso.

Rafael dictó numerosos cursos relacionados con el tema ambiental en diversas partes del mundo, en los que abarcó numerosas materias. Fueron más de doscientos trabajos expuestos en seminarios realizados dentro y fuera del país, Buenos Aires, Caracas, México, Bolonia, Madrid fueron lugares en que participó como expositor. Muchos de estos trabajos fueron seleccionados por mí y forman parte, en la actualidad, del libro "El Derecho Ambiental Presente y Pasado" cuya segunda edición publicada por la Editorial Jurídica de Chile se encuentra agotada.

En sus diversas monografías abarca temas como el Derecho Ambiental ante la Enseñanza y la Investigación; Derecho y Ambiente; Principios para la Formulación



de una Política Nacional Ambiental; Causas de la Pérdida de la Diversidad Biológica; Contaminación Marina; Convenios para la Protección del Ambiente; Protección Jurídica del Patrimonio Ambiental de las Islas Oceánicas Chilenas; El que Contamina Paga, entre otros.

Pero no solo escribió lo señalado, lo que constituye un gran aporte a la legislación ambiental es su libro "Repertorio de la Legislación de Relevancia Ambiental Vigente en Chile" (dos tomos) publicados por CONAMA en 1992. En ellos se demuestra el inmenso esfuerzo que Rafael Valenzuela hizo por años anotando acuciosamente en tarjetas individuales todas las leyes y decretos de relevancia ambiental dictados en Chile, lo que constituye un valioso aporte para el estudio de la legislación ambiental en nuestro país.

Los que tuvimos la suerte de conocer a Rafael Valenzuela no podemos de estar más orgullosos de haber compartido muchas horas discutiendo sobre los grandes temas ambientales. Sus enseñanzas, su calidad moral, su delicadeza para discrepar sin herir a nadie que pensase diferente, queda en el recuerdo de haber conocido un hombre especial.

Creo que estos dos distinguidos colegas han hecho un aporte fundamental al conocimiento del ambiente, que agradecemos infinitamente.

Pedro Fernández Bitterlich.

Estudios





El Estado de Derecho Ambiental: Concepto y Perspectivas de Desarrollo en Chile*

*The State of Environmental Law. Concept and
Development Prospects in Chile*

Jorge Aranda Ortega

Universidad de Chile, Chile

Abogado, Universidad de Chile.
Investigador. Centro de Derecho Ambiental,
Universidad de Chile.
jaranda@derecho.uchile.cl

RESUMEN

Este texto trata el concepto de Estado de Derecho Ambiental desarrollado por la doctrina legal extranjera, en el contexto de la ciencia jurídica en la postmodernidad, particularmente referido a superar la especialización del conocimiento, y a considerar la vaguedad de los enunciados jurídicos. Se intenta entregar elementos doctrinarios para explicar rasgos generales de este concepto, y una propuesta, basada en el texto constitucional, para desarrollarlo en el Derecho chileno.

Palabras clave: Estado de derecho, derecho ambiental, teoría de la complejidad, vaguedad legal, solidaridad intergeneracional.

* Este texto se basa en una serie de referencia a textos en otros idiomas, siendo todas las traducciones efectuadas por mí.



SUMMARY

This text analyses the State of Environmental Law concept, developed by foreign legal doctrine, in a postmodern context of the juridical science, particularly referred to overcome knowledge specialization, and taking into account vagueness which legal utterances have. It tries to give doctrinarian elements to explain general traits of this concept, and a proposition, based on the constitutional text, to develop it in Chilean law.

Key words: State of law, environmental law, complexity theory, legal vagueness, intergenerational solidarity.

Introducción

El presente texto pretende retratar el concepto de Estado de Derecho Ambiental, desarrollado por alguna doctrina extranjera, el cual consiste básicamente en el deber del Estado de sujetarse, en el ejercicio de sus funciones, a las normas de derecho ambiental en consideración de la solidaridad intergeneracional. Este deber puede ser interpretado desde el texto constitucional, y tiene un rol fundamental en la postmodernidad de la ciencia jurídica, en contextos de vaguedad de los enunciados jurídicos.

Para desarrollar esta idea, primero presentaré el problema de la certeza del conocimiento en la postmodernidad, y como ello influye en la ciencia jurídica. Luego, explicaré el concepto general de Estado de Derecho ante la vaguedad característica de los enunciados jurídicos en estos días. A continuación, realizaré una exposición general y teórica del concepto de Estado de Derecho Ambiental, para después intentar delinear ese concepto desde el texto positivo constitucional chileno. Finalmente, expondré mis conclusiones sobre los puntos relatados.

1. El problema del paradigma simplificador en el Estado y en el derecho, y su superación mediante el pensamiento complejo

Hoy en día, es posible aseverar que las ciencias no pueden ofrecer total certeza sobre los fenómenos que estudian. La razón de ello es la incapacidad que el paradigma de la especialización, que ha influenciado a la ciencia moderna, ha creado diferentes ramas del conocimiento que paulatinamente han aislado su objeto de estudio, dejando de considerar variables que han juzgado irrelevantes pero que pueden ser de suma importancia, consideradas conjuntamente, para comprender un fenómeno¹. De este modo, una respuesta a problemas que integran todas las variables posibles, será de mayor ayuda en esta empresa; por el contrario, no podrá ser óptima una respuesta única que provenga de una sola disciplina, pues ello sería crear una solución parcial, desde la especialidad, para un problema generalizado.

Los problemas ambientales, en el orden de las diferentes ciencias del conocimiento, obedecen a este problema: éstos no son tratados, o vislumbrados, de la misma manera por un biólogo, un economista, un médico salubrista, un urbanista, y un abogado. Cada cual estudiará y responderá, desde su especialidad, a las causas del problema, sin poder

1 Esta idea está desarrolla en: MORIN, Edgar. *Introduçã oaopensamento complexo*. Brasil: Sulina, 2007, p. 59 y pp. 63-69.



dar una solución al problema general.

En ese sentido, el derecho no está ajeno a este tipo de problemas de fragmentación del conocimiento. Particularmente, en su seno mismo, con el tiempo han proliferado muchas disciplinas especiales, cada vez más específicas, que pretenden abarcar pequeños ámbitos jurídico-normativos. Así, al menos, en un verdadero devenir evolutivo de una disciplina jurídica, primero una rama del derecho es un conjunto de normas reunidas en torno a un tema común, luego a una disciplina de estudio y objeto de un curso, para finalmente ser una disciplina jurídica completa con características y principios propios². Este proceso de fragmentación del conocimiento, tanto externo (respecto de otras disciplinas) como interno (respecto de la proliferación de muchas ramas) no es en absoluto ajeno al derecho³.

El problema de las ciencias fragmentadas y especializadas se realza con mayor fuerza en el tratamiento de los problemas ambientales. Cada rama del conocimiento se concreta en la institucionalidad de un sector particular del Estado. Cada sector intentará dar soluciones parceladas al problema, intentando atacar por separado las múltiples y complejas causas de la crisis ambiental. Así, lo que en un comienzo parece un abstracto problema epistemológico, deviene en un concreto problema institucional. No en vano, desde hace tiempo, la institucionalidad ambiental ha intentado coordinar diversos sectores al interior de la Administración del Estado⁴.

De este modo, reconocer que la integración de los diversos campos de estudio, y teniendo como punto de partida su incapacidad de resolver por sí mismos y aisladamente la crisis ambiental, y teniendo esa integración un correlato en el actuar del Estado, parece ser el primer paso para afrontar el problema ambiental. Así, se puede pasar de un Estado que toma decisiones basado en la ciencia simplificadora a uno mejor adaptado a este mundo de incertidumbres, que toma decisiones basado en un pensamiento complejo.

Sobre la falta de certeza que el derecho puede entrañar en la postmodernidad por causa de su fragmentación interna, ésta se puede vislumbrar fundamentalmente en que la univocidad de las palabras, supuesto capital de la codificación decimonónica, se ha

2 JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del Derecho a vivir en un medio ambiente adecuado*. España: Bosch, 1995, p. 124.

3 ARANDA ORTEGA, Jorge. "¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno". En: *Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot, 2010, pp. 313-327. pp. 315-316.

4 En ese sentido, ver: REPÚBLICA DE CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 19.300*. Chile. 1994 [en línea] <www.bcn.cl> [consulta: 4 octubre 2013]p. 10.

visto sobrepasada. El ideal codificador en el que cada enunciado legal solo admitiría una interpretación posible, siendo siempre extraíble la inequívoca voluntad del legislador, no puede tener sentido ante la indiscutible vaguedad, muchas veces intencional, de los enunciados jurídicos⁵. Es más, no nos debería extrañar que la vaguedad de estos enunciados pueda devenir del necesario consenso político que se requirió en su proceso de creación, para que llegare a tener validez.

También, la multivocidad es una cuestión variable en los enunciados legales, pudiendo ser amplia o reducida dependiendo del caso. Así, es muy diferente un enunciado que afirme "se multará con siete mil rupias a quien queme más de setecientas libras de basura", a uno que señale "se multará con siete mil rupias a quien queme una cantidad tal de basura que torne el aire irrespirable o mal oliente". En el primer caso, el criterio no da pie a muchos cuestionamientos. En el segundo caso, se deberá determinar qué quiere decir "irrespirable" o "mal oliente", debiendo el intérprete jurídico indicar una posibilidad de interpretación y sostenerla frente a otra.

En relación a que el lenguaje jurídico detente multivocidad, no necesariamente es un rasgo mal valorado. Por el contrario, puede ayudar a que los operadores jurídicos puedan aplicar las normas a situaciones que originalmente no se tenía pensado cubrir⁶. Siguiendo el ejemplo anterior, ¿Qué ocurriría si quien desee eludir la sanción quema basura mezclada con otro elemento no considerado desecho? Así, la llamada tipicidad "blanda" del derecho administrativo sancionador, basada en conceptos vagos, permitiría sancionar a quienes intentan infringir la norma, que bajo un baremo exacto podrían perfectamente eludir la sanción, sin recibirla por su conducta antijurídica. Esto es de suma importancia en un mundo donde los hechos no pueden ser determinados con total certeza por la ciencia, por lo que enunciados vagos pueden anteponerse a situaciones otrora impensadas, no contempladas en las normas, por lo que la vaguedad puede tener una valoración positiva para efectos de regular dichas conductas.

Siguiendo con este orden de cosas, el derecho expresado en lenguaje multívoco puede ser una herramienta para la consideración integrada de las diferentes disciplinas de estudio, obrando a contramano de los patrones rígidos de un Estado basado en la ciencia simplificadora. Esto, porque cuanto más ensimismada se encuentre una norma

5 En este sentido: ENDICOTT, Timothy. "El derecho es necesariamente vago". *Revista Derechos y Libertades*. Instituto Bartolomé de las Casas, España, 2003, N° 12, pp. 179-190. p. 182

6 A favor de esta idea, también: ENDICOTT, Timothy. "La vaguedad y el Estado de Derecho: una crisis en la adjudicación de Derechos Humanos". *Revista Derecho y Humanidades*. 2012, N° 19, pp. 129-140. p. 140.



en su especialidad, menores posibilidades tendrá de ser comprendida a la luz de otros enunciados legales de otras ramas del Derecho. Por ende, la labor del intérprete jurídico deberá dar cuenta de la complejidad implícita de las diversas interpretaciones que un texto pueda ofrecer, las que deberán tener, al menos en la teoría, una correlación con el mejor entendimiento posible de los hechos.

2. El Estado de derecho ante la crisis ambiental

El Estado de Derecho, paradigma en el que se fundan las democracias modernas, supone una sujeción de la actuación del Estado a las normas jurídicas. La constitución, en un Estado democrático de derecho, normalmente obedece al dogma de la separación de funciones, separando al Estado en tres poderes elementales (ejecutivo, legislativo y judicial) que se encargan de ejercer dichas funciones, respetando un entramado complejo de frenos y contrapesos que permite la coexistencia funcional y armónica entre ellos, sin perjuicio de la creación constitucional de otros órganos que ejerzan funciones más específicas. O mejor dicho, en los términos más sencillos y contundentes de Hauriou, "... las reglas del derecho tienden a realizar en el Estado lo que se llama el Estado de Derecho, es decir, la sumisión del Estado al Derecho. Pero la empresa es difícil, y parece un juego de azar, pues el Derecho debe imponerse a un poder que lo crea y lo sanciona..."⁷.

En la doctrina nacional, Evans ha caracterizado al Estado de Derecho "...cuando las potestades públicas ejercen su acción dentro del ámbito que les señala el ordenamiento constitucional sin que ninguna de ellas interfiera o entorpezca ilegítimamente en las funciones de las otras, y cuando los derechos de las personas tienen asegurado su ejercicio y cautelada su vigencia real por un Poder Judicial dotado de autonomía para resolver y hacer cumplir lo sentenciado..."⁸. En ese sentido, es posible afirmar que si bien esta caracterización afirma que el Poder Judicial es el principal llamado a asegurar el Estado de Derecho conociendo de las infracciones que lo vulneren, lo ideal es que esta división de funciones sea preservada en el desarrollo cotidiano de cada función.

Si bien este dogma es la base de los gobiernos democráticos, encuentra dificultades para adaptarse en un mundo en el que los enunciados jurídicos detentan vaguedad. Si el enunciado es unívoco, o claro en la terminología del Código Civil chileno, la voluntad del legislador también lo es; por el contrario, si los enunciados tienen muchas interpretaciones

7 HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. España: Comares, 2003, p. 312.

8 EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo III. 2da. Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 441.

posibles, no sería viable hablar de una sola voluntad legislativa inequívoca. Así, en su formulación más inocente, la idea de que "el juez es la boca de la ley"⁹ se ve sobrepasada ante la vaguedad.

Para salvar esta situación, el derecho puede ser interpretado desde diferentes ideas rectoras, finalidades que encaminen el ejercicio argumentativo de determinar la mejor interpretación posible. Por tanto, ideas centrales de la finalidad del Estado democrático de derecho permitirán determinar el significado de las normas en el caso concreto, y así determinar los márgenes de actuación del Estado. El margen de actuación podrá llegar a ser tan general o particular según lo sea la norma a interpretar.

Una versión posible de esta concepción argumentativa del contenido de las normas da pie a que sean interpretadas conforme a principios, esto es, conforme a enunciados normativos diferentes de las reglas, que en el caso concreto pueden ayudar en la determinación de una interpretación aplicada al caso concreto. Así, al menos, Dworkin nos dice al respecto que "...cuando decimos que un principio en particular es un principio de nuestro derecho, es que el principio es de aquellos que deben ser tenidos en cuenta, esto es, como una consideración que inclina [la decisión] en un sentido o en otro. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen- la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se intersectan... Quien debe resolver el conflicto debe tomar en cuenta el peso relativo de éstos..."¹⁰.

En razón de tal idea, podemos señalar que es posible seguir pensando en una sujeción del Estado al derecho, sin perjuicio de no existir univocidad en los enunciados jurídicos. La tarea, entonces, será determinar argumentativamente el significado de esos conceptos multívocos¹¹. Sin embargo, el Estado de Derecho deberá atender a la emergencia de nuevos contextos fácticos no existentes al momento de su idealización decimonónica, y particularmente, para efectos de este artículo, deberá atender a la crisis ambiental, por lo que las normas constitucionales deberán adaptarse sucesivamente a cambios socioambientales. Por ejemplo ¿Existen preceptos constitucionales que mencionen expresamente las amenazas a la biodiversidad en Chile? No los hay, pero desde una

9 Esta popular expresión en: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Del espíritu de las leyes*. España: Tecnos, 1980, p. 156. Literalmente: "...Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que instrumentos que pronuncian las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes..."

10 DWORKIN, Ronald. "Is law a system of rules?". *The philosophy of law*. Inglaterra: Oxford University Press, 1997, p. 47. Traducción propia.

11 La idea de que mediante la argumentación se puede justificar la mejor interpretación posible, en: RICOEUR, Paul. *Teoría de la interpretación jurídica: discurso y excedente de sentido*. México: Siglo XXI editores, 2001, pp. 90-91.



interpretación progresiva, adaptada a nuevas circunstancias, podemos entender que la biodiversidad es constitucionalmente relevante a la luz del artículo 19 N° 8 de la Constitución chilena, sin estar expresamente considerada, y sin siquiera ser un concepto de uso común en 1980¹². En ese sentido, y según Tapia, "...ciertamente, la defensa de la integridad y supremacía de la Carta Fundamental no se logra con una interpretación literal, estrecha, y restringida de su texto, ni con el rechazo de toda modificación derivada de las nuevas condiciones. Esa actitud será siempre contraria al Constituyente, de proyección futurista, y enervadora de los fines del Estado y de sus órganos..."¹³. De esta manera, un método argumentativo para interpretar las normas (particularmente los preceptos constitucionales) junto con ayudarnos a superar y hasta a valorar la vaguedad de los enunciados, será relevante para actualizar las normas a situaciones originalmente no contempladas al momento de su creación, lo que sin lugar a dudas es el primer paso para abordar la crisis ambiental que vive la humanidad desde el derecho. Para ello, el concepto de Estado de Derecho puede ser re-enfocado desde una perspectiva de cuidado del entorno, esto es, desde la perspectiva del Estado de Derecho Ambiental.

3. El Estado de Derecho Ambiental en cuanto idea general

En términos generales, el Estado de Derecho Ambiental es una construcción teórica, que se propone incardinar el deber de protección del medio ambiente a todas las actuaciones del Estado, inspirándose primero en un imperativo ético de protección del entorno, desarrollado a *posteriori*, en términos jurídicos, conforme al correlativo deber constitucional de proteger el medio ambiente. De esta forma, tal como las actuaciones del Estado deben sujetarse al derecho, la superación de la crisis ambiental pasa por la sujeción de las actuaciones del Estado a las normas que tienen como finalidad frenar esa crisis, o dicho de otra manera más amplia, sujetar la actuación del Estado al derecho ambiental.

Primero que todo, ésta es una construcción teórica, que no existe de texto expreso, y es elaborada mediante un esfuerzo doctrinal que mira a adecuar la actuación del Estado a una crisis para la que, *prima facie*, no fue ideado para solucionar, en razón de su inspiración en el pensamiento decimonónico y simplificador. Así, "...no obstante el Estado de derecho

12 De hecho, recién en 1980, mientras era dictada la Constitución, comenzó a masificarse el concepto en el discurso público. Ver: NUÑEZ, Irama; GONZÁLEZ-GAUDIANO, Édgar; BARAHONA, Ana. *La biodiversidad: historia y contexto de un concepto. Interciencia*. vol.28, n.7. Venezuela. 2003 [en línea] <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0378-18442003000700006&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 4 octubre 2013] pp. 387-393.

13 TAPIA VALDÉS, Jorge. *Hermenéutica Constitucional: la interpretación de la Constitución en Sudamérica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1973, p. 37.

ambiental ser, en un primer momento, una abstracción teórica, el tratamiento que la ley fundamental de un determinado país confiere al medio ambiente puede aproximar o alejar a su gobierno de los avances propuestos por el Estado de Derecho Ambiental, sirviendo de meta o parámetro de éste...¹⁴. En ese sentido, la propuesta de considerar al Estado de Derecho Ambiental es fundamentalmente teleológica, persiguiendo el aplacamiento y posterior superación de la crisis ambiental.

Además, es posible aseverar que corresponde a una visión progresiva de cómo la ley rige la labor del Estado conforme los cambios sociales van aconteciendo. Por ejemplo, en un primer estadio, que viene desde una concepción del Estado Liberal de Derecho, principalmente resguardaban derechos fundamentales de la llamada "primera generación de derechos", o libertades clásicas. En un siguiente estadio hablamos del Estado Social de Derecho que resguarda derechos de "segunda generación" o derechos económicos y sociales. Así, la concepción de Estado de Derecho Ambiental propone centrar el foco en el "derecho de tercera generación" a vivir en un medio ambiente adecuado¹⁵.

El fundamento ético de esta idea se basa en la solidaridad intergeneracional, esto es, que las condiciones ambientales del planeta Tierra deberán ser capaces de albergar las futuras generaciones para efectos que tengan una vida digna.

La solidaridad como fundamento del Estado dista de ser una idea novedosa, considerando que el ser humano vive en sociedad, y requiere apoyarse de otros seres humanos para desenvolver su vida. En este sentido, "...la solidaridad es el verdadero fundamento del derecho. El hombre vive en sociedad y no puede vivir sino en sociedad, la sociedad no subsiste más que por la solidaridad que enlaza entre sí a los individuos que la componen..."¹⁶. De este modo, las normas rigen relaciones intersubjetivas, y nadie puede satisfacer sus necesidades y preservar a la especie humana en el más profundo aislamiento.

De este modo, si bien esta noción antigua de solidaridad tiene una raigambre social y ética, ésta va sujeta a una dimensión jurídica, pues "...más allá de una obligación o deber únicamente moral de solidaridad, se ha de sobreponer un deber en el plano jurídico-normativo a tal comprensión, como pilar fundamental de la construcción de una

14 MORATO LEITE, José Rubens; NEIVA MELCHIOR, Germana. *O Estado de direito ambiental e a particularidade de uma hermética jurídica*. Brasil, Sequência. N° 60, 2010, pp. 291-318. p. 304.

15 Esta idea de progresión en: FERNSTERSEIFER, Tiago. *Estado socioambiental de derecho y el principio de solidaridad como su marco jurídico constitucional*. Jusnavigandi [en línea] <<http://jus.com.br>> [consulta: 4 octubre 2013].

16 DEGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. España: Comares, 2005, p. 9.



sociedad y de un Estado de derecho guardianes de los derechos fundamentales de todos los seres integrantes, sin exclusiones...¹⁷. Este concepto de solidaridad enunciado, tiene un contexto en la crisis ambiental que lo amplifica, razón por la que recibe un carácter intergeneracional, elemento vertebral de la noción de desarrollo sustentable. Por ello, esta solidaridad busca proteger las condiciones de vidas de sujetos que se espera que nazcan, considerados colectivamente, los cuales merecen vivir en un planeta que los pueda albergar¹⁸. Esta idea se puede ejemplificar en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, que en su Principio 3 determina "el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras". Así, y en razón de lo señalado, una idea ética y jurídica de solidaridad de antiguo cuño, en la actualidad detenta un carácter intergeneracional, la que es recogida por el derecho ambiental en cuanto fundamento de sí mismo.

Ya teniendo este correlato ético-jurídico en abstracto, el concepto de Estado de Derecho Ambiental debe contar con algún elemento concreto que sujete el actuar del Estado a un fundamento ético y legal de solidaridad intergeneracional en concreto. Eso puede ser construido mediante el deber constitucional que existe en varias cartas fundamentales de proteger el medio ambiente. En virtud de ello, es posible aseverar que "...la protección del medio ambiente puede fundamentarse no sólo [sic] en la categoría de los derechos, sino también en el mandato constitucional que atribuye a los poderes públicos su protección..."¹⁹. Justamente, es ese deber el que vincula al Estado a las normas de derecho ambiental en sus actuaciones, y que sirve de límite a su actuación en razón del cuidado del entorno.

Es posible entender que, en general, los textos constitucionales utilizan dos vías para la protección del entorno: una es la consideración de un derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado, la otra es el deber constitucional del Estado de protegerlo. Estos dos modos no son, en caso alguno, excluyentes²⁰. Es más, si pensamos que el Estado, mediante el derecho objetivo, guía la conducta de los ciudadanos, es para resguardar el

17 Ídem.

18 En este sentido: LEITE SAMPAIO, José; WORLD, Chris; NARDY, Afranio. *Principios de derecho internacional, na dimensao internacional e comparada*. Brasil: Del Rey, 2003, p. 47. Igualmente: PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El desarrollo sostenible como principio jurídico. Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. España: Civitas, 2002, pp.23-48. p. 29.

19 MONTORO CHINER, María Jesús. *El Estado Ambiental de derecho. Bases Constitucionales*. El derecho Administrativo en el siglo XXI, Homenaje al prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo III. (Coord. Sosa Wagner, Francisco). España: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 3437-3465, p. 3443.

20 Esta idea en: BENJAMÍN, Antonio Herman. *O meio ambiente na Constituição Federal de 1988*. Informativo jurídico da biblioteca Ministro Oscar Saraiva. Vol. 19, n°1, jun-jul. STJ. Brasil. 2008. pp.37-80. pp. 64-67.

disfrute que éstos tienen a sus derechos subjetivos²¹, por lo que, en mi opinión, tanto deber constitucional de protección del entorno como derecho constitucional al medio ambiente se conforman recíprocamente, como si se miraran el uno al otro en un espejo, pues "...al vincularse el derecho al medio ambiente a la dignidad de la persona humana, mediante la consagración de un derecho fundamental de tercera generación, se reconoce derivadamente la dimensión ético-jurídica de las cuestiones ambientales..."²². Entonces, la principal consecuencia de esta consideración recíproca entre el derecho fundamental y el deber de protección, es que una vez creado uno, implícitamente debiera dar origen al otro, con independencia del texto escrito.

4. Posibilidades de proyectar el Estado de Derecho Ambiental desde el texto constitucional vigente en Chile: una propuesta

En la doctrina chilena no se le ha dado tratamiento al concepto teórico de Estado de Derecho Ambiental. Por lo tanto, la pregunta es la siguiente: ¿Es posible desprender desde el texto constitucional chileno un deber general de sujeción de la actuación del Estado a las normas del derecho ambiental? Acá intentaré delinear una respuesta afirmativa, en consideración a algunos aspectos de la doctrina nacional sobre el tema.

En primer orden de cosas, en Chile el medio ambiente tiene un doble reconocimiento constitucional, tanto en calidad de derecho fundamental como de deber de actuación del Estado²³. Estos dos reconocimientos están contenidos en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República. Así, el primer enunciado del inciso primero de dicho artículo contempla el derecho fundamental²⁴, mientras que el segundo enunciado contempla el deber del Estado de actuar en protección del entorno²⁵. En este orden de cosas, ha sido entendido en Chile que ambos modos de consideración del entorno son diferenciados, y tienen consecuencias igualmente diferentes, siendo el uno independiente del otro²⁶. Así, del deber de protección estatal del medio ambiente tiene consecuencias tanto para el legislador, para el poder ejecutivo, como para el poder judicial, debiendo

21 DEGUIT. Op. Cit. pp. 10-11.

22 TEXEIRA NUNES JUNIOR, Amandinho. *O Estado ambiental de direito*. Iusnavigandi. Iusnavigandi [en línea] <<http://jus.com.br>> [consulta: 4 octubre 2013]

23 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de derecho ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, p. 39. En el mismo sentido, reconociendo la dualidad, PÜSCHEL HOENIESEN, Lorna. *Deberes constitucionales estatales en materia ambiental*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot, 2010, p. 57.

24 "La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación."

25 "Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza."

26 PÜSCHEL. Op. Cit. p. 57.



sujetarse los tres, en términos generales, a este deber.

Sin embargo, para llevar un paso más allá este deber, y consagrar el concepto de Estado de Derecho Ambiental, se puede recurrir, en primer orden de cosas, a otros preceptos constitucionales. Podemos así, en razón de los artículos 1° inciso tercero, 3° inciso tercero, y 6° incisos primero y segundo, intentar estructurar una primera aproximación. Veamos a continuación, y con más detalle, en qué nos ayuda cada una de estas referencias.

El inciso tercero del artículo primero consagra la servicialidad del Estado a favor de la persona humana²⁷, es decir, que la actividad estatal beneficiará a todos los seres humanos que se encuentren en el territorio nacional. En palabras de Pantoja, "...la Constitución Política de la República establece en su artículo 1° la razón de ser del Estado, acotándolo en el deber de estar al servicio de la persona humana, y su finalidad: la promoción del bien común, y que esta norma evidencia dentro de la Carta Fundamental un carácter esencial, por habérsela considerado como expresiva de los valores nacionales y de la filosofía que internaliza su cuerpo normativo..."²⁸. De esta forma, la servicialidad a favor de la persona humana determina la finalidad del Estado, lo que también es aseverado, en líneas generales, por Silva, quien ha señalado que "...el Estado, como cualquier otra forma de sociedad, es simplemente un sistema de vínculos entre sus integrantes que propenden a crearlos y estructurarlos adecuadamente, de modo que como sistema no tiene una realidad sustancialmente diferente, sino que en su razón, esencia y propósito es existir para estar al servicio de todos y cada uno de sus integrantes..."²⁹. De esta forma, la servicialidad se traduce en que el Estado debe disponer sus actuaciones en función de los seres humanos, y como consecuencia de ello, en función del aseguramiento de los derechos fundamentales, dentro de los que se encuentra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Si bien el Estado tiene el deber de proteger al medio ambiente diferenciado del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ambos no se obstan, y por el contrario, se complementan, en razón de la ya explicada relación entre

27 "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."

28 PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *La organización administrativa del Estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 204.

29 SILVA BASCUÑAN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV. 2da. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 69.

derecho objetivo de protección el ambiente para asegurar el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En ese sentido, la servicialidad del Estado sirve como un correlato entre ambos textos.

El artículo 3° se refiere en su inciso tercero al desarrollo equitativo y solidario entre las diversas divisiones territoriales administrativas del país.³⁰ Al ser este desarrollo solidario, el crecimiento y desarrollo debe beneficiar a todos los sujetos, sin discriminarlos. En este sentido, en opinión de Aguilar, "...desde un punto de vista constitucional, una de las dimensiones de la solidaridad, se encuentra fuertemente presente en el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, adquiriendo por esta vía, un valor y naturaleza netamente jurídica... Desde el punto de vista de los derechos humanos, en virtud de su efecto corrector de las desigualdades que se presentan como dato de la realidad, la solidaridad tiende a igualar, a reconocer y garantizar derechos a las personas, los cuales apuntan a lograr una equiparación. Por tanto, la solidaridad tiende –por la vía de los derechos- a alcanzar la realización de la justicia social..."³¹. Esta visión expresada, se debe pensar en un plano intergeneracional a propósito de la protección del entorno, dado que la protección del entorno, más allá de ser una cuestión fundamental para efectos de consideraciones de igualdad en la repartición de las cargas ambientales (como una especie de carga pública) por razones de justicia distributiva. En ese sentido, la solidaridad se refiere a un igual disfrute de los beneficios del entorno, sin importar *prima facie* el lugar del territorio del país en el cual un sujeto reside.

Finalmente, del artículo 6° incisos primero y segundo se deriva el principio de legalidad, a saber, que todos los órganos del Estado deberán regirse en su actuación por lo que prescriban la Constitución y las leyes³². En términos generales, y para efectos de la presente entrega, la legalidad se expresa en la obligatoriedad de la Constitución y en la supremacía de la misma. Sobre la obligatoriedad de la Constitución, señala Silva que "... al disponer la Carta que sus preceptos obligan tanto a los titulares integrantes de dichos órganos... como a toda persona, institución, o grupo... la Ley Fundamental pretende que

30 "Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional."

31 AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "Principio de solidaridad y derecho privado". *Revista Ius et Praxis*. Vol. 14, n° 2. Chile. 2008., vol.14, n.2 [en línea]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200017&lng=es&nm=iso> [consulta: 3 octubre 2013] pp. 593-610.

32 "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo."



los integrantes de la comunidad política asuman el compromiso de ajustar su conducta a su mandato e inspirar sus actos en el propósito de colaborar al cumplimiento de las finalidades del Estado...³³. En relación a la supremacía de la Constitución, el mismo autor señala que "...en virtud del precepto que se comenta [el artículo 6° inciso primero de la Constitución chilena], se afirma por una parte, la supremacía de la Constitución sobre toda otra norma jurídica y, por otra, se establece la obligación de que todas las demás se ajusten a ella, tanto en el aspecto adjetivo como en el sustantivo..."³⁴. En este sentido, tanto el deber del Estado de protección de la naturaleza como el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación suponen subordinar las actuaciones tanto de privados como del Estado a las normas de derecho ambiental, siendo estas normas un fiel correlato de la norma constitucional de orden superior, jamás pudiendo contravenirla.

Adicionalmente, es menester recordar que el sometimiento del Estado a las normas de derecho ambiental no es solo respecto de las reglas de orden constitucional y legal, sino también a los principios de derecho ambiental en aquellos casos que se deba superar la vaguedad de una norma, valiéndonos de ellos como elementos argumentativos en la búsqueda de la mejor interpretación posible.

Si consideramos los tres preceptos constitucionales conjuntamente, en razón del deber del Estado de proteger el medio ambiente, podemos concluir que el Estado está al servicio de la persona humana, para lo que deberá asegurar un derecho ambiental objetivo de características tales que asegure el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de modo solidario entre todos los habitantes de la república, tanto para los que viven en el presente como para los que vivirán en el futuro, sujetándose el Estado en todas sus actuaciones a ese derecho ambiental objetivo idóneo.

Esta interpretación debe hacerse con consideraciones de solidaridad no solo intrageneracional, sino que también intergeneracional. La finalidad de la protección del entorno no es sino la protección de la vida en la tierra. De otra forma, y por exclusión... ¿Es posible pensar en una protección del entorno sin considerar a sus futuros habitantes? Si cuidamos del entorno, no lo hacemos en razón de una mera consideración individual y de corto plazo, sino en una razón de una consideración colectiva, pensando en la preservación de la especie en un amplio horizonte de tiempo.

33 SILVA. Op. Cit. p. 133.

34 Ibid. p. 136.

Conclusiones

Si bien el concepto de Estado de Derecho Ambiental es una construcción teórica, nos sirve para realizar un ejercicio importante: determinar un elenco de normas de rango mayor, que interpretadas conjuntamente, justifiquen la sujeción de la actuación del Estado a las normas de derecho ambiental. En la medida que ese elenco de normas se vaya afianzando en la práctica cotidiana de una comunidad jurídica, en una visión interpretativa teleológica en favor de la conservación del entorno, podemos advertir que se dará un gran paso en esta materia.

En ese sentido, el derecho ambiental pese a ser concebido desde un elenco de bastas declaraciones inicialmente retóricas, no debemos perder el foco que es un derecho idealizado para afrontar una crisis que pone en jaque nada más y nada menos que la subsistencia de la vida en el planeta. Por ende, el derecho ambiental debe tener una vocación profunda de aversión al discurso vacío³⁵. Parte de esa aversión responde a las expectativas ciudadanas de una justicia ambiental que efectivamente no recale en desigualdades, en que contrariando a la solidaridad propia del concepto, perjudique desproporcionadamente a un puñado de ciudadanos.

Para dejar de pensar de modo abstracto en este concepto, podemos detenernos a reflexionar sobre lo siguiente: ¿Qué sucedería si el Comité de Ministros del artículo 20 de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, ante la reclamación de una resolución que rechaza un estudio de impacto ambiental, decide, sin hacerse cargo de los fundamentos de la decisión impugnada, dar curso a dicho estudio, emitiendo una decisión administrativa que manifiestamente vulnera normativa ambiental? Bajo la utilización del concepto propuesto, a saber, que este Consejo ha quebrantado el Estado de Derecho Ambiental, no solo se constata que habría vulnerado normas pertenecientes a esta disciplina jurídica, sino que dicha vulneración se apoyaría y reforzaría en un concepto del acervo cultural y político en el que el Estado no está por sobre la protección ambiental. Sería, prospectivamente pensando, una herramienta sencilla para dar cuenta de indeseables situaciones contingentes para el ciudadano medio, no necesariamente relacionado con la especificidad de estos temas.

Igualmente, en el sentido de generar una instancia de reforzar el conocimiento integrado de la normativa ambiental, en base a un elemento interpretativo como el

35 En ese sentido: BENJAMIN. Op cit. p. 41. También: MONTORO CHINER. Op Cit. pp. 3448-3449.



propuesto, puede ser un buen punto de partida para reconocer una disciplina jurídica que reconoce aún mejor la crisis del conocimiento especializado y simplificado, y a integrar de mejor manera la actuación del Estado. Si bien esto es solo y simplemente un concepto teórico, pienso que puede dar pie a encontrar soluciones de esa índole.

Finalmente, este concepto también puede ayudar a dar luces sobre si el Poder Judicial debe intervenir en la Administración del Estado, particularmente a propósito de la revisión de actos administrativos mediante la acción de protección. La pregunta que nos debemos hacer no es sobre una supuesta antinomia constitucional entre los artículos 19 Nº 8 y 20 de la Constitución Chilena en relación con el artículo 38, esto es, si la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema vulnera la separación de funciones propia del Estado de Derecho al dejar sin efecto actos administrativos. La pregunta mejor enfocada, desde la construcción teórica propuesta, es si la actuación de la Administración del Estado aprobando proyectos ambientales de gran envergadura, emplazados en zonas de amplias cargas ambientales, vulnera o no el Estado de Derecho Ambiental a que se somete el Estado de Chile. Una vulneración al constructo teórico del Estado de Derecho Ambiental conlleva la vulneración del constructo teórico del Estado de Derecho en su versión más tradicional, en ese juego de azar descrito por Hauriou consistente en la sujeción del Estado al derecho. Si bien este concepto no es una panacea ni un mero recurso discursivo, creo que en la medida que adquiera mayor desarrollo nos podrá ayudar a detentar una visión más integrada de la resolución y prevención pacífica de los conflictos ambientales, y sin duda ser un aporte en la cultura jurídico ambiental chilena.

Cambio Climático, Migración y el Mítico Refugiado Ambiental

Climate Change, Migration and the Mythic Environmental Refugee

Macarena del Rosario Cabezas Vargas

Universidad Andrés Bello,
Viña del Mar.

Egresada de Derecho
Universidad Nacional Andrés Bello.
macarenacabezasvargas@gmail.com

RESUMEN

Desde tiempos inmemoriales el ser humano se ha desplazado de un lugar a otro, ya sea por razones tan inocuas como un cambio de escenario como por razones de índole más problemática como las guerras o las persecuciones de las que son objeto por parte de individuos que gozan de poder, sea éste bélico o político.

En la actualidad los movimientos migratorios pueden encontrar su origen en la devastación que trae consigo el cambio climático y ello conlleva aceptar una realidad completamente diferente a la ya conocida, qué pasará con estas personas que deben abandonar todo porque su hogar se ha vuelto hostil, qué pasa cuando ya no pueden desplazarse más dentro de las fronteras de los Estados de los que son nacionales, quién los protege. Este último es el punto central de este trabajo, tratar de encontrar un marco jurídico que resulte adecuado para cumplir con la tarea de proteger a estos individuos.

Palabras clave: Desplazados, movimientos migratorios, cambio climático, refugiado ambiental, desastres naturales.



SUMMARY

Since the beginning of times, humans have moved from place to place, for reasons as innocent as a desire for a change of scenery or for more problematic reasons such as wars or the persecution they are subjected to by the persons in power, be that military or politic.

At present times the migration movements can find their origin in the devastating effects of the climate change and that entails the acceptance of a new reality completely different from what we know, what will happen to the people that are forced to leave everything behind because their home has turn hostile?, what will happen when they can't move further inside the States they are nationals of?, who will protect them?. That last point is the focus of this paper, find an adequate legal frame that will have the mission to protect this people.

Key words: Displaced, migration movements, climate change, environmental refugee, natural disasters.

1. Cambio Climático y Migraciones

Antes de abordar el análisis del nexo entre cambio climático y migración es de suma importancia referirse al cambio climático en sí mismo y a la razón de por qué es considerado un problema de grandes proporciones para la humanidad.

Primeramente, bajo ningún respecto se puede concebir al cambio climático como un problema reciente. Es cierto que "sólo en los últimos, aproximadamente, 20 años que la comunidad internacional ha comenzado a reconocer, lentamente, que el cambio climático y ambiental tienen más relación e incidencia en la migración humana de lo que se había esperado"¹, sin embargo, desde hace mucho tiempo que se ha puesto énfasis en tratar de dilucidar los aspectos científicos y técnicos del problema. Ya en 1988 el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización Meteorológica Mundial (OMM) inauguraron el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), "la misión de este Grupo es evaluar en términos exhaustivos, objetivos, abiertos y transparentes la mejor información científica, técnica y socioeconómica disponible sobre el cambio climático en todo el mundo."².

El IPCC, desde su creación y hasta la fecha, ha elaborado cinco informes de evaluación y publicado un sinnúmero de informes especiales y documentos técnicos sobre el particular. Mas, sin perjuicio del arduo trabajo de este grupo, en particular, y de otros organismos similares, el presente trabajo no ahondará más de lo necesario en cuanto al aspecto científico del cambio climático, ello no por falta de interés si no en atención a que para entender el tema que desarrollaré más adelante solo es necesario poseer algunos conocimientos de la gravedad del fenómeno del cambio climático sin entrar a sumergirnos en la increíble cantidad de datos y explicaciones científicas que llevarían a mayor confusión.

Es en atención a lo anterior, y luego de realizar la correspondiente investigación, que paso a entregar una serie de datos básicos para centrarnos en el tema.

Es esencial partir con un concepto de cambio climático a fin de poder discernir el

-
- 1 INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the evidence* [en línea] <http://publications.iom.int/bookstore/free/migration_and_environment.pdf> [consulta: 15 abril 2013] p. 13. "only in the last 20 years or so that the international community has begun to slowly recognize the wider linkages and implications that a changing climate and environment has on human mobility." (Traducción propia).
 - 2 IPCC. *Introducción: El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)* [en línea] <<http://www.ipcc.ch/pdf/ipcc-faq/ipcc-introduction-sp.pdf>> [consulta: 15 abril 2013].



problema y saber qué tipo de datos debemos atribuir a qué aspecto del problema. La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC según su sigla en inglés "*United Nations Framework Convention on Climate Change*") adoptada el 9 de Mayo de 1992 en Nueva York y, que entró en vigor el 21 de Marzo de 1994, señala en su artículo 1 párrafo segundo que "por cambio climático se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables."³.

El principal afectado por el cambio climático, en forma drástica, es el efecto de invernadero natural del planeta, específicamente en cuanto éste se agrava al ver aumentados los porcentajes de ciertos gases. En otras palabras, científicamente se puede distinguir entre un efecto de invernadero natural y aquel efecto de invernadero agravado por las actividades humanas.

El efecto de invernadero natural, explicado de una forma bastante básica, implica que los gases que lo conforman impiden que la radiación infrarroja, emitida por la tierra al devolver la energía que recibe del sol, escape directamente hacia el espacio. "Los principales gases de efecto invernadero son el vapor de agua, el dióxido de carbono, el ozono, el metano, el óxido nitroso y los halocarbonos y otros gases industriales. Aparte de los gases industriales, todos estos gases se producen naturalmente. En conjunto representan menos del 1% de la atmósfera. Ello es suficiente para producir un "efecto de invernadero natural" que mantiene el planeta unos 30º C más caliente de lo normal, lo que es esencial para la vida que conocemos"⁴.

Ahora bien, teniendo presente lo que se ha expuesto en el párrafo anterior es posible reconocer que el problema se manifiesta cuando se considera que el aumento de estos gases causa que la superficie de la tierra y la atmósfera se calienten más allá de los niveles considerados normales, lo que trae como consecuencia directa "el aumento del nivel del mar, debido primariamente a la expansión térmica de los océanos (el agua se expande cuando se calienta), induciendo al derretimiento de capas de hielo en la medida que la temperatura de la superficie global aumenta"⁵.

3 NACIONES UNIDAS. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático* [en línea] <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>> [consulta: 15 abril 2013].

4 PNUMA y UNFCCC. *Cambio Climático: carpeta de información* [en línea] <http://unfccc.int/resource/docs/publications/infokit_2004_sp.pdf> [consulta: 18 abril 2013].

5 FRIEND'S OF THE EARTH. *A Citizens guide to Climate Refugees* [en línea] <<http://www.safecom.org.au/foe-climate-guide.htm>> [consulta: 18 abril 2013].

Como podemos ver esta primera amenaza, el aumento en los niveles de los gases invernadero, las más de las veces puede encontrar su raíz en la actividad humana, primariamente la industrial, lo que calza perfectamente con la definición otorgada por la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992. Sin embargo, no se puede olvidar que la mencionada definición hace alusión, también, a un elemento exclusivamente natural. Dicho elemento ha sido abordado por el IPCC llegando a sostener en su Cuarto Informe de Evaluación (2007) que "los patrones del clima cada vez se han vuelto más extremos, con episodios de lluvias más intensos y frecuentes, intensas olas de calor y sequías prolongadas; alterándose la época y locación de las lluvias. Desastres relacionados con el clima (tormentas, huracanes, inundaciones, olas de calor y sequías) han aumentado en más del doble en los últimos 20 años. En la actualidad hay más de 400 desastres relacionados con el clima al año y casi 900 millones de personas requieren, en consecuencia, asistencia inmediata; las proyecciones sugieren que para el año 2030, esta figura podría haber aumentado a 350 millones."⁶.

La literatura existente a la fecha que trata de dilucidar la existencia de un nexo causal concreto entre el cambio en el medio ambiente que se sufre en la actualidad y los flujos migratorios es contradictoria, no solo en cuanto no logra entregar una respuesta única sobre la existencia de dicha relación causal, sino también respecto a la clasificación de los distintos escenarios migratorios.

Después de revisar bastantes ejemplos de clasificaciones y argumentos respecto del tema, me inclino por sostener que el cambio climático, por sí mismo no ocasiona movimientos migratorios en atención a que el clima de la tierra siempre ha estado en constante variación. Sin perjuicio de ello, lo que sí considero relevante son los efectos que ese cambio climático produce en el medio ambiente, ello en cuanto exacerba las vulnerabilidades a las que están sometidas cierto grupo de personas en atención a la región geográfica en la que ellas habitan.

6 ENVIRONMENTAL JUSTICE FOUNDATION (EJF). *No place like home where next for climate refugees* [en línea] <<http://ejfoundation.org/climate/no-place-like-home-report>> [consulta: 18 abril 2013] p. 4. "weather patterns have become more extreme, with more frequent and more intense rainfall events, more intense heat waves and prolonged droughts; the timing and location of rainfall has altered. Weather-related disasters (storms, hurricanes, floods, heat waves and droughts) have more than doubled in number over the last 20 years. There are now over 400 weather-related disasters per year and almost 90 million people require immediate assistance as a result; projections suggest that by 2030, this figure could be as high as 350 million". (Traducción propia)

Para más información revisar la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, su adicional Protocolo de Kyoto de 1997 en <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpsan.pdf> y el Cuarto Informe de Evaluación del IPCC en http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf



Por otro lado, al igual que en el cambio climático, en la degradación del medio ambiente se reconoce un elemento humano que la afecta, específicamente, en lo concerniente a accidentes industriales y a los conflictos armados que tienen su causa en la escases de recursos naturales.

Tomando en consideración lo anterior paso a desarrollar más a fondo cinco escenarios de flujos migratorios que han sido postulados por el profesor Walter Kälin ante el panel de prevención de riesgos de desastres del ECOSOC (Consejo Económico y Social)⁷⁻⁸ y agrego un sexto escenario que considero debió de haber sido incluido.

1.1 Desastres Hidrometeorológicos

Dentro de esta clase podemos incluir a las inundaciones, a los huracanes, tifones, ciclones, y a los deslizamientos de tierra, por nombrar algunos.

Como se puede observar este escenario se caracteriza por incluir eventos naturales que se manifiestan de una sola vez, suelen ser bastante rápidos y dejan devastadoras consecuencias.

A modo de ejemplo podemos referirnos a los varios huracanes que han azotado Estados Unidos en los últimos años como los huracanes Katrina, Rita y Wilma en 2005 y en 2008 el huracán Ike⁹, todos ellos de devastadores consecuencias humanas y materiales.

Otro ejemplo claro del poder devastador de la naturaleza y que obliga a los seres humanos a desplazarse a otro lugar más seguro, son los tsunamis respecto de los cuales no es necesario remontarnos demasiado en el tiempo para poder apreciar las consecuencias

7 KÄLIN, Walter. *The Climate Change – Displacement Nexus* [en línea] <http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx> [consulta: 20 abril 2013].

8 El Comité Permanente InterAgencias (IASC según su singla en inglés) fue creado con el objeto de coordinar la ayuda humanitaria que prestan las distintas agencias y organismos a nivel mundial. Una de las tareas de este comité fue investigar los distintos flujos migratorios para desarrollar posteriormente una tipología que permitiera entender sus causas y consecuencias e hiciera más sencilla la identificación del problema para facilitar la entrega de ayuda humanitaria. Así este comité ha agrupado las causas en 4 categorías, a saber: desplazamientos en atención a desastres naturales repentinos, desplazamientos en atención a desastres naturales que se dan paulatinamente en el tiempo, desplazamiento en atención al aumento del nivel del mar lo que resulta en pérdida de territorio para los Estados y desplazamientos relacionados con conflictos armados. Para mayor información ver "ClimateChange: People displaced" p. 6 en http://www.nrcfadder.no/arch/img.aspx?file_id=9913616

9 Para mayor información consultar la página web del Servicio Nacional del Clima de Estados Unidos, dirección URL: <http://www.nhc.noaa.gov/HAW2/english/history.shtml>

ya que frescos están en nuestra memoria el tsunami del 2004 que afectó principalmente a Indonesia y Tailandia, y el tsunami del 27 de febrero del 2010 que afectó a nuestro país, específicamente al archipiélago de Juan Fernández.

1.2 Zonas designadas de alto riesgo y peligrosas para ser habitadas por el gobierno respectivo

Aquí opera un criterio particular ya que si bien, en estricto rigor, podemos incluir en esta clase a las erupciones volcánicas y a los terremotos (ambos desastres naturales), lo que caracteriza a este grupo es más bien la decisión que debe tomar el Estado soberano afectado por la catástrofe en pos de proteger a sus nacionales de la mejor manera posible, lo que en la mayoría de los casos puede implicar que "forzosamente, la gente tendrá que ser evacuada y desplazada de sus tierras, a donde tendrá prohibido regresar, y deberá ser reubicada en zonas más seguras."¹⁰.

Caso emblemático y con el cual se puede ilustrar claramente la situación mencionada, es la erupción del volcán Chaitén en mayo del 2008. En un primer momento se evacuó a la población permitiéndosele tentativamente volver un tiempo después pero, atendido a que la actividad volcánica no cesaba y, por el contrario, se prolongaba en el tiempo aumentando su frecuencia y riesgo, el gobierno de la época no tuvo otra opción que ordenar la evacuación permanente y posterior relocalización de los ciudadanos¹¹.

10 GUTERRES, Antonio. *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR* [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6936.pdf>> [consulta: 20 abril 2013] p. 4.

11 Sobre este tema se puede encontrar mayor información en la página web del diario El Mercurio, dirección URL: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=345378> y sobre la reubicación en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2009/05/04/356485/en-diciembre-se-iniciara-reubicacion-de-habitantes-en-nueva-chaiten.html> Adicionalmente, con el fin de graficar el tema, se puede revisar la siguiente jurisprudencia asociada al caso en comento: A) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 05 de junio de 2008, caso "Galilea Ocón, Sergio (Intendente de la Región de los Lagos) a favor de TODA PERSONA NATURAL QUE SE ENCUENTRA EN UN PERÍMETRO DE 30 KM. CERCANO AL VOLCÁN CHAITÉN Y SUS ALREDEDORES DE LA COMUNA DEL MISMO NOMBRE, PROVINCIA DE PALENA, REGIÓN DE LOS LAGOS", Rol 102-2008, confirmada por la Corte Suprema el día 03 de julio del mismo año, Rol 3382-2008, B) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 18 de noviembre de 2008, caso "Galilea Ocón, Sergio (Intendente de la Región de los Lagos) y Narváez Escobar, Paula en favor de la vida, integridad física y síquica de José Paredes Mayorga y otros, todos de la zona urbana de Chaitén", Rol 172-2008, información obtenida de la página web del Poder Judicial, www.poderjudicial.cl (revisado el día 14 de julio de 2010).



1.3 Degradación del medio ambiente y lenta aparición de desastres

Lo que caracteriza a esta categoría es que el impacto en el medio ambiente no ocurre de una sola vez sino que es consecuencia del tiempo ya que, de cierta forma, el medio ambiente se va desgastando. En atención a lo anterior en esta categoría podemos agrupar a la desertificación, la sequía, la reducción del agua disponible, las inundaciones recurrentes y la salinidad de las zonas costeras.

"Con la dramática disminución, en ciertas regiones, de la disponibilidad del agua y las continuas inundaciones en otras, las oportunidades económicas y las condiciones de vida se irán deteriorando en estas zonas afectadas"¹². Así, cuando la zona que se habita se vuelve hostil e inhospitalaria la población se desplaza en busca de mejores oportunidades, y es en este caso donde podemos observar el primer atisbo de problema en cuanto a determinar qué parte de la población se desplaza voluntariamente y qué parte se ve forzada a hacerlo.

Como ha sido costumbre con las otras dos categorías graficaré la situación a través de ejemplos. En lo relativo a las sequías ellas han sido más frecuentes en el continente africano y, considerando que la mayor parte de la población desarrolla la agricultura como medio de subsistencia, se puede apreciar claramente las repercusiones en los altos índices de hambruna que caracterizan a los Estados africanos.

En el polo opuesto tenemos las inundaciones, principalmente en el continente asiático, donde la población es también primariamente agricultora y ve afectado su medio de subsistencia ya no solo respecto a la disponibilidad de alimentos sino también en lo concerniente a la salud de la población, específicamente teniendo en consideración enfermedades como la diarrea, la tifoidea y el cólera.

1.4 Hundimiento de pequeños Estados insulares

La raíz de este problema se encuentra en el aumento en el nivel de los mares y "como consecuencia de ello, estas áreas se tornarán inhabitables y en casos extremos el territorio restante de los Estados afectados no será suficiente para sustentar a la población

12 KÄLIN, Walter. *The Climate Change – Displacement Nexus* [en línea] <http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx> [consulta: 20 abril 2013]. "With the dramatic decrease of water availability in some regions and recurrent flooding in others, economic opportunities and conditions of life will deteriorate in affected areas." (Traducción propia)

en su totalidad o dichos Estados podrán desaparecer por completo.”¹³.

Esta categoría se puede ejemplarizar con cualquier isla del Pacífico o del Caribe, sin embargo, los casos que más resaltan son el del Estado isleño de Tuvalu y del atolón de Carteret cerca de las costas de Papúa Nueva Guinea los que serán tratados más afondo en la segunda parte de este trabajo.

1.5 Conflictos armados provocados por la disminución de recursos vitales

Esta categoría representa una situación bastante especial en atención a que si bien la falta de recursos vitales como el agua y el alimento exagera los conflictos armados y la violencia, en la mayoría de los casos termina siendo esto último lo que realmente causa el desplazamiento de la población, por ende, se termina ignorando el elemento climático de este flujo migratorio y se pone énfasis en el conflicto armado lo que consecencialmente llevará a que la población sea objeto del Derecho Humanitario.

1.6 Desastres industriales

He decidido agregar este escenario en consideración a que, a mi parecer, los efectos del cambio climático son perfectamente asimilables a los que conllevan estos desastres industriales en atención a que la mayoría de las veces ellos son de tal magnitud que llevan, efectivamente, a la población de la localidad a migrar del lugar debido a su alta peligrosidad.

Por otro lado, otro argumento que se puede esgrimir para sustentar la inclusión de este escenario es considerar que el aumento en los niveles de los gases del efecto invernadero, que es el principal afectado por el cambio climático, se debe en gran medida al actuar negligente del ser humano. De esta forma si aplicamos analógicamente el elemento humano a la situación en comento en este escenario podemos ver que esa misma negligencia trae aparejadas consecuencias devastadoras para el medio ambiente en general y la población local en particular.

13 KÄLIN, Walter. *The Climate Change – Displacement Nexus* [en línea] <http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx> [consulta: 20 abril 2013]. “As a consequence, such areas would become uninhabitable and in extreme cases the remaining territory of affected states could no longer accommodate the whole population or such states would disappear entirely.” (Traducción propia)



El mejor ejemplo que se puede esgrimir de esta categoría es el desastre de la planta nuclear de Chernobyl, Ucrania (antigua Unión Soviética) en 1986¹⁴ lugar que hasta nuestros días muestra altos índices de radiación que impiden el desarrollo de la vida humana y de la flora y fauna.

Un ejemplo más actual es el derramamiento de petróleo en el Golfo de México el 20 de abril de 2010 donde en palabras del senador de Florida Bill Nelson "Estamos hablando de pérdidas económicas masivas para nuestro turismo, nuestras playas, y nuestra industria pesquera, y posiblemente de la alteración de nuestras pruebas y entrenamientos militares que se desarrollan en el Golfo de México"¹⁵. Este desastre fue de tal magnitud que incluso a tres años del suceso aún no se ha logrado cuantificar a ciencia cierta la magnitud de los daños causados al ecosistema y a la población humana del sector.

2. El Desplazado Interno

Antes de analizar la figura migratoria central de este trabajo es necesario mencionar otra figura que aparece en paralelo, el "desplazado interno", y sus puntos de conexión con la figura tradicional del "refugiado" en el Derecho Internacional.

A simple vista no es muy difícil apreciar la relación que existe entre estos dos grupos de personas si consideramos que usualmente los motivos que llevan a uno y a otro a desplazarse son los mismos, es decir, conflictos armados, situaciones de violencia generalizadas y violaciones graves de los derechos humanos.

Tras el término de la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional se abocó a velar por la protección de los cientos de miles de personas que se habían convertido en víctimas de las guerras debiendo abandonar sus países. En respuesta a ello se esgrimió una categoría nueva de personas: los refugiados. Sin embargo, los conflictos armados y las situaciones de violencia no disminuyeron, por el contrario fueron aumentando y convirtiéndose en fenómenos más devastadores. "A principios de los años noventa y finales de la Guerra Fría proliferó un nuevo tipo de conflictos internos, que dio lugar a un fuerte aumento del número de personas desplazadas dentro de su propio país. Las expresiones "conflictos de identidad", "conflictos étnicos" o "conflictos religiosos" se

14 LEE MYERS, S. *First at Chernobyl, Burning Still* [en línea] The New York Times en Internet. 26 de abril, 2006 <<http://www.nytimes.com/2006/04/26/world/europe/26chernobyl.html>> [consulta: 27 abril 2013].

15 TERRA. *Una nueva escala de desastre ambiental amenaza al Golfo de México* [en línea] 09 de mayo, 2010 <http://economia.terra.cl/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201005092323_AFP_232300-TX-MED40> [consulta: 27 abril 2013].

usan actualmente con el fin de caracterizar la índole de esas nuevas confrontaciones.¹⁶ Así, la naturaleza de los conflictos armados cambia de un contexto internacional, donde el enfrentamiento se desarrollaba entre varios Estados, a un contexto nacional o doméstico, donde los enfrentamientos se llevan a cabo dentro del mismo Estado y entre nacionales de éste.

En cuanto a la diferencia que existe entre un refugiado y un desplazado interno (IDP según su sigla en inglés "internally displaced person") ella queda de manifiesto al contraponer el concepto que se maneja de uno y de otro.

Como ya sabemos el Refugiado, según la Convención de 1951, es aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del Estado de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal Estado; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del Estado donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En cambio, por desplazado interno podemos entender a "las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida."¹⁷

Analizando las definiciones es posible determinar que lo que caracteriza a los desplazados internos, separándolos de los refugiados, es la permanencia en el propio Estado, es decir, a pesar de la falta de seguridad a la que están sometidos, los desplazados internos no cruzan las fronteras de sus Estados. Consecuencia de esta diferencia es que los desplazados internos no pueden someterse a los instrumentos internacionales creados para los refugiados ni mucho menos a la Convención de 1951 quedando en un limbo legal y desprotegidos.

16 CONTAT HICKEL, Marguerite. *La protección de los desplazados internos afectados por conflictos armados: concepto y desafíos* [en línea] <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdq4p.htm>> [consulta: 05 mayo 2013].

17 OFICINA DE COORDINACION DE ASUNTOS HUMANITARIOS DEL LAS NACIONES UNIDAS. *Principios Rectores De Los Desplazamientos Internos*, 1998, párrafo 2 [en línea] <<http://www2.ohchr.org/english/issues/idp/GPSpanish.pdf>> [consulta: 05 mayo 2013].



Tratando de solucionar esta situación de indefensión producida en atención a que los organismos internacionales no pueden inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados, donde ellos son absolutamente soberanos, es que se dio el primer paso en 1992, momento en el que se procedió al nombramiento de un Representante especial del Secretario General para las personas desplazadas, a instancias de la Comisión de Derechos Humanos.

Con posterioridad se presentó, en 1998, ante la Asamblea General de Naciones Unidas los Principios Rectores de los desplazados internos¹⁸. Dentro de estos principios se contiene la definición de desplazado interno; un resumen de la legislación internacional relacionada a la protección de los derechos básicos de las personas; y hace mención a la responsabilidad que le corresponde a los Estados. Algunos de los principios más relevantes son:

Principio 1: "1. Los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos."

Principio 3: "1. Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción."

Principio 5: "Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas."

Principio 6: "1. Todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual."

18 Estos principios fueron presentados por el Representante del Secretario General ante la Comisión de Derechos Humanos en el marco de su 54º período de sesiones, a instancias de la misma comisión y de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Principio 15: "Los desplazados internos tienen derecho a: a) buscar seguridad en otra parte del país; b) abandonar su país; c) solicitar asilo en otro país; y d) recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren en peligro."

Principio 24: "1. La asistencia humanitaria se prestará de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna.

2. No se desviará la asistencia humanitaria destinada a los desplazados internos, ni siquiera por razones políticas o militares."

En cuanto al cometido del ACNUR, éste se ocupará de los desplazados internos siempre que se cumplan ciertos criterios estipulados por la Resolución 47/105 de la Asamblea General de 1993. Así pues, el ACNUR debe recibir una solicitud o autorización de la Asamblea General o de cualquier otro órgano competente de las Naciones Unidas; debe obtener el consentimiento del Estado interesado y, si procede, de otras partes en el conflicto; tener acceso a la población afectada; gozar de condiciones de seguridad adecuadas para su personal; disponer de un cometido claro, en el que se establezcan las responsabilidades y la rendición de cuentas, con la capacidad de intervenir directamente en relación con cuestiones de protección; y quizás el componente más importante, contar con los recursos y la capacidad de intervención adecuados.

Finalmente cabe hacer mención a uno de los más importantes colaboradores del ACNUR en la tarea de otorgar auxilio y ayuda humanitaria a los desplazados internos, como es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Este organismo tiene presencia internacional en la mayoría de los Estados del orbe, lo que le permite, la mayoría de las veces, actuar de forma expedita y con el permiso de las autoridades gubernamentales del Estado del que se trate.

En el marco del 60º Período de sesiones del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Comité Internacional de la Cruz Roja emitió una declaración oficial, con fecha 30 de Septiembre de 2009, y de ésta se extrae y reproduce lo siguiente: "El CICR hace todo lo posible para entablar el diálogo con todas las partes en situaciones de conflicto armado, recordarles su obligación de respetar y proteger a las personas y a los bienes civiles. Al hacerlo, se compromete a mitigar el impacto de los conflictos armados en los civiles y ayuda a evitar las condiciones que obligan a las personas a huir de sus hogares [...] El CICR considera que puede contribuir a la respuesta humanitaria general que se da a las personas y las comunidades



afectadas por los desplazamientos y está comprometido a cooperar con otros actores humanitarios, ya que posee la experiencia y las capacidades necesarias para lograr una complementariedad operacional eficiente y una respuesta más sólida a las personas afectadas [...] Dadas las nuevas responsabilidades asignadas al ACNUR en el contexto del enfoque de gestión por grupos en relación con las personas internamente desplazadas, nuestras dos organizaciones están cada vez más activas en los mismos contextos, para los mismos grupos beneficiarios."¹⁹.

3. Refugiado Ambiental

Hasta la fecha la comunidad internacional se había enfocado en los aspectos científicos del cambio climático sin darle la debida consideración al aspecto humanitario del asunto.

Sin embargo, después de que los científicos llegasen a un tentativo consenso en cuanto a que el cambio climático y sus efectos dañinos son reales, las miradas se han vuelto a las consecuencias humanitarias que sus efectos conllevan.

El problema se manifiesta en la proliferación de tipologías respecto al individuo afectado por las consecuencias dañinas del cambio climático. De esta forma se ha hablado abiertamente de "refugiados climáticos"; "refugiados ambientales"; "desplazados ambientales"; "refugiados ecológicos"; entre otros términos.

Esta falta de consenso en cierta medida se debe a que es muy difícil aislar un específico efecto del cambio climático como causa del movimiento migratorio. Por otro lado, muchos eruditos se encuentran reacios a comprometerse por uno u otro término por miedo a que de utilizar el término equivocado se socave el régimen jurídico del Estado donde se produce el problema, se afecte el régimen jurídico internacional de protección del refugiado, o bien, de plano se produzcan detrimentos irreparables en cuanto a políticas migratorias en los Estados del orbe.

Sin perjuicio del temor expuesto anteriormente, el cual es completamente válido si se considera que el Derecho, como un todo, siempre ha funcionado sobre la base de definiciones, cabe señalar que tomando en consideración los escenarios migratorios

19 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. [en línea] <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/unhcr-statement-300909>> [consulta: 05 mayo 2013].

desarrollados en el apartado anterior, es de gran dificultad discernir si el movimiento migratorio es voluntario o forzado, lo que a su vez conlleva gran inseguridad en cuanto no podemos afirmar fehacientemente, en la mayoría de los casos, si se está ante un refugiado, ante un desplazado interno, o lisa y llanamente ante un individuo que decidió migrar a otra zona.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se puede concluir que “las definiciones reflejan y reproducen poder [...] constituye una gran diferencia en cuanto a percibir a las personas como refugiados, otro tipo de migrantes involuntarios o voluntarios”²⁰, ellas son fundamentales para poder entender de qué se está hablando y consecuencialmente poder desarrollar las políticas adecuadas.

Las definiciones más emblemáticas pueden agruparse en:

3.1 Definiciones de autores

3.1.1 Definición de El –Hinnawi

Assam El – Hinnawi es un investigador del Programa Medioambiental de Naciones Unidas (UNDP según su sigla en inglés) fue uno de los primeros en acuñar un concepto ya en el año 1985. El – Hinnawi define a los Refugiados Ambientales como “individuos que han sido forzados a abandonar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental (natural y/o provocado por el ser humano) que pone en peligro su existencia y/o afecta seriamente su calidad de vida”²¹.

3.1.2 Definición de Myers

El Profesor Norman Myers es un renombrado ambientalista británico que se ha dedicado a investigar el nexo entre cambio climático y migración. Sus obras son múltiples

20 CASTLES, Stephen. *Environmental change and forced migration: making sense of the debate* [en línea] <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3de344fd9.pdf>> [consulta: 05 mayo 2013] p. 9. “Definitions reflect and reproduce power, [and none more so than the refugee definition I just referred to.] It makes a big difference whether people are perceived as refugees, other types of forced migrants or voluntary migrants.” (Traducción propia)

21 EL-HINNAWI. *EnvironmentalRefugees?Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change* [en línea] <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>> [consulta: 05 mayo 2013] “People who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life.” (Traducción propia)



y en ellas utiliza la tipología "Refugiado Ambiental" conceptualizándolos como "personas que ya no pueden obtener un sustento seguro para sus vidas en sus lugares de origen como consecuencia de sequías, erosión del suelo, desertificación, deforestación u otros problemas medioambientales, en conjunto con la presión demográfica y altos índices de pobreza"²².

3.1.3 Definición de Borràs

La Profesora Susana Borràs toma la definición postulada por El – Hinnawi y la desarrolla levemente incluyendo otros aspectos como los accidentes industriales o los depósitos de residuos tóxicos de manera que para ella debemos entender por "refugiado ambiental" a "aquellos individuos que se han visto forzados a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocados por la actividad humana, como accidentes industriales o que han provocado su desplazamiento permanente por grandes proyectos económicos de desarrollo, o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos, poniendo en peligro su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida"²³.

3.2 Definiciones de Organizaciones Internacionales

3.2.1 Definición OIM

La Organización Internacional para las Migraciones utiliza el término "migrantes por causas ambientales" pues sostiene que hablar de refugiado ambiental carece de sustento legal en la actualidad. De esta forma establece que "por migrantes por causas ambientales se entienden las personas o grupos de personas que, por motivo de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente, que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus lugares de residencia habituales, o deciden hacerlo, bien sea con carácter temporal o permanente, y que se desplazan dentro de sus propios

22 MYERS, Norman. *Environmental Refugees: An emergent security issue* [en línea] <<http://www.osce.org/eea/14851>> [consulta: 05 mayo 2013]. "These are people who can no longer gain a secure livelihood in their homelands because of drought, soil erosion, desertification, deforestation and other environmental problems, together with associated problems of population pressures and profound poverty." (Traducción propia)

23 BORRAS PENTINAT, Susana. *Refugiados Ambientales: El Nuevo Desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente* [en línea] Rev. derecho (Valdivia), Valdivia, v. 19, n. 2, diciembre 2006. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso> [consulta: 05 mayo 2013].

países o al extranjero"²⁴.

Por otro lado la OIM reconoce que se puede considerar a los "migrantes por el cambio climático" como una subclasificación de migrantes por causas ambientales y los define de la siguiente forma "personas o grupos de personas que, por motivo de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente como consecuencia del cambio climático que afecta adversamente su vida o su condición de vida, se ven obligados a abandonar sus lugares de residencia habituales, o deciden hacerlo, bien sea con carácter temporal o permanente, y que se desplazan dentro de sus propios países o al extranjero"²⁵.

3.2.2 Definición Red Europea de Migraciones (European Migration Network)

El Consejo de la Unión Europea creó el año 2008²⁶ una Red Europea de Migración (según su sigla en español REM) que tiene por objeto proporcionar datos objetivos y fiables a los Estados de la Comunidad Europea en materia de migración con el fin de que estos adopten políticas, más o menos uniformes, en atención a la información que poseen.

La REM en enero 2010 publicó un glosario de términos relativos a migración para facilitar la comprensión y uniformar la terminología. Respecto de la materia que nos atañe, es necesario señalar que la REM utiliza el término "población desplazada por motivos medioambientales"²⁷ sin hacer mayores precisiones salvo remitirse al concepto de desplazado interno agregándole el factor medioambiental. Sin embargo, es de suma relevancia observar que al mencionar los sinónimos del término se incluye al refugiado medioambiental y al migrante medioambiental.

Ahora bien, teniendo en consideración las definiciones anteriores queda de

24 Esta definición se presentó en la Nonagésima cuarta Reunión del Consejo, documento de trabajo MC/INF/288 [en línea] <http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/evolving_global_economy_2728112007/MC_INF_288_EN.pdf>[consulta: 05 mayo 2013].

25 OIM. *ClimateChange and Migration: Improving Methodologies to Estimate Flows* [en línea] <http://reliefweb.int/report/world/migration-research-series-no-33-climate-change-and-migration-improving_methodologies> [consulta: 05 mayo 2013]. "persons or groups of persons who, for compelling reasons of sudden or progressive changes in the environment as a result of climate change that adversely affect their lives or living conditions, are obliged to leave their habitual homes, or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within their country or abroad" (Traducción propia)

26 Esta Red Europea de Migraciones es creada por decisión del Consejo el 14 de Mayo de 2008 (2008/381/CE). Para mayor información consultar el texto de la decisión en español en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008D0381:ES:HTML>

27 EMN. *Glosario 2.0 sobre Migración y Asilo* [en línea] <<http://emn.intrasoft-intl.com/Glossary/index.do#E>> [consulta: 05 mayo 2013].



manifiesto que le ha costado mucho a la doctrina llegar a un consenso. Para algunos realmente no existe un debate acerca de si estamos ante un refugiado o no, ya que para ellos carecería de sustento en el ámbito del derecho internacional de refugiados y, por ende, sería irrelevante.

Otros postulan que sí es posible utilizar la tipología refugiado ambiental pero lo hacen en términos muy amplios o bien restringiendo demasiado la situación por lo que solo se hace aplicable a algunas situaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede negar que los flujos migratorios masivos relacionados con el medio ambiente son reales por lo que es de suma urgencia llegar a una solución satisfactoria y promover la protección de estos individuos cuando sus propios Estados ya no son capaces de otorgarla.

A fin de graficar cuan verdadera y precaria es la situación he buscado algunos ejemplos que sean reconocidos por la comunidad internacional como flujos migratorios influenciados por el cambio climático. Cabe eso sí advertir que si bien no se les ha dado oficial reconocimiento como refugiados ambientales, la relevancia de estos casos no puede ser ignorada.

Dentro de los casos más comentados por la comunidad internacional son los de los pequeños Estados insulares que se encuentran en riesgo de desaparecer debido, principalmente, al aumento en el nivel de los océanos entendiéndose que ello trae como consecuencia un incremento de inundaciones y la erosión de la costa incluyéndose la barrera natural de corales que muchas de estas islas poseen. Por otro lado, la situación de estos Estados insulares se ve muy desmejorada si consideramos que ellos se encuentran a muy poca altura en cuanto al nivel del mar.

La comunidad científica se encuentra en consenso al determinar que los Estados insulares que poseen la característica antes señalada y se encuentran en riesgo de desaparecer son las Maldivas, las Islas Marshall, las islas Carteret en Papúa Nueva Guinea, Kiribati y Tuvalu, las islas del archipiélago de San Blas en Panamá y las islas del archipiélago de Sundarbans, localizado entre India y Bangladesh, donde ya se ha confirmado la desaparición de la inhabitada isla New Moore²⁸. De todos estos Estados los

28 LA NACIÓN. *El agua puso fin a una disputa territorial* [en línea] La Nación en Internet. 25 de marzo, 2010. <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1247082> [consulta: 07 mayo 2013].

que se encuentran en peor situación y ya han sonado la alarma son las Maldivas y Tuvalu.

El Presidente de las Maldivas Mohamed Nasheed decidió, en Octubre del 2009 realizar la reunión de su gabinete bajo el mar con la esperanza se graficar la gravedad de la situación por la que pasa su nación. En dicha reunión se firmó un acuerdo para reducir los niveles de carbono que emite la isla con el fin de lograr mantenerla "a flote". En palabras del Presidente Nasheed "Estamos tratando de enviar un mensaje, que el mundo sepa qué es lo que está pasando, y qué es lo que pasará con las Maldivas si el cambio climático no es contenido"²⁹.

En una situación bastante similar se encuentra el Estado de Tuvalu y existe el fundado miedo de que éste desaparezca. En la actualidad ya se pueden reconocer dos patrones de migración; una desde Tuvalu hacia Nueva Zelanda y Fiji, otro desde las islas periféricas hacia la capital Funabuti.

Además cabe destacar que el gobierno de Tuvalu ha logrado firmar un compromiso de migración con el gobierno de Nueva Zelanda el cual permite que 75 tuvaluanos anualmente migren desde Tuvalu a Nueva Zelanda. El problema que se ha presentado es que si bien no se puede negar que la mayoría de los individuos que hacen uso de esta cuota son personas que huyen de las consecuencias del cambio climático, ello no es el objetivo del acuerdo. El gobierno de Nueva Zelanda ha aclarado, por medio de su página gubernamental, que dicho acuerdo y cuota migratoria obedece a la política inmigratoria de Nueva Zelanda la cual "permite que un limitado número de individuos provenientes de los Países con Acceso al Pacífico (Países con cuota PAC: Fiji, Samoa, Tonga, Kiribati y Tuvalu) puedan obtener la residencia en Nueva Zelanda"³⁰.

Como se puede observar, los casos expuestos anteriormente grafican situaciones críticas donde, a pesar de los inmensos esfuerzos hechos por los gobiernos respectivos existe poca esperanza de que los efectos dañinos del cambio climático logren revertirse de una manera tal que permita a los nacionales de esos Estados mantener su hogar y

29 BBC NEWS. *Maldives cabinet makes a splash* [en línea] BBC News en Internet.17 de octubre, 2009. <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/8311838.stm>> [consulta: 07 marzo 2013]. "We're now actually trying to send our message, let the world know what is happening, and what will happen to the Maldives if climate change is not checked". (Traducción propia).

30 NEW ZEALAND MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE. *New Zealand's immigration relationship with Tuvalu* [en línea]<<http://www.mfat.govt.nz/Foreign-Relations/Pacific/NZ-Tuvalu-immigration.php>> [consulta 10 mayo 2013]. "allow for a limited number of people from Pacific Access Countries (PAC quota countries: Fiji, Samoa, Tonga, Kiribati and Tuvalu) to gain residency in New Zealand." (Traducción propia).



su manera de vida. La realidad es que estos Estados desaparecerán y en el intertanto sus nacionales deberán abandonar su lugar de origen y trasponer las fronteras del Estado y ello los convertiría en el mejor de los casos en verdaderos refugiados ambientales y en el peor escenario en apátridas en atención a que un elemento característico del Estado, como lo es su territorio físico, desaparecería.

Otro caso que es imprescindible señalar es lo que ocurre con los habitantes de Alaska, especialmente las tribus indígenas. Aquí el cuadro es similar a lo que ocurre con los Estados insulares en atención a que el cambio climático trajo como efecto el calentamiento global que provoca el derretimiento de los glaciales afectándose, de esta forma, a la superficie habitable de Alaska donde ya los residentes de la villa Yup'ikEskimo "se preparan para convertirse en los primeros refugiados por el cambio climático de Estados Unidos y abandonar sus hogares mientras la derretida capa de hielo subterránea se desvanece"³¹. A este caso, que es el último confirmado, se le suman las comunidades de Shishmaref, Kivalina, Shaktoolik y Newtok en la costa oeste de Alaska, todas ellas son comunidades indígenas que enfrentan la misma emergencia, ser desplazadas a otras tierras. En palabras de un habitante de Shishmaref "la única solución viable es que se relocalice a la comunidad a un lugar fuera de la isla, en el continente, y que sea accesible al mar"³² lo cual es esencial para que esta comunidad pueda mantener su autosuficiencia y su cultura.

4. Marco Jurídico: Buscando Respuestas

Como se ha podido observar de todo lo expuesto en los acápites anteriores las circunstancias en las que viven cientos de miles de personas en la actualidad es bastante precaria y urgente, quizás más aun lo correcto sería tildarla de desesperanzadora.

Es claro que los efectos del cambio climático son dañinos y afectan nuestro modo de vida, en el más leve de los casos, o lo liquidan, en el peor.

Los seres humanos que se han visto afectados ven desesperanzados como sus países van desapareciendo lentamente, en el caso de los Estados insulares, como la flora y fauna

31 REUTERS. *Deshielo en villas de Alaska* [en línea] La Jornada en Internet. 14 de marzo, 2010. <<http://www.jornada.unam.mx/2010/03/14/index.php?section=capital&article=027o1cap>> [consulta: 3 octubre 2013].

32 BRONEN, Robin. *Alaskan communities' rights and resilience* [en línea] Forced Migration Review, Inglaterra, n° 31, octubre, 2008. <<http://www.fmreview.org/climatechange.htm>> [consulta: 07 mayo 2013]. "The only viable solution is to relocate the community off the island to a nearby mainland location that is accessible to the sea." (Traducción propia)

que los ha hecho tan ricos va desapareciendo o, lisa y llanamente como su propia salud va deteriorándose, todas razones más que válidas que los llevan a migrar del lugar que habitan.

Sin embargo, a pesar de la comprobación empírica del problema el debate aún no ha logrado llegar a buen puerto en cuanto al factor humanitario, materia en la cual todavía existen demasiadas interrogantes como por ejemplo determinar a qué individuos afecta, cómo les afecta, qué los obliga a hacer, cómo se puede denominar el movimiento migratorio que resulta y, lo más importante cómo denominar a estos individuos para poder otorgarles protección internacional. Es esto último, precisamente, a lo que nos abocaremos en el presente acápite.

La realidad del asunto es que, si bien los Estados son los auténticos responsables de la seguridad de sus nacionales en muchos de los escenarios migratorios consecuencia del cambio climático, no es menos cierto que se puede afirmar que tales Estados se ven sobrepasados y ello nos lleva a la interrogante de quién será finalmente el encargado de proteger a estos individuos.

Así, antes de comenzar a dilucidar el problema, es menester hacer mención de una arista del Derecho Internacional que no puede ser ignorada en la búsqueda de una solución para este caso concreto, me refiero a las fuentes del Derecho Internacional. Este tema es relevante teniendo en consideración que en Derecho no existen vacíos o lagunas, ellas se manifiestan en cuanto no existe una normativa legal aplicable a un caso concreto pero no porque el Derecho carezca de respuestas pues, precisamente se contemplan varias fuentes del Derecho con el fin de que a insuficiencia de una las otras cumplan un rol supletorio permitiendo la resolución del caso concreto.

Respecto de las fuentes del Derecho Internacional es indispensable remitirnos al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia donde se realiza una enunciación de dichas fuentes, a saber:

"Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;



- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.³³

Como se puede observar este artículo reconoce como fuente del Derecho a los principios generales de derecho los que, a mi parecer, constituyen la mejor herramienta para suplir la falta de regulación convencional y consuetudinaria en esta materia, especialmente si se considera que dichos principios generales de derecho gozan de un doble contenido, comprendiendo tanto los principios jurídicos comunes a distintas legislaciones nacionales como aquellos propios del derecho internacional. De esta forma el abanico de principios generales de derecho que resultan aplicables a un caso concreto es bastante amplio y puede llegar a contemplar más de una solución viable.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin desmerecer la riqueza que puedan tener los ordenamientos jurídicos internos en cuanto a principios generales de derecho, me abocaré a ciertos principios generales de derecho internacional que resultan de gran relevancia para obtener una protección internacional de los individuos que se ven obligados a abandonar su lugar habitual de residencia en atención a los estragos causados por los efectos del cambio climático en el medio ambiente, en atención a que analizar de forma comparativa los ordenamientos jurídicos de los Estados es un esfuerzo que escapa la extensión de este trabajo.

Así cobra gran relevancia el Principio de igualdad y no discriminación en el goce de los derechos humanos, primordial a la hora de velar por la protección de estos individuos. Dicho principio se encuentra consagrado en la Carta de Naciones Unidas de 1945 en sus

33 NACIONES UNIDAS. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 1946 [en línea] <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/ijcstatute.php>> [consulta: 10 mayo 2013].

artículos 1 párrafo 3, 13 párrafo 1 letra B, 55 letra C y 76 letra C³⁴; y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 1 y 2³⁵.

Es en base a este principio que, a mi parecer, los Estados deben propender a la búsqueda de una solución para la situación de los individuos en comento ya que se puede apreciar, sin mayores esfuerzos, que los efectos que el cambio climático tiene en el medio ambiente cada día afectan más al desarrollo del ser humano y a su posibilidad de llevar una vida plena gozando de los derechos que le son inherentes como individuo de la especie humana.

A mayor abundamiento otro principio general que cobra gran relevancia es el que establece que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta de Naciones Unidas entendiéndose incluido en este principio que "todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos"³⁶. En virtud de este principio se puede sostener

34 "Artículo 1. Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión."

"Artículo 13.1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: b. fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión."

"Artículo 55. Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades."

"Artículo 76. Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el Artículo 1 de esta Carta, serán: c. promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo."

35 "Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

"Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía."

36 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, 24 octubre 1970, Resolución N° 2625 (XXV) [en línea] <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/25/ares25.htm>> [consulta: 10 mayo 2013].



que aun a falta de una convención específica que obligue al Estado a prestar ayuda y protección a estos individuos, dicho Estado estará obligado a auxiliario en atención a las obligaciones que éste haya contraído en el marco del Derecho Internacional que sean asimilables a la situación en comento.

Por otro lado y, a fin de complementar lo anteriormente expuesto, hay que advertir que una u otra respuesta que se otorgue dependerá de la denominación que se le dé al individuo. De esta forma debemos tener presente los conceptos que ya se han entregado, principalmente dos de ellos, el de "refugiado" y el de "desplazado interno" y contraponerlos a las situaciones específicas, de forma tal que podamos determinar cuál es el marco de protección que el Derecho Internacional le brinda al individuo que se encuentra en esta situación.

En consideración a lo expuesto en los párrafos anteriores se puede vislumbrar que existen dos posibles respuestas.

La primera opción se traduce en postular que es posible aplicar instrumentos internacionales ya existentes, como la Convención de Viena de 1951, siendo solamente necesaria una leve modificación a su concepto de refugiado para hacerlo aplicable a la situación en comento; o como los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos si se sostiene que estamos frente a un "desplazado interno por causas medioambientales" el cual en algunos casos, poseerá la especial característica de verse obligado a traspasar las fronteras del Estado del cual es nacional, convirtiéndose en objeto del Derecho Humanitario.

La segunda opción implicará denominarlos "refugiados ambientales" y sortear el problema del instrumento internacional que le otorgue protección a través de la creación de uno propio que se encuentre acorde con la situación.

4.1 Primera Postura: Utilizar instrumentos internacionales existentes

4.1.1 Aplicar la Convención de Viena de 1951

Como se había adelantado una de las posibilidades para otorgar protección a aquel individuo que puede ser denominado "refugiado ambiental" se basa en la viabilidad de reformar el concepto que la Convención de 1951 entrega de refugiado.

Extendiéndonos sobre este punto es necesario resaltar ciertos aspectos.

Por un lado la definición de refugiado convencional es bastante clara en cuanto hace referencia a situaciones específicas en las que debe encontrarse el individuo basadas solo en los motivos que en ella se enumeran³⁷.

Considerando lo anterior, de mantenerse la idea de ampliar la definición la única posibilidad sería incluir, expresamente, dentro de las causas de persecución que obligan al individuo a abandonar su país de origen, a la persecución ambiental, sin embargo, esto implicaría un arma de doble filo toda vez que para que dicha persecución se encuadre en la definición, ella debe provenir del Estado del cual el individuo es nacional, es decir, nos encontraríamos con el caso de que "sus gobiernos conscientemente retienen u obstaculizan la entrega de asistencia con el fin de castigar o marginalizar a alguno de estos individuos en virtud de una de las cinco causas que contempla la definición."³⁸.

Además hay que señalar que uno de los componentes esenciales de la definición de refugiado es el hecho que el individuo cruce la frontera del Estado del cual es nacional. Este requisito no se cumple en la mayoría de los casos de "refugiados ambientales", sin perjuicio de ello, no puede negarse que si los efectos nocivos del cambio climático le siguen ganando la batalla al ser humano, en un futuro no muy lejano, como se demostró con ejemplos en el acápite anterior la situación de ciertos Estados insulares tornará imperioso el abandono del Estado del que se es nacional antes de que éste desaparezca por completo. Sin embargo, esto no constituye la regla general por lo que lamentablemente no resulta subsumible la situación del "refugiado ambiental" a la del refugiado convencional.

37 "Artículo 1. Definición del término "refugiado",

A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él."

38 NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL. *Climate change: people displace* [en línea] <http://www.nrcfadder.no/arch/img.aspx?file_id=9913616> [consulta: 13 mayo 2013] p. 16. "their government has consciously withheld or obstructed assistance in order to punish or marginalize them on one of the five grounds in the definition." (Traducción propia)



Por otro lado debe considerarse que reformar la definición implica algo básico, la renegociación del texto de la Convención de 1951, ya que éste se encuentra redactado en base a un determinado concepto el cual de ser modificado conllevará, ineludiblemente, modificaciones en otros aspectos, al menos, en cuanto a procedimiento.

De todo lo expuesto se puede observar que la única respuesta posible es que la Convención de 1951 no puede ser aplicada a la situación del "refugiado ambiental".

4.1.2 Principios Rectores de los Desplazados Internos

Ante la imposibilidad que conlleva la aplicación de la Convención de 1951 de utilizarse el término "refugiado ambiental" cabe preguntarnos si estamos utilizando el termino correcto, quizás sería mejor referirnos a estos individuos como "desplazados internos por causas medioambientales" de forma tal que les sean aplicables los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos en su integridad.

Sin embargo, esta solución tampoco es la panacea ya que debemos considerar, primeramente, que en la actualidad los desplazados internos no cuentan con una protección convencional.

Además, claramente, de adherirse a esta solución solo lograríamos encontrar respuesta a la situación que viven las personas que se desplazan dentro de las fronteras de sus Estados ignorando a aquellos que saldrán de él.

Respecto del primer caso él ya se encuentra incorporado en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, específicamente en los principios 6 y 7³⁹ referidos a la protección contra el desplazamiento. Ellos expresan:

Principio 6: "1. Todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

39 OFICINA DE COORDINACION DE ASUNTOS HUMANITARIOS DEL LAS NACIONES UNIDAS. *Principios Rectores De Los Desplazamientos Internos* [en línea] <<http://www2.ohchr.org/english/issues/idp/GPSpanish.pdf>> [consulta: 13 mayo 2013].

2. La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos:

- a) basados en políticas de apartheid, "limpieza étnica" o prácticas similares cuyo objeto o resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada;
- b) en situaciones de conflicto armado, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas;
- c) en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial;
- d) en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y
- e) cuando se utilicen como castigo colectivo.

3. Los desplazamientos no tendrán una duración superior a la impuesta por las circunstancias."

Principio 7: "1. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilite alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia.

3. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes, se respetarán las garantías siguientes:

- a) la autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adoptará una decisión específica.



- b) se adoptarán medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento;
- c) se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados;
- d) las autoridades competentes tratarán de hacer intervenir a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento;
- e) las autoridades legales competentes aplicarán medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y
- f) se respetará el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes."

Si bien, los principios anteriores se enfocan desde una perspectiva preventiva, buscando evitar el desplazamiento arbitrario de población, no es menos cierto que el resto de los principios no realiza mayores distinciones, de hecho son bastante amplios en cuanto a los motivos del desplazamiento, por lo que, es perfectamente factible sostener su aplicación en cuanto a los "desplazados internos por causas medioambientales".

Como una forma de subsanar el problema que acarrea el hecho que la denominación utilizada solo se refiera a los desplazados internos podría acuñarse el término "desplazado medioambiental" de forma tal que le sean aplicables los principios de los desplazados internos, solo siendo necesario realizar unos ajustes menores, y siéndole aplicable la protección del Derecho Internacional Humanitario, mientras se sigue desarrollando el tema a través de investigaciones tendientes a obtener una convención de carácter universal que englobe ambas situaciones.

4.2 Segunda Postura: Crear una Convención especial

En este acápite quiero graficar el esfuerzo que han hecho algunos Estados para otorgar protección a los individuos que escapan de sus Estados de origen como consecuencia de desastres naturales.

Los ejemplos que posteriormente pasaré a ilustrar responden al reconocimiento que en ciertos círculos de la comunidad internacional se ha hecho sobre la existencia de

estas personas sin entrar en el debate de si ellos constituyen "refugiados ambientales" o "desplazados medioambientales" y sobre la necesidad de crear un instrumento especial que regule su situación y les otorgue protección.

De esta forma podemos observar la respuesta otorgada por Estados Unidos por medio del Acta Norteamericana sobre Nacionalidad e Inmigración de 1990 en la cual se contiene el "Estatus del Temporalmente Protegido" (TPS según su sigla en inglés Temporary Protected Status). En virtud de esta Acta se busca entregar un paraíso de protección para aquel individuo que legalmente no encuadra en la definición de refugiados pero que de todas formas se encuentra reacio a volver a una situación de riesgo una vez que ha logrado salir de las fronteras del Estado del cual es nacional.

Para obtener el TPS se exigen 3 requisitos copulativos, a saber:

"(i) En el Estado ha ocurrido un terremoto, inundación, sequía, epidemia u otro desastre medioambiental resultante en una sustancial, pero temporal, interrupción en las condiciones de vida en el área afectada,

(ii) el Estado extranjero no es capaz, temporalmente, de manejar adecuadamente la repatriación de *aliens* que son nacionales de él, y

(iii) el Estado extranjero solicita formalmente la designación"⁴⁰.

Sin perjuicio de lo atractivo que pueda parecer el acta en el papel ella conlleva una gran dificultad en cuanto a convertir el estado temporal en permanente como queda de manifiesto con "la situación precaria de decenas de miles de hondureños y nicaragüenses a quienes se les otorgó el TPS en atención a los efectos causados por el huracán Mitch en 1998"⁴¹.

40 Immigration and Nationality Act (última modificación Marzo 2004) [Estados Unidos de América], 27 Junio 1952, [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3df4be4fe.html>> [consulta: 13 mayo 2013] "(i) there has been an earthquake, flood, drought, epidemic, or other environmental disaster in the state resulting in a substantial, but temporary, disruption of living conditions in the area affected, (ii) the foreign state is unable, temporarily, to handle adequately the return to the state of aliens who are nationals of the state, and (iii) the foreign state officially has requested designation" (Traducción propia).

41 UNHCR. *Forced Displacement in the Context of Climate Change: Challenges for States Under International Law, 20 May 2009* [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a2d189ed.html>> [consulta: 13 mayo 2013]. "The precarious situation of tens of thousands of Hondurans and Nicaraguans who were granted TPS in the aftermath of Hurricane Mitch in 1998". (Traducción propia).



En la misma línea Suecia posee un acta similar que reconoce la existencia de otras personas distintas a los refugiados que requieren de ayuda y protección internacional como consecuencia de desastres medioambientales.

El Acta Sueca sobre *Aliens* de 2005, con su subsecuente modificación en 2006, en su capítulo 4 sección 2 establece que la persona que no siendo refugiado también requiere protección "es un *alien* que en otros casos distintos a los de la sección 1 se encuentre fuera del Estado del cual es nacional porque él o ella: 1. Siente fundado temor de sufrir la pena de muerte o ser sometido a castigos corporales, tortura u otro tratamiento o castigo inhumano o degradante, 2. Necesita protección a virtud de un conflicto armado interno o externo o, de otro conflicto severo en su Estado de origen, siente un fundado temor de ser sometido a serios abusos o 3. Se encuentra imposibilitado para volver a su Estado de origen debido a un desastre medioambiental"⁴².

Similares decisiones han adoptado Finlandia y Dinamarca, este último país "ha otorgado asilo humanitario a mujeres solteras y familias con niños pequeños provenientes de áreas donde las condiciones de vida son consideradas como extremadamente difíciles, por ejemplo a consecuencia de la hambruna o sequía"⁴³.

42 Aliens Act (2005:716) [Suecia], 2005, 31 March 2006. [en línea] <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=3ae6b50a1c&skip=0&query=aliens%20act%202005&coi=SWE>> [consulta: 13 mayo 2013]. "is an alien who in cases other than those referred to in Section 1 is outside the country of the alien's nationality, because he or she 1. feels a well-founded fear of suffering the death penalty or being subjected to corporal punishment, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment, 2. needs protection because of external or internal armed conflict or, because of other severe conflicts in the country of origin, feels a well-founded fear of being subjected to serious abuses or 3. is unable to return to the country of origin because of an environmental disaster." (Traducción propia)

43 UNHCR. *Forced Displacement in the Context of Climate Change: Challenges for States Under International Law, 20 May 2009* [en línea] <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a2d189ed.html>> [consulta: 13 mayo 2013]. "has granted humanitarian asylum to single women and families with young children from areas where living conditions are considered to be extremely difficult, for example due to famine or drought." (Traducción propia).

Conclusiones

Si bien la literatura existente respecto al nexo causal entre el cambio en el medio ambiente y los movimientos migratorios es contradictoria, a mi parecer es posible afirmar que el cambio climático por sí mismo no causa dichos movimientos ya que el clima ha variado siempre, sin embargo, lo que sí es relevante son los efectos del cambio climático que exacerban las vulnerabilidades ya existentes en determinadas zonas geográficas.

Así, tomando los elementos humanos (accidentes industriales y conflictos armados) y los elementos naturales relacionados con el cambio climático se postulan distintos escenarios de flujos migratorios: desastres hidrometeorológicos; zonas designadas de alto riesgo y peligrosas para ser habitadas por el gobierno respectivo; degradación del medio ambiente y lenta aparición de desastres; hundimiento de pequeños Estados insulares; conflictos armados provocados por la disminución de recursos vitales y desastres industriales.

Un punto relevante se refiere a la proliferación de tipologías respecto al individuo afectado y su consecuente conceptualización. Al respecto se debe recordar que el ser humano necesita nombrar las cosas para poder entenderlas y a su vez explicarlas, por ello el debate internacional se ha centrado, primordialmente, en determinar si es correcto utilizar el término "refugiado ambiental" o si se debe acuñar otro distinto.

Existe otra figura reconocida internacionalmente que se relaciona con los movimientos migratorios, tal es la del Desplazado Interno. Este desplazado interno se asemeja al refugiado en atención a las posibles razones que tienen para migrar pero se diferencian en lo que los caracteriza esencialmente a uno u otro, la permanencia en el Estado del que se es nacional, en el primero, y el cruce de las fronteras del Estado del que se es nacional, en el segundo.

Respecto de esto y después de revisar algunos de los conceptos esgrimidos por la comunidad internacional me inclino a pensar que resulta más adecuado referirnos a estos individuos como "desplazados medioambientales", de esta manera no caemos en la dicotomía de considerarlos refugiados, complicando la comprensión de la figura por no reconocerse en la mayoría de los casos una transposición de fronteras, ni tampoco los consideramos desplazados internos en atención a que tarde o temprano estos individuos se verán obligados a abandonar el Estado del que son nacionales y, si soy completamente sincera, a mi parecer esa realidad no es tan lejana como quisiéramos creer, sobre todo si mantenemos en nuestras retinas la situación de ciertas comunidades indígenas de Alaska



o de Panamá, la de los nacionales de Tuvalu o sin ir más lejos lo ocurrido en nuestro propio país en la ciudad de Chaitén.

Finalmente, en lo que respecta a la protección internacional que se le debe otorgar a estos individuos no puedo más que concluir que el problema radica en que la comunidad internacional carece de un instrumento internacional *ad-hoc* que se refiera al tema. Los instrumentos internacionales, sean universales o regionales, que existen en la actualidad son solo aplicables a la situación de refugiados "clásica", es decir, aquella que surge de los movimientos migratorios de individuos que trasponen las fronteras de los Estados con el fin de escapar la persecución que sufren dentro del Estado de que son nacionales por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

Como se puede observar dentro de esta realidad no existe cabida para aquellos individuos que se ven en la obligación de migrar de sus tierras y de sus Estados por razones medioambientales y, si se tratara de incorporar este aspecto mediante la modificación de los instrumentos existentes, a mi parecer se corre el riesgo de restar protección a los refugiados que ya son reconocidos por ellos en atención a que el proceso de reforma estará dictaminado por la discusión, entre los Estados de la comunidad internacional, de cada una de las cláusulas de dichos instrumentos y nada asegura que la protección actual no resultará afectada.

Considerando todo lo expuesto es que sostengo la necesidad de crear a la brevedad un instrumento internacional que reconozca la situación en la que se encuentran estos individuos y les otorgue la necesaria protección internacional a fin de que puedan continuar desarrollando su vida de forma plena, respetándoles los derechos humanos de los que son titulares por ser individuos de la especie humana.

Derechos de la Naturaleza en la Constitución Ecuatoriana

Rights of Nature in Ecuador's Constitution

Manolo Morales

Director Ejecutivo de Corporación ECOLEX,
Ecuador

Doctor en Jurisprudencia,
especializado en Derecho Ambiental y Agrario.
mmorales@ecolex-ec.org

RESUMEN

Existen varias maneras de orientar el tema de los derechos de la naturaleza, en función de nuestra relación como seres humanos con la Naturaleza, y desde el entorno jurídico mismo. En este sentido la actual Constitución de la República del Ecuador, inaugura un cambio en el modelo de desarrollo orientado hacia el "Buen Vivir o Sumak Kawsay"; y también es la primera Constitución en el mundo, que reconoce los derechos de la naturaleza en este nivel normativo.

Esta regulación constitucional, nos plantea una nueva relación entre la naturaleza y los seres humanos, tanto en lo espiritual, lo intangible, el cosmos, el tiempo, el territorio y la biodiversidad, así como define el ámbito del desarrollo. Es decir, que va más allá de lo que tradicionalmente las ciencias naturales reconocen como tal; se entiende a la naturaleza desde una perspectiva integral y holística como un sistema de sistemas, en el que existe una conexión intrínseca entre especies y ecosistemas, con sus funciones, estructuras, ciclos vitales y procesos evolutivos, que en definitiva hacen posible la vida. Hay quienes hablan de la Naturaleza como un patrimonio común de la humanidad, una herencia de nuestros antepasados y un legado para nuestros sucesores. Este significado implica un compromiso con las necesidades del presente así como las necesidades de generaciones futuras; en otras palabras, comprende un enfoque de equidad intergeneracional.

Palabras clave: Derechos de la Naturaleza, exigibilidad de derechos, Buen Vivir o Sumak Kawsay, legitimación activa, constitucionalización de derechos.



SUMMARY

There are several ways to guide the issue of the rights of nature, in terms of our relationship as humans with nature, and from the same legal environment. In this sense, the current Constitution of the Republic of Ecuador, inaugurates a change in the model-oriented development "Sumak Kawsay or Good Living" and also the first constitution in the world that recognizes the rights of nature in this policy level. This constitutional provision, we face a new relationship between nature and human beings, both in the spiritual, the intangible, the cosmos, time, territory and biodiversity, and define the scope of development. That is, it goes beyond what is traditionally recognized natural science as such is understood to nature in a comprehensive and holistic as a system of systems, in which there is an intrinsic connection between species and ecosystems, with their functions structures, life cycles and evolutionary processes that ultimately make life possible. Some talk of nature as a common heritage of mankind, a legacy of our ancestors and a legacy for our successors. This meaning implies a commitment to present needs and the needs of future generations, in other words, includes a focus on intergenerational equity.

Key words: Rights of Nature, enforceability of rights, Good Living or Sumak Kawsay, locus standi, constitutionalization of rights.

Introducción

Cuando hablamos de derechos de la naturaleza, es importante acordar lo que entendemos por Naturaleza; y en segundo lugar, si aceptamos la idea de que ésta tiene la misma consideración que los seres humanos en cuanto a derechos. Una vez entendido y asimilado este concepto innovador se presentan varios desafíos y oportunidades, nos queda la tarea de construir el camino hacia una justicia ambiental real, integral que incluya también a la naturaleza.

Existen varias maneras de orientar el tema de los derechos de la naturaleza, en función de nuestra relación, como seres humanos, con la Naturaleza y el mundo que nos rodea. Es una cuestión de ética ambiental que se debe analizar desde la óptica filosófica ya que las raíces de la crisis ecológica son fundamentalmente filosóficas¹.

Así pues, según el enfoque que se tenga, antropocéntrico, biocéntrico u holístico, éste ejercerá su influencia sobre el derecho.

El enfoque antropocéntrico sería aquel examinado desde la óptica del ser humano como centro del universo, donde el ambiente en general, es éticamente considerable en virtud de su valor extrínseco e instrumental para el bienestar de los seres humanos². El derecho ambiental estaría pensado desde esta perspectiva.

En contraposición estaría el enfoque biocentrista que pretende reivindicar el valor primordial de la vida, donde todo ser vivo merece respeto moral por sí mismo³. Se fundamenta en la complejidad de las relaciones entre las especies, la no discriminación y la cultura de lo vivo. El reconocimiento de los derechos de la naturaleza, encaja en esta visión holística del mundo que nos rodea, considerando a la naturaleza como sujeto de derecho.

1 OST en CRESPO PLAZA. *Ricardo Perspectivas futuras del derecho ambiental*. [en línea] <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictionario/07/lurisdictio_2003_12-28.pdf?Mobile=1&Source=%2Fpublicaciones%2FiusDictionario%2F_layouts%2Fmobile%2Fview.aspx%3FList%3D83f37f0d-ba59-46cf-a792-c8960bf96c26%26View%3D6bb51a28-b7ce-42a9-a2a2-77ce96390a24%26RootFolder%3D%252Fpublicaciones%252FiusDictionario%252FDocuments%252F07%26CurrentPage%3D1>. USFQ- Biblioteca. [consulta: 4 octubre 2013] p. 12.

2 LÉRTORA M., Celina A. *Ética ambiental Diccionario del pensamiento alternativo ii* [en línea] <<http://www.cecies.org/articulo.asp?id=> [consulta: 3 octubre 2013]

3 Ver *Carta Mundial de la Naturaleza o Carta de la Tierra* [en línea] <<http://www.earthcharterjordan.org/esp/text.html>> [consulta: 18 octubre 2013]



Esto sin lugar a dudas nos pone frente a un cambio de paradigma legal, porque el análisis que hacemos sobre los bienes o sobre los elementos de la naturaleza, de acuerdo a la corriente civilista, es que las únicas personas sujetos de derecho son las naturales y jurídicas, es decir los seres humanos y las corporaciones o las compañías; es decir que los actos y contratos, así como el ejercicio de derechos, están dados para estas personas. Pero la Constitución de la República del Ecuador reconoce esos derechos para una persona que no es humana y que no es ficticia, es decir que no es persona natural ni jurídica, entonces se trata de una tercera persona sujeto de derechos.

Esto supone la construcción de una juridicidad apropiada para el ejercicio y defensa de estos derechos, en el entendimiento que el tercer sujeto de derechos de acuerdo al art. 71 de la Constitución, va a recibir la protección del sistema jurídico.

También supone analizar lo que decía Godofredo Stutzin en el año 1977, cuando escribió el artículo de "La naturaleza de los derechos y los derechos de la naturaleza", para entender la doble personalidad del derecho ambiental, justamente para diferenciar que el derecho ambiental fue concebido y desarrollado para la protección de los derechos ambientales de los seres humanos; pero cuando desarrolló su ensayo sobre derechos de la naturaleza, se analiza que hay otro nivel dentro del derecho ambiental, que son los derechos de la naturaleza, que no necesariamente tiene que ver con los problemas ambientales de los grupos humanos.

La nueva Constitución de la República del Ecuador, inaugura un cambio en el modelo de desarrollo orientado hacia el "Buen Vivir o Sumak Kawsay"; esta es la primera Constitución en el mundo, que reconoce los derechos de la naturaleza en este nivel normativo.

Además, se establece una equivalencia entre Naturaleza y Pacha Mama "de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia"⁴, lo que significa que tiene un valor social y cultural, conforme a los distintos saberes ancestrales y andinos, que incorpora a la naturaleza y a los seres humanos, en sus relaciones con lo espiritual, lo intangible, el cosmos, el tiempo, el territorio y la biodiversidad.

Es decir, que va más allá de lo que tradicionalmente las ciencias naturales reconocen

4 ESTADO DE ECUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. Preámbulo Constitución de la República del Ecuador. R.O. No. 449 del 20 de octubre de 2008.

como tal; involucra relaciones entre los seres vivos en la naturaleza con lo sagrado y lo ritual, que es parte de su cosmovisión, identidad e integridad⁵. Se entiende a la naturaleza desde una perspectiva integral y holística como un sistema de sistemas, en el que existe una conexión intrínseca entre especies y ecosistemas, con sus funciones, estructuras, ciclos vitales y procesos evolutivos, que en definitiva hacen posible la vida. La naturaleza, concebida como el funcionamiento mismo del sistema vivo del planeta tierra, abarca seres vivos e inertes, atmosfera, océanos, montañas, la superficie terrestre, la biosfera, y la antropósfera; todos los cuales están interrelacionados entre sí.

Hay quienes hablan de la Naturaleza como un patrimonio común de la humanidad, una herencia de nuestros antepasados y un legado para nuestros sucesores. Este significado implica un compromiso con las necesidades del presente así como con las necesidades de generaciones futuras; en otras palabras, comprende un enfoque de equidad intergeneracional.

En definitiva, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho es uno de los logros más importantes, no solo para el país, sino para el mundo por el precedente que significa para el constitucionalismo universal, y como un desencadenante fundamental en la defensa de la naturaleza.

1. Marco normativo

Este es el contexto en el que la naturaleza viene a ser considerada sujeto de derecho, por lo que hay que resaltar, que además del valor intrínseco que tiene la naturaleza por sí misma, el reconocimiento de estos derechos es una afirmación que estamos frente a un derecho que evoluciona para solventar necesidades urgentes y globales.

El calentamiento global da prueba de que el cambio climático es real. Así como el aumento del nivel y de la temperatura del mar, cambios en la capa de nieve y suelo helado, aumento de la frecuencia e intensidad de los fenómenos meteorológicos extremos, peligro de extinción de numerosas especies animales y vegetales, efectos sobre la agricultura y el sector forestal, e inminentemente impactos sobre la salud humana.

Por todo ello se insiste en forjar el cambio de modelo de desarrollo, que se debe perseguir de manera integral y coordinada, como un enfoque común a leyes, políticas,

5 ECOLEX. *Derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana*. s/p.



medidas económicas y sociales; encaminadas a la conservación de las especies y ecosistemas, la prevención de daños e impactos ambientales y, en definitiva al control de las actividades humanas que repercuten en la integridad de la naturaleza.

Los derechos de la naturaleza, son una manifestación del reconocimiento al derecho de existir o valor de existencia. Podemos decir que el fin último del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho es forjar un cambio en la cultura, en los valores de la sociedad, en definitiva, en los hábitos de las personas, que nos permita vivir en armonía con todas las formas de vida.

Este es el contexto en el que la naturaleza viene a ser sujeto de derechos, los mismos que son posteriormente desarrollados en el Título II, Capítulo Séptimo, del Artículo 71 al 73. Los derechos tutelados son⁶:

- a.- El respeto integral a su existencia.
- b.- El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura funciones y procesos evolutivos.
- c.- La restauración de los ecosistemas y elementos constitutivos, cuando los anteriores derechos han sido vulnerados.
- d.- Los demás derechos fundamentales que establece la Constitución, en lo que sean aplicables.

Todo ello, sin perjuicio de la obligación de indemnizar a los individuos o colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados.

En el campo de lo legal, es necesario más que un proceso de instrumentalización jurídica⁷, un proceso de aplicación y efectividad de los Derechos de la Naturaleza.

Los instrumentos de protección con que cuentan los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución: principios, derechos y deberes o garantías constitucionales, deben entenderse como garantías básicas que a nivel nacional se deberán observar.

6 Ver: Art.10, 71-73 CRE, 2008.

7 ECOLEX. Op. Cit.

Luego, todo instrumento de política, planificación o de carácter normativo, así como toda actividad o proyecto, deberán observar estos preceptos indispensables para asegurar su capacidad de recuperación y mantenimiento. Aquellos instrumentos complementarios creados por las instituciones públicas del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, que establezca una política o estrategia de intervención sobre el territorio, así como los planes de desarrollo y de regulación del suelo, a nivel nacional, regional, provincial, cantonal o distrital, en ningún caso podrán ser menos estrictos que las garantías básicas y los estándares mínimos previstos.

Estos instrumentos públicos deberán incluir los medios que permitan manejarlos de manera preventiva y además recoger las percepciones de las personas y comunidades que habitan en el ecosistema afectado.

Otro tipo de instrumentos de protección ambiental son las investigaciones científicas que permitan conocer el estado actual y las necesidades de los ecosistemas y toda información que se genere en esta materia, que resultan indispensables para una adecuada planificación y gestión pública. Así mismo, los estudios de impacto ambiental y las evaluaciones de impacto ambiental, regidas por el principio de prevención y precaución.

2. Legitimación y representación de la naturaleza

Si bien es cierto que el hecho de que la naturaleza sea sujeto de derechos, legitima su acceso a la justicia en función de sus propios intereses; esta legitimidad de acceso a la justicia solo es posible a través de guardianes o representantes de la misma, a través de la legitimación activa y la acción pública (Art. 397 nº 1; Art. 439 CRE).

La legitimación activa significa que hay una corresponsabilidad de toda persona, comunidad, pueblo y nacionalidad, para exigir y demandar el cumplimiento de los derechos de la naturaleza, sin tener que demostrar un derecho subjetivo o un interés procesal. La legitimación activa es pública y abierta, sin perjuicio del reconocimiento de la indemnización de daños y perjuicios y compensaciones para los directamente afectados que dependen de los ecosistemas naturales⁸. Es obligación del Estado proteger el pleno ejercicio de los derechos de la naturaleza a través de sus instituciones y funcionarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

⁸ HERNÁNDEZ R., Patricio. *Propuesta de desarrollo conceptual y legislativo de mecanismos constitucionales de justicia ambiental*. Quito, Ecuador: Corporación de Gestión y Derecho Ambiental, ECOLEX 2011, p. 41.



La legitimación activa en materia ambiental va acompañada de la aplicación en el proceso de una serie de principios complementarios, propios de este campo de pensamiento jurídico. Para aplicar los derechos de la naturaleza se deben observar los siguientes principios establecidos en la Constitución:

2.1 Principio de la Mejor Tecnología

Este principio se encuentra en los artículos 15 y 413 de la CR. Involucra a toda actividad económica productiva, así como conductas de consumo responsable. La tecnología que se utilice en los procesos productivos debe garantizar que no habrá impacto ambiental o al menos disminuir drásticamente los efectos en el medio en el que se llevan a cabo.

2.2 Principio de Transversalidad

En cuanto a la transversalidad implica que sus valores, principios y normas contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, estén presentes en todo el ordenamiento jurídico y deben ser observados en toda decisión política. Su escala de valores llega a influir necesariamente en todas las ramas del Derecho. En la Constitución este principio está contenido en el artículo 395 numeral segundo.

2.3 Principio de Progresividad y Complementariedad

Ninguna norma que se adopte para la protección de los derechos de la naturaleza podrá ser interpretada como regresiva o que implique una menor protección al medio ambiente frente a normas preexistentes. Este principio consta en el art. 397 de la CR.

2.4 Principio de Acceso a la Información

La información sobre el estado de la naturaleza y sus elementos constitutivos es pública, y el Estado garantiza la generación de la misma y el libre acceso de todos los ciudadanos. Este principio consta en el art. 18 numeral 2 de la CR.

2.5 Principio de Responsabilidad Objetiva

Es una excepción en materia procesal a la regla de "no hay responsabilidad sin culpa", cambiándose en este caso a la regla de que "no hay daño sin responsabilidad". La responsabilidad se hace efectiva mediante la reparación o restauración plena de los daños

causados, aunque no haya dolo o culpa. Esto, además de las sanciones que correspondan y la obligación de indemnizar a las personas o colectivos afectados directamente. Este principio consta en el art. 396 de la CR.

2.6 Principio de participación

La participación ciudadana se aplica obligatoriamente a toda actividad o decisión que pueda afectar positiva o negativamente al ambiente, antes, durante y después de su ocurrencia. Los mecanismos indispensables para que suceda la participación efectiva son el libre acceso a la información y la consulta previa informada. Este principio consta en los arts. 395, numeral 3 y 398 de la CR.

2.7 Principio indubio pro natura

Este principio es aplicado cuando exista duda sobre el alcance de las normas ambientales. En este caso dichas normas se aplicarán en el sentido más favorable a la naturaleza. Este principio consta en el art. 395 numeral 4 de la CR.

2.8 Principio contaminador pagador

Este principio es entendido como la obligación de quien es responsable de una actividad que produce contaminación, de asumir los costos de la prevención y reparación de los daños que pueda provocar; bajo el marco constitucional ecuatoriano, incluso la restauración de acuerdo al art. 72 de la CRE. Este principio consta en el artículo 396 de la Constitución.

2.9 Principio de prevención

La adopción de medidas que eviten el riesgo ambiental de manera obligatoria en cualquier actividad, es lo que dispone este principio. En la Ley Suprema este principio se encuentra consagrado en el artículo 396.

2.10 Principio de precaución

El principio de precaución o precautorio difiere del principio de prevención, anteriormente anotado, ya que este principio se refiere a las medidas que deben tomar las autoridades estatales ante daños ambientales, incluso sin la certeza científica. La incertidumbre sobre el impacto ambiental que pueda causar una actividad, privilegia el



valor del derecho a un ambiente sano, frente a un interés particular de quien o quienes promueven la actividad. Este principio consta en el art. 396 de la CR.

2.11 Principio de subsidiariedad

La actuación del Estado Central y Gobiernos Autónomos Descentralizados en cuestiones de competencias ambientales, debe ser de manera supletoria en salvaguarda del ambiente. Se basa en el criterio de intervención supletoria del Estado Nacional en los asuntos que no pueden ser atendidos por los gobiernos locales. Sin embargo alcanza también a los particulares cuando no asumen su responsabilidad sobre los efectos que causan sus actuaciones sobre el ambiente. El artículo 397 de la CR abarca este principio.

2.12 Inversión de la carga de la prueba

De acuerdo a este precepto ambiental la carga de la prueba recae sobre la persona natural o jurídica acusada de causar daños o riesgos ambientales. Así se pretende evitar que el denunciante enfrente las dificultades técnicas, económicas o de otro orden que encierra la demostración del nexo entre causa y efecto en la generación de un riesgo o daño ambiental. El principio se fundamenta en el régimen de responsabilidad objetiva que de acuerdo con la Constitución opera frente a daños ambientales, tal como consta en el artículo 391 numeral 1.

Conclusiones

Para comprender esta nueva dimensión en derechos, tomemos en cuenta lo que dice artículo 71 de la Constitución ecuatoriana, que se refiere a la naturaleza como aquella "donde se reproduce y realiza la vida", esto es absolutamente importante porque se reconocen estos derechos desde dos grandes ámbitos: uno, derecho al respeto integral de su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales; y dos, "a mantener su estructura, sus funciones y sus procesos evolutivos"; es decir, entendemos que ese incorporan estos dos grandes ámbitos, el de existir y el de funcionar; igual en que en los humanos, desde que nacemos, el derecho a la vida propiamente dicho, y la trayectoria a lo largo de la vida; y a la naturaleza se le reconoce exactamente eso. Si bien es un parangón antropocentrista, son estos dos ámbitos los que están presentes en la vida de los seres.

En suma, la legitimidad procesal y la legitimidad activa están dadas, y por tanto cualquier persona debe y puede intervenir, actuar, interponer acciones, o peticiones. El rol de un Defensor de la Naturaleza y el Ambiente, que esperamos se cristalice a partir de lo prescrito en la Constitución (art. 399 de la CR), será importante, pero sobre todo le compete a la población ejercer esos derechos a favor de la naturaleza.

Es fundamental analizar el segundo inciso del artículo 71 de la CR, por un elemento al final que dice: "para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución", si bien dice: "en lo que proceda", la concordancia está en el art. 11 de la misma Constitución, cuyos numerales 3,4,5 y 8 de ese artículo, refuerzan los derechos de la naturaleza, ya que en el numeral 3, se establece que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo judicial", estamos hablando del gran Título y Capítulo de Principios y Aplicación de Derechos, que son los que invoca el segundo inciso del 71, todo esto pensando en que ya podemos y ya debemos interponer acciones legales en favor de la naturaleza.

El segundo inciso del mismo numeral 3, continúa: "para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley", y el numeral 4 dice: "ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales". Se mencionan estas concordancias porque seguramente se pretenderá desvalorizar o reducir el alcance de los Derechos de la Naturaleza, subsumiéndolos como parte de los derechos humanos ambientales, o como parte de otra Ley que regula comportamientos humanos.



Por ello, debemos tomar en cuenta que cuando el artículo 73 establece que “El Estado aplicará medidas de precaución restricción para las actividades que puedan conducir a: extinción de especies, destrucción de ecosistemas, alteración permanente de los ciclos vitales”, está instruyendo a los Operadores de Justicia a tomar medidas en este sentido.

Ya en 1983 el mundo reconoció a la naturaleza estos niveles de protección⁹, y se abogó en ese instrumento internacional por el respeto a la naturaleza y a no perturbar sus procesos esenciales; no solo pensando en la extracción de recursos naturales, sino incluso en guerras u otros actos de hostilidad que podrían poner en peligro los ecosistemas. También reconoce esta Carta, que un mecanismo de proteger la naturaleza es declarar áreas de conservación, por tanto cuando en la Constitución ecuatoriana, se establece que por excepción (art. 407 de la CR), sobre esas áreas de conservación (que tienen esta finalidad de proteger los derechos de la naturaleza) pueden hacer extractivismo, hay un contrasentido.

Es importante afianzar los mecanismos de exigibilidad ambiental para la defensa de los derechos de la naturaleza y una verdadera aplicación de los mismos. Por parte de los Operadores de Justicia iniciar las acciones que le corresponden o sancionar en las materias a su cargo, observando los derechos de la Naturaleza cuando corresponda.

En el caso de la sociedad civil, conocer los derechos de la naturaleza es el primer paso, para exigir a los Operadores de Justicia que atiendan las acciones y peticiones de tutela, e ir sentando jurisprudencia.

En este sentido, es estratégico obtener casos emblemáticos para visibilizar y posicionar los temas ambientales en la sociedad, de manera que se obtenga un reconocimiento de la necesidad de involucrar estos temas en la cotidianidad del devenir social, pues solo de esta manera los derechos de la naturaleza estarán vivos.

9 La Carta Mundial de la Naturaleza aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1983, establece algunos principios, y afirmaciones previas: a) “Toda forma de vida es única y merece ser respetada cualquiera que sea la utilidad que tenga para el hombre (no había el enfoque de género en ese tiempo) y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco el hombre a de guiarse por un código de acción moral”, y, b) “El hombre por sus actos, por las consecuencias de éstos, dispone de los medios para transformar a la naturaleza y agotar sus recursos y por ello debe reconocer cabalmente la urgencia que reviste mantener el equilibrio y la calidad de la naturaleza y conservar los recursos naturales”.

Elementos para una adecuada implementación de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT

Elements for proper implementation of indigenous consultation ILO Convention 169

Sebastián Rogers Bozzolo

Universidad de Chile, Chile

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diplomado en Derecho Público Económico por la Universidad de Chile, Investigador del Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA. rogers.sebastian@gmail.com

Andrea López de Maturana Castillo

Universidad de Chile, Chile

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, cursando Diplomado de Recursos Naturales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. alopezdematurana@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analiza algunos aspectos fundamentales en la Propuesta de Reglamento de Consulta Indígena presentado por el Gobierno y sometida a consulta a los Pueblos Indígenas, buscando regular de esta manera el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente cada vez que una medida administrativa o legislativa sea susceptible de afectarlos directamente, según dispone el Convenio 169 de la OIT. El estudio busca otorgar lineamientos que sean adecuados a la realidad de Chile para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales suscritas por Chile, para lo cual se tiene a la vista la experiencia comparada de Perú en esta materia.

Palabras clave: Pueblos Indígenas, Consulta, Convenio 169, Derechos Humanos, Participación.



SUMMARY

This article discusses some fundamental aspects of the Regulation of Indigenous Consultation's Proposal presented by the Government, in consultation with Indigenous People, seeking thereby to regulate the right of indigenous peoples to be previously consulted whenever an administrative or legislative action is likely to affect them directly, as provided Convention 169 of the ILO. This paper seeks to provide guidelines according to the reality of Chile, in order to comply with Chile's international obligations, for which purpose we are analyzing the comparative experience of Peru in this area.

Key words: Indigenous People, Consultation, 169 Convention, Human Rights, Participation.

Introducción

La entrada en vigencia del Convenio N° 169 constituyó uno de los hitos más importantes en el desarrollo de la institucionalidad indígena en Chile. Luego de la ratificación del Convenio 169, el 15 de septiembre del año 2008, hubo un periodo de vacancia legal de un año en el cual el Gobierno elaboró el Decreto Supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación que reglamentó el artículo 34 de la Ley N° 19.253. Mediante este reglamento, se pretendió dar cumplimiento tanto al deber de consulta estatal a los pueblos indígenas y tribales respecto de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, como al derecho de participación formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas regionales y nacionales que puedan afectarles. Este decreto se promulgó el 4 de septiembre de 2009 y entró en vigencia tras su publicación en el Diario Oficial el 25 de septiembre del mismo año, a poco más de una semana de que comenzara a regir plenamente el Convenio en Chile.

Sin embargo, el Decreto Supremo N° 124 del año 2009 de MIDEPLAN se aleja gravemente de los objetivos y estándares fijados por el Convenio 169 (al cual debía precisamente apoyar mediante el establecimiento de un procedimiento efectivo de consulta a los pueblos indígenas) pues restringe, a través de diversas disposiciones, los derechos y estándares fijados por éste.

Por lo tanto, al día de hoy el proceso de consulta indígena carece de una regulación clara y adecuada que permita al Estado cumplir con sus obligaciones internacionales. Lo anterior no solo resulta fundamental en cuanto principio básico del derecho, sino que además es un requisito indispensable para que los Pueblos Indígenas y Tribales vean protegidos parte de sus derechos históricamente violentados, y para que el sector empresarial cuente con un mayor grado de certeza y seguridad jurídica al momento de llevar a cabo sus proyectos de inversión. Una regulación del proceso de consulta indígena respetando los parámetros y estándares del Convenio resulta fundamental para responder a las expectativas e inquietudes de estos tres distintos actores y para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile.

Es por ello, en un esfuerzo de entregar elementos que contribuyan a la discusión para la elaboración de un reglamento de consulta indígena, realizaremos un análisis crítico de la Propuesta de Reglamento de Consulta Indígena presentado por el Gobierno



con fecha 8 de agosto de 2012¹, teniendo a la vista la experiencia comparada de Perú² en esta materia, para esbozar lineamientos que sean adecuados a la realidad de nuestro país y que den cumplimiento al Convenio.

Antes de analizar el contenido de la propuesta normativa del Gobierno, es necesario recordar la necesidad de que tal reglamento sea consultado previamente con los pueblos indígenas del país y contemplar los requisitos esenciales de la consulta establecida en el Convenio. El Convenio N° 169 es un tratado de derechos humanos, y "como tal, es autoejecutable conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución. De este modo, las normas sobre participación que consagra el Convenio forman parte del ordenamiento interno de nuestro país"³, por lo tanto, siendo el reglamento de consulta indígena una medida administrativa que afecta directamente a los pueblos indígenas, resulta esencial efectuar una consulta sobre la consulta que cumpla con los estándares del Convenio. Existe unanimidad en lo que dice relación con la necesidad de que el mecanismo de consulta sea consultado. El modelo puede ser de alta perfección técnica pero aún en ese evento, el primer cuestionamiento que surge es la realización por parte del Estado de una consulta sobre la consulta.

1. Marco normativo y objeto del reglamento propuesto

La Propuesta de Gobierno para una Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena, de conformidad a los Artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la OIT (en adelante "la Propuesta") restringe la consulta, como lo indica la propia nomenclatura utilizada para identificar el reglamento, únicamente a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169. Sin embargo, la consulta es la piedra angular de este instrumento internacional y se encuentra presente a lo largo de todo el texto. De esta forma, la participación y consulta indígena se encuentran en los artículos 2°, 6°, 7°, 15°, 22°, 23°, 27° y 28°, por lo cual posee fundamentos más amplios que solo los señalados en los artículos 6° y 7° del Convenio.

1 Propuesta de Gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° Y 7° del Convenio N° 169 de la OIT. [en línea] <<http://www.conadi.gob.cl/images/doc-consulta/consulta2012/Propuesta%20Nueva%20Normativa%20rev%20final%2008-08-2012.pdf>> [consulta: 9 octubre 2012].

2 Decreto Supremo No. 001-2012-MC Reglamento de la Ley N° 29.785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

3 MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile". *Estudios Públicos*, 2011, N° 121, p. 190.

El artículo 1° de la Propuesta, que establece el objeto del reglamento, señala que tendrá por finalidad regular los procesos de consulta indígena por parte de los órganos de la Administración del Estado de acuerdo al Convenio N° 169 de la OIT. Directamente relacionado con este objeto, el artículo 11° de la Propuesta determina las fuentes del proceso de consulta indígena, señalando que éstas se inspiran en los principios contemplados en el Convenio N° 169. Dicho lo anterior, concluimos que la Propuesta se circunscribe únicamente a lo dispuesto en el Convenio N° 169.

Sin embargo, la consulta a los pueblos indígenas y tribales se encuentra también regulada en otros instrumentos internacionales, los cuales han sido aprobados por Chile y se encuentran vigentes, como es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007. En efecto, si bien las declaraciones de Naciones Unidas tienen el valor de recomendaciones y no son una fuente formal de derecho internacional, la Declaración de la ONU es totalmente compatible con el Convenio N° 169 e incluso se refuerzan mutuamente, como lo ha señalado la OIT⁴. Este punto no deja de ser discutible, ya que la Declaración establece que el propósito de las consultas a los pueblos indígenas es lograr su consentimiento previo, libre e informado. En efecto, su artículo 19° dispone:

"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado."

En nuestro caso, Chile suscribió la Declaración por lo que ésta refuerza lo dispuesto en el Convenio N° 169 en su aplicación dentro del territorio nacional, sin embargo, las Declaraciones suscritas por los países tienen el valor de recomendaciones y carecen de la fuerza vinculante de un tratado internacional. A pesar de ello, existen adicionalmente varios tratados internacionales de derechos humanos de carácter general, de los cuales Chile también es parte, y que contienen normas que regulan la consulta o contienen normas en este sentido, tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. *Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT*. 2009, p. 5.



Atendido que el artículo 35° del Convenio, que dispone que "la aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos internacionales", creemos que tanto el artículo 1° y 11° de la Propuesta (los cuales fijan el marco normativo y las fuentes inspiradoras del reglamento) debiesen contemplar todos los instrumentos y fuentes que desarrollan y fundamentan el deber de consulta y que, por lo demás, son vinculantes y obligatorios para Chile. En este sentido, resultaría adecuado tener a la vista la normativa peruana en la materia, por cuanto el artículo 1.4 del Reglamento de Consulta Previa de Perú, al establecer que el Viceministro de Interculturalidad tomará en consideración la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, da debido cumplimiento al artículo 42° de la Declaración que establece que "los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración".

2. La consulta y los derechos humanos de los pueblos indígenas

Uno de los puntos a destacar de la propuesta, es que añade un concepto innovador de la consulta, en relación al Decreto Supremo N° 124. A diferencia del Decreto Supremo N° 124 que considera la consulta como el medio a través del cual los pueblos indígenas puedan expresar su opinión, el nuevo artículo 2 señala:

"Para los efectos de este reglamento, la consulta es un proceso de diálogo y búsqueda de acuerdos de beneficio mutuo a través de los mecanismos que este reglamento establece, entre los pueblos indígenas interesados y los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4°."

Si bien consideramos que esta innovación importa un avance importante en cuanto al contenido de dicho concepto, creemos que aún carece de precisión en virtud de los siguientes argumentos:

En primer lugar, si bien la consulta es un proceso, antes que todo constituye un derecho contenido en un tratado internacional de derechos humanos que está establecido en beneficio de los pueblos indígenas, lo cual creemos debiese estar recogido y reconocido en el nuevo reglamento. Respecto a la definición propuesta, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, observa que se asimila el proceso de consulta a una negociación de ventajas mutuas entre sujetos

privados, olvidando que la esencia del derecho a la consulta a los pueblos indígenas se encuentra en los derechos humanos. Agrega que es fundamental ampliar la definición para enfatizar “la esencia de la consulta previa como norma de derecho público, cuyo marco, punto de partida y finalidad son los derechos humanos de los pueblos indígenas y su salvaguarda ante las decisiones estatales”⁵. Es decir, una correcta definición de consulta indígena debiese reconocer que tanto el proceso de consulta como los acuerdos logrados a través de él deben garantizar en todo caso el debido respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, este derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente sus derechos debe ser realizado de forma previa, por lo que creemos que el carácter previo de la consulta debiese incorporarse en la conceptualización de ésta y no únicamente como principio inspirador. El carácter previo es de la esencia de la consulta, por lo que su exclusión disminuye el estándar impuesto por el Convenio. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, ratificó el carácter previo que debe tener la consulta, al enumerar las reglas que ésta debe cumplir para ajustarse a los estándares del Convenio⁶.

5 ANAYA, James. *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación al documento titulado: 'Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo'*. [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/special-reports/comentarios-a-la-propuesta-del-normativa-de-consulta-chile>> [consulta: 4 octubre 2013] párrafo 32.

6 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007., párrafo 134: “la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”.



3. Ámbito de aplicación de la Propuesta

Respecto al ámbito de aplicación la Propuesta, el artículo 4^{o7} es idéntico al cuestionado artículo 4^o del Decreto Supremo N° 124. Nuevamente este artículo excluye a las municipalidades y empresas del Estado de su ámbito de aplicación, mientras que el Convenio N° 169 plantea el derecho a la consulta en sentido genérico respecto de medidas legislativas y administrativas, aplicándolo por ende a los entes colegisladores y a la actividad de todos los órganos integrantes de la administración del Estado (centralizada, descentralizada, concentrada y desconcentrada). En caso que el elemento que determine la aplicación o no de la consulta sea el órgano del cual emana la medida, como sucede actualmente en Chile, se generan diversos problemas.

En primer lugar, se corre el riesgo de dejar fuera diversos órganos que forman parte del Estado, como es el caso de las municipalidades –las cuales son órganos constitucionalmente autónomos– pero que siguen formando parte del Estado.

En segundo lugar, surge un problema con los órganos cuyo estatuto es de derecho privado pero que ejercen función pública, llamada también “la administración invisible”. El profesor Jorge Bermúdez explica respecto a este punto que “la Administración invisible goza de personalidad jurídica, sin embargo esta es de Derecho Privado y no forma parte de la Administración del Estado, sin que pueda considerarse un órgano del Estado”⁸. En virtud del artículo 1^o inciso segundo de la Ley N° 18.575, agrega Bermúdez que:

“Desde la perspectiva del Poder Ejecutivo (Administración Pública), los órganos en que se descompone son aquellos que forman parte de la Administración del Estado, y dentro de éstos no se encuentran las personas jurídicas de Derecho Privado en que el Estado tiene aporte.”⁹.

7 Propuesta Gobierno, “Artículo 4^o.- Órganos a los que se aplica el presente reglamento: El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos del cumplimiento de la obligación a que se refiere el artículo 1^o precedente, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento.”

8 BERMUDEZ SOTO, Jorge. “Roles del Consejo de Defensa del Estado en la Protección del Medio Ambiente: Acción Ambiental y Recurso de Protección en Materia Ambiental”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, 1999, XX, p. 260.

9 *Ibid.*

Respecto de la administración invisible, ¿procede llevar a cabo la consulta indígena en los términos del Convenio? Resulta particularmente relevante el caso de la Corporación Nacional Forestal (CONAF), la cual es una corporación de derecho privado pero ejerce funciones públicas. La CONAF no forma parte de la administración del Estado en los términos del inciso segundo artículo 1º de la Ley Nº 18.575¹⁰, ni tampoco se encuentra incluida dentro de los órganos de la administración a los cuales les sería aplicable la nueva propuesta normativa del Gobierno. Siguiendo la lógica del artículo 4º del nuevo reglamento, quedan excluidas de la consulta indígena todas las medidas que adopte CONAF, como puede ser un plan de manejo o por ejemplo un plan para reforestar Rapa Nui, sin embargo, CONAF ejerce potestades públicas por lo que a nuestro entender dicta medidas administrativas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas. Por lo tanto y de acuerdo al artículo 6º Nº 1 letra a) del Convenio, las medidas adoptadas por CONAF debiesen estar sujetas a la consulta indígena.

Dicho lo anterior, creemos que el órgano del cual emana la medida, no debiese ser el factor determinante a la hora de definir la aplicación del nuevo reglamento de consulta, sino que por el contrario, debiese ser la medida propiamente tal la que determine su aplicación o la función pública. En efecto, a nuestro parecer, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 6º del Convenio, los elementos que determinan la aplicación de la consulta según este instrumento internacional, son tanto la afectación directa a los pueblos indígenas, como la materia, la cual se refiere al tipo de medida que se pretende aplicar, ya sea administrativa o legislativa. En el marco del Convenio Nº 169, creemos que respecto de las medidas administrativas, lo que determina este carácter no es el órgano del cual proviene, sino que la función pública que ejerce. Vale decir, es el ejercicio de potestad y el carácter de función pública lo que determina que una medida sea o no consultada, mas no su origen. Esta visión amplia permite incluir dentro del concepto de medidas administrativas a aquellas que tienen su origen en corporaciones de derecho privado pero que ejercen función pública (como es el caso de la CONAF). A modo de comparación, el

10 A este respecto, Pedro Pierry considera la CONAF como parte integrante de la administración. Explica que "Esta Institución es a nuestro juicio atípica, ya que pensamos que ella se ha transformado en una Institución pública Integrante de la Administración del Estado, a la que el Decreto Ley 701 sobre fomento forestal, modificado por el Decreto Ley 945, entregó atribuciones de Imperio público, como la de aplicar sanciones a los particulares, de tal magnitud que podría afirmarse que la ley elevó a Conaf al rango de persona jurídica de derecho público, incorporándola, por lo tanto, automáticamente, a la Administración del Estado, por haber pertenecido siempre al Estado.

Corroborar lo anterior el Decreto Ley 1.263 sobre Administración Financiera del Estado que Incluye a Conaf entre las instituciones a las que se aplican sus disposiciones, las que integran para sus efectos el 'sector público', que para algunos es sinónimo de 'Administración del Estado'". PIERRY ARRAU, Pedro. "Transformaciones en la Organización Administrativa Del Estado". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, 1982, Nº 6, p. 345 - 346.



artículo 2º del reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, no define taxativamente –como la propuesta chilena– los órganos a los cuales se aplica el reglamento, sino que únicamente establece de forma genérica que se le aplica “a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos [...]”¹¹.

4. Los proyectos de inversión y el deber de consulta

En lo referido al artículo 5º de la Propuesta¹², creemos que dicho artículo incurre en un grave error y aparece como una forma de burlar el derecho de consulta de los pueblos indígenas y las intenciones tras la promulgación del Convenio Nº 169.

En efecto, ninguno de los procesos de participación y consulta contemplados en el marco del sistema de evaluación ambiental cumple con los estándares del Convenio Nº 169. Dichos mecanismos no tienen como finalidad buscar un acuerdo de buena fe y mediante procedimientos culturalmente apropiados con las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas directamente, sino que simplemente contemplan un mecanismo que busca recoger las observaciones realizadas por la comunidad. Así, según

11 Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, Artículo 2º.- Ámbito de aplicación: “2.1 El Reglamento se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

2.2 Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el presente Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas.

2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley Nº 27.867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida.”.

12 Propuesta de Gobierno, Artículo 5º. Proyectos de inversión. “La medida administrativa que autorice la realización de algún proyecto de inversión susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena reconocido en la ley Nº 19.253, en los términos señalados en el artículo 9º del presente reglamento, y que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, serán sometidos a los procedimientos de consulta que se contemplan en la ley Nº 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Asimismo, cuando algún Proyecto de Inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, éstas nuevas medidas no requerirán ser sometidas a consulta, cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada en los términos del inciso anterior.”.

el artículo 5° propuesto, cualquier proyecto de inversión al remitirse a la Ley N° 19.300 y al reglamento del SEIA, queda excluido de la consulta indígena a la que obliga el Convenio.

El Relator Especial, James Anaya, expresa su preocupación por la laguna que existe respecto de los proyectos de inversión que no requieren ingresar al SEIA, y por la remisión que existe en la Propuesta a los procedimientos de consulta y participación del reglamento del SEIA. En efecto, explica Anaya, que los derechos y procedimientos contemplados en la Ley N° 19.300 y en el reglamento del SEIA:

"Siendo importantes, no contemplan los requisitos de un proceso de consulta acorde a los estándares internacionales aplicables, esto es, un diálogo de buena fe conducente a acuerdos entre los pueblos o comunidades indígenas afectadas y las autoridades que aprobarían el proyecto de inversión o actividad."¹³

Dicha exclusión, es de particular gravedad atendido los impactos significativos que pueden tener los proyectos de inversión y la afectación directa en los pueblos indígenas, y por lo demás, atendida la jurisprudencia que ha fallado aplicando directamente los estándares del Convenio¹⁴, para el titular de un proyecto de inversión será fundamental contar con la certeza previa de que el mecanismo a través del cual se evalúa contemple los estándares del Convenio, a fin de evitar en un futuro ser impugnado por no ajustarse el procedimiento a lo establecido en el Convenio.

El inciso segundo del artículo 5° de la propuesta del Gobierno dispone que cuando algún proyecto de inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, éstas no requerirán ser sometidas a consulta cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada. Este inciso se refiere al caso de que existan medidas administrativas posteriores a la Resolución de Calificación Ambiental, acto administrativo terminal en la evaluación ambiental de un proyecto, sin embargo, la exclusión del deber de consulta indígena de cualquier acto administrativo posterior resulta ser una exclusión arbitraria y antojadiza, atendido lo contemplado

13 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 73.

14 Autoejecutabilidad del Convenio. Caso Machi Francisca Linconao. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, sentencia de 16 de septiembre de 2009, considerando 10° (confirma Corte Suprema con prevención de los ministros Pierry y Aranceda). Caso Pepiukelen. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, sentencia de 27 de julio de 2010, considerando 9° (confirma Corte Suprema, eliminando la consideración).



por el artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio. La consulta debe realizarse cada vez que se contemple una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, toda vez que los estándares del Convenio N° 169 imponen la obligación de someter a consulta todas aquellas nuevas medidas administrativas que requiera un proyecto de inversión para ser ejecutado, no obstante haber sido consultada la medida administrativa que lo autorizó. Habiéndose incorporado el Convenio a nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto siendo ley de la República, se aplica el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos*, vale decir, donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

Según Juan Carlos Ruiz Molleda, integrante del Instituto de Defensa Legal de Perú, la consulta es un proceso y no un trámite burocrático, por lo que no procede una sola consulta a una medida en particular. En cuanto al número de veces que debiese consultarse a los pueblos indígenas en un proyecto, señala el autor respecto al caso de Perú que:

"Un primer supuesto es cuando cambian sustancial y radicalmente las circunstancias y las premisas en función de las cuales se realizó el proceso de consulta. Aquí se justifica la realización de un nuevo proceso de consulta. El otro supuesto es cuando estamos ante las diferentes etapas del proceso de explotación petrolera o minera. Por ejemplo en este último caso, se necesitan diferentes permisos administrativos para la etapa de exploración y luego para la etapa de explotación."¹⁵

Estos ejemplos sirven para ilustrar casos en que podrían requerirse nuevas medidas administrativas, no obstante estar aprobado el proyecto de inversión, por lo que creemos que el Convenio impone la obligación a los Estados a consultar dichas medidas.

5. Los sujetos de la consulta

Otro punto importante a considerar en el análisis crítico de la propuesta gubernamental es el referido a los sujetos de la consulta indígena. Sin embargo, antes de referirnos a este punto, resulta interesante revisar lo fallado por la Corte Constitucional

15 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una mirada constitucional* Lima: Instituto de Defensa Legal, 2011. [en línea] <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf>> [consulta: 18 octubre 2012] p. 342.

de Colombia, la cual ha dictado sentencias importantes desarrollando los contenidos constitucionales de los derechos de los pueblos indígenas. Estos contenidos pueden ser significativos a la hora de desarrollar normativamente el Convenio N° 169 y en la elaboración de políticas públicas. Pues bien, la Corte Constitucional de Colombia determinó que:

"La comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo [sic] se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana."¹⁶.

El Convenio N° 169 de la OIT, junto con establecer como sujeto de los derechos contemplados en dicho cuerpo normativo a los pueblos indígenas (artículo 1° del Convenio), señala que la consulta del Convenio debe realizarse a través de las instituciones representativas de los mismos. Considerando lo anterior, el artículo 8°¹⁷ de la Propuesta define los sujetos de consulta, es decir, a quién debe realizarse la consulta indígena, sin embargo, y aunque creemos que avanza en la dirección correcta al hacerlo, aún existen aspectos que mejorar. Decimos ello, pues al igual que el Decreto Supremo N° 124, la Propuesta reconoce únicamente como sujetos de derecho a organizaciones indígenas de carácter tradicional y a comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas reconocidas conforme a Ley N° 19.253, por lo que al no reconocer como instituciones representativas a aquellas que el mismo pueblo determine, impide una correcta representatividad de los pueblos indígenas.

De acuerdo a la redacción del artículo 8° de la Propuesta, los pueblos indígenas únicamente pueden participar directamente cuando se trate de medidas, planes o programas locales. En caso que se trate de consultas a nivel regional o nacional, el inciso

16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. Consideración 3.1. [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm#_ftn3> [consulta: 18 octubre 2012].

17 Propuesta de Gobierno, Artículo 8°. "Sujetos. Los procesos de consulta locales deberán efectuarse a los pueblos interesados, a través de las instituciones representativas que ellos mismos determinen y/o de las comunidades y asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena proporcionará la información necesaria a fin de lograr la adecuada identificación de estas instituciones. [...]".



segundo del artículo 8° establece que la participación se hará a través de Comisiones Regionales Indígenas y una Comisión Nacional Indígena creadas al efecto, cuya formación y composición son determinadas por el mismo artículo.

Sin embargo, dichas disposiciones se alejan de lo contemplado en el Convenio N° 169, particularmente de lo señalado en su artículo 6° N° 1 a), en el sentido que las consultas a los pueblos indígenas deben realizarse a través de sus instituciones representativas, y en su artículo 5° letra b), que establece que "deberá respetarse la integridad de los valores prácticos e instituciones de esos pueblos". Por consiguiente, la Propuesta no debería realizar distinciones respecto si la medida es local, regional o nacional, debido que la consulta debe hacerse a los pueblos indígenas interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas. En otros términos, debería respetarse tanto las instituciones representativas existentes, como las nuevas que decidan crear los pueblos indígenas y no imponer la creación de comisiones a través de las cuales se efectúen las consultas. La organización de los pueblos indígenas debe responder a los procesos internos de cada pueblo y no a comisiones creadas mediante reglamentos. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Saramaka vs. Surinam*, ha fallado que el Estado tiene el deber de consultar, activamente, las comunidades, según sus costumbres y tradiciones y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones¹⁸.

6. Situaciones en que se aplica el deber de consultar y obtener el consentimiento: el criterio de "afectación directa"

La Propuesta innova en lo relativo a lo que se entiende por afectación directa, respecto a lo establecido en el Decreto Supremo N° 124. El concepto de "afectación directa" es esencial a la hora de reglamentar la consulta indígena, atendido a que define el alcance de la consulta del Convenio. El artículo 6° impone el deber a los estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente, por lo tanto, determinar cuándo se entiende que existe una afectación directa a los pueblos indígenas, será un elemento esencial a la hora de definir la procedencia o no del deber de consultar a los pueblos indígenas.

¹⁸ Corte IDH. Caso *Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 133.

El artículo 9º de la propuesta¹⁹, dispone que una afectación directa tiene lugar cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas, en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Esta forma de definir la afectación directa se acerca a lo señalado por el Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya en uno de sus informes: "(...) sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad"²⁰. Sin embargo, Anaya agrega a continuación que "una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes"²¹. Esto implica que no solo existe afectación directa cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, sino que también cuando se trate de medidas legislativas o administrativas de aplicación general, como podría ser la ley de pesca, ley de fomento forestal o alguna ley sobre concesión, exploración y explotación de recursos mineros, y que afecten de modo diferenciado a los pueblos indígenas.

19 Propuesta de Gobierno, Artículo 9º. Afectación directa. "Para los efectos del presente reglamento se entenderá que existe afectación directa cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.

Se entenderá que existe afectación directa especialmente en los siguientes casos:

- a) Reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas. Se entenderá por tales a todo conjunto de personas, que pertenezcan a los pueblos indígenas a que se refiere el artículo 1º de la Ley Nº 19.253, independiente de su forma de organización, que comparten un espacio territorial, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.
- b) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico o perteneciente al patrimonio cultural indígena.
- c) Alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos indígenas. Dicha alteración se puede manifestar cuando se produzcan: externalidades manifiestas sobre los ecosistemas o el medio físico que sustentan o condicionan el sistema de vida del grupo humano indígena; cambios o modificaciones directas sobre los elementos socioculturales del grupo humano indígena; alteraciones significativas en los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo humano indígena o como cualquier otro uso tradicional fundamental (uso medicinal, religioso, cultural, etc.); alteración significativa en la libre circulación, la conectividad de los grupos humanos indígenas y en los tiempos de desplazamiento; el acceso a los bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica; alteración significativa de la seguridad de la población indígena ya sea por una modificación gravosa de los patrones sociales existentes o el aumento de riesgos físicos asociados; dificultad o impedimento para la manifestación de tradiciones, cultura, intereses comunitarios que afecten los sentimientos de arraigo del grupo humano; alteración significativa en los mecanismos de reproducción cultural; alteración significativa en las formas de organización social tradicional; o alteración significativa de los espacios destinados a la manifestación de sus creencias, mitos, ritos y usos tradicionales."

20 ANAYA, James. *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. [en línea] <http://www.observatoriopolicasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Indigenas/2009_indigenas.pdf> [consulta: 4 octubre 2013] p. 16.

21 Ibid.



Es menester tener presente que la afectación directa puede ser negativa o positiva, por lo que en ambos casos debe existir un proceso de consulta. Un ejemplo de afectación directa sería el caso en que el Ministerio de Educación desarrolle un programa de enseñanza del mapudungun para implementarlo como parte de la malla académica de los colegios de ciertas provincias del país. En este escenario estaríamos en presencia de una afectación directa de carácter positivo, la que de todas formas debiese ser consultada a las comunidades indígenas afectadas.

En cuanto al inciso segundo del artículo 9° de la propuesta de reglamento, indica una serie de casos donde existiría especialmente afectación directa. Los casos enumerados en las letras a), b) y c) del artículo 9° en los cuales se entiende que existe especialmente afectación directa, consisten principalmente en reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas; alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico o pertenecientes al patrimonio cultural indígena; y finamente, la alteración de los sistemas de vida y costumbres de grupos indígenas. Al definir estos casos, se tuvo en vista la definición de afectación directa establecida en el borrador del nuevo Reglamento del SEIA, analizado anteriormente, para tener una adecuada concordancia en la materia²².

Para analizar esta disposición, es necesario previamente realizar algunos alcances respecto de su segunda parte. En primer lugar, cuando el artículo 9° señala que existe especialmente afectación directa en el caso de reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas, es importante recordar, según lo establecido en el artículo 16° N° 2 del Convenio, que en caso de existir desplazamiento o reasentamiento de grupos humanos indígenas, se requiere del consentimiento previo, libre e informado. Es decir, el caso señalado, es un caso en el cual las comunidades indígenas tienen un derecho a veto, por lo que estos ejemplos pueden llevar a restringir los criterios y estándares del Convenio. En segundo lugar, llama la atención la exclusión de los casos de especial afectación directa a los casos en que el proyecto genere riesgos para la salud de la población, efectos adversos sobre los recursos naturales renovables y el valor paisajístico o turístico de una zona, ya que un proyecto que genere efectos sobre la salud de los pueblos indígenas, lógicamente causará una afectación directa a los pueblos indígenas. Finalmente, atendido que los casos contemplados en esta segunda parte corresponden a medidas susceptibles de producir efectos en territorios indígenas o sus cercanías, el Relator Especial de Naciones

22 A la fecha de esta revisión este reglamento se encuentra publicado, sometido a un periodo de vacancia legal.

Unidas James Anaya ha recomendado a las autoridades de Gobierno establecer una regla más general, que indique "que toda medida susceptible de producir efectos en territorios indígenas o sus cercanías, debe ser consultada previamente"²³. Sin embargo, el elemento determinante para hacer exigible la consulta a las comunidades es la afectación directa y no la relación con un determinado territorio. De la Piedra y Fernández profundizan este punto refiriéndose al caso de Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelén de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda²⁴, señalando que:

"La Corte de Apelaciones de Puerto Montt ordenó la paralización de las obras y la exigencia de retrotraer las cosas al estado anterior de su ejecución, debido a que dicho terreno constituiría "territorio indígena" y las comunidades debieron haber sido consultadas. Finalmente, la Corte Suprema si bien confirmó la sentencia, procedió a eliminar los considerandos noveno y décimo de la sentencia de la Corte de Apelaciones, en todo lo relativo a las tierras y territorios indígenas, limitándose a señalar que la actuación de la empresa afecta el medio ambiente de las comunidades vecinas."²⁵.

No obstante lo anterior, creemos que James Anaya recomienda una regla general, que indique que toda medida susceptible de producir efectos en territorios indígenas o sus cercanías, debe ser consultada previamente atendida la relación particular entre los pueblos indígenas y sus territorios. El territorio constituye para los pueblos indígenas el eje fundamental de su cultura, historia, identidad e incluso de su vida misma, a través del cual se desarrollan en comunidad.

7. La buena fe como principio de la consulta a los pueblos indígenas

El párrafo primero del título III de la propuesta de reglamento, desarrolla los diversos principios orientadores de la consulta, entre los cuales se encuentran: la buena fe, el procedimiento apropiado, el carácter previo, el diálogo genuino, las instituciones representativas y la finalidad de la consulta.

23 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 45.

24 Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Recurso de protección. "Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelén con Empresa pesquera Los Fiordos Limitada". Causa Rol N° 36-2010.

25 FERNANDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Christian. "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias". *Estudios Públicos*, N° 121, 2011, p. 84.



En lo que se refiere a la buena fe, el cual es uno de los principios básicos de la consulta indígena en el Convenio N° 169 de la OIT, el artículo 12²⁶ de la Propuesta intenta una definición que adolece de ciertas deficiencias. Creemos que es importante resaltar que la finalidad del proceso de consulta, es lograr un acuerdo entre las partes, para lo cual resulta fundamental que exista una negociación previa. De esta manera, la buena fe no solo implica el respeto a los pueblos indígenas interesados, la entrega de información y el hacerse cargo de las observaciones, sino que también que los órganos del Estado deban analizar detenidamente y valorar la posición de los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, velando por la existencia de un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

Sobre esta materia, el artículo 3° letra d) del reglamento de Perú sobre esta materia, agrega a su definición de buena fe otros elementos entre los cuales destacamos "ii) Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado [...]; v) Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta; vi) No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta". De lo señalado, podemos concluir que la buena fe debiese estar encaminada a rechazar todo acto que suponga la manipulación del proceso hacia un resultado determinado, lo cual creemos debiese ser incorporado como requisito dentro de la propuesta.

8. Finalidad de la consulta

Otro punto que merece ser destacado es el referido a la finalidad de la consulta, la cual según el artículo 17° de la Propuesta consiste en llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, sin embargo, si bien la regla general es que la consulta tenga por finalidad lograr un acuerdo con las comunidades indígenas afectadas, sin que la opinión de éstos últimos constituya un poder de veto, en virtud de lo establecido en el Convenio y en la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la jurisprudencia internacional ha señalado que esta regla admite tres

26 Propuesta de Gobierno, Artículo 12. -Buena Fe.- "La consulta debe efectuarse de buena fe, lo que implica respetar los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas interesados, así como entregar toda la información relevante, absolver dudas, hacerse cargo de las observaciones, sea para acogerlas o rechazarlas, y en este último caso, hacerlo fundamentado.

Se entenderá que falta la buena fe especialmente en los siguientes casos:

- a) La ausencia de información o la entrega incompleta de antecedentes para apreciar los alcances de la medida objeto de consulta;
- b) La negativa injustificada a iniciar o continuar el diálogo que implica la consulta imponiendo condiciones;
- c) La ejecución de hechos tendientes a forzar las negociaciones en favor de una u otra parte del proceso de consulta;"

excepciones, en las cuales sí se requiere el consentimiento previo, libre e informado: 1) cuando sea necesario el desplazamiento de los pueblos indígenas; 2) cuando estamos ante megaproyectos o proyectos de gran envergadura y finalmente; y 3) cuando exista almacenamiento de materiales tóxicos.

En efecto, el artículo 16° N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT establece que “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo [sic] deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”, es decir, se trata de un caso en que la finalidad de la consulta es lograr el consentimiento previo de los pueblos indígenas, existiendo un derecho de veto de éstos.

En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, reconoció en forma excepcional, la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, cuando se trate de mega proyectos que generen un elevado impacto en los pueblos indígenas, señalando al respecto que:

“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo [sic] de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”²⁷.

Finalmente, el artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual como ya mencionamos fue suscrita por Chile, dispone que “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”. Por lo tanto y atendido estas tres excepciones a la regla general, el artículo 17° de la Propuesta debiese incorporar también a la finalidad de la consulta, la de lograr el consentimiento previo en estos casos en que los pueblos indígenas tengan un derecho a veto.

27 Corte IDH. Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 134.



9. Medidas legislativas a ser consultadas

El artículo 18° de la Propuesta define las medidas a ser consultadas, estableciendo en el inciso segundo que se entenderá por medidas legislativas "las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley". Esta definición, a nuestro parecer, adolece del mismo vicio que el artículo 14° del Decreto Supremo N° 124 del año 2009 de MIDEPLAN, por cuanto restringe los alcances del proceso de consulta de las medidas legislativas a las etapas iniciales del desarrollo normativo.

Tanto el Relator Especial como la jurisprudencia internacional han insistido en la necesidad que el proceso de consulta se lleve a cabo en todas las etapas del desarrollo normativo. En el año 2009, James Anaya informó que "los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión"²⁸. Lo señalado por el Relator Especial el año 2009 fue reafirmado recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Sarayaku vs. Ecuador*, considerando al respecto que "cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas"²⁹.

Es por ello que creemos que la Propuesta debiera contener una definición amplia de medida legislativa que se ajuste a los estándares del Convenio y a lo señalado tanto por el Relator Especial como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso de la experiencia comparada, observamos cómo Perú en su reglamento de consulta previa definió de manera amplia el concepto de medida legislativa. En efecto, el artículo 3° letra j) dispone que medidas legislativas son aquellas "normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas". Esta definición genérica no restringe los alcances del proceso de consulta a las etapas iniciales como sí lo hace la Propuesta.

28 RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS. *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*. [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf> [consulta: 4 octubre 2013] p. 5.

29 Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 181.

10. Medidas administrativas a ser consultadas

La Propuesta define el concepto de medidas administrativas artículo 18° inciso tercero como "aquellos decretos o resoluciones, de efectos generales, que emitan los órganos de la Administración del Estado indicados en el artículo 4°"³⁰. Dicha definición restrictiva resulta a nuestro parecer antojadiza y no tiene fundamento alguno. Según ese concepto, solo deben someterse a proceso de consulta indígena dos tipos de actos administrativos: los decretos y las resoluciones.

La Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos de los órganos de la administración del Estado, señala en el artículo 3° inciso tercero que "los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones". La Propuesta tuvo a la vista solo dicha disposición para efectos de definir el concepto de medida administrativa. Sin embargo, el inciso sexto del mismo artículo 3° de la Ley N° 19.880 agrega que "constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias". Por lo tanto, no se entiende la restricción del concepto de medida administrativa a decretos y resoluciones en caso de querer equipararlo a "acto administrativo". De esta forma, se excluyen del proceso de consulta toda medida que provenga de CONAF o incluso de las municipalidades. En efecto, las decisiones municipales se toman bajo la forma de ordenanzas municipales, las cuales tienen el potencial de afectar los pueblos indígenas (como por ejemplo un plan regulador comunal, o algún plan de ordenamiento territorial) y según el criterio de la Propuesta, éstas quedarían fuera del proceso de consulta.

De esta forma, es necesario que la Propuesta contenga una regulación que permita asegurar la consulta de todas las decisiones de la administración del Estado cuando sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. La dictación de un nuevo reglamento que regule la consulta indígena es, asimismo, una buena oportunidad para llenar las lagunas legales existentes en otros cuerpos normativos, como el Código de

30 Recordemos que el artículo 4 de la Propuesta establece lo siguiente:

Artículo 4º.- Órganos a los que se aplica el presente reglamento. "El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta y participación indígena, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento."



Minería, el Código de Aguas y la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica, los cuales carecen de normas referentes a la consulta de los pueblos indígenas y que el artículo 15° del Convenio obliga a "establecer o mantener los procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida"³¹.

11. Pertinencia de iniciar el proceso de consulta

Según lo establecido en el artículo 20° de la Propuesta respecto de la pertinencia de iniciar procesos de consulta, el órgano de la administración del Estado al que corresponda la iniciativa legislativa o administrativa, debe evaluar con la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la pertinencia de iniciar un proceso de consulta.

Existiendo la posibilidad de afectar directamente a los pueblos indígenas, el órgano administrativo tiene el deber de iniciar el proceso de consulta, por lo cual quien debe determinar la pertinencia de ésta es la propia administración del Estado.

Dicho lo anterior, creemos de todas formas que es necesario completar la norma en el sentido de crear mecanismos e instancias que permitan impugnar tanto administrativamente como en sede judicial la negativa del órgano administrativo de iniciar un proceso de consulta. En este sentido, nos parece que la ley de consulta previa de Perú reúne dichas características por lo que transcribiremos su artículo 9° a continuación:

"Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta.

Las entidades estatales deben identificar bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto

31 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 40.

a determinada medida que considere que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.

En el caso que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes."

En la norma de la ley de consulta previa de Perú, el órgano administrativo que dicta la medida susceptible de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas, es el encargado de determinar la procedencia del proceso de consulta. En caso de no hacerlo, las instituciones representativas de los pueblos indígenas tienen la posibilidad de solicitarlo ante el órgano técnico respectivo, el cual en el caso chileno sería la CONADI. En caso de negativa, existe la posibilidad de impugnar dicha decisión vía administrativa y por la vía judicial posterior, lo que a nuestro juicio se ajusta a los estándares del Convenio.

12. Los procedimientos de consulta

Al momento de definir el procedimiento mediante el cual se llevará a cabo la consulta a los pueblos indígenas, es fundamental tener presente lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio, en el sentido que la consulta debe realizarse de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto las medidas y, finalmente mediante procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias. Atendido este último punto, el proceso de consulta puede variar según las circunstancias, lo que implica que éste sea un proceso flexible y que la reglamentación deba contener únicamente las etapas mínimas. En efecto, la consulta no responde a la lógica de un proceso rígido y único, sino que por el contrario, es un proceso flexible que se adecua a las circunstancias, y por lo tanto, la reglamentación solo debe establecer reglas mínimas orientadoras. Otro punto importante a tener en consideración al momento de analizar los procedimientos de consulta, es que ésta no consiste en un trámite o requisito que debe cumplir una medida para gozar de legitimidad y legalidad, sino que es un proceso, vale decir, no se agota en una etapa en particular, sino que se desarrolla tanto en la etapa de formulación, aplicación y evaluación de la medida.



Dicho lo anterior corresponde analizar los artículos 21°, 22°, 23° y 24° de la Propuesta, los cuales contemplan los procedimientos de consulta y que no se ajustan a los estándares internacionales.

En primer lugar, observamos como el artículo 22° define plazos máximos de 15 días para cada etapa, existiendo 4 etapas en total, pudiendo la autoridad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta ampliar dicho plazo. Es decir, el plazo en el cual debe realizarse la consulta indígena del Convenio N° 169 es de 60 días, lo que a todas luces resulta insuficiente y replica el plazo de 60 días contemplado en el artículo 29° de la Ley N° 19.300, para la participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental. En el caso del reglamento de consulta previa de Perú, el artículo 24^{o32} establece un plazo máximo de 120 días, lo que supera ampliamente lo contemplado por la norma chilena. No obstante, compartimos lo señalado por Judith Schönsteiner en el sentido que:

"No es apropiado fijar plazos máximos cuando los procesos de consulta se extenderán en cada caso de acuerdo a las características de las medidas a analizar y sus posibles alcances y consecuencias. [...] no parece razonable que sólo [sic] la autoridad estatal pueda ampliar los plazos con razones justificadas y razonables. Los pueblos indígenas deben también tener la posibilidad de solicitar la extensión de los plazos en las etapas del proceso de consulta."³³.

Es decir, siendo el proceso de consulta por definición flexible, de acuerdo al artículo 6° del Convenio que señala que debe hacerse de manera apropiada a las circunstancias, no es correcto que existan plazos máximos, ni menos que los pueblos indígenas no puedan solicitar la ampliación del plazo.

Por otro lado, lo dispuesto en los artículos 21° y 23° dista mucho de cumplir con las finalidades de la Propuesta, esto es, lograr un acuerdo entre las partes a través de un diálogo genuino.

32 Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo N° 001-2012-MC: "Artículo 24°. - Plazo máximo del proceso de consulta. El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta".

33 CENTRO DERECHOS HUMANOS, Judith Schönsteiner. *Análisis inicial a la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta a los pueblos indígenas*. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/10/comentarios-a-la-propuesta-de-reglamento-centro-de-ddhh-udp-5102012-para-web-1.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2012].

En primer lugar, el artículo 21° plantea que el contenido de la consulta se reduce principalmente a la presentación de manera adecuada de la medida que debe ser consultada, otorgándole la posibilidad de formular observaciones a los pueblos indígenas, observaciones que deberán ser tomadas en consideración al momento de adoptar la decisión final. Consideramos que el contenido de la consulta no dista en gran medida de la participación ciudadana contemplada en la Ley N° 19.300, donde según el inciso tercero del artículo 29° de la Ley de Bases de Medio Ambiente dispone al respecto que "El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución". Por consiguiente, una norma que señala que se tomarán en consideración las observaciones de los pueblos indígenas en la decisión final, no puede ajustarse de ninguna manera a los estándares del Convenio, el cual impone el deber de realizar un proceso de diálogo conducente a acuerdos.

En segundo lugar, observa al respecto el Relator Especial James Anaya que "las etapas definidas en el artículo 23° omiten el requisito de una pre-consulta para establecer de común acuerdo entre los órganos de la administración y los pueblos indígenas los procedimientos y contenidos de la consulta"³⁴. En efecto, la primera etapa contemplada en el artículo 23° letra a) considera únicamente la exposición de un plan de consulta cuyo objetivo es determinar la metodología que se usará en el proceso correspondiente, como la definición de los lugares, plazos, participantes, etc. Los pueblos indígenas son excluidos de la discusión sobre las reglas y forma como se llevará a cabo el proceso de consulta de acuerdo a las circunstancias particulares. El artículo 15³⁵ del reglamento de consulta previa adolece del mismo error a nuestro parecer, por lo que esta carencia se solucionaría, según Juan Carlos Ruiz Molleda, acordando en una reunión previa, los aspectos relativos a:

"Los pormenores formales de la consulta, de acuerdo con la opinión del pueblo indígena a ser consultado, en aspectos tales como la fecha, los puntos críticos de la consulta, el nivel de decisión de los participantes, la información necesaria

34 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 40.

35 Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo N° 001-2012-MC: "Artículo 15: Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta.

También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento".



y el tiempo requerido para procesarla, los aspectos logísticos y financieros, y cuantos sean necesarios para dar seguridad y eficacia a la consulta."³⁶.

El artículo 23° letra c) de la Propuesta, que regula la etapa de diálogo, se aparta a nuestro juicio del Convenio N° 169 al disponer que:

Si finalizadas estas instancias de diálogo no se logran acuerdos completos entre las partes, el organismo público, procederá a evaluar su decisión de adoptar la medida o desistirse de ella, considerando la importancia de ésta para el interés nacional o bien común.

Creemos necesario recordar antes que todo que la consulta a los pueblos indígenas tiene como marco, punto de partida y finalidad, los derechos humanos de los pueblos indígenas y su protección ante las medidas que adopte el Estado, es decir, el Estado debe consultar a los pueblos indígenas con el fin de poder salvaguardar sus derechos e intereses. Por otro lado, en caso de no llegar a un acuerdo o no requerirse el consentimiento previo, libre e informado, el Estado de todas formas debe velar por el respeto y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, por consiguiente deberá adoptar las medidas de mitigación o compensación necesarias. El Relator Especial de Naciones Unidas señala que:

"Todo impacto que imponga una restricción a los derechos humanos debe, como mínimo, cumplir las normas de necesidad y proporcionalidad en relación con el fin público válido, como generalmente exige el derecho internacional de los derechos humanos cuando son permisibles restricciones en materia de derechos humanos."³⁷.

Agrega al respecto que:

"El Estado tiene un deber general de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y la consulta previa es una salvaguarda de tales derechos; sin embargo el no arribar a acuerdos no autoriza al Estado hacer

36 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. "Informe Jurídico – La constitucionalidad del Reglamento de la ley de consulta", Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Documento de Trabajo N° 60, 19 de abril de 2012. [en línea] <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19042012-143556.pdf> [consulta: 20 noviembre 2012].

37 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 40.

caso omiso o restringir los derechos de los pueblos indígenas simplemente en nombre del 'interés nacional' o el 'bien común'. Los derechos humanos forman parte del bien común general, y a la vez constituyen un límite a la soberanía de los Estados.³⁸

Finalmente, observamos que las etapas mínimas contempladas en el artículo 23° de la Propuesta, vale decir, la etapa de planificación del proceso de consulta, la etapa de entrega de información, etapa de diálogo y etapa de sistematización y comunicación de los resultados, son a todas luces insuficientes. La etapa de diálogo queda restringida a una sola reunión donde los pueblos indígenas pueden formular observaciones y propuestas, quedando a criterio del órgano público su adopción o no. Es decir, la etapa de diálogo de la Propuesta dista mucho de ser un diálogo de buena fe, genuino y con miras de lograr un acuerdo después de una negociación entre las partes con el fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

38 Ibid. Párrafo 70.



Conclusión

Como hemos analizado hasta ahora, si bien la Propuesta efectuada por el Gobierno ha significado un avance en ciertas materias, empezando por la forma en que se está elaborando, sometiendo la Propuesta a consulta de los pueblos indígenas (a diferencia de lo ocurrido con el Decreto Supremo N° 124), subsisten serias deficiencias que pueden hacer dudar respecto a las intenciones del Estado de cumplir con sus compromisos internacionales.

Creemos que sería de gran utilidad tener a la vista la experiencia peruana en la materia al momento de reglamentar en Chile, atendido el nivel de desarrollo que ha alcanzado su normativa, sin perjuicio de poder ser perfeccionada.

La regulación de la consulta previa en Perú ha sido bien evaluada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señalando al respecto que:

"La denominada 'Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo', tal como ha sido aprobada por el Congreso de la República de Perú, es coherente con los criterios expuestos arriba, que se basan en una lectura del Convenio No. 169 y de otros instrumentos internacionales aplicables."³⁹.

En la misma declaración, el Relator Especial agrega que la ley de consulta previa del Perú "representaba un avance significativo dentro de la legislación nacional en materia de los derechos humanos de los pueblos indígenas, lo cual podría establecer un precedente importante como 'buena práctica' para otros países de la región y del mundo"⁴⁰.

La elaboración de un nuevo reglamento que regule la consulta previa es una excelente oportunidad para cumplir con los compromisos internacionales asumidos. Dicho reglamento debe tener como objetivo proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y a su vez otorgar mayor certeza jurídica a todos los actores involucrados.

39 ANAYA, James. *Declaración sobre la Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas, Perú*. [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/declaracion-sobre-la-ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-peru-7-julio-2010>> [consulta: 26 noviembre 2012].

40 Ibid.

Una normativa seria y completa ayudaría a crear un clima de confianza con los pueblos indígenas, elemento indispensable tanto para el desarrollo de los proyectos de inversión como para los pueblos indígenas. Es por ello creemos que Chile debiese seguir con atención los comentarios y recomendación del Relator Especial, así como la experiencia de Perú en la materia.



Políticas de promoción de eficiencia energética en el sector público en la República Argentina y en la ciudad de Buenos Aires

Policies to promote energy efficiency in the public sector in Argentina and the city of Buenos Aires

Pablo Luis Schatz

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Abogado - Universidad de Buenos Aires.
Master of Environmental Law-
University of Sydney
pabloschatz@gmail.com

RESUMEN

El crecimiento sostenido de la demanda de energía que ha tenido lugar en el último decenio en la Argentina y la dependencia de combustibles fósiles en la matriz de generación eléctrica constituyen indicadores de un importante aumento en las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) en el país trasandino. En este contexto, se plantea el desafío de lograr una disminución en las emisiones de GEI en un contexto de incertidumbre económica creciente, sin hipotecar el desarrollo y sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

Los motivos para avanzar en estrategias de uso racional y eficiente de la energía son muchos; seguridad en el suministro de energía, reducción de la dependencia en las importaciones, incremento de la eficiencia y competitividad de la economía nacional y, principalmente, la necesidad de minimizar los impactos ambientales vinculados a la generación y el transporte de la energía. El presente trabajo constituye un análisis del andamiaje normativo y de políticas públicas relacionado con las políticas de promoción de eficiencia energética en el sector público tanto a nivel nacional de la República Argentina como en el plano local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

Palabras clave: Eficiencia energética, políticas públicas, cambio climático, gases de efecto invernadero, Argentina.



SUMMARY

The sustained growth of energy demand that has taken place over the last decade in Argentina and the dependence on fossil fuels in the electricity generation matrix are indicators of a significant increase in emissions of greenhouse gases (GHG) in the neighboring country.

Under these circumstances, the challenge is to achieve a reduction in GHG emissions in a context of increasing economic uncertainty, without jeopardizing development and without compromising the satisfaction of the needs of future generations.

The reasons for advancing in strategies of rational and efficient use of energy are many: energy security, less dependence on imports, increase of economic efficiency and competitiveness and, particularly, the need to minimize environmental impacts associated with the generation and transmission of energy.

This paper provides an analysis of legislation and public policies related to the promotion of energy efficiency in the public sector, both at the national level as well as within the City of Buenos Aires (CABA).

Key words: Energy efficiency, public policy, climate change, greenhouse gas emissions, Argentina.

Introducción

En los últimos años, la República Argentina ha experimentado un incremento en la actividad productiva que, sin perjuicio de los constantes vaivenes socio-económicos que han caracterizado su historia reciente, se puede ver reflejado en los indicadores macroeconómicos del país trasandino. Las circunstancias en las que se ha dado el crecimiento económico han provocado una mayor presión sobre los ecosistemas, los recursos naturales y el medio ambiente en general.

Asimismo, el crecimiento sostenido de la demanda de energía que ha tenido lugar en el último decenio, el perfil de la matriz energética argentina¹, la paulatina sustitución del gas natural por combustibles líquidos y el incremento del uso del carbón mineral como fuente de energía, han contribuido al aumento de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI). En tal sentido, la evolución de los estándares requeridos en el comercio internacional en materia de huella de carbono² y, en particular, tempranas iniciativas unilaterales de los países desarrollados en materia de comercio han aumentado la visibilidad del cambio climático en la agenda del comercio internacional y podrían entorpecer la competitividad de los productos de exportación, en base a las emisiones de GEI vinculadas a su producción y transporte³.

En este contexto, se plantea el desafío de lograr una disminución en las emisiones de GEI sin hipotecar el desarrollo económico, y sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

Dado su perfil geográfico, la República Argentina cuenta con envidiables condiciones para la generación de energías renovables no convencionales (ERNC)⁴, particularmente en

1 En Argentina, un 53% de la generación eléctrica proviene de la quema de combustibles fósiles, un 38% es de origen hidráulico, y un 7% proviene de centrales nucleares. Fuente: Secretaría de Energía del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación Argentina, 2005.

2 La huella de carbono se define como la cantidad de gases de efecto invernadero emitidos a la atmósfera derivados de las actividades de producción o consumo de bienes y servicios de los seres humanos, variando su alcance, desde un mirada simplista que contempla solo las emisiones directas de dióxido de carbono (CO₂), a otras más complejas, asociadas al ciclo de vida completo de las emisiones de GEI, incluyendo la elaboración de materias primas y el destino final del producto y sus respectivos embalajes. SCHNEIDER, Eloísa y SAMANIEGO José Luis. *La huella del carbono en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*. Santiago de Chile: CEPAL Naciones Unidas, 2009. 5p.

3 Ibid.

4 Dentro del concepto de energías renovables no convencionales se engloban las siguientes tecnologías: solar térmica, eólica, biomasa, biocombustibles y geotérmica.



materia de energía eólica⁵. Sin embargo, el desarrollo de energías alternativas requiere de largos tiempos de implementación, altos costos de inversión⁶ y políticas de promoción a largo plazo, requisitos difíciles de identificar en el incierto contexto político y económico que hoy enfrenta el país trasandino.

Es por ello que la adopción de políticas de eficiencia energética puede resultar una estrategia más rápida y eficaz para garantizar el suministro de energía mitigando las emisiones de GEI en el contexto actual argentino. En este sentido, la República Argentina tiene un potencial de reducción de hasta un 25% solamente a través de medidas de eficiencia en el uso de la energía⁷.

En el marco del presente trabajo se realizará un abordaje descriptivo del andamiaje normativo vinculado a las políticas de promoción de eficiencia energética, tanto a nivel federal de la República Argentina, como en el plano local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Los objetivos de políticas públicas se encuentran mayormente expresados en normas⁸; de allí, que en el marco del presente se realizará un análisis eminentemente normativo.

Finalmente, se esbozarán consideraciones tendientes al avance hacia una adecuada implementación de políticas que propicien una economía de menor carbono-dependencia, extremo que se entiende fundamental para la materialización del derecho a un ambiente sano.

1. Eficiencia Energética. Antecedentes

Para definir el concepto de eficiencia energética de manera simple, se puede decir que un producto o proceso es eficiente cuando provee más servicios con el mismo consumo

5 GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL. *Global Wind Energy Outlook 2012*. Bruselas, Bélgica: 2012. 36p. El informe menciona que algunos expertos consideran que la Argentina cuenta con capacidad potencial de energía eólica suficiente para suplir siete veces la demanda energética de toda América Latina.

6 BELJANSKY, Mariela y CHENLO, Fernando. *Estudio de Pre-factibilidad de la Incorporación del Plan Canje de Lámparas como Actividad MDL* [en línea] Buenos Aires, CF-Assist (SAyDS – BIRF), <http://aplicaciones.medioambiente.gov.ar/archivos/web/mdl/File/110608_informeeficienciaenergetica.pdf> [consulta: 30 mayo 2013].

7 REPÚBLICA DE ARGENTINA. Secretaría de Ambiente y Recursos Naturales de la Jefatura de Gabinete de la Presidencia de la Nación Argentina. 2da. *Comunicación Nacional de la República Argentina a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático*. Buenos Aires: 2007.

8 ACUÑA, Guillermo. "La aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental en la región de América Latina y el Caribe". *Informe Ambiental Anual FARN 2009:27-48*. Abril 2009.

de energía, o cuando proporciona el mismo servicio mediante un consumo menor⁹. En un contexto de crecimiento de las economías emergentes, la demanda de energía a nivel global aumenta en forma diaria. Sin embargo, la optimización en la utilización de la energía actualmente disponible puede ser incrementada significativamente.

La adopción de políticas y medidas de eficiencia energética conlleva las siguientes externalidades positivas: reducción de los costos de producción, mayor competitividad de la industria local, ahorro de dinero de los consumidores finales, menores niveles de contaminación industrial en los procesos de generación de energía, disminución de la dependencia de recursos naturales no renovables y mitigación de los impactos ambientales negativos asociados a las actividades extractivas.

Asimismo, un menor consumo de energía se traduce directamente en la reducción de emisiones de GEI derivados de la quema de combustibles fósiles, contribuyendo de esa manera a la mitigación del cambio climático. En relación a ello, la adopción de medidas de eficiencia energética se presenta como el *low hanging fruit* en materia de mitigación. Se trata de oportunidades de abatimiento inmediatas, de bajo costo, y relativamente simples de llevar adelante. La experiencia internacional reconoce al uso eficiente de la energía como la medida más efectiva, a corto y mediano plazo, para el logro de una significativa reducción de las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) y de otros GEI.

Por otra parte, la implementación de estrategias de uso racional de la energía proporciona un marco ideal para que la ciudadanía evidencie, en la tarifa mensual o bimestral de consumo de energía, los efectos concretos de sus decisiones en materia de consumo y de impacto sobre el ambiente. Por lo tanto, se trata de un ámbito propicio para la promoción del consumo responsable, promoviendo una conciencia de sustentabilidad, en atención a que el ahorro de energía involucra un cambio de comportamiento con efectos concretos directos y de clara incidencia.

Finalmente, el uso más eficiente de la energía tiene el potencial de contribuir positivamente en materia de equidad, a mejores condiciones de vida, menores gastos en energía y acceso a mejores servicios públicos¹⁰. En tal sentido, la "Agenda 21" adoptada en

9 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IAE). *What is Energy Efficiency?* [en línea] <<http://iea.org/efficiency/whatisee.asp>> [consulta: 30 mayo 2013].

10 CEPAL. *Indicadores de políticas públicas en materia de eficiencia energética en América Latina y el Caribe*. HORTA, Luis A. (coord.). Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2010. 9p.



el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 de Río de Janeiro, sostiene que la energía es esencial para el desarrollo económico y social y el mejoramiento de la calidad de la vida; y que será necesario utilizar todas las fuentes de energía en formas que respeten la atmósfera, la salud humana y el medio ambiente en su totalidad¹¹. Es en virtud de ello que la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró al año 2012 como el “Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos”¹². Dicha manifestación política representa la importancia de la energía para el desarrollo sostenible de una economía global e inclusiva.

Habiéndose fundamentado la importancia de la promoción de la eficiencia en el uso de la energía, las secciones siguientes proporcionarán un análisis de las políticas en materia de uso racional y eficiente de la energía que han sido adoptadas a través de normas nacionales de la República Argentina y en el plano local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Políticas de Promoción de la Eficiencia Energética a Nivel Nacional

A diferencia de Chile, la República Argentina ha adoptado para su organización una forma de estado federal¹³. Ello implica la coexistencia de varios niveles de estado; en rigor, son tres los niveles que existen en el sistema jurídico-político argentino. En primer lugar, está el Estado Nacional o Federal (la Nación Argentina), que se encuentra reglado por una Constitución Nacional que es norma suprema en todo el territorio de la República. Los poderes públicos se dividen en legislativo (Congreso Nacional de carácter bicameral), ejecutivo (Presidencia de la Nación y ministerios) y judicial (Tribunales Federales y Corte Suprema de Justicia de la Nación). En segundo lugar, existen veintitrés estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), cada uno de ellos con sus propias constituciones provinciales y con sus propios poderes públicos que se ordenan de modo análogo con los poderes nacionales. Por último, están los municipios o departamentos (el nombre varía según el estado provincial), que cuentan con sus propias cartas orgánicas y esquemas de distribución de poderes.

11 La Agenda 21 mandaba que los gobiernos al nivel que corresponda, con la cooperación de los órganos competentes de las Naciones Unidas, de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, y el sector privado cooperen en la búsqueda y el desarrollo de políticas o programas eficaces en función de los costos, que incluyan medidas administrativas, sociales y económicas, con el fin de mejorar el rendimiento energético; y promover la adopción de programas de etiquetado de productos para proporcionar información a los encargados de adoptar decisiones y a los consumidores sobre oportunidades de un uso eficiente de la energía.

12 ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/65/151.

13 Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 1º.

En el marco de tan compleja distribución de los poderes públicos, la Nación, las provincias y la CABA se reparten ciertas facultades y poderes dependiendo de la materia y el ámbito territorial. En materia ambiental, la Nación dicta las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental (un piso mínimo de protección del ambiente), mientras que las provincias dictan las normas necesarias para complementar aquéllas¹⁴. El dominio originario sobre los recursos naturales y el poder de policía en materia ambiental corresponden a las provincias. Es por ello que el presente trabajo analiza normas de carácter nacional (dictadas por los poderes nacionales) y normativa 'provincial' (local) propia de la CABA.

2.1 La Constitución Nacional. El Derecho al Medio Ambiente Sano y el Uso Racional de los Recursos Naturales

La Constitución Nacional de la República Argentina sufrió su última reforma en el año 1994. En dicha ocasión se incorporó, entre otras enmiendas, el reconocimiento expreso del derecho al ambiente sano en su nuevo artículo 41. En tal sentido, reconocida doctrina ha dicho que "la incorporación de la dimensión ambiental a [la Constitución Nacional] se corresponde con una realidad de la que hoy en día da testimonio un número cada vez mayor de leyes fundamentales y la legislación de todos los países del mundo, sin distinción."¹⁵

En su parte pertinente y haciendo una expresa remisión al concepto de desarrollo sostenible, el referido artículo 41 establece el derecho-deber de todos los habitantes "a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras."

A su turno, se pone en cabeza de las autoridades públicas la obligación constitucional de proveer "a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales"¹⁶ (el resaltado es nuestro). A los fines del presente trabajo, se debe prestar especial atención al mandato de proveer una "utilización racional de los recursos naturales", extremo que constituye la idea rectora para el diseño y sostenimiento de políticas de eficiencia energética.

14 Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 41.

15 SABSAY, Daniel. *La Constitución de los Argentinos*. 2º ed. Buenos Aires: Errepar, 1995. 147p.

16 Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 41.



2.2 La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) e Instrumentos Vinculados

Dentro del sistema jurídico argentino, los tratados internacionales que hayan sido ratificados con fuerza de ley por el Congreso Nacional, cuentan con jerarquía superior a las leyes¹⁷.

En relación a la materia que nos ocupa, la República Argentina suscribió a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), que fuera oportunamente ratificada y aprobada por el Congreso Nacional mediante Ley Nacional Nº 25.295¹⁸. La CMNUCC, y todo el esquema elaborado a su alrededor, tiene por objetivo último "lograr 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 (...) en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible."¹⁹

Por su parte, el Protocolo Kyoto (PK)²⁰ complementario a la CMNUCC y concebido en el marco de la Conferencia de las Partes de dicha Convención, fue ratificado y aprobado por el Congreso Nacional mediante Ley Nacional Nº 25.438²¹. La importancia del PK radica en el establecimiento de límites concretos de emisión de GEI para el grupo de países que se encuentra listado en el Anexo I de la CMNUCC o que, siendo una Parte no incluida en el Anexo I haya notificado su intención de obligarse a adoptar límites de emisión²². En la Conferencia de las Partes (COP 18) que tuvo lugar en Doha, Qatar, en diciembre de 2012 se resolvió la creación de un segundo período de compromiso para la vigencia de limitaciones de emisión de GEI hasta el año 2020.

Sin perjuicio de que un análisis profundo del esquema normativo internacional de Cambio Climático excede los fines y alcance del presente trabajo, cabe referir que el esquema CMNUCC-PK proporciona un conjunto de mecanismos que tienen el potencial de fomentar el desarrollo de políticas y medidas concretas de eficiencia energética en la República Argentina, que serán referidos a continuación:

17 Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 31 y artículo 75 inciso 22.

18 Boletín Oficial de la República Argentina Nº 27805 del 11 de Enero de 1994.

19 Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, artículo 2.

20 Adoptado en Kyoto, Japón, el 11 de Diciembre de 1997.

21 Boletín Oficial de la República Argentina Nº 29692 del 19 de Julio de 2001.

22 Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, artículo 4º inc. g párr. 2.

2.2.1 Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL)

El Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL) constituye una herramienta de flexibilidad creada en el marco del PK, que tiene por objeto ayudar a los países en vías de desarrollo que no han asumido compromisos concretos de limitación de emisiones a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a los países desarrollados a dar cumplimiento a sus compromisos de reducción emisiones.

En virtud del MDL, un país integrante del Anexo I (país desarrollado) puede desarrollar emprendimientos que generen una contribución adicional, real, medible y a largo plazo para la mitigación del cambio climático en un país no integrante del Anexo I (país en vías de desarrollo).

La implementación de programas, medidas y acciones concretas de fomento de eficiencia energética bien podría ampararse en el marco de proyectos vinculados al MDL. Dichas políticas pueden fomentar emprendimientos susceptibles de ser enmarcados dentro del MDL, y de esa manera obtener un ingreso adicional mediante la venta de los "Certificados de Reducción de Emisiones" (CERs por sus siglas en inglés), generando de ese modo un claro incentivo económico adicional para la adopción de medidas de uso racional y eficiente de la energía²³.

2.2.2 Acciones Nacionales Apropriadas de Mitigación (NAMAs)

Asimismo, en el marco de las negociaciones internacionales en materia de cambio climático, la Conferencia de la Partes de la CMNUCC adoptó en el año 2007 el Plan de Acción de Bali. Dicho instrumento formalizó el concepto de Acciones Nacionales Apropriadas de Mitigación (NAMAs, por sus siglas en inglés). Las NAMAs son acciones propuestas por los países partes de la CMNUCC que se encuentran en vías de desarrollo -que no cuentan con objetivos de reducción de emisiones obligatorios- a fines de mitigar sustancialmente y de manera adicional sus emisiones de GEI²⁴. Las NAMAs son registradas frente a la CMNUCC y, con el objetivo de facilitar su implementación, los países en vías de desarrollo pueden acceder a financiamiento especial.

23 Op. Cit. 2.

24 PLATAFORMA FINANZAS CARBONO. *Acciones de mitigación apropiadas a cada país NAMAs* [en línea] <<http://finanzascarbono.org/finanzas-carbono/namas/>> [consulta: 30 mayo 2013]. Debido a su alcance, amplitud y flexibilidad, las NAMAs pueden convertirse en un puente entre los países desarrollados y en desarrollo para facilitar la mitigación, pues están en línea con el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas.



En tal sentido, dado que la República Argentina es parte signataria de la CMNUCC y del PK, el desarrollo de planes, políticas y medidas de eficiencia energética podría ser enmarcado como NAMAs, a los fines de encauzar el necesario apoyo financiero y de otro tipo necesarios para el éxito de dichas iniciativas.

2.2.3 El Programa Nacional de Uso Racional y Eficiente de la Energía (PRONUREE)

Ya en el campo de las medidas concretas adoptadas por el Estado Nacional argentino, en el año 2007 y motivado por las perspectivas de insuficiente provisión de energía eléctrica para satisfacer la demanda domiciliar, industrial y de servicios, el Poder Ejecutivo federal creó mediante el Decreto N° 140/07²⁵ el Programa Nacional de Uso Racional y Eficiente de la Energía (PRONUREE). En el marco del PRONUREE se declara de interés y prioridad nacional el uso racional y eficiente de la energía, se aprueban lineamientos destinados a contribuir y mejorar la eficiencia energética en distintos sectores consumidores, y se manda llevar a cabo campañas de difusión y concientización de la población. Asimismo, se invita a las Provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los Municipios a adherir al Programa²⁶.

Además de definir acciones concretas a desarrollar en el corto plazo en los edificios de la Administración Pública Nacional, el PRONUREE esbozó una serie de intenciones tendientes a avanzar en el ahorro y uso racional de los insumos energéticos, tales como: formular un Programa de Eficiencia Energética para el sector industrial y otro dedicado específicamente al sector comercial y de servicios, implementar un mecanismo de financiación destinado a facilitar inversiones en proyectos de eficiencia energética en el sector PYMEs, impulsar el desarrollo de códigos de edificación que contemplen aspectos de eficiencia energética tanto en su diseño y construcción como en el empleo de materiales específicos.

En otro orden de ideas, el Programa manda incorporar a los planes educativos de los distintos niveles de formación conceptos generales de energía, eficiencia energética, energías renovables y su impacto en el medio ambiente.

En relación al sector del transporte, el PRONUREE expresa intenciones de contribuir a eficientizar los Sistemas de Alumbrado Público y Semaforización en todo

25 Boletín Oficial de la República Argentina N° 31309 del 24 de Diciembre de 2007.

26 Tal como se referirá oportunamente, la CABA adhirió al PRONUREE a través de la Ley N° 2.802 de la CABA.

el país; impulsar el ahorro energético mediante una ampliación y mejora de la gestión del transporte colectivo. Asimismo, plantea la necesidad del diseño de un programa de etiquetado automotor e iniciar las gestiones conducentes para el diseño de un sistema de certificación energética de viviendas.

Cabe destacar que las medidas tomadas con mayor éxito en el marco del Programa han sido el relevamiento para reemplazar las lámparas incandescentes por lámparas de bajo consumo en los edificios públicos donde funcionan las dependencias del Poder Ejecutivo Nacional²⁷, y la adopción de medidas en relación a la comercialización de aparatos eléctricos de uso doméstico²⁸.

En esa inteligencia, la Ley Nº 26.473²⁹ prohibió, a partir del 31 de diciembre de 2010, la importación y comercialización de lámparas incandescentes de uso residencial general en todo el territorio de la República Argentina, debiendo el Poder Ejecutivo Nacional dictar las medidas necesarias para facilitar la importación de lámparas de bajo consumo, sus partes, insumos, componentes y/o equipamiento necesario para su producción. Las lámparas de bajo consumo (lámparas fluorescentes compactas) consumen entre tres y cinco veces menos energía que las lámparas incandescentes convencionales, contando con una vida útil entre cuatro y ocho veces mayor. El reemplazo de la luminaria incandescente por lámparas de bajo consumo lograría un ahorro significativo en la demanda de energía eléctrica del país. En la actualidad, las ventas de lámparas de bajo consumo son muy limitadas, debido en gran medida a su alto costo inicial³⁰.

Se identifica, en este punto, la necesidad de avanzar con medidas concretas a los fines de materializar los objetivos del Programa, en atención a que el progreso en la

27 En tal sentido, ver Resoluciones Nº 4/08 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; Nº 8/08 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República Argentina; Nº 39/08 del Ministerio de Defensa de la República Argentina; Nº 553/08 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República Argentina; y Nº 210/09 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la República Argentina.

28 En este aspecto, cabe mencionar la Resolución Nº 396/2009 de la Secretaría de Energía de la Nación (SEN) del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la República Argentina que aprobó como nivel máximo de consumo específico de energía, o mínimo de eficiencia energética el correspondiente a la clase C de eficiencia energética establecido en la Norma IRAM 2404-3:1998, para artefactos refrigeradores de uso doméstico. Asimismo, la Resolución Nº 1542/2010 de la SEN aprobó niveles máximos de consumo específico de energía, o mínimos de eficiencia energética correspondientes a acondicionadores de aire, tomando como referencia las distintas categorías de la Norma IRAM 62406:2007, en forma gradual y escalonada. A su turno, la Resolución Nº 198/2011 de la SEN, remitió a la Norma IRAM 2404-3:1998 para establecer el nivel máximo de consumo específico de energía o mínimo de eficiencia energética para refrigeradores y congeladores domésticos.

29 Boletín Oficial de la República Argentina Nº 31.216 del 13 de Agosto de 2007.

30 Op. Cit. 2.



implementación ha sido errático. Es posible que el mayor logro del Programa haya sido poner en la agenda de las jurisdicciones locales la temática de la eficiencia energética. Como se verá al analizar el caso de la CABA, las mayores facultades regulatorias en este sentido se encuentran bajo la órbita de las autoridades locales.

3. Políticas de Promoción de la Eficiencia Energética a Nivel de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La CABA cuenta con una Constitución propia, al igual que los restantes estados provinciales que componen la República Argentina. En tal sentido, la Constitución local manda al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) a desarrollar políticas de planeamiento y gestión del ambiente urbano³¹. Dichas políticas de planeamiento urbano deben estar integradas a las políticas de desarrollo económico, social y cultural. Asimismo, el planeamiento deberá promover la inserción de la Ciudad en el área metropolitana circundante mediante un proceso de ordenamiento territorial ambiental participativo y permanente. El Área Metropolitana de Buenos Aires es de suma relevancia en el contexto argentino, ya que se compone de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el conjunto de municipios de la Provincia de Buenos Aires que la rodea, abarcando una superficie de aproximadamente 3.600 Km² y una población cercana a los 12.000.000 de habitantes³². El ordenamiento territorial deberá incentivar "el uso racional de materiales y energía en el desarrollo del hábitat"³³ y "la eficiencia energética en el tránsito y el transporte"³⁴. De ese modo, la Constitución de la CABA concibe a la eficiencia en la generación, transporte y uso de la energía como un elemento propio del planeamiento urbano. Es destacable que la propia constitución local haga explícita referencia a la necesidad de promover la eficiencia energética, más aún considerando la relevancia política y demográfica de la CABA y sus alrededores.

Esto toma mayor relevancia cuando se analizan los datos en materia de consumo de energía en la CABA. El volumen de emisiones total anual de dióxido de carbono-equivalente (CO₂e) ha sido un valor en constante crecimiento en los últimos años relevados, como se puede ver en el inventario de GEI de la CABA (cuadro I), que forma parte del "Plan de Acción de Cambio Climático Buenos Aires 2030" del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

31 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 27.

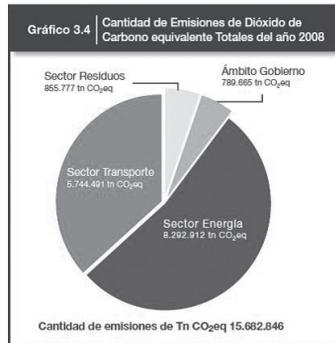
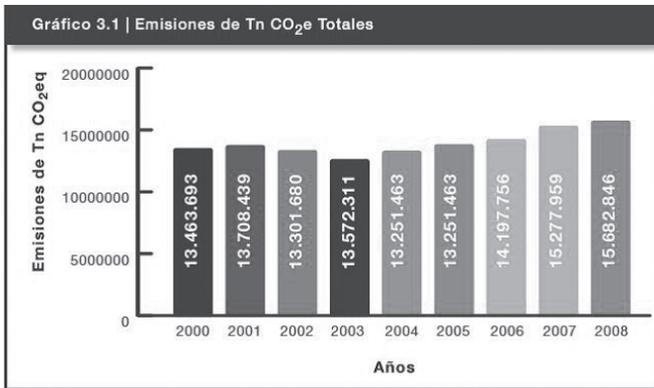
32 Atlas Ambiental de Buenos Aires [en línea] <http://www.atlasdebuenosaires.gov.ar/aaba/index.php?option=com_content&task=view&id=18&Itemid=7&lang=es> [consulta: 30 Mayo 2013].

33 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 27 inciso 11.

34 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 27 inciso 9.

Cuadro I – Consumo de energía y emisiones de COe en la CABA

Comunidad		Administración pública	
Consumo de energía	61 %	Edificios	74 %
Residencial	35 %		
Comercial	20 %		
Industrial	6 %		
Transporte	29 %	Alumbrado	16,3 %
Residuos	10 %	Residuos	8,6 %
		Flota de vehículos	1,10 %
Total del año 2000: 13.010.035 TN CO₂			



Fuente: Inventario de Gases de Efecto Invernadero de la Ciudad de Buenos Aires, en Plan de Acción de Cambio Climático Buenos Aires 2030 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires [en línea] <http://www.buenosaires.gov.ar/areas/med_ambiente/apra/des_sust/archivos/pacc/cap3_pacc_ba3030.pdf> [consultado: 30 de Mayo de 2013].



En lo que refiere a las fuentes de emisión de CO₂eq totales del año 2008, resulta importante destacar el alto porcentaje de emisiones provenientes de (i) el Sector Energía, y (ii) el Ámbito del Gobierno. Esta última categoría incluye edificios y otras instalaciones, iluminación pública y señales de tránsito, flota de vehículos, y provisión de agua y saneamiento que lleva a cabo la empresa AySA³⁵ para la CABA.

Sin perjuicio de la relevancia cuantitativa de las emisiones de GEI del sector transporte, los principales esfuerzos en materia de eficiencia llevados a cabo por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires han estado dirigidos al uso más eficiente de la energía en edificios públicos. Se comprende, en dicho respecto, la mayor facilidad operativa de tales medidas, y la necesidad de posicionar al Estado como primer actor a gran escala en el cambio de comportamientos tendientes a generar una reducción en las emisiones de GEI.

En el sentido expuesto, cabe referir las siguientes estrategias y medidas concretas que se han tomado en la CABA en materia de eficiencia energética, que se han materializado en las siguientes normas jurídicas:

3.1 Ley N° 2.802

Tal como se dijo con anterioridad, el PRONUREE invitaba a las jurisdicciones locales a adherir a sus objetivos y, en consecuencia, adoptar metas y medidas de uso racional de la energía. La CABA se incorporó en dicho esquema en el año 2008, a través de la sanción de la Ley N° 2.802. De esa manera, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires quedó comprometido jurídicamente a adoptar medidas de eficiencia energética que se amolden a los objetivos a nivel nacional³⁶.

Como consecuencia del dictado de la Ley N° 2.802, la Agencia de Protección Ambiental del GCBA³⁷ dictó la Resolución N° 341/APRA/08³⁸, mediante la cual se creó

35 Agua y Saneamientos Argentinos S.A., empresa que presta servicios de suministro de agua potable y saneamiento a la Ciudad de Buenos Aires y a un número de municipios de la Provincia de Buenos Aires.

36 Ley N° 2.802 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 2.

37 La Agencia de Protección Ambiental del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (APRA), creada en el año 2008 mediante Ley N° 2.628 (Boletín), es un ente autárquico dependiente del Ministerio de Ambiente y Espacio Público de la CABA, que tiene por objeto "proteger la calidad ambiental a través de la planificación, programación y ejecución de las acciones necesarias para cumplir con la Política Ambiental de la CABA". Asimismo, el Decreto N° 138/08 (Boletín) estableció que la APRA, en su carácter de organismo con mayor competencia ambiental, actuará como autoridad de aplicación de las leyes en dicha materia.

38 Boletín oficial de la Ciudad de Buenos Aires N° 3145 del 30 de Marzo de 2009.

el Programa de Eficiencia Energética en Edificios Públicos, de adhesión voluntaria para edificios que oficien como sede de dependencias gubernamentales del GCBA³⁹, para ser ejecutado en el período 2008 – 2013, y con el objetivo de lograr un ahorro en el consumo de energía mínimo del 10% para el año 2010 y del 20% para el año 2013, tomando como base los consumos del año 2007.

Las principales acciones que dicho plan propone se resumen en cuatro ejes: (i) empleo de tecnologías más eficientes; (ii) concientización y educación en buenas prácticas para el uso de las instalaciones; (iii) mantenimiento adecuado de los equipos e instalaciones; y (iv) optimización del diseño de instalaciones edilicias.

Asimismo, conforme a su complejidad técnico-operativa y la erogación que implica, las medidas que el Programa propone se categorizan en (i) de baja o nula inversión -gestión administrativa y de la demanda y cambio de comportamiento de los usuarios; (ii) de mediano nivel inversión -utilización de tecnologías y equipos eficientes ; y (iii) de alto nivel inversión -medidas edilicias en la reforma y diseño de nuevos edificios.

3.2 Ley N° 3.246

En este contexto, en el año 2009 la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley N° 3.246 de Eficiencia Energética en Dependencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires⁴⁰, cuyo objeto radica en reducir y optimizar el consumo de la energía y la emisión de CO₂ y otros GEI en la CABA. Se evidencia la vinculación que se hace entre reducción de consumo de energía y mitigación del cambio climático.

Ahora bien, la Ley N° 3.246 -que una vez reglamentada vendría a reemplazar el esquema de la Resolución N° 341/APRA/08- está destinada únicamente a las dependencias del GCBA, la iluminación del espacio público, la red de semáforos, las obras, compras y contrataciones públicas proyectadas por el GCBA. La norma no se destina a las viviendas de los particulares ni a los comercios, industrias o servicios; empero, la adopción de medidas destinadas a reducir el consumo y las emisiones de la Administración Pública tendrán un efecto significativo, en atención al alto consumo que dicho sector representa.

39 En la justificación del Programa, se hace referencia a que diversos estudios estiman que el consumo de energía eléctrica del GCBA, sin incluir el alumbrado público, asciende para el año 2007 a unos 100 millones de pesos al año (año 2008).

40 Boletín oficial de la Ciudad de Buenos Aires N° 3342 del 18 de Enero de 2010.



La norma delega en la Agencia de Protección Ambiental la elaboración de criterios de eficiencia energética, y la fijación, revisión y actualización bianual de metas concretas de reducción progresiva del consumo de energía y disminución de emisiones de CO₂ a tres, cinco y diez años contados a partir de la reglamentación de la Ley.

Haciendo una radiografía de las herramientas que instituye la ley a los fines de concretar la política propuesta y de lograr los objetivos planteados, se identifican los siguientes institutos:

- i. Sistema de monitoreo del consumo de energía general en los edificios públicos que podrá ser llevado a cabo a través de dispositivos electrónicos centralizados, o bien a partir de un análisis de las facturas de electricidad.
- ii. La figura del "administrador energético", persona designada por la dependencia pública y que llevará adelante el registro mensual de los consumos de energía, y se encargará del seguimiento y ejecución de las medidas de ahorro y eficiencia energética en cada edificio; para lo cual recibirá capacitación.
- iii. Capacitación en buenas prácticas y nuevas técnicas para todo el personal del GCBA que desempeñe sus tareas en los edificios alcanzados por la Ley.
- iv. Incorporación de criterios de eficiencia energética en los pliegos de compras y contrataciones públicas de bienes, servicios y obras y Programas de Vivienda y Urbanización desarrollados por entes públicos locales.
- v. Redireccionamiento de los fondos derivados del ahorro generado en aplicación de las medidas, para el financiamiento de programas de educación e información pública en la materia, y de planes de incorporación de tecnologías más eficientes.

La norma, que al momento de publicación del presente trabajo se encuentra en un estadio avanzado de reglamentación, redundará en un ahorro de energía y de recursos económicos, a la vez que podrá contribuir al desarrollo del mercado y de la industria de artefactos más eficientes, en atención al volumen de las compras públicas.

3.3 Decreto N° 300/GCBA/10

Posteriormente a la sanción de la Ley N° 3.246, el Poder Ejecutivo de la CABA dictó el Decreto N° 300/10⁴¹ que, adelantándose al proceso de reglamentación de la Ley N° 3.246, impuso la obligación de incorporar en las compras públicas de artefactos eléctricos criterios de selección orientados a la adquisición de aquellos que cuenten con certificación obligatoria de eficiencia energética y, entre ellos, los de mayor eficiencia. Ello, tomando como información lo que se indique en su etiquetado de certificación de eficiencia energética conforme la norma IRAM⁴² correspondiente para los distintos tipos de artefactos.

En tal sentido, en el sitio web institucional de la Agencia de Protección Ambiental de GCBA, se ha puesto al alcance de la ciudadanía una base de datos donde se indican aquellos artefactos que cuentan con el correspondiente etiquetado de eficiencia energética⁴³.

41 Boletín oficial de la Ciudad de Buenos Aires N° 3404 del 21 de Abril de 2010.

42 IRAM es el instituto Argentino de Normalización y Certificación, reconocido como Organismo Nacional de Normalización por sucesivas legislaciones nacionales, en el marco del Sistema Nacional de Normas, Calidad y Certificación.

43 AGENCIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL GCBA [en línea] <http://www.buenosaires.gov.ar/areas/med_ambiente/apra/evaluacion_reg/busqueda_equipo.php> [consulta: 30 Mayo 2013].



Conclusiones

Es indudable que la aplicación de políticas de uso racional y eficiente de la energía en el contexto de los desafíos actuales en materia ambiental, frente a la necesidad de una gestión sustentable de los recursos naturales y en el marco de los compromisos para mitigar el cambio climático, contribuirá al establecimiento de condiciones que favorezcan el desarrollo sostenible.

Se puede concluir que en Argentina se ha identificado (al menos en el plano normativo) la necesidad y conveniencia de que el sector público asuma una función "ejemplificadora" frente al resto de la sociedad, a través de la implementación de medidas orientadas a optimizar el desempeño energético en sus instalaciones. Sin perjuicio de ello, se observa la necesidad de avanzar en políticas que tiendan a dirigir el consumo de energía del sector industrial, de servicios y el transporte, extremo que redundará en impactos ambientales positivos y en una mayor competitividad de la industria nacional. Se advierte que las principales normas de uso racional de los insumos energéticos se encuentran dirigidas al sector público, extremo aceptable en una primera etapa, pero que deberá extenderse a todos los sectores de la economía y al consumidor final.

Por otra parte, cabe referir que la mera existencia de leyes, decretos o resoluciones que den carácter de obligatoriedad a las acciones de uso racional y eficiente de la energía no garantiza el éxito de un programa, que dependerá de recursos financieros, respaldo político, capacidad técnica e indicadores de seguimiento.

En otro orden de ideas, resta aún evaluar fuertemente el rol potencialmente significativo de los mecanismos que el esquema de la CMNUCC y el PK ponen a disposición de los ciudadanos de los países parte en dichos compromisos internacionales. El Mecanismo de Desarrollo Limpio tiene un gran potencial para facilitar financiamiento y cooperación técnica para proyectos de eficiencia energética; generando incentivos adicionales para la puesta en marcha de políticas de uso racional de la energía. En esta línea, se deberá evaluar la posibilidad de encauzar acciones de eficiencia energética y energías renovables en el marco de las NAMAs, vislumbrando la posibilidad de canalizar apoyos técnicos y financieros, generar créditos y producir *offsets* en el marco de la CMNUCC.

Por último, huelga mencionar que el diseño e implementación de políticas de eficiencia energética constituye una arena ideal para la innovación, ya que se trata de cuestiones que se encuentran vinculadas con los sectores más dinámicos de la economía, y que su posicionamiento en agenda es aún incipiente.

Las perspectivas de desarrollo y las condiciones particulares de la República Argentina y de la región de América Latina, requieren un posicionamiento prioritario de las temáticas vinculadas a la energía y el medio ambiente. En este sentido, la profundización de las políticas y programas en materia de uso racional y eficiente de la energía resulta fundamental para avanzar en el abordaje de los desafíos que este milenio nos presenta, en el camino hacia el desarrollo sostenible.



Marco legal de los glaciares en Chile

Legal framework of the glaciers in Chile

Leslye Herr Martínez

Universidad de Chile, Chile

Egresada de Derecho de la
Universidad de Chile, año 2010.

Este artículo fue elaborado durante mi
pasantía en FIMA entre los meses de
enero y mayo de 2013.

leslye.herr@gmail.com

RESUMEN

Los glaciares, las mayores reservas de agua dulce de la Tierra, son ecosistemas abiertos con interacciones internas y con el medio ambiente, muy frágiles, completamente imprescindibles para la subsistencia de cualquier forma de vida porque cumplen un rol fundamental en la preservación de los valores ambientales, escénicos y de los servicios ambientales que prestan para la conservación de la biodiversidad.

La escasez de agua potable es un problema que trasciende las fronteras nacionales, lo que ha encendido las alarmas a nivel internacional respecto del estado de los glaciares en el mundo. Sin embargo, en muchos casos éstas solo han sido tomadas en cuenta por investigadores, científicos y organizaciones medioambientales. En este sentido nuestro país no ha sido una excepción.

El presente artículo tiene por objeto brindar una visión global de los glaciares en Chile y analizar su situación jurídica en nuestro ordenamiento legal.

Palabras clave: Glaciares, Cambio Climático, áreas protegidas, minería, marco jurídico.



SUMMARY

Glaciers, the largest fresh water reserves on Earth, are fragile ecosystems essential for the survival of all life because they play a key role in the preservation of environmental values, scenic and environmental services for the conservation of biodiversity.

The scarcity of drinking water is an increasingly serious issue that transcends national borders, which has set off alarms internationally with regard to the state of glaciers worldwide. However, in many cases they have only been taken into account by researchers, scientists and environmental organizations. Our country has not been the exception.

This article intends to provide an overview of glaciers in Chile and analyze their legal status in our legal system.

Key words: Glaciers, climate change, protected areas, mining, legal framework.



Introducción

El agua, elemento vital para la estabilidad de los ecosistemas de nuestro planeta, la existencia de vida humana e indispensable para el desarrollo de la mayor parte de las actividades económicas del hombre, actualmente es un recurso natural escaso y finito, siendo su disponibilidad uno de los grandes problemas a nivel mundial, y que se acentuará inevitablemente en los próximos años con los consiguientes conflictos nacionales e internacionales.

La Tierra, dado su color, nos da la ilusión de que el agua abunda para el consumo humano debido a que la hidrosfera abarca el 70% de la superficie terrestre, correspondiendo el 30% restante a los continentes. No obstante, el agua se halla distribuida en forma desigual ya que el 97% del total de agua es salada, mientras que solo el 3% restante corresponde a agua dulce. De este total de agua dulce, el 77,06% se encuentra congelada en los glaciares y casquetes polares, siendo, por consiguiente, las principales reservas de agua dulce del planeta, en tanto que el 22,90% corresponde a aguas subterráneas y el 0,04% restante a aguas superficiales.

Nuestro país posee una gran cantidad de glaciares a lo largo de su territorio que se formaron luego de la elevación de la Cordillera de los Andes. Sin embargo, pese a estar presentes en la geografía nacional y ser parte importante de nuestro ciclo hidrológico, no existe en Chile un marco jurídico que los proteja. Solo en los últimos años su vulnerabilidad ha generado una creciente preocupación a nivel nacional, debido al importante retroceso que han experimentado los glaciares chilenos, debido a los efectos del Cambio Climático y a los casos de contaminación y destrucción de glaciares por parte de empresas mineras, lo que ha generado gran interés en temas relacionados con su conservación y función en los ecosistemas de montaña.

Pero fue con el caso Pascua Lama, proyecto minero que contemplaba la remoción de glaciares ubicados en el área de extracción de oro a tajo abierto, cuando la sociedad civil decidió incorporar la protección de los glaciares como parte de sus demandas sociales. Fue así como surgieron proyectos de ley para la conservación de los glaciares, tanto de organizaciones ambientalistas como de parlamentarios, que obligaron al Estado a elaborar, primero en el año 2008, una Política para la Protección y Conservación de Glaciares, creándose en el mismo año la Unidad de Glaciología y Nieves en la Dirección General de Aguas, a la cual se le asignó, entre otras funciones, la tarea de realizar un Inventario Público de Glaciares; y luego en el año 2009, la Estrategia Nacional de Glaciares. No obstante lo anterior, si bien, se ha avanzado en el conocimiento científico



de los glaciares presentes en territorio nacional, hasta el momento no tenemos en Chile un marco normativo efectivo que los proteja.

El objetivo de este trabajo consiste en poner de manifiesto la ausencia de un estatuto especial de conservación de los glaciares y la desprotección jurídica en la que se encuentran con el marco legal vigente.

Para ello analizaré primero el marco jurídico internacional aplicable a los glaciares, luego nuestro estatuto jurídico, donde procederé a examinar la legislación nacional vinculada con los glaciares, las políticas públicas formuladas por el Estado sobre estos cuerpos de hielo, como aquellas que están relacionadas con ellos y los proyectos de ley existentes sobre la materia.

Sin embargo, antes de analizar los aspectos jurídicos, revisaré el concepto científico de glaciar, su clasificación, función, inventario, y las amenazas tanto a nivel global como a nivel local a la que están expuestos, con la finalidad de tener un panorama general de los glaciares chilenos y de su situación actual.

1. Aspectos generales

En Sudamérica encontramos alrededor de 26.000 km² de glaciares, de los cuales un área aproximada de 21.000 km² se encuentra en la Cordillera de los Andes, extendiéndose los miles de glaciares desde las cumbres del Altiplano hasta la región austral donde hallamos la mayor concentración de hielo, en los Campos de Hielo Norte y Sur. Dicho cordón montañoso ocupa más del 40% del territorio nacional, teniendo en cuenta que Chile continental posee una longitud de más de 4.250 km. y una anchura que en promedio no supera los 200 km.

1.1 Concepto científico

Existen numerosas formas para definir lo que se entiende por glaciar. La Real Academia de la Lengua Española lo define como una "masa de hielo acumulada en las zonas altas de las cordilleras, por encima del límite de las nieves perpetuas, y cuya parte inferior se desliza muy lentamente, como si fuese un río de hielo"¹.

1 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE), 22ª edición, publicada en 2001. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=glaciar>> [consulta: 25 enero 2013].

En Chile, la mayoría de las publicaciones científicas acoge la definición de Louis Lliboutry –uno de los primeros geógrafos y glaciólogos chileno francés– quien definió glaciar como “toda masa de hielo perenne, formada por acumulación de nieve, cualquiera sean sus dimensiones y su forma (...) que fluye bajo su propio peso hacia las alturas inferiores”². Esta definición se asemeja a la otorgada por el geógrafo Carlos Garín, para quien glaciar es “una acumulación, sobre tierra, de hielo perenne que fluye lentamente por reptación debido a su propio peso hacia alturas inferiores”³.

1.2 Clasificación

Los glaciólogos se han preocupado de clasificar a los glaciares según diversos aspectos, siendo los criterios más utilizados los siguientes: según su forma o morfología, dinámica (avances y/o retrocesos), clima, estructura interna y estado térmico. Sin embargo, de estas clasificaciones las que de mejor manera identifican y describen a los glaciares chilenos, son las categorías según su estructura interna y según su estado térmico por su ubicación predominantemente andina⁴.

De acuerdo a su estructura interna, conforme a la presencia y distribución de los detritos rocosos en los glaciares, se clasifican en:

1.2.1 Glaciares Descubiertos o Blancos

La superficie de estos glaciares se encuentra libre de fragmentos detríticos y la escasa capa de impurezas y detrito que habitualmente se observa sobre ellos, se debe al desprendimiento de laderas contiguas y/o al accionar del viento. Son fáciles de reconocer a gran distancia, siendo los más conocidos e investigados por los glaciólogos. La definición de los glaciares elaborada por Lliboutry coincide con esta clase de glaciar. Los glaciares blancos se encuentran a lo largo de todo el país, pero en mayor proporción en la región austral donde se ubican los Campos de Hielo Norte y Sur.

-
- 2 FERRANDO, Francisco. *Apuntes de Glaciología y Geomorfología Glacial*. Santiago de Chile: Departamento de Geografía, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad de Chile, 2005, p. 1.
 - 3 GARÍN, Carlos. *Inventario de Glaciares de Los Andes Chilenos desde los 18º a los 32º Latitud Sur*. Santiago de Chile: Dirección General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas, Gobierno de Chile, diciembre 1986, p. 5.
 - 4 BÓRQUEZ, Roxana; LARRAÍN, Sara; POLANCO, Rodrigo; URQUIDI, Juan Carlos. *Glaciares Chilenos. Reservas Estratégicas de Agua Dulce para la sociedad, los ecosistemas y la economía*. Santiago de Chile: 1ª ed., LOM Ediciones, noviembre 2006, p. 36.



1.2.2 Glaciares Cubiertos

Son aquellos que se originan a partir de glaciares descubiertos, pero a causa de derrumbes rocosos desprendidos de las laderas son cubiertos por una capa detrítica que opera como aislante, volviendo más compleja su identificación. En el área superior de esta clase de glaciar se sigue acopiando nieve constituyendo, por tanto, un glaciar descubierto o blanco en su parte superior, y un glaciar cubierto en su parte inferior. Los glaciares cubiertos "son considerados como parte inicial del proceso de transformación gradual de un glaciar descubierto a un glaciar de roca, llamado también glaciar de roca glaciogénico"⁵.

1.2.3 Glaciares de Roca

La génesis de este tipo de glaciares ha sido un tema muy controvertido por los científicos, por eso las definiciones más aceptadas son aquellas que los describen de acuerdo a su morfología externa. Para el geólogo estadounidense Stephen Reid Capps (1910), un glaciar rocoso es "un cuerpo en forma de lengua o lóbulo, usualmente de bloques angulosos similares a pequeños glaciares, y que ocurren generalmente en terrenos de alta montaña (o polar seco). Contienen cordones, surcos y lóbulos en su superficie y una fuerte pendiente en su ángulo de reposo"⁶.

Los glaciares de roca están formados por una masa de hielo mezclada con detritos rocosos. Constituyen un sistema dinámico que consta de un suelo congelado o permafrost y de una capa de material granular que genera un efecto aislante frente a la radiación solar, lo que permite que su derretimiento sea considerablemente menor que en un glaciar descubierto. Esta capa activa se congela y descongela estacionalmente jugando un rol hidrológico fundamental porque le permite al glaciar rocoso almacenar agua pluvial, a través del congelamiento, y liberarla al derretirse durante los meses de verano, otoño y parte del invierno, por medio de un flujo ininterrumpido.

La mayor incógnita dice relación con la proporción de hielo y roca que contienen estos glaciares. A falta de antecedentes se ha estimado que solo el 50% del volumen de los glaciares de roca está constituido por hielo, el que puede llegar a superar el 80% si el

5 Ibid. p. 37.

6 FERRANDO, Francisco. "Aspectos conceptuales y genético evolutivos de los glaciares rocosos: análisis de caso en Los Andes semiáridos de Chile". *Revista Geográfica de Chile Terra Australis*, 48, 2003, p. 45.

material rocoso cubre únicamente la superficie del cuerpo de hielo⁷. Pese a que los glaciares de roca poseen menos hielo que los glaciares blancos, su mayor distribución superficial en la zona norte y centro del país hace que esta clase de glaciares sean potenciales reservas hídricas muy valiosas en las cuencas de alta montaña en las regiones áridas. Así en la zona central de Chile, incluida la cuenca del Río Maipo en Santiago, el 50% de los glaciares son de roca, disminuyendo a 17% del total de glaciares en la cuenca del Cachapoal y a un 3% más al sur⁸. No obstante su importancia, han sido poco estudiados por la comunidad científica.

De acuerdo al estado térmico de la masa de hielo se clasifican en:

1.2.4 Glaciares Fríos

Poseen una temperatura del hielo bajo los 0º C en la zona de alimentación, siendo la ablación muy escasa solo por sublimación. Ante la inexistencia de fusión superficial, el proceso de transformación de nieve a hielo es lento. Normalmente "una onda fría congela el total de la masa durante el invierno, dificultando el aumento de temperatura en el verano, por sobre 0ºC"⁹. Esta clase de glaciar se localiza a grandes alturas en la Cordillera de los Andes, en las regiones del norte de nuestro país –entre Tarapacá y Santiago– presentando temperaturas entre -15º C a -20º C.

1.2.5 Glaciares Templados

Toda su masa se encuentra a temperatura de fusión del hielo, 0º C en la superficie y fluctuante en profundidad, según la presión a que esté sometido el hielo, debido a su propio peso, dependiendo de su espesor, densidad y aceleración de gravedad al que está expuesto. En nuestro país gran parte de los glaciares que se encuentran desde la zona central hasta los Campos de Hielo Sur, son de este tipo.

7 MARANGUNIC, Cedomir. *Inventario de Glaciares Hoya del Río Maipo*. Santiago de Chile: Dirección General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas, Gobierno de Chile, octubre 1979, p. 43.

8 BÓRQUEZ, Roxana; LARRAÍN, Sara; POLANCO, Rodrigo; URQUIDI, Juan Carlos. Op. Cit., p. 39.

9 RIVERA, Andrés. *Apuntes de Glaciología Teórica*. Santiago de Chile: Departamento de Geografía, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad de Chile, 1990, p. 22.



1.2.6 Glaciares Politermales

Se caracterizan por ser fríos en la parte superior y templados en su parte inferior, pues la masa de hielo se halla a temperaturas inferiores a los 0° C –propio de los glaciares fríos– pero en la base de la lengua terminal, pueden alcanzar temperaturas cercanas a 0° C, lo que origina una pequeña fusión estival. Esto se debe a que el calor estival solo permite el derretimiento parcial del hielo, dado que la temperatura no logra subir hasta el punto de fusión, desarticulando por consiguiente, las consecuencias de la onda fría que afecta a los glaciares en los meses de invierno. Este tipo de glaciares se encuentran en el norte de nuestro país, sin embargo, es en las regiones de Coquimbo, Valparaíso y Metropolitana donde se aprecian mejor los glaciares politermales.

Esta categorización es de gran relevancia porque permite analizar la influencia que el Cambio Climático puede tener en la actualidad sobre los glaciares. De esta forma, se observa que los glaciares fríos son afectados, no por las variaciones en las temperaturas, sino por las variaciones en las precipitaciones pues, aunque aumente la temperatura de la Tierra en 1° C o 2° C, indistintamente la isoterma cero permanecerá debajo de la ubicación del glaciar, debido a que se encuentran a grandes alturas. De modo que el derretimiento de esta clase de glaciares se asocia, más bien, con una menor acumulación de nieve por la disminución de las precipitaciones, produciendo el retroceso de estas grandes masas de hielo. Por el contrario, los glaciares templados sí son afectados por las variaciones globales de temperatura, puesto que al encontrarse a menor altura, no se consigue un equilibrio entre el incremento de las temperaturas con la acumulación de nieve, generando el derretimiento y el consiguiente retroceso de este tipo de glaciar¹⁰.

1.3 Función de los glaciares

El 97% de la superficie total de nuestro planeta es agua salada, en tanto solo el 3% restante corresponde a agua dulce. De ese total de agua dulce, el 2% se encuentra en estado sólido permanente en los glaciares y casquetes polares. Podemos afirmar, por tanto, que estos cuerpos de hielo constituyen gigantescos reservorios de agua dulce, siendo la principal fuente de suministro de agua para consumo humano, actividades productivas, mantención del balance hídrico y climático, y la preservación de los ecosistemas altoandinos.

10 BÓRQUEZ, Roxana; LARRAÍN, Sara; POLANCO, Rodrigo; URQUIDI, Juan Carlos. Op. Cit., p. 40.

Los glaciares constituyen un ente regulador natural de los caudales de agua, siendo el principal seguro frente a las sequías, pues responden inversamente en épocas de déficit hídrico. En años con menos lluvia y nieve aflora a la superficie el hielo más antiguo y oscuro, que absorbe más calor, incrementando la fusión y, con ello, un mayor aporte aguas abajo. Pero, en periodos de mayores precipitaciones, los glaciares se cubren de nieve, aumenta la reflectancia, disminuye el derretimiento de los hielos y, por consiguiente, la escorrentía de agua desde los glaciares.

Últimamente, con motivo de los conflictos que se han suscitado por los impactos negativos que ocasiona la minería sobre los glaciares, algunas industrias mineras en Chile han planteado la alternativa de reemplazar los glaciares por la construcción de embalses, argumentando que éstos serían igualmente capaces de cumplir con la función de mantener el balance hídrico de las cuencas en épocas estivales y de sequía. No obstante, dicha suposición es equívoca, ya que si bien un embalse puede abastecer de agua a la población sin problemas en periodos de escasez, aquello solo es posible mientras la sequía no se extienda más allá de un año. Es más, en la sequía de 7 años, ocurrida en los años '60 en las regiones del norte chico y centro del país, los embalses construidos en las zonas afectadas no pudieron proveer de agua a la comunidad, siendo los glaciares andinos del valle del Huasco los que consiguieron el abastecimiento y, aunque el caudal del río disminuyó, éste nunca se agotó¹¹.

Los glaciares son esenciales para la seguridad del abastecimiento humano. Producto de los deshielos, aportan agua a los ríos, lagos y napas subterráneas, suministrando agua potable a las principales capitales y ciudades andinas. Asimismo, son fundamentales para la realización de actividades económicas como la agricultura, minería, industria, generación eléctrica y turismo. En definitiva, juegan un rol crucial en el desarrollo socioeconómico de la población.

La mantención del balance climático global es una de las funciones directas de los glaciares, por cuanto existe una retroalimentación entre el clima y las propiedades físicas del hielo, que influye en el comportamiento de los glaciares. A su vez, los glaciares, especialmente los de tipo tropical, son excelentes indicadores de la evolución del clima local.

Los cuerpos montañosos son ecosistemas frágiles, importantes a nivel mundial

11 Ibid., p. 42.



como depósitos de agua de la tierra, poseedoras de vastas áreas de diversidad biológica, siendo los glaciares actores imprescindibles para la mantención del equilibrio de los sistemas ecológicos de alta montaña.

Por las razones expuestas, los glaciares deben considerarse como reservas estratégicas de agua dulce¹², puesto que sin este recurso natural es imposible la existencia de vida en cualquiera de sus manifestaciones.

1.4 Importancia de los glaciares en Chile

Chile es un país esencialmente montañoso –constituido en un 80% por montañas– y privilegiado puesto que el 70% de la población se aprovisiona con recursos hídricos provenientes de las zonas altoandinas, dado que la Cordillera de los Andes posee gran cantidad de glaciares que se distribuyen a lo largo del territorio nacional, desde alturas que van de los 6.000 metros hasta los fiordos y lagos de las regiones australes, donde los cuerpos de hielo se sitúan a nivel del mar como el Glaciar San Rafael.

Contar con estas fuentes de agua congelada resulta primordial para la conservación del medio ambiente, el desarrollo y mantención de actividades productivas, y el abastecimiento de los asentamientos humanos de agua potable. En esta última función, los glaciares situados entre la Región de Arica y Parinacota y la Región Metropolitana cumplen una gran labor, debido a su respuesta inversa ante la escasez de nieves estacionales, ya que las aguas de fusión originadas en los periodos de deshielos son la única fuente de recarga para los ríos ubicados en estas regiones durante los meses de verano y otoño.

Investigaciones científicas como las realizadas por Milana y Güell, revelan que los glaciares que proveen agua a las cuencas hídricas de los Andes áridos son “las únicas reservas hídricas de carácter permanente dado que el resto del agua que no es retenida en forma de hielo, escurre o percola rápidamente debido a las altas pendientes de estas zonas y a la ausencia de reservorios hidrogeológicos de mediana a gran envergadura”¹³.

La fusión de los hielos de los glaciares de Chile central presentes en los sectores

12 IZA, Alejandro; ROVERE; Marta Brunilda (editores). *Aspectos jurídicos de la conservación de los glaciares*. Gland, Suiza: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, 2006, p. 2.

13 MILANA, Juan Pablo y GÜELL, Arturo. “Diferencias mecánicas e hídricas del permafrost en glaciares de rocas glaciogénicas y criogénicas, obtenidas de datos sísmicos en El Tapado, Chile”. *Revista de Asociación Geológica Argentina*, Vol. 3, Núm. 63, 2008, p. 311.

cordilleranos andinos inciden considerablemente en el balance hidrológico anual, puesto que "si bien tienen una baja participación en el aporte volumétrico a nivel global, son vitales para la mantención de caudales en zonas pobladas en periodos secos"¹⁴, teniendo en cuenta, la alta densidad poblacional y la concentración de actividades económicas existente en estas regiones.

El aporte de los glaciares de roca es trascendental en las cuencas de drenaje de alta montaña en las zonas del norte y centro del país porque constituyen reservorios permanentes de agua y aunque el contenido de hielo es menor en comparación al que poseen los glaciares descubiertos, "su mayor distribución areal en la región los convierte en reservas hídricas fundamentales. Además, muchos de éstos se ubican agua debajo de glaciares descubiertos, por lo que actúan de reguladores naturales del caudal de los anteriores"¹⁵.

El modelo de simulación de deshielos llevados a cabo por la Dirección General de Aguas (DGA) de la hoya hidrográfica del Río Maipo –la cuenca más importante del país por abastecer de agua a tres regiones (V, VI y Región Metropolitana) cuya área montañosa proporciona el 80% de los recursos hídricos, de los cuales un 25% es destinado al aprovisionamiento de agua del Gran Santiago, ocupándose el resto en la agricultura de riego– demostró que durante la grave sequía de los años 1968–1969 y 1981–1982 los glaciares de la cuenca del Río Maipo¹⁶ aportaron entre un 33% y un 67% al caudal, permitiendo, de esta forma, mantener el abastecimiento humano, del sector industrial y del riego agrícola¹⁷. Este estudio de la DGA concluyó que la contribución de los glaciares, en calidad de cuerpos de hielo perennes, es extremadamente significativa en años secos, no así en años de abundancia.

Los ríos del sur se caracterizan por tener un régimen pluvial, sin embargo se alimentan también de los deshielos y los aportes de los glaciares a las napas subterráneas. En las regiones sur y austral –a diferencia de lo que sucede en el norte y centro de Chile– no existen mayores problemas de abastecimiento de agua por parte de la población, tampoco para la realización de actividades económicas, al gozar de abundantes precipitaciones

14 ACUÑA, César; CASASSA, Gino; LANGE, Heiner; RIVERA, Andrés. "Variaciones recientes de glaciares en Chile". *Revista Investigaciones Geográficas*, 34, 2000, p. 53.

15 MILANA, Juan Pablo y GÜELL, Arturo. Op. Cit., p. 311.

16 Alrededor del 50% de los glaciares que se encuentran en la cuenca del Río Maipo son glaciares de roca.

17 CARVALLO DE SAINT-QUENTIN, Javier. *Cuenca del Río Maipo: Aporte de sus glaciares*. En: "Glaciares Andinos. Recursos Hídricos y Cambio Climático: Desafíos para la Justicia Climática en el Cono Sur". Santiago de Chile: 1ª ed., Programa Chile Sustentable, noviembre 2011, pp. 107, 109 y 110.



durante casi todo el año dadas las condiciones climáticas de la zona. No obstante, son determinantes para asegurar la conservación de los ecosistemas allí existentes; para la generación de conocimientos sobre el cambio climático porque al tratarse de glaciares de tipo templado se ven influenciados por las variaciones globales de temperatura, de modo que, un mínimo incremento de ésta provoca el derretimiento de los cuerpos de hielo. También son fundamentales para el análisis del aumento del nivel mundial de los océanos puesto que "del volumen total que los glaciares pequeños aportan al nivel del mar, aproximadamente un 9% de ese aumento es explicado por campos de hielo patagónico, cuando en superficie no constituyen más del 6% de esos glaciares"¹⁸.

1.5 Inventario de los glaciares

La mayor parte de los inventarios fueron realizados entre los años '70 y '80 a partir de fotografías aéreas. En el Norte Grande y en el Norte Chico, donde la superficie englaciada es menor, el inventario fue realizado por Carlos Garín (1987). La mayoría de los glaciares de Chile central fueron catastrados en distintas fechas, por lo tanto, es necesario actualizar estos trabajos con el fin de determinar los cambios que han experimentado los cuerpos de hielo durante el último tiempo¹⁹.

Hasta el año 2007 se han catastrado en el país alrededor de 1.835 glaciares con una superficie de 15.489,8 km² de hielo, estimándose una superficie no inventariada correspondiente a 4.700 km² de hielo, que sumada al área ya catastrada corresponde a una superficie cubierta de glaciares de 20.189,8 km² aproximadamente²⁰.

ZONA ²¹	Nº DE GLACIARES	SUPERFICIE (Km ²)
Norte	88	115,68
Centro	1.413	947,51
Sur	96	347,11
Austral	238	14.079,5
TOTAL	1.835	15.489,8

18 BÓRQUEZ, Roxana; LARRAÍN, Sara; POLANCO, Rodrigo; URQUIDI, Juan Carlos. Op. Cit., p. 67.

19 RIVERA, Andrés; Laboratorio de Glaciología (Centro de Estudios Científicos/Universidad de Chile); *Inventario de Glaciares de Chile* [en línea]
<http://www.glaciologia.cl/web/glaciologia_es/proyecto.php?idProyecto=&init=> [consulta: 16 marzo 2013].

20 Ibid.

21 Norte: comprende el Norte Grande y el Norte Chico; Centro: desde la cuenca hidrográfica del Aconcagua hasta la cuenca del río Itata; Sur: desde la cuenca hidrográfica del Bío Bío hasta el volcán Michinmahuida; Austral: Campo de Hielo Norte, Campo de Hielo Sur, Península Muñoz Gomeró y Gran Campo Nevado, e Isla Riesco.

Hasta la fecha existen en el país inventarios detallados de glaciares descubiertos, pero no de glaciares de roca, que solo fueron incluidos en la Cuenca del río Maipo por Cedomir Marangunic (1979)²².

El año 2008 se creó en la Dirección General de Aguas (DGA) la Unidad de Glaciología y Nieves encargada, entre otras funciones, de crear un Inventario Público de los glaciares ubicados en territorio nacional.

Al respecto, Jorge Taillant del Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) advierte que existen algunas diferencias importantes entre el inventario llevado a cabo por la DGA y el efectuado por el CEDHA, como por ejemplo la existencia de 100 glaciares de la zona del Huasco que no estarían incluidos en el inventario elaborado por la DGA²³, razón por la cual, resulta primordial que se complete y actualice el catastro de glaciares, a fin de tener un acabado conocimiento de ellos y poder brindarles una adecuada protección.

1.6 Amenazas a nivel global que afectan a los glaciares

El Cambio Climático es uno de los problemas más importantes de este siglo que ha conseguido captar la atención pública y ocupar el primer lugar en la agenda política internacional. Para el climatólogo Kevin de Trenberth, el aumento de los niveles de concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera, está impactando negativamente los ciclos naturales de la Tierra, siendo uno de los efectos más relevantes de este fenómeno la intensificación y disrupción del "ciclo hidrológico global", que se da principalmente por el aumento de la temperatura superficial de la Tierra, la disminución de las precipitaciones, el rápido retroceso de los cuerpos de hielo en todo el mundo, así como también por los procesos de deforestación y pérdida de masa vegetal²⁴.

El aumento de la temperatura afecta principalmente a los glaciares templados, cuya masa de hielo se halla próxima a la temperatura de fusión, porque eleva la isoterma cero haciendo que el punto de fusión se ubique a mayor altura y provocando, a su vez, el derretimiento de la nieve a una altura mayor. Al contrario de los glaciares templados, el

22 RIVERA, Andrés; Laboratorio de Glaciología (Centro de Estudios Científicos/Universidad de Chile); *Inventario de Glaciares de Chile*, op. cit.

23 TAILLANT, Jorge Daniel. *Informe de Glaciares y Ambiente Periglacial en Territorio Indígena Diaguita-Huascoaltino, Chile*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA), diciembre 2012, p. 5.

24 GONZALES, JAVIER. Un marco de adaptación al cambio climático a nivel local para la región Latinoamericana. *Revista Virtual Redesma*. La Paz, Bolivia: octubre 2008, Vol. 3, Núm. 2, p. 21.



retroceso de los glaciares fríos se debe a la disminución de precipitaciones lo que produce un desequilibrio entre la nieve acumulada y el derretimiento de ella.

1.7 Amenazas a nivel local

Los glaciares también son destruidos por la acción directa del hombre a través de actividades realizadas en la alta cordillera en forma invasiva y sin la adecuada regulación, ocasionando daños irreversibles sobre los cuerpos de hielo. Algunas de ellas son, a saber:

a) Actividad turística. La belleza de la Cordillera de Los Andes es un importante atractivo para la promoción del turismo al ser lugares propicios para la práctica de deportes como el andinismo y el esquí. Sin embargo, estas actividades pueden ocasionar impactos negativos en los cuerpos de hielo si se efectúan de manera invasiva y usando medios de transportes mecanizados, o bien, mediante la construcción de infraestructura a los alrededores o sobre un glaciar, más si no hay ninguna regulación, como es el caso de nuestro país.

b) Actividad minera. Es una de las actividades más invasivas y produce daños irreversibles en los glaciares. Estos impactos que se generan por la construcción de caminos, el flujo vehicular, los sondajes, la perforación y levantamiento de polvo que se deposita sobre los glaciares acelerando su derretimiento, así como la remoción de los cuerpos de hielo y su cobertura con materiales tóxicos, se observan ya en la etapa de exploración y continúan en la etapa de explotación del yacimiento minero.

1.8 Situación actual de los glaciares en Chile

Un estudio del Departamento de Geografía de la Universidad de Chile, el Instituto Patagonia y el Centro de Estudios Científicos de Valdivia sobre el avance y retroceso de los glaciares a nivel nacional, concluyó, en base a una muestra de 100 glaciares (correspondientes al 5,6% de los glaciares chilenos), ubicados entre la III y la XII Región, que solo 6% de ellos presenta avances; el 7% se encuentra estable, mientras que el 87% de ellos se encuentra en un estado de evidente retroceso²⁵.

25 LARRAÍN, Sara. "Glaciares Chilenos: Reservas Estratégicas de Agua Dulce". *Revista Ambiente y Desarrollo*. Santiago de Chile: Vol. 3, Núm. 23, 2007, p. 30.

2. Aspectos jurídicos

A continuación examinaré el estatuto jurídico nacional e internacional aplicable a los glaciares con el propósito de determinar su situación jurídica en nuestro país.

2.1 Marco jurídico internacional

El constante derretimiento que están experimentando los glaciares en el mundo es un tema que no ha sido ignorado por la comunidad internacional. Una muestra de ello, es el Capítulo 13 de la Agenda 21 –adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrado en Río de Janeiro en 1992– donde se reconoce que “las montañas son muy vulnerables al desequilibrio ecológico provocado por factores humanos y naturales”, siendo por ello “indispensable contar con información específica sobre ecología, el potencial de recursos naturales y las actividades socioeconómicas” (artículo 13.4), debiendo, por tanto, los gobiernos y organizaciones intergubernamentales proteger “los ecosistemas de montañas frágiles mediante el estudio de mecanismos adecuados, entre ellos los instrumentos jurídicos regionales” (artículo 13.8 letra c).

Si bien no hay un tratado internacional sobre glaciares, existen –como veremos a continuación– una serie de instrumentos internacionales cuyo ámbito de aplicación se dirigen a los ecosistemas montañosos, o bien, a los recursos naturales relacionados con los glaciares.

2.1.1 Tratado Antártico sobre Protección del Medio ambiente

En nuestro país rige como Ley de la República desde el 02 de diciembre de 1961. El Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, consta de un texto principal de 27 artículos y cinco anexos, de los cuales el quinto anexo sobre “Protección y Gestión de Zonas” reviste especial relevancia dado que establece un Sistema Antártico de Áreas Protegidas. Así el artículo 3 establece las Zonas Antárticas Especialmente Protegidas (ASPA), y en su numeral 2 letra b) señala que “Las Partes procurarán identificar, con un criterio ambiental y geográfico sistemático, e incluir entre las Zonas Antárticas Especialmente Protegidas: b) los ejemplos representativos de los principales ecosistemas terrestres incluidos los glaciares y acuáticos y marinos”.



2.1.2 Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América

Más conocida también como Convención de Washington, entró en vigor en Chile el 04 de diciembre de 1967. El Preámbulo de la Convención señala como objetivo la protección y conservación de “paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico, los lugares donde existen condiciones primitivas”. Sin lugar a dudas, los glaciares son poseedores de una belleza natural muy peculiar, especialmente los glaciares blancos o descubiertos. Pero además de contribuir a la belleza escénica del paisaje, gozan de un valor histórico y científico propio por los servicios ambientales que proporcionan.

2.1.3 Convención sobre los Humedales de importancia internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas

Es Ley de la República desde 1981. De acuerdo a la Estrategia Regional de Conservación y Uso Sostenible de Humedales Altoandinos –desarrollada por nuestro país en conjunto con otros países de la Región– el propósito de la Convención de Ramsar es la conservación y uso sostenible de los humedales y complejos de humedales en ecosistemas de páramo, jalca y puna, y otros ecosistemas altoandinos. Dichos humedales, incluyen a los glaciares, ríos, lagos, lagunas, vegas, entre otros cuerpos de agua, definidos como humedales dentro de la clasificación de la Convención de Ramsar, incluyendo sus cuencas de captación, que se encuentran en la Cordillera de los Andes y otros sistemas montañosos de América Latina²⁶.

El 22 de mayo de 2010, el Parque Andino Juncal²⁷ recibió clasificación RAMSAR, siendo el duodécimo sitio chileno en integrar esta lista. Este parque contiene 25 glaciares, una extensa red hídrica de origen glacial como el río Juncal y al menos 5 vegas altoandinas. Entre los glaciares destaca el glaciar Juncal. Entre los años 1955 y 1997 el glaciar Juncal Sur ha sido víctima de un importante retroceso, siendo el más elevado de los glaciares situados en la zona central del país, con un retroceso del orden de 50 metros por año, no así el glaciar Juncal Norte²⁸.

26 Convención de Ramsar y Grupo de Contacto EHAA. *Estrategia Regional de Conservación y Uso Sostenible de Humedales Altoandinos*. Gobiernos de Ecuador y Chile, CONDESAN y TNC-Chile, 2008, p. 9.

27 Es un Área Protegida Privada ubicada en V Región, en la comuna de Los Andes, que pertenece desde 1911 a la familia Kenrick, actualmente la comunidad Kenrick-Lyon.

28 ACUÑA, César; CASASSA, Gino; LANGE, Heiner; RIVERA, Andrés. Op. Cit., p. 41.

2.1.4 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

Los glaciares son ecosistemas frágiles debido a que su formación obedece a condiciones ambientales únicas, en consecuencia, son particularmente vulnerables a los efectos adversos del Cambio Climático. Pasó a ser Ley en Chile el 13 de abril de 1995.

2.1.5 Convenio sobre Diversidad Biológica

Su objetivo es la conservación de la diversidad biológica, el uso sustentable de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de los recursos genéticos. Es aplicable a los glaciares en tanto que en los ecosistemas montañosos existe abundante biodiversidad del cual ellos forman parte. Es Ley en nuestro país desde el 06 de mayo de 1995.

2.1.6 Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina

Este tratado binacional, al contrario de las Convenciones analizadas precedentemente, establece un estatuto jurídico que incentiva la intervención de los ecosistemas altoandinos. Fue suscrito en 1997 por los Presidentes Eduardo Frei y Carlos Menem y promulgado en diciembre del año 2000. Al contrario de lo que uno pudiera pensar, este Tratado, cuyo objetivo consiste en facilitar la exploración y explotación de yacimientos ubicados en las zonas fronterizas de ambos países, fue elaborado para favorecer únicamente a las empresas transnacionales minero-metalúrgicas, actuales propietarias de los yacimientos más importantes existentes en Argentina y en nuestro país²⁹. Este Tratado constituye una importante amenaza para la supervivencia de los glaciares puesto que "genera una franja de ancho variable sobre la divisoria de aguas de ambos países, cruzando toda la Cordillera de Los Andes desde la II Región hasta la IX Región y parte de la XII Región"³⁰, precisamente donde se encuentran la mayoría de los glaciares. Pascua Lama es el primer proyecto desarrollado bajo este marco jurídico, encontrándose actualmente bajo la regulación de este Tratado cuatro proyectos más: Vicuña, Aguas Andrés, El Pachón y Las Flechas.

29 Para mayor información el economista Julián Alcayaga Olivares trata este tema en su libro *El País Virtual. El lado oscuro del Tratado Minero Chileno-Argentino* (Ediciones Tierra Mía Ltda.).

30 BÓRQUEZ, Roxana; LARRAÍN, Sara; POLANCO, Rodrigo; URQUIDI, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 49 y 50.



2.2 Marco jurídico nacional

En este apartado procederé a analizar el concepto legal de glaciar, su naturaleza jurídica, las normativas que se vinculan con ellos y las políticas públicas formuladas por el Estado sobre estos cuerpos de hielo, como aquellas que se relacionan con ellos. Cabe hacer presente, que varias de las leyes y políticas que abordaré a continuación surgieron fruto de las convenciones que acabamos de revisar, o bien, recogen sus principios. Por último, abordaré los proyectos de ley existentes sobre la materia.

2.2.1 Concepto legal

En nuestro sistema jurídico no hay una definición sobre lo que debemos entender por "glaciar". No obstante, existen diversos cuerpos legales que se refieren a los glaciares, tales como la Ley N° 19.300, el Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental o la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal

Pese a que los glaciares no se encuentran definidos en la legislación chilena, sí lo están en la Política para la Protección y Conservación de los Glaciares (CONAMA, 2008)³¹. En ella se adopta la definición científica elaborada por Lliboutry, para quien un glaciar es "toda masa de hielo perenne, formada por acumulación de nieve, cualquiera que sean sus dimensiones y sus formas". Esta política concibe a los glaciares como ecosistemas frágiles que requieren de un cuidado especial, por tratarse de procesos naturales y estratégicos, y también como componentes del paisaje y fuente de recursos hídricos, susceptibles de un uso sustentable, siempre que se tomen especiales cuidados y restricciones en el uso y manejo, a objeto de satisfacer necesidades en beneficio del país, las comunidades locales, aledañas y las actividades productivas asociadas.

La Estrategia Nacional de Glaciares (DGA, 2009)³² también define a los glaciares, pero tomando como base la definición propuesta por el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC, 2001), que define glaciar como una "masa de hielo terrestre que fluye pendiente abajo (por deformación de su estructura interna y por el deslizamiento en su base), encerrado por los elementos topográficos que lo rodean, como las laderas de

31 COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (CONAMA). *Política para la Protección y Conservación de los Glaciares*. Santiago de Chile: 2008, p. 5.

32 DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. *Estrategia Nacional de Glaciares*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Científicos-CECS, 2009, pp. 11-12.

un valle o las cumbres adyacentes; la topografía del lecho de roca es el factor que ejerce mayor influencia en la dinámica de un glaciar y en la pendiente de su superficie. Un glaciar subsiste merced a la acumulación de nieve a gran altura, que se compensa con la fusión del hielo a baja altura o la descarga en el mar". Al contrario de la definición adoptada por la CONAMA, los glaciares así definidos pueden adquirir numerosas formas, desde glaciares descubiertos hasta los llamados glaciares rocosos.

Dado que las características de una estrategia nacional y sus acciones asociadas requieren de una definición operativa fuera de la discusión académica, práctica y fácil de aplicar, señala que se entenderá por glaciar para los efectos de esta estrategia: "Toda superficie de hielo y nieve permanente generada sobre suelo, que sea visible por períodos de al menos 2 años y de un área igual o superior a 0,01 km² (una hectárea). O cualquier superficie rocosa con evidencia superficial de flujo viscoso, producto de un alto contenido de hielo actual o pasado en el subsuelo".

Si bien reconoce que esta definición pudiera no incluir algunos glaciares reconocidos como tales por la academia (como los muy pequeños) o pudiera incluir algunos cuerpos que no corresponderían a glaciares según otras definiciones (como los glaciares de roca inactivos o fósiles), considera que estos sesgos son menores y no invalidan el valor de esta definición particularmente sencilla, concisa y clara.

2.2.2 Naturaleza jurídica

El agua en la mayoría de los países es un bien de dominio público, es decir, aquello cuyo dominio pertenece a toda la nación y cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, y nuestro país no es la excepción como queda en evidencia en el artículo 595 del Código Civil: "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público". En la misma línea, el Código de Aguas en su artículo 5º reafirma dicho carácter.

Para Miguel Marienhoff "El estado físico en que se presenta el agua de los glaciares, en nada altera su condición jurídica de curso de agua, tanto más si se tiene en cuenta que el glaciar no es una masa de hielo inmóvil e inmutable, sino, por el contrario, una masa que se renueva y desliza lentamente (...) El glaciar tiene los mismos elementos constitutivos de cualquier otro curso de agua: lecho y agua (congelada); por otra parte, el glaciar, al igual que los ríos, arroyos, etcétera, tiene su curso o corriente, aunque caracterizado por su lentitud. Es necesario, pues, entender el glaciar como una verdadera corriente muy lenta, que se mantiene en los mismos límites por acción de fuerzas opuestas, el aumento



por la parte superior y la destrucción por debajo"³³.

Durante el gobierno de Michelle Bachelet, el ministro de Obras Públicas de entonces, Sergio Bitar, envió un proyecto de reforma constitucional que buscaba modificar los numerales 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución, reconociendo a las aguas como bienes nacionales de uso público, cualquiera fuese el estado en que se hallare el recurso hídrico, es decir, líquido, sólido y/o gaseoso "quedando en dicha categoría, sin discusión alguna, nuestro oro blanco: los glaciares y nieves", dejando de manifiesto con ello, que es el Estado de Chile quien posee el dominio sobre todos los glaciares del país³⁴.

2.2.3 Legislación nacional

2.2.3.1 Constitución Política de la República

A pesar que los glaciares no poseen ninguna mención en nuestra Carta Fundamental, y que el recurso agua sólo es mencionado en el artículo 19 N° 24 por el constituyente a propósito de la consagración del derecho constitucional de propiedad, no es menos cierto que en ella se fijan las bases de un estatuto constitucional de protección del medio ambiente, al garantizar en el artículo 19 N° 8 el derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a la vez que impone al Estado el deber de velar por que este derecho no se vea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

Por otra parte, el inciso 2° del artículo 19 N° 24 dispone que solo una ley puede establecer las limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad que deriven de su función social, que comprende entre otros factores la conservación del patrimonio ambiental. En este contexto, podemos señalar que los glaciares gozan de dicha protección sustantiva, contemplándose adicionalmente una protección adjetiva o procesal, cual es, el recurso de protección (artículo 20 inciso 2°) que puede ser impetrado por cualquier persona ante un acto u omisión ilegal de alguna autoridad o persona determinada, que agraven el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

33 MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo Santiago de Chile*: Tomo VI "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas". 3ª Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 301 y 302 citado por UICN. "Aspectos jurídicos de la conservación de los glaciares". IZA, Alejandro; ROVERE; Marta Brunilda (editores), Gland, Suiza, 2006, p. 3.

34 Mensaje N° 1774-357 de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un Proyecto de Reforma Constitucional que modifica el artículo 19, numerales 23 y 24, de la Constitución Política de la República de Chile, Santiago 06 de enero de 2010.

2.2.3.2 Código de Aguas

El artículo 1º señala que las aguas pluviales son “aquellas que proceden inmediatamente de las lluvias” –excluyendo expresamente a las precipitaciones distintas de la lluvia, como la nieve y el granizo– las que serán terrestres o marítimas, según donde precipiten, siendo aplicables las disposiciones del código únicamente a las primeras, es decir, a las aguas terrestres, las que, a su vez, se clasifican en aguas subterráneas o superficiales, y éstas últimas, en aguas corrientes o detenidas (artículo 2º). Por lo tanto, este cuerpo legal sólo considera a las aguas en estado líquido dejando fuera de su área de regulación a los glaciares.

2.2.3.3 Código de Minería

Sus normas no hacen ninguna referencia a los glaciares, sin embargo contiene varias disposiciones que incentivan la intervención de las zonas de alta montaña donde ellos se sitúan, partiendo por el artículo 14 inciso 1º que reza: “Toda 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”. Los artículos 15 y 20, facultan a toda persona a catar y cavar libremente en terrenos abiertos y no cultivados, cualquiera sea su dueño, así como a buscar sustancias minerales en terrenos de cualquier dominio con la salvedad señalada en el artículo 14, haciendo uso para tal efecto de equipos, máquinas o instrumentos. Más aún, la facultad de catar y cavar no consiste únicamente en examinar y abrir la tierra, sino también en imponer transitoriamente las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales, sobre los predios superficiales (artículo 19). Durante la vigencia de la concesión, el titular tiene derecho a realizar libremente, dentro de los límites de ella, calicatas y otras labores de exploración (artículo 113).

Por su parte el artículo 17, señala que para ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales, además del permiso escrito del dueño, poseedor o tenedor del suelo, se requiere el permiso escrito del Intendente respectivo. Es decir, los recursos naturales que se encuentren al interior de estas áreas protegidas, como por ejemplo los glaciares, no están totalmente a salvo en ellas, debido a que si el titular del proyecto obtiene los permisos mencionados en este precepto, podrá llevar a cabo las actividades de prospección minera al interior de estas áreas, poniendo en peligro la conservación de la biodiversidad presente en ellas.



2.2.3.4 Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente y Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental³⁵

La Ley N° 19.300 regula el ingreso al SEIA de aquellos proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases y de acuerdo con el artículo 10 letra a) deberán someterse al SEIA los proyectos que versen sobre "Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas". Al respecto, el artículo 3 letra a) del Reglamento del SEIA, precisa que se incluyen a "los **glaciares** que se encuentren incorporados como tales en un Inventario Público a cargo de la Dirección General de Aguas", añadiendo que estos proyectos o actividades son significativos cuando se trate de: "a.5. La ejecución de obras o actividades que impliquen **alteración de las características del glaciar**".

El artículo 11 letra d) de la Ley señala que los proyectos o actividades enumerados en el artículo 10 requieren de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) si generan o presentan al menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: "d) **Localización en o próxima** a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y **glaciares**, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar". En la misma línea y en los mismos términos se pronuncia el inciso 1º del artículo 8 del Reglamento, añadiendo que se entenderá que los proyectos o actividades se localizan en o próximos a glaciares cuando éstos "se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad" (inciso 2º). Para efectos de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar a los glaciares "se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar" (inciso final).

El artículo 11 letra b) de la Ley reza que se requerirá la elaboración de un EIA si se generan o presentan: "Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos renovables, incluidos el suelo, agua y aire". Al respecto, el artículo 6 del

35 Este Reglamento reemplazó al Reglamento del SEIA de 1997, el cual tenía dos disposiciones que se referían a los glaciares: artículos 3 letra a) y a.5., y 6 letra q), los que se mantienen en los mismos términos en el Reglamento del SEIA de 2013 en los artículos 3 letra a) y a.5., y 6 letra g.5., a los que se agregan dos disposiciones más referentes a los glaciares: artículo 8 incisos 1º, 2º y final; y artículo 18 letra e.1.

Reglamento señala que para determinar la presencia de un efecto adverso significativo, se tomará en cuenta el impacto generado por el volumen o caudal de recursos hídricos a intervenir o explotar, y para su evaluación se considerará siempre, entre otros factores, la magnitud de la alteración en: "g.5. La **superficie o volumen de un glaciar** susceptible de modificarse".

El artículo 18 del Reglamento regula el contenido mínimo de los EIA, estableciendo que en la línea base se deberá incluir la descripción del medio físico, que comprenderá la caracterización y análisis de los aspectos asociados a: "e.1. Los **glaciares**, ubicación geográfica, área superficial, espesor, topografía superficial, características superficiales como reflectancia y cobertura detritica, caracterización a través de un testigo de hielo, estimación de las variaciones geométricas (área y longitud) a través del tiempo usando imágenes de alta resolución, y cálculo de caudales y de aportes hídricos".

Pues bien, teniendo presente que no es lo mismo otorgar una protección legal a los glaciares que regular su ingreso al SEIA, lo expuesto sobre este sistema de evaluación amerita algunas observaciones: Primero, el artículo 3 letra a) del Reglamento hace referencia a los glaciares que están incluidos en el Inventario Público, sin embargo teniendo presente que aún faltan varios glaciares por inventariar cabe preguntarse ¿qué sucede entonces con los cuerpos de hielo que se encuentran fuera de ese registro? ¿Se pueden acreditar de otra forma? Creo que el Reglamento del SEIA no debe distinguir entre glaciares inventariados y los que no lo están, por consiguiente, cualquier glaciar debiera tener la misma posibilidad de ingresar al SEIA o falta de ella. Segundo, la Ley establece que se requerirá un EIA, no obstante su Reglamento, da la opción de presentar un EIA o DIA o inclusive nada si la ejecución de los proyectos o actividades no conllevan alteración alguna de las características del o los glaciares afectados.

Por último, la Ley Nº 19.300 también se refiere al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, (SNASPE) pero sin reglamentarlo. Señala que el Estado administrará el SNASPE (artículo 34) e incentivará la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada (artículo 35). Por su parte, el inciso 2º del artículo 36 dispone expresamente que forman parte de las áreas protegidas, los **glaciares** situados dentro de su perímetro.

2.2.3.5 Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales

Bajo el ámbito de protección de esta norma jurídica se hallan los Santuarios de la Naturaleza (artículo 1º) y, por tanto, también los glaciares que ahí se ubican. A guisa de ejemplo, en el Santuario de la Naturaleza Yerba Loca encontramos los glaciares La Paloma



y El Altar.

Los Santuarios de la Naturaleza declarados como tales, previo informe del Consejo de Monumentos Nacionales, quedan bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente, el cual se hace asesorar por especialistas en ciencias naturales. A mayor abundamiento, el inciso 3º del artículo 31 establece que "No se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural". Es decir, impone restricciones pero sin impedir la realización de actividades y sin establecer prohibiciones de uso.

La Ley sobre Monumentos Nacionales, a diferencia de las categorías del SNASPE, permite que un predio de dominio particular sea declarado Santuario de la Naturaleza. No obstante, no contempla mecanismos de incentivos. En la práctica lo que sucede es que se convierte para el propietario en un verdadero gravamen impuesto en función del interés colectivo, porque no se le otorga ningún tipo de ayuda o compensación para poder asumir las acciones de protección y de conservación del Santuario, desperdiándose una oportunidad de generar mayores niveles de protección.

2.2.3.6 Ley Nº 18.362 que crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas

En 1984 se promulgó la Ley Nº 18.384 que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, y la Ley Nº 18.362 que crea el (SNASPE). No obstante, el artículo 39 de la Ley Nº 18.362 dispone que la presente ley "regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la Ley Nº 18.348", y a su vez el artículo 19 de la Ley Nº 18.384 indica que esta ley entrará en vigor "el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal", lo que a la fecha aún no ha ocurrido. En consecuencia, el SNASPE tampoco se encuentra legalmente vigente. Por lo tanto, la Convención de Washington, la Ley Nº 4.363 de Bosques, el D.L. Nº 1.939 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, y la breve referencia de la Ley Nº 19.300 al SNASPE han servido de soporte legal de las áreas protegidas terrestres chilenas.

Para la conservación de la biodiversidad y de los recursos naturales, el SNASPE contempla las siguientes unidades de manejo, cuyo ente administrador es la CONAF: Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas de Regiones



Virgenes. En cuanto a esta última categoría, si bien se encuentra plenamente vigente, no existen unidades de administración establecidas a través de esta figura de protección³⁶.

Actualmente el SNASPE abarca una superficie que corresponde a aproximadamente 14 millones de hectáreas, equivalente al 18% de Chile continental. Sin embargo, más del 84% de las áreas protegidas se hallan en las regiones de Aysén y Magallanes, mientras que en las regiones de Coquimbo, Metropolitana y del Maule menos del 1% se encuentra protegido, encontrándose nuestro país bajo la meta de protección establecida por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, esto es, el 10% de los ecosistemas de cada país³⁷. Por lo tanto, los glaciares situados en el norte y centro de Chile no se encuentran protegidos por el SNASPE 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. Caber tener presente, que un reducido número de glaciares de roca están protegidos de esta forma, dado que éstos se encuentran mayoritariamente en las regiones del norte y centro del país.

Por otro lado, si bien un número importante de Áreas Silvestres Protegidas cuentan con glaciares (Parque Nacional Torres del Paine, Parque Nacional Laguna San Rafael, Parque Nacional Lauca, entre otros), hoy día se desconoce información acerca del porcentaje de glaciares que están protegidos por el SNASPE, por lo tanto, es necesario georreferenciar los cuerpos de hielo ya inventariados con la superficie del SNASPE.

2.2.3.7 Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal

El artículo 17 prohíbe "la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos en una distancia de 500 metros de los **glaciares**, medidas en proyección horizontal en el plano".

El Reglamento General de esta Ley, entiende por "glaciar" a aquel contenido en el Inventario Público de Glaciares (artículo 19). Sin embargo, esta definición presenta el problema que distingue entre glaciares inventariados y aquellos que no lo están, protegiendo sólo a aquellos que integran el Inventario Público. Adicionalmente, establece que en los respectivos planes de manejo se deberán identificar las áreas de protección de

36 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Las Áreas Protegidas de Chile. Antecedentes, Institucionalidad, Estadísticas y Desafíos*. Santiago de Chile: 2011, p. 10.

37 *Ibid.*, p. 9.



suelos, aguas, humedales y **glaciares**, estando facultados los acreditadores forestales a emitir la certificación, una vez que acrediten que los datos consignados en los planes de manejo corresponden a la realidad (artículo 56).

2.2.4 Políticas y Estrategias Nacionales sobre los glaciares

2.2.4.1 Política Nacional de Recursos Hídricos

Elaborada por la DGA el año 1999, con motivo del incremento de demanda de recursos hídricos por los distintos tipos de usuarios en nuestro país como consecuencia del sostenido crecimiento económico y social. En ella, la DGA manifiesta la necesidad de establecer estrategias para asegurar la disponibilidad de agua en el futuro, enfrentar la sobreexplotación de acuíferos subterráneos, la contaminación y degradación de la calidad de las aguas, y el acceso al recurso por parte los usuarios; identificando, así, tres desafíos sobre los cuales se basa la formulación de esta política: a) desafío de la demanda; b) desafío ambiental; y c) desafío de la variabilidad climática. Sin embargo, más allá del reconocimiento de la falta información existente sobre nieves y glaciares, esta política adopta una visión reduccionista del recurso hídrico concebido solamente en su estado líquido.

2.2.4.2 Estrategia Nacional de Biodiversidad

Aprobada por la CONAMA el año 2003, tiene como uno de sus objetivos la formulación y promoción de programas, políticas y enfoques que integren los componentes ambientales, económicos y sociales del desarrollo sustentable de las zonas altoandinas, así como también, la ejecución de programas para combatir la deforestación, la erosión, la degradación del suelo, la pérdida de biodiversidad, la alteración de los cursos de agua y el retroceso de los glaciares. El Plan de Acción de País para la implementación de la presente estrategia durante el periodo 2004–2015 fue aprobado en abril del 2005 y propone el establecimiento de un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, terrestres y acuáticas, públicas y privadas que represente la biodiversidad del país. El 2005 se sancionó también la Política Nacional de Áreas Protegidas como parte esencial de este proceso de construcción de un marco político y como una de las metas del Plan de Acción.

2.2.4.3 Estrategia Nacional de Cambio Climático

Fue aprobada el año 2006 por el Consejo de Ministros de la CONAMA. Si bien en ella no se mencionan los glaciares en forma explícita, sí queda de manifiesto la

enorme vulnerabilidad de Chile en lo que a disponibilidad de recursos hídricos se refiere, especialmente en las regiones del norte y centro del país. Uno de los efectos esperados son la intensificación de la aridez y un avance del desierto hacia el sur, un aumento de las precipitaciones en las regiones del sur, y fenómenos del Niño más intensos y frecuentes. El año 2008 se aprobó el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático para el período 2008–2012. En lo que dice relación con los glaciares, el Plan de Acción planteó como línea prioritaria de acción, la realización de estudios de los impactos del cambio climático sobre los cuerpos de hielo y la creación de un Registro Nacional de Glaciares.

2.2.4.4 Política para la Protección y Conservación de Glaciares

Aprobada el año 2008 por el Consejo de Ministros de la CONAMA, en el marco del Plan de Acción frente al Cambio Climático. Su objetivo general es preservar y conservar los glaciares de Chile y entre sus objetivos específicos destacan:

- Conocer y valorar los glaciares chilenos en un contexto y realidad nacional e internacional, mediante la creación de un registro nacional de glaciares y otras prioridades de investigación por definir.
- Establecer medidas de preservación y conservación de los glaciares chilenos, que aseguren la continuidad de los procesos naturales y productivos que estos sustentan y la generación de servicios ambientales.
- Establecer tipologías de los glaciares y condiciones de usos permitidos.
- Diseñar instrumentos y mecanismos institucionales para la implementación de la política nacional de glaciares y asegurar y fortalecer la permanencia de los objetivos a través del tiempo.

En el mismo año se creó en la DGA la Unidad de Glaciología y Nieves encargada de realizar investigación y medición de las reservas de agua en estado sólido, crear un Inventario Público de los glaciares ubicados en territorio chileno, así como promover un uso eficiente del recurso hídrico.

Asimismo, por medio de una modificación al Antiguo Reglamento del SEIA, se incorporó a los glaciares como criterio para que proyectos o actividades que los involucren, ingresen al SEIA. Estas modificaciones se mantienen en el Nuevo Reglamento del SEIA.



No obstante, esta política ha sido objeto de críticas por no haber generado ningún mecanismo para disminuir las amenazas de la minería sobre estas reservas de agua dulce³⁸, por utilizar el concepto de glaciar de Lliboutry que data de 1956, a pesar de haber sido modificada por el propio autor³⁹, ya que los glaciares así definidos concuerdan con el tipo de glaciar descubierto dejando fuera otros tipos de glaciares como los rocosos y cubiertos, y por incurrir en un grave error conceptual, al considerar a los glaciares como recursos renovables. Los glaciares son formas remanentes en su mayoría de la última glaciación ocurrida hace aproximadamente 14.000 años atrás y las condiciones climáticas originales para que estos cuerpos de hielo aseguren su permanencia no se han vuelto a repetir⁴⁰, por lo tanto, la ausencia de las condiciones indispensables para considerar a un recurso como renovable⁴¹, los convierte en recursos naturales no renovables.

2.2.4.5 Estrategia Nacional de Glaciares

Elaborada por el Centro de Estudios Científicos (CECS) y aprobada por la DGA el año 2009, en el contexto de la Política Nacional de Glaciares. Su objetivo general es definir los glaciares, evaluarlos, identificar sus funciones y características, con el fin de analizar su comportamiento actual y así poder modelar las respuestas futuras de los glaciares ante los efectos adversos del Cambio Climático y la progresiva intervención del hombre sobre estos cuerpos de hielo. Además, busca ser una guía para las futuras políticas públicas que se adopten sobre la materia. Entre los resultados que se espera lograr con esta política se incluyen⁴²:

- Entregar información sólida y clara para la toma de decisiones en aspectos que involucren glaciares y sus recursos hídricos asociados, en el presente y futuro.

38 LARRAÍN, Sara. Glaciares: *Reservas estratégicas de agua dulce para la sociedad y los ecosistemas en Chile*. En: "Glaciares Andinos. Recursos Hídricos y Cambio Climático: Desafíos para la Justicia Climática en el Cono Sur". Santiago de Chile: 1ª ed. Programa Chile Sustentable, noviembre 2011, p. 37.

39 MARANGUNIC, Cedimir; Geoestudios; *El retroceso de Glaciares es sólo una manifestación más del Cambio Climático* [en línea] <<http://www.geoestudios.cl/esp/noticias.php?tipo=70&categ=prensa>> [consulta: 17 abril 2013].

40 FERRANDO, Francisco. *Precisiones acerca de la Política Nacional de Glaciares en estudio*. Santiago de Chile: 2012, p. 1.

41 Según Francisco Ferrando estas condiciones son: (i) La repetición anual de condiciones similares a las que le dieron formación, (ii) La permanencia de las condiciones ambientales que permiten la recuperación del recurso natural, (iii) La noción de escala cronológica implícita en el concepto de renovable. Ibid.

42 RIVERA, Andrés; Laboratorio de Glaciología (Centro de Estudios Científicos/Universidad de Chile); Introducción [en línea] <http://www.glaciologia.cl/web/glaciologia_es/estrategia.php> [consulta: 18 abril 2013].

- Adaptarse a cambios climáticos, utilizando los glaciares como indicadores para la predicción, permitiendo la definición de medidas que permitan reducir los efectos adversos de los cambios climáticos.
- Fortalecer nuestra responsabilidad global, valorando los glaciares de nuestro país como una reserva importante de agua a nivel mundial, y cuya desaparición o disminución traería importantes consecuencias globales, por los efectos en el nivel del mar y su condición de reservas estratégicas de agua dulce.
- Crear una valoración de los glaciares, gracias a una mayor conciencia pública, que considere su importancia en los ecosistemas del país y su aporte a la calidad de vida, entendiendo que son parte integral de las cuencas de nuestro país y que pueden aportar al desarrollo cultural, social y económico del mismo.

2.2.5 Proyectos de ley⁴³

Existen tres proyectos de ley: uno del senador Antonio Horvath (2006), otro del diputado Leopoldo Sánchez (2005), y otro elaborado por la Sociedad Nacional de Agricultura (SNA) y el Programa Chile Sustentable (2006) que contó con la colaboración de abogados de la Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA); del coordinador del Departamento de Medio Ambiente del Ejército; del director y geógrafo jefe del Instituto Geográfico Militar⁴⁴; y del sector académico. También, se tomaron en cuenta las mociones del senador Horvath y del diputado Sánchez.

Este Proyecto de Ley tiene por objeto regular directa y exclusivamente la protección de los glaciares, dándoles estatus jurídico de bienes públicos para la seguridad estratégica del país en la provisión de agua dulce a las cuencas hidrográficas, como reservas para la mantención de los ecosistemas, abastecimiento de las poblaciones humanas y las actividades productivas.

El proyecto en comento propone la creación de un Consejo Nacional de Glaciares, un organismo de representación público-privada y dependiente del Ministerio Secretaría

43 BÓRQUEZ, Roxana; LARRAÍN, Sara; POLANCO, Rodrigo; URQUIDI, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 89-119.

44 Fueron miembros permanentes del Grupo de Trabajo de Protección de Glaciares: Sara Larraín y Roxana Bohórquez (Programa Chile Sustentable); Rodrigo Polanco (FIMA); Coronel Roberto Bravo y el geógrafo Herman Manríquez (Instituto Geográfico Militar); Coronel Luis Olivares y María Angélica Mardones (Departamento de Medio Ambiente del Ejército); Eduardo Riesco, Juan Carlos Urquidi y Javier Carvallo (Sociedad Nacional de Agricultura).



General de la Presidencia, dotado de atribuciones y deberes determinados, entre ellos, fiscalizar la aplicación de la ley. El Proyecto de Ley regula las actividades que están permitidas, prohibidas y restringidas, respecto de estas últimas dispone que requerirán sometimiento previo y resolución favorable a través del SEIA. Asimismo, establece infracciones y sanciones –considerando responsabilidades civiles, penales, administrativas y ambientales– y contempla una acción popular para denunciar dichas infracciones.

El proyecto brinda un concepto completo de glaciar al señalar que se trata de "toda masa de hielo perenne que generalmente fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado sobre la tierra por metamorfismo a hielo de acumulaciones de nieve, ubicados en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y las lagunas que se encuentran en su superficie". Esta definición no sólo hace referencia al glaciar descubierto, sino que también a los glaciares cubiertos y de roca, considerando además al cuerpo de hielo como parte integrante del ecosistema donde se emplaza.

Por último, en este proyecto se integran las obligaciones de los servicios públicos con la finalidad de mantener una adecuada correlación con el sistema jurídico chileno, a saber: Dirección General de Aguas, Instituto Geográfico Militar, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Bienes Nacionales, Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental.

Conclusión

Como hemos constatado, en Chile los glaciares carecen de un estatuto especial de conservación.

Si bien, en principio, los glaciares presentes en la categoría de protección del SNASPE o en los Santuarios de la Naturaleza gozan de una protección legal indirecta, no debemos olvidar que, a pesar de la existencia de un sistema normativo funcional al resguardo de dichas áreas protegidas, tenemos legislaciones que violan esta protección como el Código de Aguas, que permite la transacción de los derechos de aguas en forma separada de la tierra, lo que atenta en contra de la integridad de las áreas protegidas; o el Código de Minería que permite, previa autorización, explorar y explotar áreas protegidas, vulnerando lo dispuesto en la Convención de Washington, en torno a la prohibición de explotar con fines comerciales las riquezas contenidas en las áreas protegidas (artículo III). No cabe duda que la minería es la principal actividad económica del país, no obstante se destaca al mismo tiempo, por ser una actividad que produce un fuerte y nocivo impacto al medio ambiente. Por consiguiente, tenemos un gran desafío por delante: transformar a Chile en un país líder en minería sustentable.

Por otro lado, gran parte de las áreas protegidas se encuentran en las regiones del sur y solo un reducido número de glaciares rocosos están protegidos de esta forma, dado que éstos se encuentran mayoritariamente en las regiones del norte y centro del país.

A estos inconvenientes se deben añadir los problemas propios que presentan actualmente las áreas protegidas en nuestro país. Primero, la ausencia de un cuerpo legal que regule en forma coherente y orgánica las diversas categorías de protección. Teniendo presente que existen otras categorías complementarias al SNASPE, sumando alrededor de 31 distintas unidades de manejo de ecosistemas, es imperioso avanzar en esa dirección. Segundo, no existe una estructura institucional orgánicamente establecida a cargo de las áreas protegidas, caracterizándose por una gestión segmentada bajo la tuición de diversos organismos públicos, pese a que el artículo 34 de la Ley Nº 19.300 establece que la administración le corresponde al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, el cual aún no se ha constituido legalmente. Tercero, el artículo III de la Convención de Washington señala: "Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente", es decir, sólo se pueden afectar o desafectar áreas protegidas a través de una ley. Sin embargo, gran parte de los parques nacionales, reservas nacionales y reservas forestales han sido afectados o desafectados a través de



decretos supremos⁴⁵.

Por cuanto existen también glaciares situados dentro de tierras de dominio privado, es necesario dar cumplimiento al mandato establecido en el artículo 35 de la Ley N° 19.300 en orden a que el Estado debe fomentar e incentivar la creación de áreas protegidas de propiedad privada.

Vimos también que la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal contempla una prohibición de tipo sectorial respecto de la actividad forestal al proscribir la afectación de vegetación autóctona que se halle a una distancia de 500 metros de los glaciares. Sin embargo, sólo protege a los cuerpos de hielo que están incluidos en el Inventario Público.

En consecuencia, en adición a la ausencia de un estatuto especial de conservación se constata la desprotección jurídica en la que se encuentran los glaciares chilenos con el marco legal vigente.

Con todo, es menester considerar también los avances que se han efectuado en esta materia. A guisa de ejemplo, se han realizado esfuerzos por revertir ciertos factores que se presentan actualmente, tales como, el bajo número de especialistas existentes en esta disciplina, la escasa cantidad de recursos que Chile destina a investigaciones científicas relacionadas con los glaciares y el limitado desarrollo tecnológico para estudiarlos⁴⁶. Una muestra de ello es el "Plan de Acción para la Conservación de Glaciares Ante el Cambio Climático", iniciativa que forma parte de la Estrategia Nacional de Glaciares, suscrito el año 2012 entre la DGA y el Banco Interamericano del Desarrollo (BID), cuyo objetivo "es aumentar el conocimiento sobre éstos y los impactos que el Cambio Climático tendrá en ellos, para así formular acciones efectivas encaminadas a su conservación y gestión"⁴⁷.

Asimismo, con la elaboración y aprobación de estos instrumentos de política, estrategia y planificación nuestro país ha avanzado en el establecimiento de los lineamientos necesarios para la formulación de las futuras políticas públicas y normas

45 DOMÍNGUEZ, Rodolfo; PALMA, Mario; PRAUS, Sergio. *La Situación Jurídica de las Actuales Áreas Protegidas de Chile. Proyecto GEF-PNUD-MMA "Creación de un Sistema Nacional Integral de Áreas Protegidas para Chile"*. Santiago, Chile: Adros Impresores, diciembre 2011, pp. 159-160.

46 RIVERA, Andrés; Laboratorio de Glaciología (Centro de Estudios Científicos/Universidad de Chile); Introducción, op. cit.

47 Dirección General de Aguas. BID y la Dirección General de Aguas presentan Plan de Acción para la Conservación de Glaciares en Chile [en línea]

<<http://www.dga.cl/noticias/Paginas/DetalledeNoticias.aspx?item=170>> [consulta: 16 marzo 2013].

jurídicas destinadas a la preservación de la naturaleza y a la conservación del patrimonio ambiental, dando cumplimiento a los compromisos asumidos en las convenciones internacionales. Sin embargo, es necesario también que las autoridades competentes revisen periódicamente la implementación de estos instrumentos, evalúen las metas alcanzadas e incorporen las modificaciones que sean necesarias para cumplir con los desafíos del futuro, erradicando con ello la falta de actividad que muchas veces se observa. De igual modo se deben incrementar los recursos financieros destinados a tal efecto.

Por último, este año se reactivó en el Congreso Nacional, la discusión sobre la necesidad de proteger jurídicamente a los glaciares. Recientemente en la Comisión de Medio Ambiente de la Cámara Alta se respaldó la necesidad de legislar sobre la materia y se analizaron los desafíos ambientales que produce la minería en desmedro de los glaciares y cuerpos de agua.



Áreas silvestres protegidas privadas y de pueblos originarios: Integración de diversos actores en la protección de las áreas silvestres en Chile

*Private protected areas and indigenous peoples:
Integration of various actors in the protection of
wildland in Chile*

Paula Candia Inostroza
Egresada de Derecho de la
Universidad Diego Portales.

Pasante en la Organización de los
Estados Americanos, Washington D.C., USA (2012).
paulacandia@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo describe el marco jurídico en el cual se insertan las áreas protegidas en general y las áreas protegidas privadas, en específico. En la constatación de la ausencia de una normativa sistemática en la materia, se estudia la realidad que enfrentan hoy las áreas protegidas privadas y cuáles son los aspectos que una regulación futura debiese considerar. A su vez, se aprovecha este mismo vacío para instalar la discusión acerca de una nueva categoría de protección, como son las Áreas Silvestres Protegidas de Pueblos Originarios, como una figura jurídica especial en la cual conviven las funciones típicas de las áreas protegidas con aquellas específicas que provienen de la relación de los pueblos originarios con los territorios que habitan o en que desarrollan sus actividades sociales, culturales y económicas.

Palabras clave: Áreas silvestres, biodiversidad, conservación, áreas protegidas privadas, pueblos originarios.



SUMMARY

This article describes the legal framework in which protected areas in general and private protected areas specifically, are inserted. Given the absence of systematic rules on the matter, the text studies the current reality faced by private protected areas and which aspects future regulation should consider. Also, this same legal gap is used to propose the discussion about a new category of protection, such as Protected Wildlands of Indigenous Peoples, as a special legal form in which the typical functions of protected areas coexist with those derived specifically of the relationship of indigenous peoples with the land they inhabit or in which they develop their social, cultural and economic activities.

Key words: Protected wildlands, biodiversity, conservation, private protected areas, indigenous peoples.

Introducción

La protección de las áreas silvestres se ha tornado imperativa a nivel global, ya sea por el reconocimiento de la importancia que la biodiversidad tiene para la vida del hombre, ya por la necesidad de preservar los entornos y paisajes en sí mismos. A nivel internacional se han materializado variadas iniciativas de conservación ambiental, al tiempo que los países de forma independiente y de acuerdo a sus necesidades y características propias, han generado normativa que incentiva y protege legalmente las áreas silvestres, los recursos naturales, la biodiversidad en sí.

En Chile, el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado funciona en conjunto con iniciativas privadas de conservación, los que unidos debiesen conformar un todo orgánico y de mutuo beneficio. Sin embargo, dada la realidad legal y política en que se insertan estas iniciativas, los resultados están muy por debajo de lo que potencialmente se podría lograr.

Actualmente Chile cuenta con un sistema que permite pero no regula de forma completa – al menos en lo mínimo – la participación de actores privados en materia de conservación, quedando dicha labor entregada a iniciativas casi filantrópicas. Por otro lado, no cuenta con una normativa que reconozca las diferencias entre tipos de agentes privados, como ocurre en el caso de los pueblos originarios, habitantes ancestrales del territorio chileno, que tanto en el país como alrededor del mundo, han demostrado ser vitales para el conocimiento y la conservación socio ambiental.

El presente documento realiza una breve descripción del Sistema de Protección de las Áreas Silvestres en Chile, incluyendo tanto la labor estatal, la principal, como la de privados, con el objeto de dirigir la atención a la necesidad de integrar diversos actores a la tarea de conservación de forma efectiva, al tiempo que propone la inclusión a través de una nueva figura de protección, denominada área silvestre protegida de pueblos originarios, por tratarse de agentes privados que actualmente realizan labores de conservación, pero que dadas sus características propias, requieren un estatuto distinto, que no existe en la actualidad.



1 El Sistema de Protección de las Áreas Silvestres Protegidas en Chile. Normativa aplicable y problemas estructurales

1.1 Las Áreas Silvestres Protegidas en Chile. Generalidades

1.1.1 Contenido conceptual de la normativa de ASP

El sistema de las Áreas Silvestres Protegidas (en adelante, ASP) de Chile tiene variados fundamentos a nivel global y nacional. Sin embargo, y teniendo presente la falta de integridad y coherencia de la normativa aplicable al tema, resulta imperioso determinar los conceptos y el contexto de su generación y desarrollo.

Aunque la idea de conservación de la biodiversidad es un concepto posterior al de áreas silvestres protegidas, hoy es posible determinar que estas últimas, en virtud de lo establecido en el Convenio sobre la Diversidad Biológica¹ (en adelante, indistintamente CDB), constituyen una forma de conservación de la biodiversidad in situ, es decir, en el mismo entorno natural.

Ahora bien, la normativa que regula las ASP en Chile, opera bajo la lógica de la concepción antropocéntrica de la naturaleza, es decir, anteponiendo los intereses del ser humano por sobre los de la naturaleza propiamente tal². Así, sin manifestar adherencia a esta postura, decimos que es deber del Estado proteger el medio ambiente porque está al servicio de la vida del ser humano, y no por deferencia al medio natural en sí mismo. Si bien esta es una lógica claramente discutible en que chocan distintas concepciones de la doctrina nacional e internacional, no cabe duda que es la concepción inicial bajo la cual opera la normativa chilena. Incluso, ya en la Constitución es posible identificarla, texto que acuña los conceptos de "preservación de la naturaleza" para el desarrollo del género humano y una calidad de vida adecuada, y el de "conservación del patrimonio ambiental".

En 1994 con la dictación de la Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, y también como Ley de Bases), se define el concepto de conservación del patrimonio ambiental como "el uso y aprovechamiento racional o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país

1 Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), Naciones Unidas, 1992. Art. 2. Adoptado por Decreto Supremo 1.963 MINREL, 28 de diciembre de 1994, publicado en DO el 6 de mayo de 1995.

2 HERVÉ, Dominique; PÉREZ, Raimundo; ARISTEGUI, Juan Pablo; DEL FIERRO, Francisca; y GUILLOFF, Matías; "Derecho ambiental y políticas públicas, cuadernos de análisis jurídico", colección de Derecho Ambiental; Santiago, Universidad Diego Portales, 2011. P. 256.

que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración³. Esta definición es vital en la gestión de la conservación del patrimonio ambiental, y por extensión, de las áreas silvestres protegidas.

Si bien la preocupación por la protección las áreas silvestres comenzó mucho antes de la dictación de la Constitución (en 1907 se estableció la Reserva Forestal Malleco, primera área protegida en Chile, y en 1967 se ratificó la Convención de Washington, entre otros), no cabe duda que la institucionalidad tomó un rumbo diferente en la década del '80, principalmente debido a la Ley 18.362 que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE)⁴, cuya vigencia quedó supeditada a la promulgación y publicación de la Ley 18.348 que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de los Recursos Naturales Renovables⁵, reemplazante de la CONAF⁶.

El problema legal y político que rodea la regulación de las áreas silvestres protegidas es evidente, lo que representa una traba estructural para la gestión de las áreas silvestres protegidas y principalmente, para las iniciativas privadas, lo que será comentado más adelante.

1.2 Figuras de protección y categorías de manejo

Más allá de la falta de cohesión normativa, es posible distinguir en términos generales, distintas figuras de conservación desde el punto de vista de la institucionalidad para la protección del patrimonio ambiental y natural de Chile. Entre las figuras de protección oficiales chilenas que cumplen con los criterios del CBD, o sea, destinadas preferentemente a alcanzar objetivos de conservación de la biodiversidad, destacan las que siguen:

1.2.1. El Sistema de Áreas Protegidas Silvestres del Estado (SNASPE)

Administradas por la Corporación Nacional Forestal (CONAF), dependiente del Ministerio de Agricultura y conformado por 3 categorías de manejo clásicas: los Parques Nacionales, las Reservas Nacionales y los Monumentos Naturales. Dado que la Ley 18.362

3 Artículo 2º, letra b), Ley 19.300

4 Promulgada el 8 de noviembre de 1984, publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1984.

5 Promulgada el 8 de octubre de 1984, publicada en el Diario Oficial el 19 de octubre de 1984.

6 Sin embargo, dicha normativa nunca entró en vigencia y por tanto, impidió que el SNASPE lo hiciera. Aun cuando la Ley N° 19.300 menciona la existencia del SNASPE, no lo reglamenta en ningún sentido, de forma tal que en la actualidad esta figura es tratada como una mera forma de organización administrativa desarrollada por la CONAF.



no entró en vigencia, como ya se ha comentado, las áreas protegidas terrestres de Chile siguen sustentándose en la Ley de Bosques de 1931⁷, en la Convención de Washington de 1967⁸ y en el D.L. N° 1.939 de 1977 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado. Además, los Santuarios de la Naturaleza y los Parques y Reservas Marinas forman parte del SNASPE a contar de la entrada en vigencia de la Ley 20.417⁹. La custodia general de los Santuarios de la Naturaleza está a cargo del Ministerio de Medio Ambiente, ya sean públicas o privadas. Su formación está establecida en la Ley 17.288¹⁰. Los Parques y Reservas Marinas fueron establecidos por La Ley 18.892 General de Pesca y Acuicultura¹¹, dejando su administración a cargo del SERNAPESCA.

1.2.2. Áreas Marinas Costeras Protegidas de Múltiples Usos (AMCPMU)

Constituyen el espacio de porciones de agua y fondo marino, rocas, playas, y terrenos de playas fiscales, flora y fauna, recursos históricos y culturales que la ley u otros medios eficientes colocan en reserva con el objeto de proteger todo o parte del medio que se delimita. La administración está entregada a unidades publico-privadas con participación del Gobierno Regional y entidades locales sin fines de lucro.

1.2.3. Zonas Húmedas de Importancia Internacional. Sitios RAMSAR

Establecidas a través de la Convención de Ramsar, tratado que sirve como marco para la acción nacional y para la cooperación internacional, con objetos de conservación y uso racional de los humedales y recursos. Chile cuenta con 12 de estos sitios, entre los que destacan el Santuario Carlos Anwandter ingresado el año 1981, el Salar de Surire, de 1996, y el Parque Andino Juncal del año 2010, último en ingresar a la lista¹².

7 Decreto 4363 del Ministerio de Tierras y Colonización, promulgado el 30 de junio de 1931 y publicado en el Diario Oficial el 31 de junio de 1931.

8 Decreto Supremo 531 MINREL, 23 agosto 1967, publicado en el diario oficial el 4 de octubre de 1967.

9 LEY 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, del 26 de enero de 2010.

10 Ley N° 17.288, de 1970: Legisla sobre Monumentos Nacionales. Publicada en el Diario Oficial el 4 de febrero de 1970.

11 Promulgada el 22 de noviembre de 1989, publicada en el Diario Oficial el 23 de diciembre de 1989.

12 The List of Wetlands of International Importance [en línea] <<http://www.ramsar.org/pdf/sitelist.pdf>> [consulta 3 junio 2013].

1.2.4. Reservas de la Biosfera

Creada como parte del proyecto "Man and Biosphere" (MAB) de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante, UNESCO). Constituyen áreas que fueron seleccionadas por los distintos países, las cuales debían ser representativas de los diferentes hábitats del planeta. Las reservas de la Biosfera se crearon para cumplir con la función de conservación para proteger los recursos genéticos, especies, ecosistemas y paisajes; de promover el desarrollo económico y humano sostenible; y de cumplir el rol de apoyo logístico, para respaldar y alterar actividades de investigación y educación¹³.

1.2.5. Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (en adelante ECMPO)

Figura creada a través de la Ley 20.249¹⁴ o Ley Lafkenche, estableciéndose una regulación especial para el uso y aprovechamiento de los recursos del mar y del borde costero, cuyos destinatarios exclusivos son los pueblos originarios. No constituye una categoría de protección de las áreas silvestres, ya que su objetivo y orientación son diversos¹⁵.

1.3 Administración de las ASP

La protección de las áreas silvestres, desde el punto de vista de la administración, puede estar a cargo del Estado o en manos privadas. La regla general es que la protección de las áreas silvestres en Chile está a cargo de los organismos estatales, dependiendo de la figura específica bajo la que se pretende conservar un espacio o área. Sin embargo, la conservación privada y voluntaria ha aumentado significativamente, amparada en la normativa nacional y convenciones internacionales. Estas áreas silvestres están

13 División de Recursos Naturales Renovables y Biodiversidad Ministerio del Medio Ambiente, Las áreas protegidas de Chile. Antecedentes, institucionalidad, estadísticas y desafíos, 2011 [en línea] <http://www.mma.gob.cl/1304/articulos-50613_pdf.pdf> [consulta 3 junio 2013]. p. 17

14 Crea el espacio marino costero de los pueblos originarios. Promulgada el 31 de enero de 2008, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2008.

15 El artículo primero de la Ley 20.249 le define en su letra e) como aquel "espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes hayan ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio".



reconocidas en el art. 35 de la Ley de Bases¹⁶, sin embargo el Reglamento de Áreas Silvestres Protegidas Privadas (cuya creación ordena el mismo artículo) no entró en vigencia y hasta la fecha, el futuro de dicha regulación es a lo menos incierto.

2. Normativa aplicable a nivel nacional e internacional

No obstante la falta de sistematicidad en el marco jurídico de las ASP, es posible extraer cierta unidad de algunos instrumentos nacionales e internacionales en la labor de protección de éstas áreas. Nombrar todas las fuentes normativas que pueden ser utilizadas es una tarea difícil y poco práctica para el objeto de este trabajo, razón por la que se realizará una breve referencia a los instrumentos más importantes y más utilizados. Para una mejor comprensión, se distinguirá entre instrumentos internacionales e instrumentos nacionales.

2.1. Instrumentos internacionales

2.1.1. Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América o Convención de Washington, de 1940¹⁷

Esta Convención establece en su primer artículo distintas figuras de protección. Tales son los parques y las reservas nacionales, los monumentos naturales y las reservas de regiones vírgenes, de las cuales no encontramos en Chile. Una de las disposiciones más importantes que establece la Convención de Washington en su artículo tercero, es que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la "autoridad legislativa competente", haciendo clara alusión

16 El texto completo señala que: "Con el mismo propósito señalado en el artículo precedente, el Estado fomentará e incentivará la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, las que estarán afectas a igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado. La supervisión de estas áreas silvestres corresponderá al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. La afectación de estas áreas será voluntaria y se perfeccionará mediante resolución dictada por el organismo señalado en el inciso anterior, que acoge la respectiva solicitud de su propietario, quien deberá reducir la resolución a escritura pública e inscribirla, para efectos de publicidad, en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces competente. La desafectación se producirá por vencimiento del plazo, por resolución de dicho organismo fundada en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el reglamento, o a petición anticipada del propietario. En los dos últimos casos podrá aplicar una multa, a beneficio fiscal, que no excederá del monto acumulado y actualizado de impuestos y contribuciones de los que el inmueble estuvo exento en virtud de su afectación en el período correspondiente. El reglamento establecerá los requisitos, plazos y limitaciones de aplicación general que se deberán cumplir para gozar de las franquicias, ejercer los derechos y dar cumplimiento a las obligaciones y cargas a que se refiere el inciso primero.

17 Decreto Supremo 531 MINREL, del 23 de agosto de 1967, publicado en el diario oficial el 4 de octubre de 1967.

a la desafectación. Señala además que las riquezas existentes en dichos parques no se explotarán con fines comerciales.

2.1.2. Convención de Ramsar, de 1971¹⁸

Instrumento centrado en ecosistemas específicos como son los humedales de importancia internacional, y dispone en su primer artículo 4 que cada parte contratante "favorecerá la conservación de las zonas húmedas y de las aves acuáticas al crear reservas naturales en zonas húmedas, estén estas incluidas o no en la Lista, y proveerá adecuada protección para ellas".

2.1.3. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de 1972¹⁹

Esta Convención distingue entre patrimonio cultural y patrimonio natural, los cuales conforman lo que denomina "patrimonio mundial". En su artículo quinto señala que los Estados deben procurar la adopción de una política general encaminada a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general, y de instruir servicios de protección, conservación y revalorización del mismo.

2.1.4. Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992²⁰

Es el principal instrumento internacional en materia de conservación de la biodiversidad. Sus principales objetivos son la "conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que deriven de la utilización de los recursos genéticos [...]"²¹. En términos generales, como ya se comentó al inicio de este trabajo, las áreas silvestres protegidas constituyen una forma de conservación de la diversidad biológica in situ, esto es, en el mismo entorno natural o en aquel en que las especies domesticadas y cultivadas hayan desarrollado sus propiedades específicas²².

18 Decreto Supremo 711 MINREL, 4 de septiembre de 1981, publicado en el diario oficial el 11 de noviembre de 1981.

19 Decreto Supremo 259 MINREL, publicada en el diario oficial el 12 de mayo de 1980.

20 Decreto Supremo 1.963 MINREL, 28 de diciembre de 1994, publicado en el diario oficial el 6 de mayo de 1995.

21 Art. 1 CDB.

22 Art. 2 CDB.



2.2 Instrumentos nacionales: leyes y otros

2.2.1 Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, de 1994

Establece las definiciones de conservación del patrimonio ambiental, preservación de la naturaleza y protección del ambiente. Respecto al SNASPE y las áreas silvestres protegidas privadas del artículo 35, nos remitiremos a lo señalado al inicio de este capítulo.

Es importante destacar que la Ley de Bases en sus artículos 10 letra p y 11 letra d y e, indica que deberán someterse al SEIA la ejecución de obras, programas o actividades que se desarrollen en áreas con protección oficial, en los casos que la legislación respectiva lo permita²³. Asimismo, el art. 11 establece que deberán someterse al estudio de impacto ambiental (EIA) los proyectos que generen o presenten localización próxima a las áreas protegidas – entre otros – y alteración de monumentos - entre otros-.

2.2.2 Decreto Supremo 4.363 de 1931, Ley de Bosques

El artículo 10 indica, respecto a la regularización del comercio de maderas, que el Presidente de la República podrá establecer “reservas de bosques y parques nacionales de turismo” – hoy, solo parques nacionales – en los terrenos fiscales y particulares que se adquieran, apropiados para garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje.

2.2.3 Ley 18.362 de 1984 que crea el Servicio Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado²⁴

Nos remitimos a lo comentado al inicio de este documento, recordando que es una normativa que no ha entrado en vigencia.

2.2.4 Ley 20.249 de 2008 que Crea el Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios

Se considera por el Estado como una modalidad de protección oficial del patrimonio ambiental de Chile²⁵, sin embargo, parece no ser este el tratamiento correcto. Se volverá

23 Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994, Art. 10 letra p.

24 Publicada en diario oficial el 27 de diciembre de 1984.

25 División de Recursos Naturales Renovables y Biodiversidad Ministerio del Medio Ambiente. Ob. Cit. P. 7.

sobre este instrumento en el tercer capítulo de este documento, ya que presenta un antecedente interesante respecto a la administración privada por parte de los pueblos originarios, del territorio marítimo y borde costero.

2.2.5 Plan de Acción de país para la implementación de la ENB 2004-2015 (en adelante, PdAP)

El PdAP es un instrumento con calidad de política pública, dictado por CONAMA el año 2005, que tiene por finalidad establecer mecanismos prácticos de aplicación de la Estrategia Nacional de Biodiversidad y del CDB en los distintos sectores que influyen en la administración o aprovechamiento de la biodiversidad, principalmente, órganos de la administración del Estado²⁶.

2.2.6 Política Nacional de Áreas Protegidas del 2005, de la CONAMA

Se aprobó con el objeto de dar cumplimiento al eje estratégico del PdAP²⁷. El objetivo general de esta política nacional consiste en "crear e implementar un Sistema Nacional de AP, terrestres y acuáticas, públicas y privadas, que represente adecuadamente la diversidad biológica y cultural de la nación, garantizando la protección de los procesos naturales y la provisión de servicios ecosistémicos, para el desarrollo sostenible del país, en beneficio de las generaciones actuales y futuras"²⁸.

2.2.7 Otros instrumentos

Además se pueden mencionar la Ley 17.288 de 1970 sobre Monumentos Naturales; el Decreto Ley 1.939 de 1977 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado; y la Ley 18.892 General de Pesca y Acuicultura, entre muchos otros. Para efectos de este trabajo su importancia es menor, por lo cual solo serán utilizados como ilustración de la desintegración de la normativa que regula la materia.

26 Cabe destacar que entre los desafíos planteados en el documento subraya, "crear las condiciones adecuadas para la contribución efectiva de las áreas silvestres protegidas de propiedad privada (ASPP) y otras áreas protegidas a los objetivos de conservación de la diversidad biológica lo que implica, entre otras cosas, promover la conectividad entre áreas de protección a través de corredores biológicos que integre los diferentes tipos de áreas protegidas. [...] Asimismo, se precisa crear, consolidar y fortalecer instancias regionales y comunales que avancen en temas de conservación y uso sostenible de la diversidad biológica que requieran de un enfoque territorial especial". Ibid. p. 12.

27 HERVÉ, Ob. Cit. P. 267.

28 CONAMA, Política nacional de áreas protegidas, 2005 [en línea] <http://146.155.48.139/gestioncostera/pdf/Chile/politica_areas_protegidas.pdf> [consulta 4 junio 2013]. p. 11.



3. Situación actual y problemas estructurales

La falta de una normativa sistemática que regule de forma integrada y eficiente la protección de las áreas silvestres es del todo evidente y constituye sin lugar a dudas, un obstáculo directo para el cumplimiento de los objetivos y fundamentos de la protección de los recursos naturales en particular, y la conservación de la biodiversidad en general.

En "Derecho Ambiental y Políticas Públicas" del año 2011, los autores sostuvieron que si bien el índice de protección general de las áreas protegidas es amplio, muchas de las que conforman el SNASPE son muy pequeñas y se encuentran aisladas, no representando un gran valor²⁹.

La falta de financiamiento e inversión en la conservación es un problema trascendental que afecta tanto a la protección estatal como privada³⁰, pero que por sobre todo tiene importantes efectos negativos sobre esta última, frenando las iniciativas por falta de incentivos económicos. Esta deficiencia afecta directamente el impacto de las áreas privadas en la conservación nacional³¹.

Por otro lado, la OCDE en su informe de evaluación del desempeño ambiental del año 2005, recomendó, entre otros asuntos, completar y ejecutar en su totalidad los planes de acción y estrategias de diversidad biológica nacional y regionales y asignarles los recursos apropiados; desarrollar una visión estratégica de los papeles complementarios de las áreas protegidas estatales y privadas con el fin de lograr una red coherente de áreas núcleo protegidas, zonas de amortiguamiento y corredores ecológicos³²; incrementar los esfuerzos financieros para satisfacer el objetivo de proteger el 10% de todos los ecosistemas significativos (incluidas las áreas costeras y marinas), y fomentar las actividades para la aplicación de la legislación relacionada con la naturaleza; establecer una iniciativa coordinada de los organismos estatales y las instituciones académicas para construir la base de conocimientos científicos [...] ³³.

29 HERVÉ. Ob. Cit. P. 259.

30 Ibid.

31 Este tipo de protección ha "realizado un aporte limitado a la protección de la naturaleza, pues la selección de los sitios es aleatoria y se asigna escasa consideración a las prioridades de diversidad biológica. Así mismo, agregan que son pequeñas y aisladas, y carecen de estudios de referencia, planes de manejo y personal capacitado". Ibid.

32 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Evaluación del desempeño ambiental. Chile 2005, Santiago, OCDE/CEPAL. p. 100.

33 Ibid.

El Instituto de Asuntos Públicos en el año 2005, planteó la necesidad de innovación en la gestión y en el enfoque de conservación, así como de generar instrumentos complementarios al reglamento de APP [...] con el fin de contar con una definición operacional sobre qué se entenderá por APP, junto con la ampliación de las categorías de manejo hasta ahora reconocidas y la formulación de un estándar nacional para la conservación privada³⁴. Estas dos últimas ideas son de especial utilidad para este trabajo, ya que subraya la importancia de integrar – en su genuino sentido – las diversas formas de administración de las áreas protegidas.

Termina señalando el informe que “esto implica incorporar, bajo distintas modalidades de protección, áreas naturales ubicadas fuera del SNASPE, lo que exige promover la protección de tierras de parte de los agentes privados [...]”³⁵.

4. El sistema de áreas silvestres protegidas privadas: Los beneficios de la administración privada y los desafíos pendientes

4.1 Generalidades

Las Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada a las que hace referencia el artículo 35 de la Ley de Bases serán administradas por los entes privados, sin perjuicio de que su supervisión corresponde de igual forma al organismo administrador del SNASPE. De esta forma, es posible entender en primera instancia, que solo las categorías de manejo que forman parte del SNASPE pueden ser constituidas por privados, y que las demás figuras que mencionamos y comentamos en el título anterior, no forman parte de la figura de áreas silvestres protegidas privadas que establece la Ley de Bases. Si dentro de esta área constituida como ASPP existen lagos, humedales, porciones de mar, entre otros, de acuerdo al artículo 36 de la Ley en comento, éstas formarán parte de dicha área protegida, y por tanto, no se constituyen como sitios de protección individual.

Sin embargo, esto podría no ser del todo así, ya que la reglamentación específica de las ASPP se encuentra aún en trámite – inmóvil, en honor a la verdad³⁶– y por tanto,

34 Instituto de Asuntos Públicos, Informe País: estado del medio ambiente en Chile, 2005. p. 141 (en HERVÉ. Ob Cit. P. 261).

35 Ibid. p. 163.

36 El Reglamento sobre Áreas Silvestres Protegidas Privadas, fue firmado por el Presidente el 5 de junio del año 2003. Ese mismo año, el 13 de junio ingresó a la Contraloría General de la República para el trámite de toma de razón, sin que exista pronunciamiento hasta la fecha.



las categorías carecen de un tratamiento adecuado que de certeza sobre ellas³⁷. Debido a lo anterior, la regulación de las áreas protegidas de propiedad privada debería ser desprendida del art. 35 de la Ley de Bases únicamente.

Finalmente, cabe destacar que la constitución de las ASPP se sustenta en el principio de la voluntariedad. De esta forma y teniendo presente que en cualquier caso, dicha constitución implica una afectación de un bien de propiedad privada al servicio de intereses públicos, el Estado tendrá la tarea no solo de supervisar su administración, sino que de llevar a cabo las medidas que permitan asegurar su funcionamiento, con el objeto inicial que se comentó en el primer capítulo, a recordar, asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la protección de la naturaleza. Ello conlleva, en esta esfera, la necesidad de introducir instrumentos económicos en la gestión ambiental.

4.2. El rol de las áreas protegidas privadas en la protección de la biodiversidad y los recursos naturales

Las Áreas Silvestres Protegidas de propiedad privada se han establecido a nivel global como una valiosa herramienta para la conservación de la biodiversidad. Las iniciativas han sido de variada naturaleza, siendo promovidas por empresas, corporaciones, ONGs y propietarios individuales, motivando la colaboración entre los agentes públicos y privados en materia de conservación.

4.2.1 El rol de las ASP de propiedad privada

Existen variadas iniciativas de conservación privada a nivel comparado, algunas de las cuales parecen ser más permisivas que otras – dependiendo de la normativa del país respectivo -, pero que en resumidas cuentas, representan un aporte específico y valorado en materia de conservación de la biodiversidad y de las áreas silvestres concretamente, ya que las ASPP se han constituido como instrumentos que permiten incorporar mayores superficies territoriales para la protección del patrimonio natural y cultural³⁸, en algunos casos.

37 Cabe destacar que el PdAP define Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada (ASPP), como "aquella porción de territorio de propiedad privada, delimitado geográficamente y destinado por voluntad de su propietario para alcanzar los objetivos contemplados en el artículo 34 de la Ley N° 19.300, esto es, asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental. Estas áreas serán clasificadas en las siguientes categorías: Área Privada de Preservación Estricta, Parque Natural Privado, Monumento Natural Privado o Reserva Natural Privada"

38 MENDEZ, Diego, Las Áreas Protegidas Privadas: una estrategia para el desarrollo sustentable, p. 2. [en línea] <http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_mendez.pdf> [consulta 4 junio 2013].

Desde una perspectiva más específica, las ASPP pueden ser utilizadas u orientadas a conformarse con el objeto de servir como zonas de amortiguamiento y/o corredores biológicos³⁹ entre áreas silvestres protegidas de mayor superficie, atacando el problema de insularidad que rodea a las áreas de protección tanto públicas como privadas, y que produce una disminución de los efectos potenciales de la conservación, como ya se ha señalado. Por otro lado, es importante destacar que a nivel latinoamericano los aportes más significativos de las ASPP consisten en la conservación y "protección de sitios críticos dentro de eco-regiones de prioridad global para su conservación. Los esfuerzos de propietarios privados cobran importancia cuando se trata de salvar ecosistemas en peligro en paisajes fragmentados en donde casi la mayoría de la tierra está en manos privadas"⁴⁰.

La creación de ASPP si bien tiene un objeto principal de conservación de la biodiversidad in situ, puede traer asociados otros objetivos secundarios pero de importancia, dependiendo de la región en que se encuentre^{41 42}. Así, la participación comunitaria y de pueblos originarios por ejemplo, en la conservación de áreas silvestres, será de vital importancia en los países latinoamericanos con alto índice de población indígena, en que la conservación lleva aparejados conceptos culturales y de protección de comunidades cuya cultura está directamente asociada al cuidado del entorno natural. Por otro lado, la inclusión activa de la sociedad civil en general e incluso de empresas permitirá fortalecer el compromiso global de conservación.

39 CODEFF, Las Áreas Silvestres Protegidas Privadas en Chile. Una herramienta para la conservación, 1999. p. 25. [en línea] <http://www.asiconservachile.org/fileadmin/templates/data_users/Publicaciones/APs_Voluntarias/Guia_de_Instrumentos_Jur%C3%ADdicos.pdf> [consulta 4 junio 2013].

40 Ministerio del Medio Ambiente de Ecuador, Incorporación de Subsistemas de Áreas Protegidas Privadas, Comunitarias, Indígenas y Afroecuatorianas y de Gobiernos Seccionales al Sistema Nacional de Áreas Protegidas. P. 6. [En línea] <<http://web.ambiente.gob.ec/sites/default/files/users/jloartefls/informe%20subsistemas%20MAE-FABARA-GTZ.pdf>> [Consulta 4 junio 2013].

41 El año 2009, en el informe de consultoría realizado por el Ministerio del Ambiente del Ecuador, para la Incorporación de Subsistemas de Áreas Protegidas Privadas, Comunitarias, Indígenas y Afroecuatorianas y de Gobiernos Seccionales al Sistema Nacional de Áreas Protegidas de dicho país, se destacaron algunas ventajas específicas de la conservación privada, a saber [...] Ayudan a complementar esfuerzos de conservación de los organismos estatales y de los Gobiernos locales en la región. [...] Se expanden acciones de conservación en zonas de amortiguamiento en áreas protegidas, de formación de biocorredores y áreas núcleo, apoyando el desarrollo sostenible y la aplicación de actividades productivas. [...] Promueve alternativas importantes de manejo en predios privados. [...] Los instrumentos privados de conservación son más adecuados y menos costosos que opciones como la expropiación o declaración de terrenos de conservación en manos públicas. CHACÓN, Carlos, Desarrollando áreas protegidas privadas: herramientas, criterios e incentivos, 2055, San José, Costa Rica. p. 2. [en línea] http://www.cedaf.org.do/Eventos/LandTrust/Areas_Protegidas_Privadas_Private.pdf [consulta 4 junio 2013].

42 Hay quienes sostienen que las APPs, en cuanto a su creación y manejo, son hasta tres veces más económicas que las áreas protegidas públicas. [...] Los instrumentos privados de conservación son voluntarios, con lo que se garantiza que quienes implementan, lo hacen por verdadero interés en la conservación. [...] Estos instrumentos legales aportan a formalizar, impulsar y desarrollar la participación de la sociedad civil, privada y comunal de los recursos naturales, creando una excelente oportunidad hacia un modelo de desarrollo sustentable. Ministerio del Medio Ambiente de Ecuador. Ob. Cit. p. 7



Una de las iniciativas privadas de mayor importancia en Ecuador es la Corporación Red de Bosques Privados del Ecuador, creada mediante el Acuerdo Ministerial N° 141 del 25 de abril de 2006 y está conformada por instituciones, campesinos, comunidades rurales y distintos propietarios de reservas, cada uno de los cuales desarrolla diversos tipos de conservación, ya sea manteniendo las áreas intactas, promoviendo actividades ecoturísticas o restaurando el paisaje, por ejemplo. Esta Red cuenta con un boletín informativo, presta servicio de defensa a los integrantes, realiza talleres, seminarios, y participa de forma activa en la discusión de la normativa relativa a la protección de los recursos naturales y la biodiversidad⁴³. Al año 2009 la Red de Bosques Privados del Ecuador contaba con 85.200 hectáreas de protección⁴⁴.

Existen variadas iniciativas similares a nivel latinoamericano, como es el caso de la Red Paraguaya de Conservación en Tierras Privadas, Red Venezolana de Áreas Privadas para la Conservación de la Naturaleza, o la Red de Áreas Privadas Protegidas RAPP de Codeff, en Chile, que se comentará más adelante.

4.2.2 El caso de las ASPP en Chile

En Chile las ASPP cumplen las mismas funciones generales ya comentadas, sin perjuicio de las diferencias sustanciales debidas a la falta de normativa que regule de forma específica la materia. Existen varios casos emblemáticos de protección privada, como ocurre con la Red de Áreas Privadas Protegidas RAPP de CODEFF y específicamente, algunos de las APP más simbólicas son los Parques Oncol, Pumalín, Tantauco, Huilo Huilo y el Santuario el Cañi. Sin embargo, estas áreas no representan la generalidad de las ASPP de Chile, pues tienen características bastante especiales.

En términos generales, las ASPP están orientadas en su gran mayoría al desarrollo de actividades no consuntivas, como el ecoturismo y el uso público, la investigación, la conservación o la educación ambiental, ya sea de forma simultánea o individual⁴⁵.

Por otro lado, los propietarios de las áreas en comento, identifican como de mayor importancia el valor ambiental de la calidad escénica del paisaje natural que conservan. En segundo lugar, la protección de ambientes naturales específicos y que se encuentran poco

43 Ibid. p. 14.

44 Ibid. p. 15.

45 OLTREMARI, Juan y MARTÍNEZ, Yenny; "Caracterización de algunas variables asociadas a las áreas protegidas privadas en Chile", Departamento de Agronomía, Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 73

protegidos a nivel nacional, y de la fauna silvestre identificada como nativa⁴⁶.

Otra característica común de las ASPP de Chile que está ligada a lo anterior, es que la mayoría de ellas tienen algún tipo de programa de manejo, siendo la conservación ambiental el más frecuente. Si bien estos programas de manejo están orientados a la conservación, también están destinados al uso público, a través de la recreación o del ecoturismo, la educación ambiental o la investigación⁴⁷, como se ha dicho, por ser las motivaciones más comunes de los propietarios privados en la labor de protección.

Como ya se ha comentado, estas áreas sirven –y pueden servir aun más y mejor– a funciones específicas, como constituir zonas de amortiguamiento y/o corredores biológicos que apoyen otras zonas protegidas. Tal es el caso de algunas de las áreas de la RAPP de CODEFF en la V Región, las cuales sirven como zona de amortiguamiento al Parque Nacional La Campana, pues son colindantes o cercanas a él. Una de ellas se encuentra dentro del área de Prioridad II del sitio Bosque Relicto de Quintero y Laguna de Mantagua, protegiendo los cursos de agua que abastecen a dicha laguna y a las aves del sector⁴⁸. Lo mismo ocurre con en la IX Región, en que algunos predios de la RAPP son cercanos al Parque Nacional Huerquehue y a la Reserva Nacional Villarrica, cumpliendo por tanto funciones de amortiguamiento, y potencialmente, podrían convertirse en parte de corredores biológicos entre las áreas protegidas de la zona⁴⁹.

Una iniciativa más reciente es el caso de "Así Conserva Chile", asociación gremial de protección privada y de pueblos originarios creada el año 2010 en Valdivia, y que cuenta con más de 20 áreas, que sin embargo estar destinadas a la conservación, no cuentan con la protección del SNASPE. Se volverá sobre esta asociación en el cuarto título.

5. Los desafíos que impone la protección privada de las áreas silvestres en Chile y los incentivos ambientales

La protección privada tiene variados problemas normativos, de incentivos y técnicos, muchos de los cuales fueron informados durante la tramitación del Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, actualmente en trámite pero sin movimiento alguno desde 2011.

46 Ibid. p. 74

47 Ibid. p. 74

48 CODEFF, Ob. Cit. p. 26

49 Ibid. p. 33



La principal limitación deriva de la inexistencia de un reconocimiento y protección oficial de las áreas protegidas de propiedad privada en Chile, producto de la falta de tratamiento riguroso y específico de la materia. La categorización y manejo de estos predios por lo general no son el resultado de estudios y aplicación de criterios técnicos de algún organismo especializado, sino que obedecen más bien a las intenciones y/o aspiraciones del agente privado. De esta forma, es bastante común que muchas de las ASPP no cumplan con los requisitos necesarios para merecer esa condición, y que por el contrario, existan otras que cumpliéndolos, no gozan de reconocimiento y/o protección⁵⁰.

5.1 Desafíos prioritarios en materia de conservación de propiedad privada

No cabe duda que el mayor desafío es generar un marco legal claro y específico, que defina cuales son las actividades posibles a desarrollar en las distintas categorías de áreas protegidas privadas, las cuales deberán ser definidas a fin de terminar con la dispersión normativa. La redefinición y entrada en vigencia del reglamento de las ASPP que manda la Ley de Bases es prioritario, pues permitirá determinar competencias y límites, fijar tipos de administración, entre otros asuntos formales, incentivando la creación de un Sistema de Áreas Silvestres Protegidas propiamente tal, que entregue certeza jurídica, derechos y obligaciones a sus propietarios y usuarios.

Este marco legal que podría comenzar con la nueva Ley de Biodiversidad que aun se encuentra "en trámite", debiese tener algunas características fundamentales: Consulta ciudadana y, en especial, consulta a pueblos originarios en aplicación del Convenio 169; Jerarquía legal adecuada a la protección de los recursos naturales; Instrumentos de protección flexible y coherentes con la protección estatal; Sistemas de incentivos a la conservación de propiedad privada, con el objeto de fortalecer y asegurarles una vida exitosa.

5.2 Los incentivos ambientales a la conservación de propiedad privada

El compromiso de conservación de áreas silvestres implica una limitación al uso que el propietario de un predio puede hacer de él, por tanto, ya no es posible sostener que dicha conservación se sustente en puras razones filantrópicas, pues la conservación trae aparejado altos costos económicos y muchísimas externalidades positivas⁵¹. La generación de incentivos ambientales que contribuya a la disminución de los problemas transversales

50 OLTREMARI, Juan. Ob. Cit. p. 69.

51 ASÍ CONSERVA CHILE, Ob. Cit. Anexo 3

de financiamiento de los proyectos de conservación constituye una necesidad latente que no puede seguir esperando. La misma naturaleza voluntaria y de beneficios globales y a largo plazo de las ASPP, trae aparejado el problema de cambio de prioridad del propietario o del líder de la comunidad respecto al predio que administran⁵², generando inestabilidad en el sistema y disminuyendo los efectos de la protección.

5.2.1 Incentivos económicos o de mercado

Pueden ser de diverso tipo, ya sea mediante la entrega de fondos de forma directa parte del Estado, estableciendo beneficios tributarios o entregando herramientas de financiamiento especiales para la inversión y el emprendimiento económico de las áreas privadas que se someten a regímenes de protección. Algunos ejemplos de incentivos económicos son los "pagos por servicios ambientales", en que en resumidas cuentas se paga a quien entrega servicios ambientales tales como fijación de carbono; belleza escénica; mantenimiento de especies para uso medicinal, alimenticio, científico; prevención de erosión y sedimentación, entre otros.

También es destacable el incentivo denominado imagen-mercadeo, el que consiste en el reconocimiento público del aporte que realizan las ASPP a la conservación y a la comunidad toda, nombrando expresamente a los predios y los propietarios que lo lleven a cabo. Constituye una forma de crear una "imagen verde"⁵³.

5.2.2. Incentivos legales

Son los más básicos y por tanto, necesarios. Dicen relación con lo que ya se ha venido comentando: la seguridad legal y la protección entregada a las ASPP.

5.2.3. Incentivos de asistencia técnica

Se ha mencionado la falta de asistencia técnica y científica en el manejo de las ASPP como un problema presente en la mayoría de los predios. Es posible que el Estado incentive el desarrollo entregando apoyo técnico y científico al costo o gratuitamente, ya sea en la elaboración de planes de manejo adecuados, diseño y construcción de las infraestructuras, mantenimiento, control y vigilancia de actividades prohibidas, eventos de educación ambiental, entre otros⁵⁴.

52 Ibid. p. 5.

53 CHACÓN, Carlos. Ob. Cit. p. 16 - 21.

54 Ibid. p. 22



5.2.4. Incentivos socio-culturales

Orientados a potenciar las características del propietario o la comunidad – asociación que administra el área protegida, permitiendo realizar la conservación del medio ambiente en su totalidad, incluyendo tanto los elementos culturales como socioculturales que le enriquecen y que forman parte del entorno. Un ejemplo de este incentivo es que la normativa reconozca la existencia de áreas silvestres protegidas privadas de pueblos originarios, las cuales tendrán además de los fines de conservación, aquellos objetivos relativos a su protección cultural.

6. Distinción e integración de diversos actores en la protección privada

La participación de los pueblos originarios, como agentes privados –y por tanto sin distinción-, en la labor de protección de las áreas silvestres es una realidad, no solo a nivel internacional sino que también en Chile. Por supuesto, en los distintos países existen diversos niveles de avance respecto a las áreas de conservación de pueblos originarios, creadas a partir no solo del reconocimiento de la realidad local, sino que atendiendo también a la creciente necesidad de protección y reivindicación de sus derechos ancestrales. Sobre ello se volverá en el capítulo final.

En la actualidad, sin perjuicio de que no se contempla en la normativa chilena el concepto general de área silvestre protegida de pueblos originarios, existen algunas iniciativas que, con el objeto de conjugar los esfuerzos de conservación del entorno natural y de la cultura en la labor de protección medio ambiental, han establecido espacios delimitados de "conservación indígena". Tal es el caso de la Asociación de Parques Indígenas Mapu Lahual, que será revisado más adelante.

7. Las áreas silvestres protegidas de los pueblos originarios: integración de diversos actores a la protección privada

7.1 El rol de los pueblos originarios en la protección de las áreas silvestres en Chile

Debido a los cambios progresivos que en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios ha habido a nivel internacional, desde hace varios años se han producido nuevos lineamientos respecto a la relación entre la conservación de los recursos y áreas silvestres, y los pueblos originarios, principalmente por la relevancia de los territorios de propiedad ancestral de las comunidades. En Chile, el proceso de conservación de áreas

silvestres ha estado marcado desde el inicio por una fuerte ocupación del territorio de pueblos originarios con fines de protección, en que las comunidades fueron vistas como limitadoras y enemigas, en vez de actores vitales y enriquecedores de la conservación y protección socio-ambiental.

7.1.1 Antecedentes históricos sobre la creación de áreas silvestres protegidas en territorio de pueblos originarios

El establecimiento de áreas silvestres protegidas estatales en los territorios ancestrales de los pueblos originarios, e incluso en tierras de propiedad privada de sus comunidades, ha sido una de las formas en que el Estado ha realizado la ocupación – en el sentido común de la palabra - del territorio indígena, entorno con el que estos pueblos se encuentran profundamente ligados. Tanto es así que la primera área protegida del país fue establecida en la Novena Región de la Araucanía el año 1907, llamada Reserva Malleco, ubicada específicamente en la comuna de Collipulli.

Cinco años después, en 1912 se creó la Reserva Forestal Alto BíoBío (hoy constituida como Reserva Nacional), en la comuna de Lonquimay (Novena Región de la Araucanía), siendo esta una de las zonas con mayor valor histórico de resistencia y hábitat de los pueblos originarios, y del pueblo pehuenche en particular.

En 1925 se creó la Reserva Nacional Villarrica (Novena Región de la Araucanía), en 1931 fue el turno de la Reserva Nacional Malcalhue (Novena Región de la Araucanía), el Parque Nacional Villarrica en 1940 y el Parque Nacional Huerquehue en 1967 (ambas, Novena Región de la Araucanía), entre otras⁵⁵.

En el norte, resalta el caso de la Reserva Forestal Lauca (hoy Parque Nacional) creada en 1965, ubicada en la región de Arica y Parinacota⁵⁶.

Por otro lado, la administración de dichas áreas entregada a la CONAF se realizó, hasta hace poco, sin ningún tipo de consideración de los derechos de los pueblos originarios

55 AYLWIN, José, y Ximena Cuadra, Los desafíos de la conservación en los territorios indígenas en Chile, 2011, Temuco, Chile, Ed. Observatorio Ciudadano. p. 12.

56 En palabras de José Aylwin, su creación se hizo en abierta vulneración de los derechos territoriales de las comunidades Aymara que gozaban de títulos inscritos sobre las tierras del lugar, y en que más del 60% de su extensión territorial está constituido por lotes particulares que pertenecen mayoritariamente a comunidades Aymara, además de aquellos lotes fiscales que ocupan permanentemente indígenas. Ibid. p. 13.



sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, y más aun, sin ninguna comprensión sobre el aporte que las comunidades realizan a la tarea de conservación, ni participación en la gestión de las áreas o beneficios⁵⁷.

7.2 La participación de los pueblos originarios en las áreas silvestres protegidas del Estado y de propiedad privada

Fuera de los procesos de intervención de pueblos originarios, la relación de estos con las áreas silvestres protegidas que se constituyeron en sus territorios, se basó en el mejor de los casos en la mera participación. El año 2000 la CONAF dictó los Lineamientos Estratégicos Institucionales en materia de Áreas Silvestres Protegidas del Estado y Comunidades Indígenas, documento en el que se establece que la participación de las comunidades solo se considerará legítima, auténtica y válida si implica acceso real a las decisiones, constituyendo una forma real de redistribución del poder⁵⁸.

Algunos de los casos relevantes que se pueden destacar, corresponden al de la Comunidad Indígena Ñielay Mapu⁵⁹, aledaña al Parque Nacional Puyehue, cuyas tierras ancestrales fueron destinadas al parque, razón por la que dicha comunidad está inserta dentro de él; y al de las comunidades Lickanantai⁶⁰ o Atacameñas en la Reserva Nacional Los Flamencos, en que existe una estrategia de asociatividad entre pueblos originarios y el SNASPE, constituyéndose probablemente como la de mayor trayectoria y resultados en el país.

En relación a la experiencia en la conservación privada, podemos destacar la iniciativa "Así Conserva Chile" creada el año 2010, asociación gremial que congrega a diversos

57 Ibid. p. 15.

58 CORPORACIÓN Nacional Forestal, Áreas Silvestres Protegidas del Estado y Comunidades Indígenas, Lineamientos Estratégicos Institucionales, Santiago, 2000.

59 La comunidad logró que se le entregara en concesión el complejo turístico Anticura, bajo el control de la CONAF, sin embargo, luego de variadas renovaciones hasta el año 2010, la comunidad no evaluó positivamente la experiencia, arguyendo poco apoyo de la Corporación en la gestión del complejo, toda vez que ellos no cuentan con el capital necesario para su adecuado desarrollo y manejo. Por otro lado, su participación se vio disminuida al participar en los consejos del parque otros particulares cuyos intereses son completamente contrapuestos. Ibid. p. 21.

60 Las comunidades Lickanantai en el año 2002 suscribieron un convenio de asociatividad para la gestión de la Reserva Nacional Los Flamencos, ubicada en el Área de Desarrollo Indígena (en adelante, ADI) Atacama La Grande, Región de Antofagasta. La participación de estas comunidades se traduce en la protección de unidades de la Reserva, a la contribución al manejo del área y a reducir las amenazas a la biodiversidad biológica. Los beneficios han sido tanto para las comunidades como para la propia CONAF, ya que la valoración del área protegida se vio aumentada y se mejoró el conocimiento del manejo y de la conservación de los recursos naturales allí existentes. Ibid. 22.

actores privados y de pueblos originarios, con la finalidad de lograr la conservación integral y el apoyo mutuo⁶¹. Algunas de las áreas silvestres protegidas de propiedad privada integrantes de "Así Conserva Chile" son la Reserva Altos de Cantillana, la Reserva Biológica Huilo Huilo (elegida como el destino turístico más sustentable de Chile el año 2011⁶²), la Comunidad Ecológica Bosques de Chiloé, y la Asociación de Parques Indígenas Mapu Lahual, entre muchos otros, todos ellos destacables esfuerzos de protección de áreas silvestres.

La iniciativa Así Conserva Chile propone ciertos cambios de paradigmas en la conservación, en respuesta a los antiguos conceptos que principalmente consideraban al ser humano como elementos ajenos a las áreas silvestres sujetas a regímenes de protección. Así, esta asociación, propone que el ser humano debe ser reconocido como parte del ecosistema; los esfuerzos de conservación de la biodiversidad integran desde los genes, a los individuos, las poblaciones, las comunidades y los ecosistemas.

7.3 El caso de la Asociación de Parques Indígenas Mapu Lahual, integrante de Así Conserva Chile

Esta asociación está conformada por 10 comunidades indígenas del territorio que se extiende entre San Juan de la Costa, Río Negro y Purranque, territorio Huilliche, área reconocida como prioritaria para la conservación del sur de Chile⁶³. Esta Red de Parques Indígenas constituida el año 2001 tiene por objeto potenciar el uso múltiple del

61 "Promover e impulsar el desarrollo sustentable a través del apoyo a la creación e implementación de Áreas Protegidas Privadas y de Pueblos Originarios en conjunto con distintas personas naturales y/o jurídicas interesadas en la Conservación de la Biodiversidad, el desarrollo económico y la integración de la comunidad". (En ASÍ CONSERVA CHILE, Comentarios y Aportes al Proyecto de Ley: "Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas", 2011. p. 3. [en línea] http://www.asiconservachile.org/fileadmin/templates/data_users/Docs_Pol%C3%ADticas_P%C3%ABlicas/Posici%C3%B3n_ante_SBAP_v2.pdf [consulta 5 junio 2013]

62 Noticia: Reserva biológica Huilo Huilo es elegida como el destino turístico más sustentable del país, 2011. [en línea] <<http://www.huilohuilo.com/pagina/reserva-biologica-huilo-huilo-es-elegida-como-el-destino-turistico-mas-sustentable-del-pais>> [consulta 6 junio 2013].

63 WWF Chile. [en línea] <http://chile.panda.org/que_hacemos/protegiendo_biodiversidad/conservacion_comunidades/mapu_lahual/> [consulta 6 junio 2013].

64 "La asociación tiene un Plan Maestro para el territorio Rewe Lafquen Mapu Lahual (RLML), orientado a lograr el bienestar de sus miembros, familias y comunidades, y a proteger y conservar el entorno [...]. "La situación más frágil de esta experiencia se refiere a la inseguridad de las comunidades en cuanto a la tenencia de tierras y al acceso a los recursos naturales, aspecto que las comunidades esperan que se resuelva en el marco de los programas de tierras indígenas contemplados en las políticas del Estado chileno.". FAO, Casos ejemplares de manejo forestal sostenible en América Latina y el Caribe, 2010. p. 157. [en línea] <http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/training_material/docs/casejes.pdf> [consulta 6 junio 2013].



bosque (madera muerta, productos no madereros), la conservación de los ecosistemas y el ecoturismo⁶⁴ o etnoturismo, como ellos mismos lo han llamado, con la finalidad de integrar elementos socio-culturales y consuetudinarios en la conservación. Le conforman alrededor de 60 mil hectáreas de territorio (45 mil cubiertas de bosques), de acuerdo a los datos entregados por la FAO, quien además reconoció al Mapu Lahual como un caso ejemplar en Manejo Forestal Sostenible en América Latina y el Caribe⁶⁵.

7.4 La Ley 20.249 del año 2008 que Crea el Espacio Costero de Pueblos Originarios (ECMPO)

En el primer capítulo de este documento se señaló que el Estado considera a los ECMPO como una modalidad de protección oficial del patrimonio ambiental de Chile, razón por la que se hace necesario realizar una breve revisión de esta figura.

El artículo 1 de la Ley 20.249 define en su letra e) como "espacio costero marino de los pueblos originarios" aquel "espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes hayan ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio", siendo los bienes que se encuentren bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, aquellos susceptibles de ser declarados bajo la figura de esta Ley. Los legitimados para solicitar ECMPO son una comunidad indígena o una asociación de comunidades⁶⁶, esto es, una agrupación de dos o más comunidades indígenas (no es lo mismo que la asociación indígena).

El ECMPO es una figura especial que "se creó atendiendo a que ninguna de las figuras del ordenamiento jurídico vigente asume las particularidades de la relación de las comunidades de los pueblos originarios con los recursos costeros que son fundamentales para su subsistencia. [...] Así, se pretendió configurar a través de dicha Ley [...] una nueva figura administrativa denominada Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios, con la cual se reconozcan los espacios territoriales del borde costero que han sido de uso ancestral"⁶⁷.

65 Ibid. p. 161.

66 Art. 2 y 4 de la Ley 20.249. No se debe confundir asociación de comunidades indígenas establecidas en esta Ley, con el concepto de Asociación de Indígenas, establecido en el art. 36 de la Ley 19.253.

67 HISTORIA de la Ley 20.249. p. 6.

Del texto de la Historia de la Ley citado, y de las normas indicadas, es posible sostener que el fin de la Ley Lafkenche ha sido reconocer el uso consuetudinario de los recursos y los territorios de los espacios costeros, por parte de las comunidades de pueblos originarios, para que realicen actividades de acuerdo a sus usos y costumbres. Es discutible si esta Ley puede ser considerada como una forma oficial de protección del patrimonio ambiental de Chile, pues no es ese el objeto de la Ley. Claro está, indirectamente cumple este objetivo, toda vez que los pueblos originarios y su cultura conforman el patrimonio ambiental de Chile, sin embargo, no parece del todo apropiado que se le confunda con otras figuras de protección ni mucho menos con aquellas vinculadas a las áreas silvestres protegidas.

Finalmente, cabe destacar que la principal debilidad de esta Ley es que si bien establece una figura especial que da cuenta de las distinciones necesarias que deben tenerse en cuenta en la administración de espacios por parte de los pueblos originarios, en la práctica, se torna completamente vacía al establecer que el plan de manejo, y por tanto, los mismos usos tradicionales de las comunidades, deben sujetarse a las normas sectoriales vigentes.

8. De la participación a la administración total: las áreas silvestres protegidas de pueblos originarios

El desafío de la participación de los pueblos originarios en la gestión de las áreas protegidas del Estado y/o privadas implica atender a nuevos estándares que tiendan a extender los derechos de los pueblos originarios y sus comunidades, en beneficio de la conservación socio-ambiental de las áreas silvestres. Se trata de superar los conceptos de mera participación, asociatividad, administración parcial, entre otros⁶⁸. De esta forma, habrá que poner mayor énfasis en la creación de una nueva figura de protección de las ASP que vaya más allá del concepto de participación y/o aprovechamiento de los beneficios, y que permita entregar administración completa de determinadas áreas a las comunidades indígenas.

No parece adecuado que los pueblos originarios, habitantes ancestrales de muchísimas áreas protegidas, realicen actividades de conservación amparándose en las mismas normas que los propietarios comunes, pues más allá de las denominadas

68 Claro está que en los supuestos de que aquellas sean las únicas o más apropiadas formas para el desarrollo de la cultura y actividades de pueblos originarios en relación a las áreas silvestres protegidas, deberá seguirse los lineamientos ya existentes en la materia.



condiciones de vulnerabilidad, estos pueblos tienen una especial e innegable relación con los hábitats naturales, forman parte de la cultura ancestral de nuestro país y es posible que sus conocimientos tradicionales en relación al manejo y utilización de los recursos naturales y de las áreas silvestres, permita enriquecer sustantivamente los esfuerzos de conservación y conocimiento científico, en beneficio de la comunidad toda y por qué no decirlo, de la naturaleza en sí misma. En consideración a esto, se sostiene que es necesaria la creación de las áreas silvestres protegidas de pueblos originarios (en adelante, ASPdPO).

8.1 La figura de protección denominada áreas silvestres protegidas de pueblos originarios (ASPdPO)

La figura de ASPdPO debería atender de forma global los problemas que rodean la relación Estado - Pueblos Originarios, los cuales como sabemos, son las demandas de reivindicación de tierras o recuperación de territorios ancestrales, autodeterminación, respeto y desarrollo activo de sus derechos particulares en consideración a las características propias del colectivo y que se han desarrollando en torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y finalmente, la integración efectiva de los pueblos originarios en el modelo de desarrollo local y nacional, lo que incluye el uso de los recursos naturales de acuerdo a su costumbre.

En una primera y general aproximación, podemos señalar entonces que las ASPdPO corresponden a un tipo de protección privada de las áreas silvestres, administradas totalmente por sus titulares bajo la vigilancia del organismo estatal competente, con reglas y objetivos especiales, orientadas a promover la conservación socio-ambiental de las áreas de propiedad privada de comunidades o asociación de comunidades de pueblos originarios que sean constituidas legalmente a través del procedimiento destinado a ello.

Cómo se ha indicado, las ASPdPO serían una especie de áreas silvestres protegidas de propiedad privada que presentarían algunas características especiales, las cuales se intentarán desarrollar de forma generalizada a continuación.

8.1.1 Naturaleza de la figura ASPdPO

Constituye una especie de área silvestre protegida de propiedad privada, en que voluntariamente los titulares de los predios someterán estas áreas a protección, quedando la administración entregada completamente a dichos titulares integrantes de pueblos originarios, quienes, con las limitaciones derivadas de la afectación, realizarán las actividades que estimen convenientes y aprovecharán los beneficios, de acuerdo a sus

usos y costumbres.

El fin principal de las ASPdPO es promover la conservación ambiental y de los recursos naturales in situ, integrando los elementos sociales y culturales de los pueblos originarios con el objeto de promover el desarrollo armónico de las comunidades titulares con el entorno natural. Ello implica que el Estado tendrá la posibilidad de impulsar en dichos territorios de forma especial, los planes que pongan en ejecución los derechos de los pueblos originarios reconocidos a nivel internacional a través de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, además de adoptar todas aquellas medidas que a través del trabajo en conjunto, se determinen como necesarias para su cumplimiento.

8.1.2 Territorios susceptibles de ser declarados como ASPdPO

Pueden ser establecidas en territorios de propiedad legal o de propiedad ancestral de una comunidad o asociación de comunidades. En el caso de la propiedad legal de las comunidades, no hay mayores conflictos, ya que se trata de áreas privadas que voluntariamente se someten a un régimen de conservación, como ocurre actualmente, con las diferencias ya señaladas.

En el caso de la propiedad ancestral, podrían suscitarse dos casos. En primer lugar, territorios en que se detenta "propiedad ancestral" y que están libres de afectación. En este caso, el Estado deberá adquirir las tierras, entregándolas en propiedad a las comunidades o asociación de comunidades que hayan hecho la solicitud para su conservación, constituyendo en el mismo acto el ASPdPO. En segundo lugar, territorios en que se detenta "propiedad ancestral" y que estén afectados por alguna categoría de manejo de ASP. Este caso tendría lugar en la hipótesis de que las comunidades que fueron trasladadas al crearse, por ejemplo, un Parque Nacional, soliciten se les reconozca legalmente la propiedad ancestral que tienen sobre dichos territorios. También tendría lugar bajo la hipótesis de que las comunidades que aun viven en ASP constituidas, soliciten se les reconozca propiedad ancestral en parte de dichas áreas.

8.1.3 Legitimados activos

Los beneficiados con la creación de esta figura y por tanto, los legitimados para realizar las solicitudes deben ser las comunidades indígenas y las asociaciones de comunidades indígenas. Al respecto se hace necesario modificar el concepto de comunidad de la Ley Indígena, inapropiado por su procedimiento de constitución y por



cómo entiende la representatividad⁶⁹. El concepto de asociación de comunidades debe ser similar al entregado en la Ley ECMPO⁷⁰, pero con las modificaciones correspondientes de la Ley Indígena.

8.1.4 Administración, categorías de manejo y aplicación de normas sectoriales

La administración de las ASPdPO corresponderá a una administración total entregada a la comunidad o asociación de comunidades titular del área. Con ello se deja atrás la idea de mera participación no vinculante en la toma de decisiones. Esta administración estará sujeta a la vigilancia del organismo estatal competente, el cual supervisará que la explotación del área se realice de acuerdo al plan de manejo establecido por ambas partes.

Las categorías de manejo utilizadas en la conservación de estas áreas no debiesen ser las mismas que aquellas susceptibles de constitución privada, toda vez que como ya se dijo, esta es una figura especial cuya particularidad está dada tanto por su procedimiento de constitución, como por las normas de administración y manejo, lo que en este caso es determinante. De esta forma, es necesario establecer mecanismos especiales para la determinación de los planes de manejo, los que deben ser respetuosos tanto de las exigencias estatales de conservación de los recursos naturales, como de los usos y costumbre tradicionales de la comunidad, con el objeto de permitir su desarrollo y conservación socio-cultural, así como su sustento económico.

69 Cabe hacer presente que este procedimiento de constitución de comunidad indígena no se condice con los estándares internacionales que se han avanzado en la materia, toda vez que exige la utilización de mecanismos y formas de organización que podrían no ser propias de los pueblos originarios. Se trata de no limitar excesivamente la posibilidad de establecer una organización válida frente al Estado, estableciendo una diversa a la actual, acorde a los usos y costumbres de las comunidades y que asegure el respeto a los principios de la libre determinación y, a la igualdad efectiva y no discriminación. Al respecto, es apropiado recordar el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, YATAMA vs. Nicaragua, 2005. En este caso, integrantes de la organización indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA), candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales, fueron excluidos de participar en elecciones municipales debido a las disposiciones de una nueva ley electoral que "sólo permitía la participación en las elecciones a través de la figura jurídica de partidos políticos, forma de organización que no es propia de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica" y no respeta el "derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan". En el caso YATAMA la Corte IDH condenó al Estado de Nicaragua por violar los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en relación a los artículos 1.1 y 2 de la misma, debido a la falta de fundamentación en torno a dicha exclusión.

70 El Art. 2 letra a de la Ley 20.249 define a la asociación de comunidades indígenas como una agrupación de dos o más comunidades indígenas constituidas de conformidad con la Ley 19.253, todas las cuales, a través de sus representantes deberán, suscribir una misma solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios.

8.1.5. Establecimiento de otros objetivos complementarios

La figura ASPdPO podría permitir el desarrollo activo de los planes y políticas públicas destinados a proteger y fomentar los derechos de los pueblos originarios en materia de territorio, educación, salud, solución de conflictos, entre otros, tomando en consideración la conservación de las áreas silvestres y la experiencia comparada. No está demás destacar que en estos casos será el Estado el encargado de entregar el financiamiento y los recursos necesarios para desarrollar las áreas en comento, ya sea completa o parcialmente.

Al respecto, este tipo de desarrollo no está tan lejos de algunas iniciativas en Chile, como ocurre en el caso de la Reserva Nacional los Flamencos y las comunidades de Lickanantai, ya comentados.

Un caso similar pero que parece ser mucho más comprehensivo, es el de la comuna pehuenche Alto BioBio, la cual se formó el año 2003, cuya constitución ha permitido centrar los esfuerzos municipales en las necesidades de la gente habitante del Alto BioBio, mayoritariamente pehuenche. Por otro lado, actualmente se ha retomado por la autoridad estatal la iniciativa de establecer en dicha comuna un Área de Desarrollo Indígena⁷¹, en cuya virtud Alto BioBio podría convertirse en el primer territorio que además de gozar de los beneficios de ser una comuna pehuenche, podría disfrutar de las ventajas de ser declarada ADI, cuyos efectos podrían coincidir en parte con aquellos buscados por la creación de reservas de pueblos originarios, sin perjuicio de las variadas críticas que es posible realizar a la forma de administración y restricción del control de las autoridades locales. Este será un problema que claramente deberá ser solucionado. Por supuesto, un adecuado e integral manejo en el tiempo, determinará además, de qué forma se incluyen los conceptos de conservación de áreas silvestres en dicho territorio pehuenche.

8.2 Reservas y Parques de pueblos originarios a nivel comparado

Existen diversas experiencias a nivel comparado de Reservas Indígenas, Indias o Aborígenes, Parques o áreas de protección, dependiendo el país del que se trate. Se comentarán brevemente algunos casos con el objeto de ejemplificar la viabilidad de la medida, los beneficios que se han obtenido de su establecimiento y claro está, las

71 Noticia: Gobierno reimpulsa Área de Desarrollo Indígena para comuna de Alto Bio Bio, 23 mayo 2013, Radio Bio Bio. [en línea] <<http://www.biobiochile.cl/2013/05/23/gobierno-impulsa-area-de-desarrollo-indigena-para-comuna-de-alto-bio-bio.shtml>> [consulta 6 junio 2013].



deficiencias de una implementación precaria y sin armonía con los derechos de los pueblos originarios y los estándares de conservación.

8.2.1 Costa Rica

Bajo el nombre de "Reservas Indígenas" se constituyen los territorios de los pueblos originarios de Costa Rica, entregados gratuitamente, a perpetuidad y libres de todo gravamen, por el Estado. Además, estarán exentos de todo tipo de carga impositiva, de acuerdo a la Ley Indígena de Costa Rica, del año 1977.

También establece que solo las comunidades podrán explotar los recursos maderables o plantar cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas, lo que parece del todo lógico al ser estas tierras entregadas en dominio a los pueblos originarios.

En cuanto a la relación con las áreas silvestres protegidas, no se aprecia de forma general una normativa que promueva la integración de ambos intereses, sin embargo, es posible destacar el caso del Parque Internacional La Amistad Costa Rica-Panamá, en el cual se encuentra el bosque virgen más grande del país. Las reservas indígenas de Ujarrás, Salitre, Cabagra, Talamanca Bribri, Talamanca Cabécar, Telire, Chirripó, Bajo Chirripó, constituyen los vecinos más cercanos al parque. Tanto el parque como las reservas mencionadas son parte de la Reserva de la Biosfera y Sitio del Patrimonio Mundial de Talamanca⁷².

Sin embargo, cabe destacar que los derechos entregados a los pueblos originarios en materia de territorio no van acompañados de una política integral en esta materia, lo que no ha permitido dejar atrás los altos índices de analfabetismo, pobreza y aislamiento en que viven las comunidades.

8.2.2. Australia

Las denominadas Indigenous Protected Areas (IPA⁷³), son áreas protegidas en tierras de propiedad indígena y áreas marítimas, creadas a través de un acuerdo voluntario entre

72 INSTITUTO DE DESARROLLO AGRARIO, La Tenencia de la Tierra en Reservas Indígenas, Instituto de Desarrollo Agrario, Costa Rica. p. 162

73 Australian Government, Indigenous Protected Areas. [en línea] <<http://www.environment.gov.au/indigenous/ipa/>> [consulta 7 junio 2013]

las autoridades tradicionales de las comunidades dueñas de las tierras y el gobierno de Australia, con el objeto de promover y conservar la biodiversidad y la cultura de dichas áreas, generando una importante contribución a la conservación de la biodiversidad australiana. Actualmente una tercera parte del Sistema Nacional de Reservas de Australia (Australia's National Reserve System⁷⁴), está conformado por IPAs, dividido en 51 áreas en un territorio de 36 millones de hectáreas.

En términos generales, las IPAs australianas son bastante avanzadas, ya que los beneficios no solo alcanzan aquellos relacionados a la conservación de los recursos naturales, sino que a temas de salud, educación, economía y aspectos sociales.

Se ha comentado que entre algunos de los problemas de las IPAs, en términos generales, es posible mencionar la precariedad del financiamiento estatal y la negativa de algunas agencias del gobierno de considerar estos espacios como áreas protegidas propiamente tales, toda vez que de acuerdo a la legislación Australiana, no están destinadas a la conservación a perpetuidad⁷⁵.

74 Australian Government, National Reserve System. [en línea] <<http://www.environment.gov.au/parks/nrs/index.html>> [consulta 7 junio 2013]

75 AYLWIN. Ob. Cit. p. 65.



Conclusiones

La conservación de las áreas silvestres en Chile está sujeta a interminables oscilaciones legales y políticas que han impedido el tratamiento integral y armónico de la materia, lo que ha dificultado enormemente la labor de conservación que pueden realizar los actores privados y sobre todo, los pueblos originarios. Por tanto, es apremiante el trabajo en conjunto para unificar y redefinir la normativa y políticas públicas en la materia, acorde a los estándares internacionales y sobre todo, en concordancia con las aspiraciones de los particulares y pueblos originarios.

En este mismo sentido, establecer la normativa que regule las ASPP y sus características resulta tangencial, procurando otorgar un sistema de protección integrado al SNASPE, y que por tanto, funcione como tal – como un sistema -, y no como un conjunto de iniciativas aisladas y discordantes, que en el mejor de los casos, es incomprensible. Establecer un sistema de incentivos a la conservación privada no solo es pertinente para fomentar y contribuir a las iniciativas que favorecen a toda la comunidad, sino que también porque el trabajo que han realizado los propietarios que voluntariamente se someten a regímenes de conservación debe ser premiado y fortalecido.

Finalmente, en relación a lo que resulta ser lo más importante de este documento, es que volviendo sobre los conceptos de armonía e integridad de la normativa, se debiese comenzar a trabajar en una figura que permita la creación de las áreas silvestres protegidas de pueblos originarios, tomando en consideración no solo los beneficios y las buenas experiencias comparadas, sino que también los errores y falencias que se han cometido al respecto. Actualmente en Chile existen iniciativas privadas de conservación de áreas en territorios de pueblos originarios, es posible encontrar iniciativas estatales de recuperación de tierras, hay políticas públicas en relación al desarrollo indígena, y existen esfuerzos de conservación de biodiversidad y áreas silvestres. La unificación de estos objetivos debe ser vista como una medida que contribuirá potencialmente al desarrollo integral de la conservación socio-ambiental, integrando al ser humano y a las comunidades al entorno natural, dónde pertenecen. Se trata entonces de poner en marcha un modelo inclusivo de conservación en que la comunidad es el elemento central. Las áreas silvestres protegidas de pueblos originarios atienden a una realidad existente en Chile, realidad que sin normativa que les beneficie ha sido encausada en proyectos exitosos y altamente ricos en cultura y conservación. Entregar herramientas reales a las comunidades acordes a sus usos y costumbres, y principalmente, en honor de ser nuestros pueblos originarios, es lo mínimo que un Estado democrático y comprometido con el desarrollo sustentable puede realizar.

La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile

Prevention as a principle of the environmental impact assessment system in Chile

Ezio Costa Cordella*

Universidad de Chile, Chile

Abogado, Universidad de Chile.
Director Ejecutivo de la Corporación FIMA
e Investigador del Centro de Regulación y
Competencia (RegCom) de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Chile.
costa@fima.cl

RESUMEN

La prevención está presente en el derecho ambiental chileno desde sus orígenes y se pone de manifiesto de manera especial en lo que se refiere al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Es en efecto la prevención, en la forma del Principio Preventivo, la que da buena parte del sustento lógico a la existencia de este sistema de evaluación, por lo que su observancia es clave para el éxito del mismo. Esto ha sido reconocido recientemente por nuestras Cortes a propósito de varios casos de gran connotación y especial en relación a una controversial práctica de la administración consistente en imponer como medida en las Resoluciones de Calificación Ambiental la realización de estudios que debían conformar parte integrante de la evaluación ambiental, contraviniendo este espíritu preventivo.

Palabras clave: Principio preventivo, protección ambiental, sistema de evaluación de impacto ambiental, Prevención, Derecho Ambiental Chileno.

* Agradezco la ayuda de María Victoria Galleguillos Alvear y los consejos y reflexiones de Fernando Dougnac Rodríguez.



SUMMARY

Prevention is one of the basis of Chilean environmental law. The Environmental Assessment System (SEIA) is an example of this preventive logic, as its own existence is connected with the need to prevent negative environmental impacts. Recently, the prevention principle has been on the centre of several decisions from the Supreme Court regarding relevant environmental cases, recognizing that this principle is indeed a basis of the system and thus that it is not possible to approve projects before having all the required information, being illegal to set in the approval resolution the obligation of the proponent to do further studies, which was a controversial practice of the Environmental Assessment Agency.

Keywords: Prevention Principle, Prevention, Environmental Impact Assessment System, Chilean Environmental Law, Environmental Protection.



1. El Principio Preventivo

En Chile la prevención es un elemento implícito tanto en la Constitución (art. 19 N° 8) como en diversas normas infra constitucionales (Ley N° 19.300, Código Sanitario, Ley de Protección de la Agricultura, D.L. 3557, del año 1980, etc.). No obstante, ha existido debate sobre el alcance y aplicación del principio preventivo en su formulación propia del derecho ambiental. En este trabajo se analizará cual es la posición que el Principio Preventivo ha tomado en el Régimen Ambiental Chileno, en especial en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y con cuidadosa atención a la evolución de esa posición en los últimos años.

Siguiendo a Philippe Sands, es reconocible el Principio Preventivo en la Declaración de Río de 1992, donde, en su principio 11, se establece el compromiso de los Estados de "... promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente."¹ Para Sands, además, el Principio Preventivo sería una manifestación de la soberanía nacional, dado que se busca prevenir la producción de daño ambiental, a la vez que el Estado está obligado a tomar o arbitrar las medidas necesarias para anticiparse a la producción de ese daño². En nuestra Constitución, esto se reconoce expresamente en el artículo 19 N° 8 cuando en ella se expresa el deber del Estado de "... tutelar la preservación de la naturaleza", lo que incluye la protección del "Patrimonio Ambiental".

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece igualmente importante considerar que el medio ambiente no solo pertenece a una nación sino que es patrimonio de la humanidad entera, de tal forma que si bien la prevención supone una manifestación de la soberanía nacional, es a su vez una manifestación del rol del Estado como garante de la dignidad humana y del lugar que los Estados ocupan dentro del régimen ambiental internacional. Se ha reconocido en la protección ambiental local, una obligación para la comunidad internacional en su conjunto, especialmente en consideración de los impactos globales de las actividades con potencial dañino para el medio ambiente.

Ahora bien, el Principio Preventivo alcanza muchas otras acciones, además de la

1 Declaración de Río, Principio 11 "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo".

2 SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. London, Cambridge University Press, Segunda edición, 2003, p. 246.



protección ambiental, a través de la evaluación ambiental de proyectos, y el efecto de las normas de calidad y de emisión, el establecimiento de áreas protegidas, las listas de especies protegidas, la zonificación y otras regulaciones que también son influidas fuertemente por el concepto de prevención.

Concordando con lo expresado, para Sands, "... el Principio Preventivo está apoyado por una larga lista de normas domésticas de protección ambiental, que establecen procesos de autorización, así como la adopción de compromisos nacionales e internacionales en relación con estándares ambientales, acceso a la información ambiental y la necesidad de llevar adelante procedimientos de evaluación ambiental en relación con ciertas actividades. El principio de prevención puede, por lo tanto, tomar diferentes formas, incluido el uso de sanciones y la aplicación de normas de responsabilidad"³.

En la misma línea, De Sadeleer estima que la prevención no puede asegurarse con normas de responsabilidad, sino que debe buscarse la misma a la base de las convenciones que busquen proteger el medio ambiente, haciendo hincapié en que la proliferación de mecanismos de protección ambiental está íntimamente relacionada con dicha búsqueda⁴.

A continuación veremos cómo este principio de derecho ambiental internacional fluye hacia nuestra legislación y jurisprudencia.

2. El Principio Preventivo en la Ley 19.300

En nuestra legislación el principio preventivo o principio de prevención es básico en la protección ambiental y observamos su presencia en múltiples manifestaciones. Una de ellas, y que ha tenido un rol principal en nuestro derecho ambiental, es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). En el mensaje de la Ley 19.300 se observa la incorporación de este principio al sistema. Se lo define de la siguiente manera: "El Principio Preventivo: mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos"⁵. Luego, y en relación al SEIA se dice en el Mensaje: "Con estos instrumentos, [Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y Declaración de Impacto Ambiental (DIA)] se pretende evitar

3 SANDS, Philippe. op. cit., p. 247.

4 DE SADELEER, Nicolas. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. London, Oxford University Press, 2002, p.65.

5 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 19.300, p. 14.

que se sigan instalando procesos productivos que puedan causar graves deterioros al medio ambiente"⁶.

La doctrina nacional ha definido el Principio Preventivo como aquel que busca evitar impactos previsible, o, al decir de Guzmán Rosen "persigue en lo esencial adoptar medidas anticipatorias que permitan evitar o aminorar las consecuencias adversas para el medio ambiente como producto de la actividad humana"⁷.

Para Astorga Jorquera, en tanto, es el principio que "pretende evitar o reducir efectos negativos de carácter significativo sobre el entorno, justificados jurídicamente –impacto ambiental- o antijurídicos –daño ambiental-"⁸.

Además, para algunos autores este principio es el único recogido de manera medianamente satisfactoria en la Ley 19.300. En palabras de Riesco Bahamondez: "[C]on el objeto de proteger intereses como un medio ambiente saludable, nuestro ordenamiento jurídico contempla un sistema de autorizaciones o permisos de funcionamiento, por los cuales se vincula la autoridad con el administrado de manera permanente, sometiéndolo a un plan de seguimiento o fiscalización que en caso de las Resoluciones de Calificación Ambiental de los proyectos sometidos al SEIA se encuentra recogido por el artículo 64 de la ley 19.300"⁹.

Por su parte, y a propósito de un posible cambio en los supuestos de hecho de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), nos ilustra Sepúlveda Solar al señalar que siendo el procedimiento de evaluación un instrumento preventivo, uno de sus fundamentos sería "... la toma de decisiones con bajo nivel de incertidumbre, en base a un proceso de análisis, predicción y evaluación de los impactos ambientales de un proyecto determinado"¹⁰.

Para Guzmán Rosen, además del SEIA, el Principio Preventivo también se vería manifestado en otros instrumentos de gestión ambiental de la Ley 19.300, como la

6 Ídem, p. 15.

7 GUZMAN, Rodrigo. *Derecho Ambiental Chileno*. Santiago, Planeta Sostenible, 2012, p.89.

8 ASTORGA, Eduardo. *Derecho Ambiental Chileno*. Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 21.

9 RIESCO, Vladimir. "Presencia y Eficiencia de los principios precautorio y preventivo en el SEIA chileno". En: *Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario*, Santiago, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2006. p. 114.

10 SEPÚLVEDA, Doris. *Invalidez Sobreviniente. El caso de la Resolución de Calificación Ambiental*. Santiago, Legal Publishing, 2012.



educación e investigación, las normas de calidad y emisión, los planes de manejo, la Evaluación Ambiental Estratégica y la responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental¹¹.

En el caso del SEIA, además del reconocimiento expreso en el Mensaje de la ley y del que por su parte hace la doctrina, la existencia del Principio Preventivo como guía se puede observar en la lectura de los artículos que definen el ingreso de un proyecto al SEIA y los instrumentos mediante los cuales es posible obtener una resolución de calificación ambiental.

Las definiciones del artículo 2° de la ley nos ilustran en este sentido, las que son complementadas en los artículos 8, 10 y siguientes. Así entonces:

A) Art. 2 letra j) *"Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes"*.

B) Art. 2° letra f) *"Declaración de Impacto Ambiental: el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes"*.

C) Art. 2° letra i) *"Estudio de Impacto Ambiental: el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos"*.

D) Artículo 8°, inciso primero:- *"Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley"*.

11 GUZMÁN, Rodrigo. Op. Cit. p.89.

En todas las definiciones anteriores podemos observar la existencia del Principio de Prevención como su fundamento, en términos como "... la actividad que se pretende realizar...", "... antecedentes fundados para la predicción...", etc. El sistema mismo se estructura sobre la idea de que antes de llevar a cabo un proyecto, este debe necesariamente evaluarse. Vale decir, se estructura sobre la prevención.

Siendo que el sistema se estructura sobre la base de la prevención, es lógico que esto se extienda a los dos instrumentos de presentación de proyectos, al sistema y sus procedimientos. Sin embargo, la presencia del Principio es aún más fuerte en el caso de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA).

Se explica lo anterior, en parte, porque mientras los EIA buscan comprender acabadamente los efectos de un proyecto, las DIA básicamente son una declaración jurada de que el proyecto que se presenta, a pesar de requerir ingreso al SEIA, no requiere de una evaluación intensa y se puede hacer fe en lo presentado por el titular. Es una declaración jurada en que el titular dice: "mi proyecto está en el listado del número 10° de la ley 19.300, pero juro que no tiene ninguno de los efectos del artículo 11°".

Esto es importante porque, fundamentalmente, es en torno a los impactos del artículo 11^{o12} que gira la evaluación ambiental. Ellos son, precisamente, los impactos que se intentan prevenir o mitigar, compensar y reparar, sin perjuicio de los análisis y reparos que la autoridad pueda y deba hacer a las DIA.

Así el artículo 12°, al establecer las materias que deben ser abarcadas por los Estudios de Impacto Ambiental, señala entre ellas, en su letra c): "Una descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que dan origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).", mientras en su letra d),

12 Los efectos, características o circunstancias a los que se refiere el artículo 11 son los siguientes:

- a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
- d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.



expresa como requisito de ingreso de los EIA: "Una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo. Cuando el proyecto deba presentar un Estudio de Impacto Ambiental por generar alguno de los efectos, características o circunstancias señaladas en la letra a) del artículo 11°, y no existiera Norma Primaria de Calidad o de Emisión en Chile o en los Estados de referencia que señale el Reglamento, el proponente deberá considerar un capítulo específico relativo a los potenciales riesgos que el proyecto podría generar en la salud de las personas."

Entretanto, el artículo 12° bis, que establece los requisitos de las Declaraciones de Impacto Ambiental, expresa que deben incorporarse: "Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental,"¹³.

En la lógica preventiva, quien propone un proyecto debe estar consciente de los efectos que dicho proyecto tiene, de tal forma que de manera previa a la construcción y ejecución del mismo, debe estar en posición de señalar a la autoridad los pormenores de dichos efectos, características y circunstancias.

De la definición de Estudio de Impacto Ambiental y especialmente del requisito de la letra d) del artículo 12 que dice relación con expresar en él una predicción y evaluación del impacto ambiental, se infiere claramente que este debe considerar todos los efectos o características conocidos para proyectos de la naturaleza del que presenta. Incluso, la lógica indica que si la experiencia demuestra que en un proyecto de la misma naturaleza que el presentado a evaluación se dan determinados efectos ambientales que el proponente dice que no se presentarán en el suyo, debe demostrar fehacientemente esta afirmación.

La pregunta que antes quedaba sin respuesta era que pasaba con los impactos de un proyecto que no eran previstos por su EIA, es decir que ni el proponente ni la autoridad habían podido prever su existencia. Dicha pregunta fue contestada por la ley 20.417, con

13 A pesar de que generalmente se haya visto a la DIA como el instrumento de ingreso general de proyectos, la verdad es que la clave preventiva del procedimiento invierte esa lógica, e incluso podría argumentarse que el instrumento de ingreso por regla general es el EIA. La excepción es la DIA, siempre y cuando el proponente logre demostrar que no se dan las condiciones que señala la ley para ingresar por EIA. Esta es una obligación absoluta que recae en el proponente y que debe ser cuidadosamente observada por el evaluador ambiental. Si no llega a ese convencimiento debe exigir que se cumpla la regla general de un EIA.

la introducción del artículo 25 quinquies a la Ley 19.300¹⁴ y especialmente con su artículo 3° letra h), que otorga a la Superintendencia de Medio Ambiente la facultad de suspender transitoriamente la autorización de funcionamiento de un proyecto que se encuentre generando un efecto no previsto en su evaluación con consecuencias graves e inminentes para el medio ambiente. Entendemos que dicha transitoriedad debiera mantenerse hasta que sea ingresada la modificación al SEIA y aprobada, ya sea como modificación o como ampliación del proyecto por la autoridad ambiental. Solo así se cumple con el objetivo preventivo de la evaluación ambiental. La novedad importante de la modificación en comento consiste en que si el impacto no previsto no fue advertido por el sistema preventivo del SEIA, el proyecto debería ser objeto de una paralización y sometido a nueva evaluación. Hay, por lo tanto, un incentivo fuerte a cumplir previamente, esto es durante la primitiva evaluación, con las exigencias de la Ley 19.300, dado los altos costos que una paralización y reevaluación posterior pudiera significar.

Que el castigo sea la suspensión, en lo que nos interesa, es lo más relevante, pues a través de ella no solo hay un reproche a la actividad antijurídica y falta de diligencia y cuidado del proponente—lo que podría traducirse en multas, por ejemplo, sino que, lo más grave, es que se puede detener la actividad hasta que esta sea nuevamente evaluada, y por lo tanto hasta que se prevengan efectivamente los efectos que no fueron objeto de la evaluación respectiva.

Por último, la lógica del sistema de responsabilidad por daño ambiental es también preventiva, función que es inherente al sistema mismo¹⁵ y esto se observa principalmente en la diferencia entre daño ambiental e impacto ambiental¹⁶.

En efecto, la diferencia entre un impacto sobre el medio ambiente jurídicamente permitido—al que llamamos impacto ambiental- y uno que es antijurídico—al que llamamos

14 Artículo 25 quinquies.- La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880. El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20.

15 HERVÉ, Dominique. "La regulación de la responsabilidad por daño a la biodiversidad. Iniciativas en el marco de la convención y su protocolo de biodiversidad". *Biodiversidad y Globalización. Oportunidades y Desafíos para la Sociedad Chilena*, Eugenio Figueroa y Javier Simonetti (Editores), Santiago, Editorial Universitaria, 2003, pp.117-137.

16 Coincidiendo en este sentido con Astorga, ob. Cit.



daño ambiental- es por una parte la intensidad del impacto, y por otra la existencia de un permiso previo legalmente otorgado para la producción de ese impacto. Esta distinción se hace evidente cuando observamos el concepto de daño de la Ley 19.300¹⁷. Existiendo daño, y por lo tanto antijuricidad, existe posibilidad de reacción y sanción por parte del ordenamiento.

Guzmán Rosen vincula los conceptos de daño e impacto de tal forma que este último es el género y el daño es una especie¹⁸. Coincidimos, en todo caso, en considerar que un mismo hecho puede ser daño o impacto y que la posibilidad de reacción jurídica -en la que identifico el daño- se observa cuando hay un impacto que habiendo mandado ser mitigado, compensado o reparado, no lo fue, así como cuando hay un impacto que debió haber sido observado en el proceso de evaluación y no lo fue¹⁹.

Esta distinción es muy relevante cuando nos enfrentamos a impactos ambientales respecto de los cuales no hay normas de emisión ni de calidad, ni que son abordados por planes de prevención o descontaminación o normas sobre protección, preservación o conservación ambientales. Esto por cuanto mientras en caso de existencia de los instrumentos antes reseñados, operará como umbral de cumplimiento la norma respectiva, en los casos no regulados, el umbral no está fijado y por lo tanto la autorización de funcionamiento (RCA) se pone jurídicamente en ese lugar, funcionando como umbral de cumplimiento y por lo tanto como elemento diferenciador entre el impacto y el daño ambiental, todo ello en cumplimiento del mandato superior establecido en la Constitución de la obligación del Estado de proteger el medio ambiente.

Así entonces, el sistema de responsabilidad, especialmente en relación con los impactos no regulados, tiene parte de su fundamento en el mismo SEIA, en la medida que si dicho sistema legitimase de manera legal un determinado impacto, entonces difícilmente podríamos señalar que enfrentamos un daño ambiental. Ello es sin perjuicio de la facultad de revisión que el juez podría tener respecto del otorgamiento del permiso. Un impacto evaluado correctamente por el SEIA y consignado correctamente en la RCA no sería objeto de reproche en la medida que no sería daño ambiental, sino impacto, y en ese sentido el sistema de responsabilidad descansa, al menos en este sentido, en la lógica preventiva del SEIA.

17 Art. 12, letra e), Ley 19.300: "Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes."

18 GUZMÁN, Rodrigo. Ob. Cit., p. 60.

19 GUZMÁN, Rodrigo. Ob. Cit., p. 61.

3. El Principio Preventivo en la Jurisprudencia del SEIA

De largo se venía sosteniendo por recurrentes en causas ambientales que a la hora de resolver evaluaciones ambientales y asimismo al momento de controlarlas judicialmente, debía tenerse en consideración el Principio Preventivo, y que éste significaba que todos los estudios sobre características relevantes y potenciales impactos de un proyecto se realizaran con anterioridad a que este fuera aprobado. Este argumento venía a hacer frente a una práctica más o menos habitual de la administración, que aprobaba proyectos pero en la RCA de los mismos mandaba al titular a hacer estudios sobre algunos impactos que no habían sido evaluados durante el procedimiento.

La discusión se centraba en la evidente falta de sentido de presentar estudios sobre determinados impactos *con posterioridad* a la aprobación de un proyecto, además de lo irracional que resultaba que la autoridad ambiental hubiere certificado previamente en la RCA que el proyecto cumplía "...con todos los requisitos ambientales..." (inciso 2º del art. 24 de la Ley 19.300). En la lógica preventiva y como hemos venido desarrollando, los estudios son una herramienta para que la autoridad pueda *predecir*, con determinada certeza, los impactos ambientales de un proyecto y sobre esa predicción, solicitar las medidas e imponer las obligaciones que considerara pertinentes a efecto de mitigar o compensar dichos impactos, cuestión que debe hacer la propia RCA. Luego, solicitar como medida *a posteriori* realizar un estudio sobre alguna característica o efecto del proyecto aprobado, pone en evidencia que el titular no ha cumplido con el artículo 12 de la Ley 19.300, al no presentar una predicción de impactos o una línea de base adecuadas a la obligación legal.

Durante años también, el reproche de recurrentes en contra de estas RCA no fue tenido en cuenta por las Cortes, principalmente por consideraciones de *deferencia a experto* y la mantención de la idea de que estas materias estaban dentro de la discrecionalidad administrativa, de tal forma que no podían ser controladas por el juez.

En este sentido, Galindo Villarroel en su artículo sobre el caso Itata²⁰ en el año 2003, da cuenta de la primera fisura en esta protección de la administración en relación con el control judicial, pues en este caso la Corte de Apelaciones de Concepción acoge un recurso de protección haciendo control intenso de la discrecionalidad administrativa. Sin

20 GALINDO, Mario. "El caso Itata: sobre el control de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección". *Revista de Derecho Ambiental N°1*, Universidad de Chile, 2003. pp. 143-167.



embargo, la lógica de la sentencia se pierde luego cuando el fallo no es confirmado por la Corte Suprema.

Esa grieta se hizo mucho más profunda en 2009, cuando acertadamente la Corte Suprema acogió un recurso de protección en contra de la central Campiche²¹, introduciéndose profundamente en las consideraciones administrativas y "técnicas" del proyecto. Así lo hacen ver Cordero Vega y Dougnac Rodríguez, al dar cuenta de cómo el caso Hidroaysén, continuando la lógica de Campiche a comienzos de 2012, deja atrás el concepto de deferencia y termina abriéndose al control intenso de discrecionalidad²².

La grieta advertida por Galindo Villarroel en 2003, que se profundizó en 2009 con el caso Campiche y posteriormente en el caso Hidroaysén, se hizo insostenible. Lo ilógico del planteamiento sustentado hasta esa época, quedó ante la opinión pública y la letrada, de manifiesto.

Esto era especialmente cierto tratándose de Recursos de Protección, pues éstos son arbitrios constitucionales que persiguen resguardar una determinada garantía constitucional, precepto superior a cualquier ley, siendo esencial para ese resguardo y protección de los afectados, que se conozcan todos los impactos de un determinado proyecto, y además, se analice en profundidad el actuar de la administración en el mismo, a través de un "control intenso de discrecionalidad".

De ahí que, entonces, la barrera artificialmente armada se rompió, borrándose junto con ella, la supuesta deferencia a experto, la que tuvo, entre otros efectos, el de haber mantenido al Principio Preventivo fuera de las decisiones de las Cortes.

Esto se evidencia en los fallos sucesivos de 2012, como veremos.

4. El Principio Preventivo en las Cortes

Derribada la barrera de la "deferencia debida o deferencia a experto", el juez tuvo que construir una manera de razonar dentro del SEIA que le permitiera hacer un examen de la discrecionalidad de la administración. En este trabajo el Principio Preventivo encontró

21 Corte Suprema, 22 de junio de 2009, Rol Nº 1.219-2009.

22 CORDERO, Luis. "¿Qué nos dejó HidroAysén?". El Mercurio Legal, 10/04/2012, citado por Dougnac Rodríguez, Fernando, "El Resguardo Jurisprudencial del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación Comentario y Análisis de algunos Fallos Recientes". *Revista Justicia Ambiental*, Santiago, FIMA vol. 4, 2012. p. 269.

tierra fértil a la vez que el juez halló una base sólida desde donde comenzar su raciocinio. El SEIA tiene como principal tarea prevenir los efectos (impactos) que un proyecto puede tener sobre el medio ambiente, y por lo tanto requiere que ellos sean puestos a la vista de la administración por parte del titular; que sean analizados por los servicios correspondientes; que sean calificados jurídicamente como corresponda de acuerdo a la ley; y que sean finalmente visados, todo ello manteniendo la justa razonabilidad y proporcionalidad en el establecimiento de las condiciones de aprobación, sin perder nunca de vista la obligación constitucional del Estado de tutelar la preservación del medio ambiente.

La discusión ya había sido planteada algunas veces ante las altas cortes cuando en el año 2012, la Corte Suprema en el fallo Hidroaysén la puso en el tapete a través del voto de minoría, redactado en dicha oportunidad por los Ministros Araneda Briones y Brito Cruz y siguiendo el que había sido el voto de minoría del Ministro Crisosto Greisse en el fallo de primera instancia del Recurso de Protección, de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

La Ministra Araneda Briones expresa en su voto de disidencia que la Comisión de Evaluación Ambiental de Aysén ha cometido una ilegalidad "... al dejar de aplicar el texto expreso de la ley y obviar los principios que la rigen, otorgando una calificación favorable a un proyecto que no cumple con la obligación que prescribe el artículo 12 letras d) y e) de la Ley N° 19.300 y que obliga a considerar una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo; como también las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente..."²³.

Considera la Ministra que dicha ilegalidad se manifestaría en que "... se ha permitido que su titular pueda obtener una calificación favorable sin que haya cumplido con el deber legal de identificar previamente el riesgo y así proponer la medida indispensable de mitigación o eliminación..."²⁴, cosa que se manifestaría respecto de 3 impactos del proyecto: la afectación del Parque Nacional Laguna San Rafael, los fenómenos GLOF en los lagos glaciares Cachet 2 y Arco y en la afectación al Huemul.

Sobre este último impacto, el considerando 8° del voto disidente de la Ministra Araneda Briones es un excelente ejemplo de razonamiento desde el Principio Preventivo,

23 Corte Suprema, 4 de abril de 2012, Rol N° 10.220 – 2011 (C. 3°).

24 Ibidem, (C. 7°).



pues señala que "... En efecto, el proyecto reconoce la afectación de esta y otras especies... La medida compensatoria propuesta por el titular y aceptada por la Comisión, consiste en la realización de un estudio de cérvidos, cuyo objeto es contribuir al conocimiento de la biología de las dos especies de cérvidos nativos presentes en el sur de Chile, el huemul y el pudú, con el propósito de favorecer su conservación. Además, se propone la creación de un área de conservación de 11.560 hectáreas, y que el estudio aludido cuente con la aprobación de la autoridad competente, previo al inicio de las obras. De la lectura de la medida propuesta, puede advertirse que, pese a que se reconoce la afectación de la especie, la cual sabido es se encuentra en vías de extinción, se propone la realización de un estudio que busca en definitiva su conservación. Ello, a juicio de quien discrepa, debió realizarse en forma previa con el objeto que todas las autoridades con competencia ambiental pudieran pronunciarse acerca del estudio en cuestión, de sus resultados y de las medidas que conforme a él, resulten pertinentes para evitar el daño a la especie aludida y así dar debido cumplimiento al literal e) del artículo 12 de la Ley 19.300, pues no puede aceptarse la realización de un estudio a posteriori para recién allí determinar cómo se puede conservar la especie; ello no es aceptable..."

La misma lógica es aplicada en el voto disidente del Ministro Brito Cruz, donde él expresa que "... resulta particularmente grave la conducta reprochada a la Comisión de Evaluación Ambiental de Aysén de calificar favorablemente el Proyecto Hidroeléctrico de que se trata, estableciendo una serie de condiciones a cumplir a futuro..."²⁵. Señala el Ministro que dichas condiciones inaceptables son la realización de un análisis de vaciamiento de lagos interglaciares y el análisis geomorfológico fluvial.

Se basa para lo anterior en el Principio Preventivo, según señala en su disidencia: "... También el Mensaje Presidencial abordó los principios que sustentan al proyecto presentado, dentro de los cuales especial relevancia tiene el "Principio Preventivo" que se concreta a través de diversos instrumentos dentro de los cuales se considera el "Estudio de Impacto Ambiental" y así se dijo categóricamente que "En virtud de estos últimos, se diseñarán, previamente a la realización del proyecto, todas las medidas tendientes a minimizar el impacto ambiental, o a medirlo, o incluso, a rechazarlo. En seguida, ya el texto de la Ley N° 19.300, nos entrega una serie de conceptos que permiten concluir que los condicionamientos de estudios futuros no son permitidos..."

En su considerando 3° expresa el Ministro que "... en consecuencia, no puede

25 *Ibidem*, (C. 1°)

aceptarse que se haya permitido que dicha obligación se cumpla en el futuro, porque ello significa entonces que tales circunstancias han quedado al margen de la evaluación y se entrega la competencia para conocer de ellas a la Dirección General de Aguas y a la Dirección de Obras Hidráulicas que son órganos distintos al que prevé la ley como entidad de evaluación cual es la Comisión de Evaluación Ambiental...²⁶.

Remata el Ministro con una consideración de gran importancia en cuanto a la aplicación del Principio Preventivo se trata: "4.- Que si bien el fallo del cual se disiente cita diversos artículos que se han interpretado como permisivos de condicionamientos futuros, tal interpretación resulta errónea a la luz de los principios rectores de la legislación y de las normas citadas en forma previa."²⁷.

Ese fallo tendría 2 votos a favor de los recursos y 3 en contra de los recursos de protección, pero, meses después, la visión de la Corte en relación con el Principio Preventivo continuaría su evolución. En efecto, en el caso Río Cuervo se da vuelta el resultado y la Tercera Sala de la Corte Suprema resuelve el caso mediante la aplicación del Principio Preventivo, por una mayoría de 3 votos contra 2.

En ese fallo la Corte analiza el principio señalando que "Sexto: Que en lo que interesa a esta decisión, resulta trascendente detenerse en el Principio Preventivo."²⁸. Para luego expresarla necesidad de que los estudios de suelo solicitados por SERNAGEOMIN durante la evaluación ambiental sean incorporados de manera previa a la decisión y no como una condición a posteriori. Analizado el expediente administrativo en ese sentido y comprobado que el estudio no se encuentra incorporado en el Informe Consolidado de Evaluación (en adelante ICE) que sirve de base a la decisión de la Comisión de Evaluación Ambiental, indica:

"Noveno: Que en estas circunstancias, el ICE adolece de ilegalidad por haber ignorado la recomendación del SERNAGEOMIN y no contener el estudio de suelo indicado, que, a juicio de esta Corte, resulta imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental."

Vale la pena señalar que el voto de minoría consignado en esta oportunidad, no se sustentó en interpretaciones relativas a este principio, sino en cuestiones más bien

26 *Ibidem*, (C. 2°)

27 *Ibidem*, (C. 4°)

28 Corte Suprema, 11 de mayo de 2012, Rol N° 2.463 - 2012 (C. 6°).



procesales-administrativas, al considerar que el ICE no es un acto administrativo terminal y por lo tanto no podía ser desafiado mediante un Recurso de Protección.

Durante el 2012 el principio seguiría abriéndose camino en la Corte Suprema, pues luego del fallo de Río Cuervo siguieron los de Bocamina II, Dunas de Con-Con y Castilla II, los cuales recogen este principio como uno de los ejes fundamentales en la decisión.

La importancia de los precedentes jurisprudenciales es tan fuerte, que la Corte Suprema en el caso Dunas de Concón²⁹ (27 de julio de 2012) falla en virtud del Principio Preventivo con la misma base que en el fallo de Río Cuervo. En efecto, el considerando Cuarto de la sentencia es una copia exacta del considerando Sexto de la Sentencia de Río Cuervo, antes citada. El único problema en estos dos considerandos es que lamentablemente en su redacción se confunden los conceptos de Principio Preventivo y Principio Precautorio, aunque quitando los nombres, queda claro a cuales principios se refiere el autor³⁰.

Poco menos de un mes antes del fallo Dunas de Con-Con, en Bocamina II la Corte Suprema ordenó hacer un Estudio de Impacto Ambiental para la expansión de la central termoeléctrica Bocamina. Dicha expansión había sido aprobada por el SEA luego de la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental, acto que fue declarado arbitrario y carente de razonabilidad, sobre la base, principalmente, del Principio Preventivo, como expresó la sentencia en su considerando sexto.

"SEXTO: La necesidad del Estudio de Impacto Ambiental en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en

29 Corte Suprema, 27 de julio de 2012, Rol N° 2.138 – 2012.

30 Señala el fallo: "El Principio Preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el Principio Preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren." Sin embargo, y como se establece generalmente en la doctrina, es el principio precautorio el que actúa ante incertidumbres científicas, mientras el principio preventivo normalmente lo hace en relación con conocimientos científicos afianzados.

nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que sólo se cumplen si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental, al igual como se hizo al momento someter a ese procedimiento los proyectos originales, y no con una mera Declaración de parte interesada como ahora se pretende, que a todas luces es insuficiente."³¹.

Por último, y de manera más profusa, el Principio Preventivo es analizado por la Corte en el fallo Castilla II³², de 28 de agosto de 2012. En ese fallo se cuestionaba la Resolución de Calificación Ambiental que aprobó la construcción de la Central Termoeléctrica Castilla, en la III región. Los puntos sobre los que principalmente discurrió la sentencia fueron el fraccionamiento del proyecto (se presentaron separadamente una central y un puerto que serviría para abastecerla, sin presentarse a evaluación el transporte de materiales entre ambos puntos), y el cambio de calificación del SEREMI de Salud, que habiendo previamente señalando que dicha central era considerada como "contaminante" a la luz de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y luego le cambia la calificación a "molesta".

Sin querer adentrarme en demasía en dicha sentencia, de la cual se podría escribir todo un artículo aparte, lo que resulta interesante destacar aquí es el tratamiento que se le dio al Principio Preventivo y que está ligado a todos los temas de fondo que ella trata, siendo en realidad sustento de todos los cuestionamientos administrativos que la Corte realiza en el fallo.

En primer lugar, el considerando vigésimo octavo señala que por consideración al Principio Preventivo, no es soslayable en la evaluación ambiental dejar de lado la interconexión entre el puerto y la central, pues en ella hay potencialidad de impacto ambiental³³.

31 Corte Suprema, 15 de junio de 2012, Rol N° 3.141 – 2012 (C. 6°).

32 Corte Suprema, 28 de agosto de 2012, Rol N° 1.960 – 2012.

33 Vigésimo octavo: Que en la perspectiva de lo razonado, singular importancia cobra uno de los principios que inspiraron la Ley N° 19.300, desarrollados en el mensaje presidencial con el que se inició el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, esto es, el Principio Preventivo, según el cual "se pretende evitar que se produzcan problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la 26ª que se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos".

En efecto, la conexión de ambas actividades cuya dependencia en la actualidad no es cuestionada, impide una aprobación separada de ambas, pues no puede soslayarse que la interconexión comprende la transferencia de Petróleo Diesel y Carbón, ambos combustibles altamente contaminantes y susceptibles de alterar el medio ambiente por donde circularán.



Luego, en una lógica muy similar a la de Río Cuervo, y considerando que al Puerto Castilla se le había aprobado con la condición de determinados permisos futuros, la Corte vuelve sobre el Principio Preventivo señalando que como la manifestación de él es que los estudios sean previos a la aprobación de los proyectos, malamente podría considerarse que se está cumpliendo con la ley cuando se exigen estudios después de otorgada la RCA. En efecto, el considerando trigésimo tercero expresa que: "Que sin perjuicio de lo anterior, esta Corte Suprema considera útil recalcar la importancia como ya se dijo de uno de los principios rectores de la Ley N° 19.300 cual es, el Principio Preventivo, por el que se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. Así, en la historia de la Ley N° 19.300 páginas 14 y 15, se dice dentro de este contexto que para cumplir con este principio la ley contempla una serie de instrumentos, entre ellos, el sistema de impacto ambiental.", para luego señalar: "Por ello, resulta prístino que lo que la ley busca es que un determinado proyecto se presente en todas sus variables a la evaluación de la autoridad ambiental, de tal suerte que todos los permisos ambientales que la actividad requiera, deben obtenerse con antelación a la calificación y no después de ella, como ha ocurrido en la especie con el Pas 72, pues no es factible aceptar que la calificación de un proyecto se sujete a la condición de obtener de las autoridades determinados permisos o aprobaciones futuras, como ocurre en el caso de autos..."³⁴.

En lo relativo al cuestionamiento del cambio de calificación industrial de contaminante a molesta, la Corte vuelve a citar el principio, en su considerando quinquagésimo: "e) Que frente a una decisión técnica que considera diversos aspectos para resolver la calificación de una actividad, y no sólo las mediciones basadas en modelaciones y que estima, además, que el proyecto debe ser calificado como "contaminante" porque no es posible descartar que genere o presente riesgos para la salud de la población, se preferirá ésta, por sobre la decisión técnica que tacha de erróneo el procedimiento de cálculo efectuado a las modelaciones y que no se pronuncia sobre los demás argumentos entregados por la autoridad ambiental que emitió la primera decisión. Que lo anterior se sustenta en la aplicación del Principio Preventivo que ha inspirado a la Ley N° 19.300 al que ya se ha hecho referencia en esta sentencia. Resulta pertinente acotar sobre este punto que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore como ocurre en este caso con los elementos de trazas. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros

34 *Ibidem*, (C. 33°).

o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño³⁵.

Y remata más adelante con una consideración obvia, pero no por ello menos necesaria: "f) En efecto, la finalidad de la ley es evitar que se produzcan los problemas ambientales y no intentar superarlos una vez producidos."³⁶.

Finalmente, es útil destacar que si bien es cierto los primeros fallos que acogieron esta doctrina fueron fallos de mayoría donde se destacaron fuera de los Ministros ya aludidos, ello fue avanzando hacia fallos por unanimidad, lo que pareciera demostrar que poco a poco esta doctrina se ha ido afincando en nuestro más alto tribunal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012 es meridianamente clara en demostrar la absoluta vigencia y validez del Principio Preventivo en el derecho ambiental chileno y en especial en el SEIA y la ubicación de este como una de las piedras angulares del procedimiento de evaluación, a tener en cuenta por todos los actores en dicho proceso.

35 *Ibidem*, (C. 50°).

36 *Ibidem*.



Conclusiones

La prevención de los daños ambientales es globalmente considerada como uno de los objetivos principales del derecho ambiental y se reconoce a la prevención, en general, como un principio del derecho ambiental y fuente, por lo tanto, de las normas que rigen esta rama del derecho.

Este principio se puede manifestar de diversas formas y en particular a través de procedimientos administrativos creados para evaluar de manera previa los proyectos que pudieran producir impactos ambientales, que en nuestro caso es el SEIA, creado por la Ley 19.300.

Dado que las normas del SEIA provienen de conceptos de prevención y se fundan en ellos, en la aplicación de dichas normas se debe mantener ese Principio Preventivo como uno de los rectores, como una guía a la hora de interpretar pasajes que no resulten absolutamente claros, y en especial, como una de las motivaciones de la administración para tomar una decisión.

Este concepto de prevención, elevado justamente a la categoría de principio por su importancia en cualquier razonamiento de derecho ambiental, debe ser observado durante todo el procedimiento de evaluación y su cumplimiento es una de las claves que tendrá en consideración el juez al efectuar la revisión judicial de la aprobación de un proyecto.

En este sentido, prácticas como la aprobación de proyectos estableciendo como medida posterior la realización de estudios, no es coherente con el sentido del SEIA y del Principio de Prevención, como lo han venido reconociendo en el último tiempo las Cortes, reavivando la vigencia de un principio que se encuentra, sin lugar a dudas, en el núcleo de nuestro derecho ambiental.

La aprobación del UPOV 91: La biodiversidad como objeto de propiedad intelectual. Análisis crítico

The adoption of UPOV 91: Biodiversity as an object of intellectual property. A critical analysis

Eliana Barrera Miranda

Universidad de Chile, Chile

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
LL.M (Distinction) International Development Law and Human Rights de la Universidad de Warwick.
e.barr.100@gmail.com

Alejandra Donoso Cáceres

Universidad de Chile, Chile.

Licenciada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de Investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.
alejandradosocaceres@gmail.com

RESUMEN

El siguiente trabajo tiene como objetivo obtener una visión crítica sobre el significado de la incorporación de UPOV 91 en el ordenamiento jurídico chileno con respecto a la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. Se atenderá al contexto que resultó en su aprobación, desde las negociaciones del ADPIC a la firma de un Tratado de Libre Comercio con EE.UU. Se llevará a cabo un análisis de las disposiciones de UPOV 91 que promueven una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual, en particular el de los derechos de obtentor y el "privilegio de los agricultores", para luego enmarcar estas disposiciones dentro de una visión de desarrollo que se rige por el criterio del crecimiento económico.

Palabras clave: UPOV, Biodiversidad, variedades vegetales, propiedad intelectual, ADPIC.



SUMMARY

The following paper aims to get a critical insight into the meaning of the incorporation of UPOV 91 into the Chilean legal system with regards to the protection of intellectual property rights over plant varieties. The context that led to its incorporation, from TRIPS negotiations to the signing of a Free Trade Agreement with the US will be looked at. This paper will then carry out an analysis of UPOV 91's provisions towards a broader protection of intellectual property rights, specifically that of plant breeder's rights and farmer's rights, in order to then frame these provisions within a vision of development which is equated to economic growth.

Key words: UPOV, Biodiversity, plant breeder's rights, intellectual property rights, TRIPS.



Introducción

En mayo de 2011, tras una larga discusión legislativa y en medio de un fuerte debate ciudadano, el Oficio Nº 9471 comunicó al Presidente de la República la aprobación por parte del Congreso chileno del texto del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV, por sus siglas en inglés), modificado por el Acta de 1991. (Boletín 6426-2010). Chile ya era miembro de esta Unión, al suscribir el texto del UPOV del Acta de 1978. Las diferencias existentes entre el UPOV 78 y el UPOV 91 implican -a grandes rasgos- un aumento de la protección de los derechos del obtentor, en desmedro de los derechos de los agricultores.

Esto ha generado un amplio debate sobre el efecto de la aplicación del UPOV 91 en Chile, al punto de haberse presentado un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte de un grupo de Diputados en su contra. En él, se solicitaba dejar sin efecto la aprobación del Convenio por vulnerar las garantías constitucionales contenidas en los artículos 19 N°s 2, 8, 22 y 24. Lo interesante en este recurso fueron los argumentos esgrimidos por la parte recurrente y la forma en que todos fueron desechados por el Tribunal Constitucional, descartando todas las posibles implicancias negativas que el Convenio pudiere tener sobre los bienes jurídicos protegidos por dichas garantías.

El presente artículo comienza con un análisis de la historia y contexto de la negociación desde sus inicios hasta la aprobación del UPOV 91, particularmente desde el punto de vista de la adopción de este instrumento en desmedro de otros, como uno de los compromisos adquiridos con el Tratado de Libre Comercio con EE.UU. (TLC). En cuanto a las disposiciones del TLC, se considerarán relevantes para este artículo las normas sustantivas respecto a propiedad intelectual. Posteriormente, analizaremos las disposiciones del UPOV 91, enfatizando las diferencias existentes entre esta versión y la que regía en Chile con anterioridad- el Acta de 1978- y sus consecuencias. Si bien existen una serie de diferencias que se pueden explorar, el presente artículo se centrará en las disposiciones que regulan el derecho del obtentor y el "privilegio del agricultor".

Tras analizar el contexto en el que se aprobó el UPOV 91 y las consecuencias que su promulgación y posterior publicación pudieren tener como parte del ordenamiento jurídico interno, concluimos que es el modelo de desarrollo como crecimiento económico el que ha sentado las bases de la privatización y posibilidad de patentar una variedad vegetal, con las implicancias negativas que ello tiene y haciendo -en consecuencia- una crítica a dicho modelo económico desde el punto de vista del desarrollo sustentable.



1. Historia y contexto de la negociación y aprobación del UPOV 91

La comunidad internacional se reunió en 1986 en la Ronda de Uruguay con el fin de llegar a un acuerdo sobre los tratados de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Parte de este acuerdo, tras la insistencia de EE.UU.¹, implicaba acatar el Anexo 1C del Acuerdo sobre "Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio" (TRIPS, por sus siglas en inglés)². De esta forma, la regulación sobre propiedad intelectual se incluyó dentro de un foro cuya primordial función era el libre comercio. Así, aquéllos que no adaptaran su régimen de propiedad intelectual estarían sujetos a diferencias de trato en cuanto a aranceles y tarifas, al no estar sujetos al régimen de la OMC.

Bajo este foro de negociación, las exigencias a las que Chile está sujeto en relación a las variedades vegetales, se encuentran reguladas en el artículo 27.3 (b)³. Este artículo permite que los Estados excluyan a las variedades vegetales como material patentable y así optar entre patentarlas o elegir un sistema *sui generis* de carácter efectivo. Así se permiten ciertas flexibilidades en cuanto a elegir cuál mecanismo *sui generis* de propiedad intelectual adoptar.

Si bien no es el objeto de este artículo discutirlo a fondo, cabe decir que este mecanismo permite que los Estados miembros obtengan un rango -si bien limitado- de flexibilidad en cuanto a determinar la proporcionalidad entre el derecho de obtentores por un lado, y el de agricultores por el otro. En este sentido, las decisiones internas de un Estado determinan cuál mecanismo usar, con tal de proteger los derechos de los obtentores. Esto último, dentro de un contexto limitado de negociación por parte de países no industrializados. Autores como Shiva⁴ han destacado el *lobby* por parte de la industria de las semillas para que exista una uniformidad de criterio en cuanto al mecanismo de protección *sui generis*, optando por la aplicación del UPOV como el

1 BRENNER, Carliene. *Intellectual property rights and technology transfer in developing country agriculture: rhetoric and reality*. OECD DEVELOPMENT CENTRE Working Paper No. 133. Formerly Technical Paper No. 133. [en línea] <<http://www.oecd.org/dev/1922525.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 13.

2 OMC. *Propiedad Intelectual: protección y observancia* [en línea] <http://wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm> [consulta: 30 mayo 2013].

3 Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Ginebra. 1994.

4 SHIVA, Vandana. *Biodiversity Totalitarianism IPRs as Seed Monopolies Source. Economic and Political Weekly*, Vol. 32, No. 41 (Oct. 11-17, 1997), pp. 2582-2585 Published by: Economic and Political Weekly. [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/4405943>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 2582.

adecuado. Helfer resalta como los intereses de países industrializados, tales como EE.UU. y Japón, deseaban limitar esta flexibilidad impulsando el UPOV 91 como el estándar para que el mecanismo *sui generis* fuese efectivo⁵.

Por otro lado, países en desarrollo con mayor poder de negociación como India y Brasil, argumentaban la posibilidad de revisar si un mecanismo *sui generis* incluso permitía definir si los derechos de propiedad intelectual eran aplicables a las variedades vegetales.⁶ El impacto de los países no desarrollados, junto con la sociedad civil se manifestó en la declaración de Doha. Ésta, en su párrafo 19 establece que, al revisar el significado del artículo 27.3, el Consejo de TRIPS se debe guiar por los principios y objetivos de los artículos 7 y 8 del mismo cuerpo legal, velando por la *development dimension*⁷.

Previamente a la OMC, otros foros eran los utilizados para discutir materias relacionadas con propiedad intelectual, entre ellos la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (WIPO, por sus siglas en inglés) y tratados bilaterales. Así, Correa⁸ destaca que durante la negociación de TRIPS, EE.UU. perseguía acuerdos bilaterales que incluían la protección de derechos de propiedad intelectual. Tras la objeción por parte de países en desarrollo, en cuanto a flexibilidades relacionadas a la propiedad intelectual, EE.UU. -el primordial impulsor de la protección de la propiedad intelectual- optó por cambiar el foro desde las negociaciones multilaterales hacia las negociaciones bilaterales.

Estos tratados bilaterales se han denominado *TRIP-plus*. A través de ellos se busca no sólo incrementar la protección de la propiedad intelectual desde los estándares mínimos establecidos por TRIPS, sino que además restringir las flexibilidades para elegir un mecanismo *sui generis*⁹.

5 OXFAM INTERNACIONAL. *Briefing paper: Signing Away The Future. How trade and investment agreements between rich and poor countries undermine development* [en línea] <<http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/Signing%20Away%20the%20Future.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 11.

6 HELFER R, Laurence. *Intellectual property rights in plant varieties International legal regimes and policy options for national governments for the Development Law Service. FAO Legal Office.* [en línea] <<http://ftp.fao.org/docrep/fao/007/y5714e/y5714e00.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 84.

7 Declaración Doha WT/MIN(01)/DEC/W/1, en Helfer, op. cit, p. 84.

8 CORREA M, Carlos. *Tratados bilaterales de inversión: ¿Agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de propiedad intelectual?* [en línea] <<http://www.grain.org/article/entries/130-tratados-bilaterales-de-inversion-agentes-de-nuevas-normas-mundiales-para-la-proteccion-de-los-derechos-de-propiedad-intelectual>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 4.

9 CAMPUSANO, Raúl y MORAGA, Pamela. *Biotecnología, Propiedad Intelectual y Tratados Internacionales* [en línea] <<http://146.83.16.130/jornadasdp/archivos/Raul%20F.%20Campusano.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013].



Organizaciones no gubernamentales como Oxfam¹⁰ han criticado la inclinación hacia el bilateralismo, pues las negociaciones multilaterales permitían disminuir de alguna forma la desigualdad en el poder de negociación de los países en desarrollo¹¹, a través de la negociación en conjunto. En negociaciones bilaterales esto se vuelve difícil. Agrega Oxfam¹² que el principio de la nación más favorecida es vulnerado a través de estos tratados. De esta forma, el Banco Mundial advirtió que “todos los países en vías de desarrollo perderían colectivamente si firmaran los acuerdos preferenciales con Canadá, la Unión Europea, Japón y Estados Unidos.”¹³.

Así, se puede concluir que en el foro de TRIPS, países como Chile -aunque con negociaciones no paritarias- tenían un poco más de flexibilidad para elegir el mecanismo *sui generis*, que al firmar el TLC con EE.UU.. A continuación nos detendremos en este tratado y su principal consecuencia en cuanto a propiedad intelectual sobre las variedades vegetales.

2. Diferencias entre el UPOV 78 y el UPOV 91 y sus consecuencias

2.1 UPOV 91 como regulación de derechos de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales

Dentro del contexto de cambio de foros de negociación recién mencionado, resulta llamativa la disposición por parte de Chile -a diferencia de otros países no industrializados- de abrirse a la negociación bilateral. Según la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON)¹⁴, durante la ronda de Doha, Chile impulsó el libre comercio (en contra del proteccionismo -por ejemplo- de la agricultura europea). La Comisión

10 OXFAM INTERNACIONAL. Op. Cit., p. 5

11 Una herramienta utilizada como mecanismo de negociación por parte de EEUU fue el hacer uso de la sección 301 de su Trade Act de 1974 reforzada por el Trade and Tariff Act de 1984. Este mecanismo permite incluir a países que se consideran que no están velando por la propiedad intelectual en una lista, con el fin de restringir sus beneficios comerciales o imponerles cargas. Así, Chile fue considerado parte de esta lista entre 1988 y 1993 (DRAHOS, Peter. Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting [en línea] Commission on Intellectual Property Rights Study Paper 8., p. 722 y 725.

12 *Ibidem.* p. 7.

13 “(...) all developing countries would collectively lose if they were all to sign preferential agreements with Canada, the EU, Japan, and the United States” (Traducción nuestra). *Ídem.*

14 DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES. *Chile 20 Años de negociaciones comerciales.* [en línea] Ministerio de Relaciones Exteriores <http://www.direcon.gob.cl/sites/default/files/bibliotecas/Libro_verchica.pdf> [consulta: 30 mayo 2013] p. 267.

Nacional para el Desarrollo de la Biotecnología¹⁵ entiende a la propiedad intelectual como un incentivo a la innovación, para luego ser ésta compartida con la sociedad. Así, destaca Andrés Rebolledo, ex Director de Asuntos Económicos Bilaterales de la DIRECON, que el diálogo con EE.UU. y la UE ha sido el "sello distintivo de la política comercial de Chile"¹⁶. De esta forma, tras cuatro meses de negociaciones, se llegó a un acuerdo sobre el TLC, para entrar éste en vigencia finalmente el 1 de enero de 2004¹⁷.

Sin embargo, la voluntad de Chile para firmar este tratado se encuentra sujeta a una serie de observaciones. Es curioso que, como comenta Morin¹⁸, pocos tratados bilaterales fueron firmados entre países industrializados o con países de grandes economías emergentes. Más bien, en general fueron firmados con países que se encuentran en una posición desigual en cuanto a negociación -como Chile- con deseos de crecimiento económico a través del libre comercio. Así, al incluir la protección de los derechos de propiedad intelectual dentro de tratados de inversiones o de libre comercio, éstos se convierten directamente en una inversión¹⁹. En este sentido, si bien se efectuó un cambio de foro de negociaciones, se vuelve al dilema en el que estaban los países no industrializados en la OMC: vincular el libre comercio y la propiedad intelectual, ahora sin la capacidad de negociar en conjunto.

El TLC regula la propiedad intelectual sobre variedades vegetales en su capítulo 17. El Artículo 17.1.3 a) establece que antes del 1 de enero del 2009, las Partes deberán ratificar o adherir a la Convención Internacional sobre la Protección de Nuevas Variedades Vegetales (1991). Desde ya, cabe recalcar que esta cláusula limitó la posibilidad de Chile de elegir un mecanismo *sui generis* bajo el alero de la OMC²⁰.

El Convenio UPOV data del año 1961, pero ha sido revisado en tres ocasiones: en los años 1972, 1978 y 1991. En el año 1996 Chile suscribió el Acta de 1978 del Convenio, para lo cual previamente, en el año 1996 dictó la Ley N° 19.342, que "Regula derechos de

15 COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LA BIOTECNOLOGÍA. *Informe al Presidente de la República*. Junio 2003 [en línea] <<http://latingene.files.wordpress.com/2011/08/informe-comision-nacional-biotecnologia.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 60.

16 DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES. Op. Cit., p. 69.

17 *Ibidem*. pp.135-137.

18 MORIN, Jean-Frédéric. Property in agriculture and bilateral agreements. Université libre de Bruxelles [en línea] <http://www.unamur.be/droit/crid/propriete/Bilaterals%20Agreements_MORIN.pdf> [consulta: 30 mayo 2013] p. 2.

19 CORREA. Op. Cit., p. 9.

20 HELFER. Op. Cit., p. 55.



obtentores de nuevas variedades vegetales y crea un Registro de Obtenciones Vegetales", (Ley de Obtentores) cumpliendo el mandato del artículo 30 del UPOV 78.

El año 2011 fue aprobado por el Congreso el Convenio UPOV 91, como uno de los compromisos adoptados por Chile con la firma del TLC con EE.UU. Ese mismo año, un grupo de parlamentarios interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que fue desestimado. Tras ese trámite, en mayo del 2013 finalmente se aprobó el Convenio UPOV 91, que a la fecha de redacción del presente artículo, aún no se encuentra publicado.

2.2 El Objetivo del UPOV 91 ¿Innovación o descubrimiento?

El objetivo del UPOV 91 es la protección de las obtenciones vegetales mediante un derecho de propiedad intelectual, elaborado para alentar a los obtentores a crear nuevas variedades vegetales²¹. Este objetivo se relaciona con el argumento instrumentalista que existe como principal justificación de la propiedad intelectual, y que implica proteger al inventor en contra de *free riders*. Los *free riders* utilizarían el resultado de la innovación, aun sin haber incurrido en las cargas en las que incurrió el obtentor, por la facilidad de replicabilidad propia de los vegetales²².

Sin embargo, surge acá la importancia de determinar la diferencia entre invención y descubrimiento. En el caso de variedades vegetales, su definición contemplada en el Artículo 1 vi) del UPOV 91, exige que [se considere] "como una unidad, habida cuenta de su aptitud a *propagarse sin alteración*" (énfasis añadido). El que deba propagarse sin alteración, da cuenta de que la variedad vegetal queda fuera del ámbito de las invenciones, y es algo simplemente natural²³.

Ello es contradictorio con la definición que UPOV 91 entrega de obtentor en su Artículo 1 (iv)²⁴, que incluye la posibilidad de proteger un simple descubrimiento. Esto ya se encuentra de forma explícita en la Ley de Obtentores, que en su artículo 2 a) define al obtentor -entre otras cosas- como el que de manera natural o genética ha descubierto

21 TERRAM. *Minuta Convenio UPOV 1991*, boletín N° 6426 Marzo 2011 [en línea] <http://www.terram.cl/images/minutas/minuta_terram-convenioupov1991.pdf> [consulta: 30 mayo 2013]

22 HELFER. Op. Cit., pp. 1 y 2.

23 KHOR, Martin. *Intellectual Property, Biodiversity and Sustainable Development. Third World Network*. Penang: Zed Books Ltd., 2002, p. 13.

24 HELFER. Op. Cit., p. 26.

una variedad. De esta forma se ha abierto la puerta a proteger los derechos de propiedad intelectual sobre todas las variedades vegetales aunque esto no requiera una innovación. Esto refleja la visión de los derechos de propiedad intelectual como una inversión o actividad económica²⁵, abarcando áreas antes no pensadas.

Paradójicamente, el otorgar derechos de obtentor sobre descubrimientos y no invenciones, restringe la motivación a innovar hacia el desarrollo de nuevas variedades, dejando de lado el argumento instrumental para el uso de los derechos de propiedad intelectual.

Esta paradoja tiene graves consecuencias en materia de biodiversidad y de derechos de los agricultores, al complementar las disposiciones de la actual Ley de Obtentores con las del UPOV 91. A esto nos dedicamos en la siguiente sección.

2.3 El Derecho del Obtentor frente al “Privilegio del Agricultor”

El artículo 2 del UPOV 78 permite la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales a través de la concesión de un título de protección particular o de una patente. Chile optó por la primera opción, como se desprende de la Ley de Obtentores. Para obtener dicha protección, el Convenio señala en su artículo 6 como requisitos, sin distinción de si se trata de una variedad de origen natural o artificial: 1) que ella pueda distinguirse claramente de cualquier otra variedad *notoriamente conocida* (énfasis añadido), 2) no haber sido ofrecida o comercializada a la fecha de presentación de la solicitud con el consentimiento del obtentor desde determinados plazos, dependiendo del territorio, 3) ser suficientemente homogénea, 4) estable, y 5) recibir una denominación.

Conforme a los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Obtentores, el derecho de obtención se entregará al cumplirse los requisitos de: 1) novedad (no haber sido comercializada, o haberlo sido sin consentimiento del obtentor desde determinados plazos), 2) distinción de cualquier otra variedad notoriamente conocida, homogeneidad y estabilidad. Como se observa, salvo el requisito de denominación, ambos instrumentos exigen lo mismo. Por su parte, el UPOV 91 exige en sus artículos 5, 6, 7, 8 y 9 para otorgar el derecho de obtención, los mismos requisitos de novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad, en los mismos términos que los instrumentos anteriores.

²⁵ CAMPUSANO y MORAGA. Op. Cit., p. 2.



Como se observa, las diferencias entre el UPOV 78 y el UPOV 91 no vienen dadas por los requisitos de obtención de la variedad vegetal, sino por las consecuencias del otorgamiento de este derecho o el ámbito de protección: el Acta del UPOV 78 establece en su artículo 5 como derechos del obtentor la necesidad de su autorización para: 1) la producción con fines comerciales, 2) la puesta en venta y 3) la comercialización del material de reproducción o multiplicación vegetativa de la variedad. En cambio, el Acta de 1991, en su artículo 14, amplía estos derechos a: 1) la producción o reproducción no sólo con fines comerciales, 2) la preparación a los fines de producción o reproducción, 3) la oferta en venta, 4) la venta o cualquier forma de comercialización, 5) la exportación, 6) la importación y 7) la simple posesión para cualquiera de los fines señalados, todo respecto no sólo del material de reproducción o multiplicación vegetativa, como en el UPOV 78, sino que además respecto del producto de la cosecha y productos fabricados a partir del producto de la cosecha, en ambos casos, obtenidos por utilización no autorizada del producto de cosecha²⁶.

Además, esta protección a los derechos de los obtentores se extiende a: 1) las variedades derivadas esencialmente de la variedad protegida, 2) las que no se distinguen claramente de la variedad protegida y 3) aquéllas cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida.

El incremento en la protección de los derechos del obtentor se acerca prácticamente a la protección otorgada por las patentes. La diferencia es que los requisitos serían más laxos que los requeridos en países donde se permiten las patentes sobre las variedades de plantas. En este sentido, el nivel de prolijidad requerido por parte del obtentor no pareciere ser proporcional a los beneficios otorgados. Nuevamente resulta paradójico que siguiendo la misma lógica instrumental que aboga por los derechos de propiedad intelectual, la motivación a innovar se está perdiendo, al otorgar beneficios tan altos sin la necesidad de innovar.

En cuanto al "privilegio del agricultor"²⁷, los Estados miembros de UPOV 91 están capacitados para decidir, de acuerdo al artículo 15.2²⁸, la restricción de los derechos del obtentor a través de este privilegio. Así, los Estados pueden permitir a los agricultores

26 BRENNER. Op. Cit., p. 20.

27 Existen otras excepciones en cuanto al uso privado y al uso para realizar investigaciones (HELPER, op. cit, p. 28), que no son el objeto de éste artículo.

28 BRENNER. Op. Cit. p. 20.

utilizar -dentro de su propia explotación- el producto de la cosecha de variedades protegidas que se hayan adquirido legalmente, con fines de reproducción o de multiplicación. En este sentido cabe recalcar que el producto de una cosecha -o sea sus semillas- se puede utilizar para reproducir o multiplicar la variedad. Esto con tal de que sea sólo dentro de la propia explotación del agricultor, sin poder vender o intercambiar semillas²⁹.

Las disposiciones que rigen el "privilegio del agricultor" fueron utilizadas por el Tribunal Constitucional³⁰ en sus considerandos cuadragésimo séptimo y cuadragésimo octavo para fundamentar que el UPOV 91 permite suficiente flexibilidad para los pequeños agricultores. Sin embargo, se deben mencionar una serie de salvedades. Calificar el "privilegio del agricultor" como aquél que se puede ejercer sólo dentro de la propia explotación del agricultor, implica que la actividad económica de vender semillas a otros agricultores no estaría sujeta a este privilegio. Otra consecuencia que se deriva de esto es que el intercambio de semillas -cuya consecuencia puede derivar en fortalecer la biodiversidad- tampoco estaría sujeto al privilegio y por lo tanto se regiría por los derechos de propiedad del obtentor.

Además, es importante explicar que esta flexibilidad depende de la voluntad de cada Estado miembro (en el caso de Chile, de la ley que se promulgue aplicando UPOV 91 y derogando la Ley N° 19.342). En segundo lugar, el Tribunal Constitucional no menciona que el artículo 15.2 permite esto dentro de "límites razonables". Junto con esto, el Artículo 15.2 requiere que se resguarden los "intereses legítimos" de los obtentores. Autores como Helfer³¹, argumentan que estos dos requisitos podrían implicar restricciones en cuanto a cantidad de semillas y tipo de especies que están sujetas a este privilegio. Estas especificaciones no están estipuladas en el UPOV 91 y por lo tanto se abriría una oportunidad para regular internamente estas flexibilidades, sin restringir el privilegio del agricultor, ni contradecir lo estipulado en el Convenio.

Como vemos, y concordamos con Brenner³², cada revisión de UPOV establece el aumento de protección de los derechos de obtentores, cuyo opuesto es la restricción

29 WATAL, Jayashree. *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*. La Haya: Kluwer Law International, 2001, p. 149. En: HELFER. Op. Cit., p. 26.

30 Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC). Sentencia de 24 de junio de 2011. Rol N° 1988 - 11 - CPT. Sobre acción de inconstitucionalidad de los artículos 7, 10 N° 3, 14 N° 2, 15, 16, 17 y 40 del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV 91), contenidos en el Boletín N° 6426-10.

31 HELFER. Op. Cit. p. 29.

32 BRENNER. Op. Cit. p. 19.



al privilegio de los agricultores. Esto cobra especial relevancia a la luz de las posibles restricciones que el TLC con EE.UU. puede traer en cuanto al fortalecimiento continuo de derechos de propiedad intelectual sobre las variedades vegetales.

Sumado a lo anterior, existen disposiciones del TLC con EE.UU. que podrían en el futuro presionar hacia patentar las variedades vegetales. El Artículo 17.9.2. establece que "Cada Parte realizará esfuerzos razonables, mediante un proceso transparente y participativo, para elaborar y proponer legislación dentro de cuatro años desde la entrada en vigor de este Tratado, que permita disponer de protección mediante patentes para plantas a condición de que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial". Si bien esta norma prescribe "realizar esfuerzos razonables", nada obsta a que estos esfuerzos sean concretados en una ley que permita definitivamente patentar una variedad vegetal, en la medida en que cumpla el requisito de susceptibilidad de aplicación industrial, con las consecuencias que ello traería para la biodiversidad y los derechos de los agricultores.

El requisito de susceptibilidad de aplicación industrial nos hace cuestionar el enfoque economicista con que se mide el desarrollo de la agricultura. Este enfoque es el mismo que se manifestó como óptimo en los diferentes foros de negociación mencionados en la primera sección de este artículo. Peter Drahos³³ destaca la utilización de tratados modelo que EE.UU. ha firmado con Chile, Jordania y Singapur, con fines de reducir costos de transacción. La falta de análisis sobre el impacto que estos tratados modelo -con todas las implicancias que hemos descrito- pueden causar al avance de un país en vías de desarrollo, ha sido cuestionada³⁴. A esto nos dedicamos en la siguiente sección.

3. Chile y políticas de desarrollo sustentable

Si bien un gran porcentaje de los miembros del UPOV 91 no contempla a la agricultura como uno de sus fuertes económicos, los Estados que adhieren a él son mayoritariamente países con vocación agricultora que resultan comprometidos a suscribirlo en el marco de una negociación bilateral³⁵. De este modo, países con niveles de desarrollo económico contrastante, se rigen por un Convenio de protección de los derechos de propiedad

33 DRAHOS. Op. Cit., 17.

34 LINDSTROM, Beatrice. *Scaling back trips-plus: an analysis of intellectual property provisions in trade agreements and implications for Asia and The Pacific. International Law and Politics* [en línea] <<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2012/04/42.3-Lindstrom.pdf>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 922.

35 Ídem. p. 985.

intelectual estándar. Contrastan así los procesos de los distintos tipos de países en torno a la incorporación al Derecho interno de derechos de propiedad intelectual.

Dutfield describe como los países desarrollados comenzaron su proceso de industrialización en cuanto a propiedad intelectual: EE.UU. obtuvo innovación como *free rider* desde Europa; Corea también realizó la misma obtención no regulada de información proveniente de Japón, información que Japón había obtenido a su vez, desde Europa y EE.UU.³⁶ El mismo UPOV surge tras una reunión convocada por Francia en que se concluye la necesidad de regular la protección de las variedades vegetales en una Convención diferente a la de París sobre Propiedad Industrial³⁷.

Campusano y Moraga destacan que Chile está en "un nivel inferior de generación de capacidad de innovación y de especialización tecnológica a lo que poseen sus principales socios comerciales con quienes se han firmado Acuerdos de Libre Comercio"³⁸. May rescata que la protección de los derechos de propiedad intelectual gatilla por el lado opuesto una carga por parte de los que son afectados por dicha protección³⁹. Las medidas protectoras de los derechos de los obtentores mencionadas en la sección anterior, omiten la etapa por la que pasaron países industrializados para fortalecer sus economías a través de la innovación y funcionan, paradójicamente, como una acción de proteccionismo.

El UPOV 91 pareciera ser aplicable a un modelo de agricultura industrializado y a gran escala. Esto sumado al argumento anterior, nos permite cuestionar si éste contribuye al desarrollo sustentable. La agricultura de pequeña escala representa un porcentaje no menor en Chile. Según la FAO⁴⁰, la agricultura familiar equivale al 25% de la producción agropecuaria. Es importante tomar este factor en cuenta en relación con el impacto que las disposiciones del UPOV91, mencionadas en la sección anterior, puedan tener en la biodiversidad.

36 DUTFIELD, Graham. *Food, Biological Diversity and Intellectual Property: The Role of the International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV)*. Quaker United Nations Office. Global Economic Issue Publications. Intellectual Property Issue. Paper Number 9. [en línea] <http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Issues/UPOV%20study%20by%20QUNO_English.pdf> [consulta: 30 mayo 2013] p. 32.

37 BUGOS, Glenn and KEVLES, Daniel. *Plants as Intellectual Property: American Practice, Law, and Policy in World Context*. The University of Chicago Press on behalf of The History of Science Society. Osiris, 2nd Series, Vol. 7, Science after '40 (1992). [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/301768>> [consulta: 30 mayo 2013] p. 91.

38 CAMPUSANO y MORAGA Op. Cit. p. 4.

39 MAY, C. *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights*. New York: 2nd Edition, Routledge, Abingdon, 2010, p. 33.

40 FAO. *MERCOSUR y FAO fortalecerán el Fondo de la Agricultura Familiar, FAF* [en línea] <<http://www.rlc.fao.org/en/press/news/mercosur-creo-nuevo-fondo-de-la-agricultura-familiar-para-apoyar-a-los-pequenos-agricultores/>> [consulta: 30 mayo 2013].



Desde el punto de vista científico, la biodiversidad "comprende múltiples niveles de organización biológica". Según Jerry Franklin, sus tres atributos primarios son composición, estructura y función, y se extienden dentro de una jerarquía que incorpora los elementos de cada uno de los atributos en cuatro niveles de organización: paisaje regional, ecosistema de las comunidades, población de especies y genética.⁴¹ Por lo tanto, la importancia de la semilla (que encierra el material genético de una variedad vegetal) viene dada por la composición, estructura y función del nivel jerárquico más básico en la organización biológica⁴².

La importancia de la semilla no se observa en la legislación nacional, pues ni siquiera existe una definición en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300 (LBGMA) de material genético, o recurso genético. El concepto que tenemos es el del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), del cual se desprende que la importancia del material genético responde a consideraciones más bien económicas. Así, material genético es "todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia" y recurso genético es "el material genético de valor real o potencial."⁴³

Dentro de un ecosistema, el material genético que proporciona cada una de las especies que lo conforma es esencial para mantener su preservación, manteniendo así el equilibrio en los ecosistemas. Las variedades desarrolladas por agricultores no son uniformes genéticamente y por lo tanto responden de manera natural a las condiciones adversas, enriqueciendo de esta forma, la diversidad biológica⁴⁴.

41 NOSS, Reed F., "Indicators for Monitoring Biodiversity: A Hierarchical Approach". *Revista Conservation Biology*, 4(4) : 355-364, 1990, p. 1.

42 ARELLANO, G y DONOSO, A. 2013. *Biodiversidad y patrimonio genético: instrumentos de gestión administrativa*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. p. 28.

43 Ídem.

44 DUTFIELD. Op. Cit., p. 4.

Conclusión

El presente artículo intentó explorar la aprobación del UPOV 91 y sus consecuencias en relación a la biodiversidad como objeto de propiedad intelectual. Se indagó en el desarrollo de la regulación de las variedades vegetales desde las negociaciones ante la OMC hasta finalmente la aprobación del UPOV 91 como parte del ordenamiento jurídico chileno. Con el fin de aumentar el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual, se produjo un cambio en el foro de negociación hacia las negociaciones bilaterales. Fue a través de este mecanismo que Chile cerró su posibilidad de optar por un mecanismo *sui generis* de carácter efectivo, como lo permitía TRIPS.

Analizando las diferencias entre UPOV 78 y UPOV 91, se concluye que los efectos de la aplicación de UPOV 91 se acercan mucho más a la protección de variedades vegetales mediante una patente. Esto trae como consecuencias restricciones en cuanto al "privilegio del agricultor" y la disminución de la biodiversidad.

Como futuros desafíos, cabe tomar en cuenta parte del debate en torno al desarrollo sustentable y los posibles riesgos futuros atribuibles al cambio climático. Así, Lindstrom⁴⁵ destaca la necesidad de mantener la biodiversidad frente a adversidades climáticas que puedan producir baja en cosechas de ciertas variedades. Para esto es necesario el conocimiento y desarrollo -que no siempre es individual, sino más bien colectivo- de los agricultores.

45 LINDSTROM. Op. Cit., p. 960.



Comentarios
de Jurisprudencia





Las aguas de las áreas protegidas: comentario a un fallo de la Corte Suprema

*The waters of protected areas: review of a
Supreme Court's decision*

Diego Lillo Goffreri
Universidad de Chile, Chile

Abogado, Universidad de Chile.
Investigador del Centro de Regulación
y Competencia de la misma institución.
Coordinador de litigios en
Corporación Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA.
lillo@fima.cl

Introducción

Conocida es la ausencia y la eterna deuda pendiente de un marco normativo verdaderamente vinculante y ordenado sobre biodiversidad y áreas protegidas en Chile¹. En este escenario, el mundo jurídico ha tenido que recurrir a elaboraciones doctrinarias para llenar el vacío producido. Tanto juristas del derecho ambiental como -cada vez más- jueces parecen estar contestes en la importancia del bien protegido y la necesidad de acudir en la búsqueda de instrumentos y mecanismos en el derecho vigente para propender a su protección efectiva.

Como si lo anterior no significara un desafío mayor para el oficio del intérprete, su labor encuentra aún más obstáculos cuando se enfrenta al régimen de gestión de aguas que emana desde el Código de Aguas. Esto, debido a que tal norma permite que un derecho de aprovechamiento de aguas sea otorgado cada vez que se solicite y que exista

¹ El escenario de la normativa sobre áreas protegidas y sus obstáculos puede ser consultado en MORONI BÁEZ, Paz, "Algunas consideraciones en torno al bosque nativo". *Revista Justicia Ambiental*, FIMA, Nº2, año 2010.



certeza de que el caudal solicitado esté disponible². No existe obligación de destinar ese aprovechamiento a ningún fin determinado y aún más, puede realizarse con total prescindencia al uso declarado para su solicitud³.

El panorama que se configura con las dos situaciones precedentemente expuestas, deja en una especial desprotección a las aguas que se ubican dentro de áreas protegidas y que alimentan los ecosistemas que precisamente esas categorías pretenden conservar, ya sea por su fragilidad ecológica, por albergar de forma preferente biodiversidad en estado de conservación, por poseer parajes de especial belleza escénica u otros fines por los cuales el Estado ha estimado darles protección oficial⁴.

No obstante reconocemos la existencia de un interés público en la protección de estas zonas, parecería inútil el esfuerzo por dicha protección si es que no existe una coordinación entre los organismos sectoriales que tienen el mandato legal de llevar a cabo la gestión de los distintos elementos que conforman las áreas protegidas. En este sentido, tenemos la administración general que la Corporación Nacional Forestal (en adelante, indistintamente CONAF) se encuentra llamada a realizar, pero además de tal institución, existen varias otras cuyos intereses podrían colisionar con el fin de conservación y, en la práctica, lo hacen.

En este orden de cosas, mientras la CONAF tiene la misión de administrar y conservar las áreas protegidas del Estado, mirando principalmente a la sostenibilidad de los ecosistemas en ellas presentes, la Dirección General de Aguas (en adelante, indistintamente DGA) tiene la misión de distribuir los recursos hídricos entre quienes los

2 Esto se desprende del inciso final del artículo 141 del Código de Aguas, según el cual "Si no se presentaren oposiciones dentro del plazo se constituirá el derecho mediante resolución de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente. En caso contrario denegará la solicitud."

3 Artículo 149, inciso 2º, Código de Aguas: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 147 bis, el derecho de aprovechamiento constituido de conformidad al presente artículo, no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinentes".

4 Según el artículo 10 de la ley de Bosques, "Art. 10. Con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y parques nacionales de turismo [...]". A su vez, el artículo 1 de la ley del SnaSpe señala "Créase un Sistema Nacional de Areas Silvestres Protegidas del Estado, el que tendrá los siguientes objetivos de conservación: a) Mantener áreas de carácter único o representativas de la diversidad ecológica natural [...]; b) Mantener y mejorar recursos de la flora y la fauna silvestres y racionalizar su utilización; c) Mantener la capacidad productiva de los suelos y restaurar aquellos que se encuentren en peligro o en estado de erosión; d) Mantener y mejorar los sistemas hidrológicos naturales, y e) Preservar y mejorar los recursos escénicos naturales y los elementos culturales ligados a un ambiente natural."

soliciten para que su uso sea administrado por particulares para los fines que privadamente decidieren destinarlo.

Evidentemente una actuación descoordinada y parcelada entre organismos cuyas atribuciones intersectan en bienes tan estratégicos, podría conllevar conflictos de gran envergadura, que no solo atañen a la institucionalidad, sino al propio espíritu que existe detrás de la afectación de las áreas protegidas, el cual quedaría completamente estéril.

Este comentario se centra en la aplicación de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, también conocida como Convención de Washington, como herramienta interpretativa de integración en un fallo reciente de la Corte Suprema, que intenta dar solución a la problemática propuesta con anterioridad.

1. Síntesis del caso

Con fecha 18 de noviembre de 2013, la Corte Suprema dictó una sentencia rechazando un recurso de casación presentado por la DGA contra una sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que acogió una reclamación de CONAF referida al rechazo de su pronunciamiento en el marco de una solicitud de otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas en favor de Jaime Bertín Hipp destinados a la explotación de una central hidroeléctrica dentro del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales y que afectaba a los ríos Blanco, La Junta, Esperanza y La Cimbra. Esta sentencia fue dictada en la causa Rol 5680-12, caratulada "Corporación Nacional Forestal, Región de Los Lagos contra Resolución Nro.1699 de 09 de noviembre de 2011 de la Dirección General De Aguas"⁵.

El caso tiene su origen en la oposición que la CONAF de la Región de Los Lagos formuló en el marco del otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas en favor de don Jaime Bertín Hipp, en aguas de álveos ubicados al interior del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales. Ante la resolución contraria por parte de la DGA a dicha oposición, CONAF dedujo ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt la reclamación

5 Es necesario señalar que con la misma fecha se dictaron cuatro fallos más en la misma materia, respecto de las mismas partes y con el mismo contenido, pero respecto de solicitudes de aprovechamiento de aguas diferentes. La selección del fallo para el análisis responde a una decisión meramente didáctica, pero los demás fallos pueden ser consultados por sus roles 5683-12, 5691-12, 5692-12 y 5703-12.



judicial establecida en el artículo 137 del Código de Aguas⁶.

Aquella reclamación se funda en que de acuerdo a CONAF, la DGA considera que las normas del Código de Aguas tienen una aplicación preferente a las ambientales y de áreas protegidas. De acuerdo al reclamante, este razonamiento es incorrecto e ilegal, ya que el organismo debe dar una aplicación sistemática a las normas antes señaladas, según lo cual el otorgamiento de derechos de aprovechamiento a favor de particulares en áreas protegidas, no se encuentra permitido. Esto, pues la atribución del órgano para otorgar derechos de aprovechamiento no es absoluta y tiene que ajustarse al marco normativo vigente, en el cual las aguas cuyo aprovechamiento otorga se encuentran dentro de una zona afecta a conservación y preservación según la Ley de Bosques y la Convención de Washington.

Por su parte, la DGA aduce que si bien las aguas son un bien nacional de uso público, los particulares tienen la posibilidad de adquirir su uso y goce por medio de un derecho de aprovechamiento. Ante la solicitud de tal derecho, DGA se encuentra obligada a su otorgamiento si se comprueba, por un lado, la disponibilidad del caudal solicitado; y, por otro, el no menoscabo a derechos de terceros. En este sentido, señala que ni la Convención de Washington ni la Ley de Bosques implican límites al ejercicio de la potestad de la DGA y que, por lo tanto, la constitución de esos derechos es plenamente ajustada a derecho.

2. La Convención de Washington y la Autoejecutabilidad

La Convención Internacional para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, conocida como Convención de Washington, es ley interna de Chile en los términos establecidos en la Constitución Política de la República desde su ratificación por Decreto Supremo N° 531 del 23 de agosto de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores⁷. Esta norma establece obligaciones para el Estado de Chile y, en obvia consecuencia, para los órganos que ejercen la administración del Estado, respecto del manejo de sus áreas protegidas.

Es destacable que en esta convención se definen los importantes conceptos de "parque nacional", "reserva nacional" y "monumento natural", entre otros. Su finalidad

6 Art. 137. Las resoluciones de la Dirección General de Aguas podrán reclamarse ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución que se impugna, dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración, según corresponda.

7 Contraloría General de la República, Recopilación de Leyes, Tomo 53, página 1059.

está definida en el preámbulo señalando que es “proteger y conservar en su medio ambiente natural, ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y su fauna indígenas, incluyendo las aves migratorias, en un número suficiente y en regiones lo bastante vastas para evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre”⁸. En este sentido, debido a su antigüedad (es uno de los instrumentos de Derecho Internacional del Medio Ambiente más antiguos ratificados por Chile⁹), históricamente ha servido de marco general en el establecimiento, regulación, y destinación de las áreas protegidas en nuestro país.

Otro punto a rescatar sobre esta Convención es que, a diferencia de otras, es la piedra angular de la materia que regula, siendo la normativa interna dictada sobre ella tanto posterior a como a propósito de la Convención en estudio. Son escasos los instrumentos internacionales que siguen esta suerte¹⁰, siendo la mayoría de ellos ratificados con la existencia previa de normativa interna (ya sea a nivel legal como constitucional con la dictación de la Constitución de 1980 y la novedosa introducción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en su artículo 19, N° 8), razón por la cual en la práctica y, ante la preferencia a la aplicación del derecho interno, han quedado en letra muerta.

Revisaremos brevemente la discusión doctrinaria a propósito de la autoejecutabilidad, con la finalidad de situar el razonamiento de nuestros tribunales superiores de justicia en alguna de las posiciones expuestas. En este sentido, es necesario reconocer que la posición mayoritaria en la doctrina es la tendencia a supeditar la aplicación de un tratado internacional siempre a la existencia de una norma de derecho interno que establezca su obligatoriedad. Ciertamente no es la única hipótesis que existe, ya que cierto sector de la doctrina moderna tiene un concepto diverso al mismo respecto.

En el derecho interno, destaca en primer término la opinión del profesor Humberto Nogueira quien realiza un examen sobre la finalidad de la norma y, en este sentido, la intención que tuvo su creador al momento de darle origen (estrictamente para el caso de los tratados internacionales, la intención que tuvieron los estados partes al momento de

8 Preámbulo de la Convención para la Protección de la Flora y la Fauna y Bellezas Escénicas de los Países de América.

9 La Convención de Washington tiene como fecha de celebración el año 1940 y, salvo dos tratados posteriores a este, el gran auge de los tratados ambientales sucedió en la década de 1970.

10 La preocupación por el desarrollo de la legislación ambiental ocurre mayoritariamente con posterioridad a la Constitución Política de la República de 1980, por lo que la mayoría de los tratados ambientales en Chile han sido ratificados en existencia de normativa ambiental interna vigente, aún si solo se tratare del artículo 19 N° 8 de dicha norma fundamental.



su celebración). De este modo, existe 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"¹¹.

En segundo término, el profesor Santiago Benadava identifica que el carácter de autoejecutabilidad de los tratados y las normas en ellos contenidas, se relaciona con un elemento objetivo de las mismas, tal es, la forma en que están redactadas. De esta forma, señala que "Para que las cláusulas de un tratado internacional puedan ser aplicadas por los tribunales internos, es necesario que dichas cláusulas sean *self-executing*, es decir, que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente en los casos que dichos tribunales conozcan"¹². A esto debemos sumar que "Naturalmente, en un mismo tratado puede haber disposiciones *self-executing* y disposiciones *non-self-executing* [...]"¹³.

Acostumbrados a un sistema de interpretación jurídica regido principalmente por el Artículo Nº 19 del Código Civil, pareciera ser que la posición más "aceptable", o al menos la que menos problemas hermenéuticos conlleva, es la del profesor Benadava. Sin embargo, antes de poder adscribirnos a una u otra, haremos el ejercicio de buscar el punto donde ambas se interceptan. A simple vista parece que las doctrinas de estos autores nos obligan a definir un mecanismo de identificación de lo que se entiende por norma autoejecutable, puesto que por un lado tenemos como elemento central la intención de las partes al momento de celebrar el tratado y, por el otro lado, aquellas donde su precisión normativa permite una aplicación directa. A partir de lo antedicho, podemos elaborar una noción propia de naturaleza ecléctica, donde ambos elementos actúan de forma complementaria.

En relación a esto, siguiendo la lógica del profesor Nogueira podemos extraer que en materia de la autoejecutabilidad de las normas, podemos entender por tratados autoejecutables a aquellos instrumentos internacionales que tienen por finalidad proteger garantías fundamentales (generalmente relacionadas con las garantías constitucionales del orden interno), estableciendo derechos en favor de las personas que tienen un interés legítimo en la aplicación del precepto, cuya protección es exigible al juez en sus resoluciones

11 NOGUEIRA A., Humberto. "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico chileno". *Revista Ius et Praxis*, N.º2, año 1997, p. 37.

12 BENADAVA, Santiago. "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos". En: "Nuevos Enfoques del Derecho Internacional", editorial Jurídica de Chile, año 1992, p. 42.

13 *Ibid.*

judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas por estar supeditados a ellos en su rol de autoridad del Estado. Si esto lo complementamos con la idea de "precisión normativa" de Benadava, nos resulta un concepto en nada contradictorio, pues sumaríamos a lo ya expuesto la necesidad de que no exista disposición expresa que condicione su cumplimiento al desarrollo de normativa interna.

Esta última formulación si bien es propia, no es gratuita, pues como veremos a continuación si bien no hay un razonamiento idéntico en nuestra jurisprudencia en esta dirección, esa idea parece unificar las motivaciones que yacen detrás de la aplicación directa – o falta de ella – de tratados internacionales.

Dada la discusión antes referida, resulta interesante, saber como ha respondido la jurisprudencia nacional al problema de la autoejecutabilidad de la Convención de Washington, con anterioridad a la dictación del fallo que es objeto de este comentario.

Tomamos en primer lugar el conocido fallo de Humberto Palza Corvacho contra Dirección de Riego, en fallo de fecha 19 de diciembre de 1985, causa Rol Nº 19.824-1985, (en adelante *Palza C/ Dirección de Riego*), donde puede verse la aceptación irrestricta de la Convención de Washington como ley de la República, lo cual pudiera incluso resultar de perogrullo, es que este fallo, que acoge el recurso aducido, pone al juez en el lugar de un representante de la fe internacional del Estado de Chile, por lo que considera necesario y obligatorio dar cumplimiento a la Convención en comento.

Lo anterior está en franca colisión con los argumentos esgrimidos más adelante en la jurisprudencia administrativa del Servicio de Evaluación Ambiental, referente a casos como Alto Maipo¹⁴ y Palmar-Correntoso¹⁵, pues mientras el órgano de evaluación ambiental discute y defiende (sin mayor profundidad argumentativa) la no autoejecutabilidad de la Convención de Washington (lo que probablemente contamina la aplicación de otros instrumentos internacionales que, a la postre, siguen la misma suerte), en el fallo *Palza C/ Dirección de Riego* se observa por parte de la Corte una clara intención de aplicar directamente la Convención, unida al reconocimiento de que las obligaciones que de ella

14 La Resolución de Calificación Ambiental de Alto Maipo acepta lo señalado por el titular del proyecto que plantea que dicha Convención impone obligaciones exclusivamente exigibles para el Estado de Chile y no para los particulares, ya que no es autoejecutable.

15 No obstante CONAF acusa la infracción al artículo III de la Convención de Washington dentro de la tramitación de la evaluación ambiental del proyecto, su oposición no es tomada en cuenta por la COREMA que otorga el permiso ambiental sectorial 102, sobre corta de bosque nativo en la Resolución de Calificación Ambiental.



emanan son ampliamente vinculantes¹⁶.

Otro caso emblemático donde puede verse un desarrollo respecto de la aplicación de la Convención y el lugar que ésta ocupa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es el conocido como "Comunidad Galletué con Fisco" (En sentencia de la Corte Suprema de 7 de agosto de 1984, Rol N° 16.743). En la primera instancia de este recurso de protección se caracterizó por reconocer la vigencia de la Convención, pero a la vez le otorgaba un valor de mera recomendación al Estado de Chile. Sin embargo, el tribunal de casación introdujo argumentos que controvierten ese valor asignado, dándole una fuerza más vinculante al instrumento en comento, acusando la falta de rigurosidad del juez inferior a la hora de ponderar la obligatoriedad de la norma¹⁷. No obstante, el fallo de esta casación no da aplicación a la Convención en la parte resolutive, reconoce expresamente su carácter de ley de la República y, por ende, su obligatoriedad.

En el fallo en comento, el desarrollo que ofrece la Corte Suprema es menos generoso que en los citados con anterioridad en la descripción de la posición que asume el tribunal frente a la discusión de "*self-executing v/s non self-executing*". Esto no hace que la decisión de aplicar la norma sea más débil o discutible, sino que demuestra que para nuestro máximo tribunal esa discusión en el contexto del artículo III de la Convención de Washington es inútil, ya que su autoejecutabilidad es incontrovertida.

DECIMO QUINTO: Que la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, es un acuerdo internacional tomado en un evento efectuado en Washington, el 12 de octubre de 1940. En Chile sus disposiciones se transformaron en obligatorias a partir de 1967, cuando a través del Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 531, de 23 de agosto de 1967, publicado en el Diario Oficial del 4 de octubre del mismo año, se ordenó cumplir como Ley de la República.

16 El fallo señala expresamente: "13) Que, en efecto, se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta convención y por tanto la ley chilena, hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos, entre los que se encuentran los parques nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los parques nacionales no podrán explotarse con fines comerciales (misma Convención).

17 "6º) Que es evidente, entonces, que los falladores no dieron su verdadero alcance a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y a la flora, que no constituye una mera recomendación para que los gobiernos americanos adopten medidas de protección, sino que respecto de nuestro país es una ley que autoriza tomar tales medidas."

El objetivo de esta importante convención internacional es proteger y conservar en su medio natural ejemplares de todas las especies géneros de su flora y fauna autóctona, incluyendo las aves migratorias, proteger y conservar los paisajes de belleza incomparable, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés o valor histórico o científico y aquellos lugares donde existan condiciones primitivas. Clasifica esta ley internacional los diferentes tipos de área protegidas en: Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas de Regiones Vírgenes. De estas cuatro clases de áreas, las únicas que permiten en forma limitada algún grado de utilización, son las Reservas Nacionales siempre que sean sujetas a vigilancia estatal. De tal modo, ni los Parques Nacionales ni las Reservas de Regiones Vírgenes, ni menos los Monumentos Nacionales, pueden ser sujetos a explotación comercial alguna. En relación a los Parques Nacionales, el artículo III de la Convención señala que "las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales", norma válida tanto para el suelo como para el subsuelo en que están ubicados.

[...] Este tratado internacional, conocido como la Convención de Washington, es una de las primeras leyes internacionales ambientales vigentes en América y que en Chile los tribunales de justicia han aplicado en algunas oportunidades en los procesos que le ha tocado conocer sobre áreas protegidas (C.S. Roles N° 4743-2011 y 7424-2010).

3. La Convención de Washington y el fallo de las aguas del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales

Como veremos en el acápite siguiente, si bien el fallo comentado no es demasiado novedoso en sus consideraciones, si es consistente con la postura que la Corte Suprema ha mantenido en esta clase de conflictos, como también es coherente, en la opinión de este autor, con lo que debiese ser la necesaria armonía entre distintos regímenes normativos que conviven en ellos.

Existen tres aspectos de la aplicación de la Convención de Washington que, consideramos, deben ser destacados. En primer lugar, la Corte Suprema muy acertadamente se encarga de zanjar una discusión que usualmente se da en esta clase de controversias: el alcance temporal y territorial de la Convención.

El argumento que recurrentemente se aduce en la materia es que para los Parques



Nacionales y en general áreas protegidas dictadas con anterioridad a la dictación de la Convención de Washington, éste instrumento no se aplicaría.

La Corte resuelve de la manera que más garantiza una armonía interna entre las normas que regulan la materia, atendiendo a la finalidad de la protección otorgada. De este modo, en el examen de cuáles son las finalidades que llevaron a la creación del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales, resulta que son análogas a las de la Convención, por lo tanto se tratan de manera complementaria:

DECIMO SEXTO: Que, los objetivos que se tuvieron en cuenta cuando se creó el Parque Nacional de Turismo Vicente Pérez Rosales, según da cuenta el Decreto Supremo N° 552, de 17 de agosto de 1926, son coincidentes con los fines de la Convención de Washington. En efecto, se expresa en el considerando del citado Decreto Supremo, que "es conveniente fomentar el turismo ya que con ello se obtienen ventajas de importancia y se da a conocer el país al extranjero; que para este objeto es necesario tomar medidas que eviten el agotamiento y destrucción de las bellezas naturales, a objeto de que se atraigan a los viajeros; que debe tratarse de que los terrenos que se destinen a este objeto reúnan las condiciones de belleza necesaria y al mismo tiempo que no tengan un gran valor como aprovechamiento agrícola, pues de otra manera resultaría poco económico la creación de Parques de Turismo..."; fundamentación que se ve reforzada con la dictación del DS N° 338 de 27 de febrero de 1950 que amplía los límites del Parque "...para evitar el agotamiento de las masas boscosas y la destrucción de las bellezas panorámicas".

No obstante lo anterior, no debe ser soslayada la verdadera razón sustantiva que la Corte tiene a la vista para resolver de la forma en que lo hace, lo cual es el segundo punto que queremos destacar. No solo considera que la Convención de Washington es aplicable a todas las áreas protegidas que tengan finalidades análogas a ésta, sino que compele a los organismos de la administración del Estado a ser más rigurosos en la interpretación de sus atribuciones, considerando los límites normativos que exceden el ámbito de sus propias regulaciones sectoriales.

Pareciera una aseveración trivial, pero es evidente que en el caso comentado, así como en varios otros, las atribuciones de dichos órganos se ejercen sin velar porque las decisiones que de ese ejercicio emanan, guarden la armonía necesaria con otras normas sustantivas sobre la misma materia a la que se refieren:

DECIMO NOVENO: [...] la Dirección de Aguas en cuanto organismo técnico en materia de aguas se encuentra dotado de la facultad de constituir derechos de aprovechamiento sobre dicho recurso existente en fuentes naturales (ríos, esteros, acuíferos, etc.), ha de concluirse que dicho Servicio debe velar para que en el ejercicio de sus potestades no se perjudique ni menoscaben derechos de terceros y que cuando esas prerrogativas se refieren a áreas silvestres protegidas, administradas por CONAF, deben ejercerse en armonía con la Constitución, leyes nacionales sobre la materia y tratados internacionales [...] lo que no aconteció en el presente caso [...]

Esta doctrina ya venía siendo aplicada por la Corte Suprema en casos análogos, produciéndose en 2011 una seguidilla de 12 fallos¹⁸ que aplicaban directamente la Convención de Washington para resolver el conflicto de los derechos de aprovechamiento solicitados y concedidos en Parques Nacionales. En ellos el argumento que respecto de la Convención de Washington formula la Corte, está contenido fundamentalmente en un considerando que se repiten en todos los fallos de forma prácticamente idéntica, no obstante su numeración varía:

DÉCIMO: Que en cuanto al marco jurídico y fáctico que sostiene la sentencia cuestionada, ésta se afirma, básicamente en la Convención para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, denominada "Convención de Washington", promulgada mediante decreto supremo No 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el diario Oficial el 4 de octubre de 1967, que es ley de la República, que en su artículo III establece que: "Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ello sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en parques nacionales no se explotarán con fines comerciales"; se relaciona con el artículo 19 No 8 de la Carta Fundamental que asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación, siendo deber del estado velar porque este derecho no sea afectado, y sin desconocer que la D.G.A. tiene la facultad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, como bienes nacionales de uso público, cuando esas prerrogativas se refieren a áreas silvestres protegidas, administradas por CONAF, deben ejercerse en

18 Nos referimos a los fallos en causas 7423-2010, 7424-2010, 7425-2010, 7426-2010, 7427-2010, 7428-2010, 7429-2010, 7430-2010, 7431-2010, 7432-2010, 7433-2010, 7430-2010.



armonía con la Constitución, otras leyes nacionales y tratados internacionales suscritos por nuestro país, en lo que dice relación con el medio ambiente, protección de la naturaleza y preservación de la fauna y flora silvestre, lo que no aconteció en el presente caso, agregando que no cabe duda que la Sociedad Inversiones El Caudal Limitada los solicitó con fines comerciales, específicamente para la generación de electricidad, esto es, con fines de lucro, pretendiendo captar aguas desde un punto, para restituirlas en otro, lo que implica que necesariamente el Parque Nacional resultará gravado con una servidumbre de acueducto, lo que resulta incompatible con la Convención ya citada, y que vulnera la autoridad administrativa, lo que impide conceder los derechos de aprovechamiento solicitados, constituyendo hechos asentados en la causa, por así haberlo establecido los jueces del grado, los que contrastados con la legislación aplicable, impedían el otorgamiento de los derechos de aprovechamientos cuestionados por la reclamante CONAF¹⁹.

4. Noción amplia del valor económico de los bienes protegidos por la Convención de Washington

El tercer aspecto de los que antes señalábamos como importantes de destacar sobre el fallo en comento, es que viene a proveer una continuidad bastante evidente en relación a cómo la Corte Suprema ha entendido el artículo III de la Convención de Washington, en lo relativo a la valoración que le asigna a la prohibición de explotar los bienes de las áreas protegidas con fines comerciales.

Una interpretación literal y forzosamente restringida de aquella disposición lleva a pensar que la explotación comercial de los bienes que se encuentran al interior de las áreas protegidas sería mediante el intercambio directo de un producto por un precio. Un ejemplo que resulta muy obvio en este sentido, sería la venta de madera de árboles talados dentro de un Parque Nacional.

La doctrina de la Corte ha sido, no solo aplicar directamente la Convención de Washington como ya se desarrolló en este artículo, sino que interpretar de forma amplia el valor económico que debe ser evaluado para entender si el bien en cuestión ha sido

¹⁹ La cita corresponde en específico a la sentencia de causa Rol 7423-2010 de la Corte Suprema, pero como se dice en el texto, el mismo considerando se encuentra reproducido en todos los fallos a que se hace mención en la nota al pie precedente.

explotado con fines comerciales o no. De este modo, el factor que se tiene a la vista es la observación de qué interés se ve beneficiado con la decisión de explotar el bien: el público o el privado.

Siguiendo lo anterior, la idea rectora no es el valor económico del bien en sí mismo, sino la finalidad para el cual es utilizado. Esto, en opinión de este autor, en el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas habilitaría para hacer un control en dos momentos diferentes de su vida jurídica. En primer lugar, al momento del otorgamiento del título por parte de la DGA por medio de un examen riguroso del uso declarado por el titular, como es lo que hace la Corte en este caso y en los casos fallados en 2011²⁰. Esto es, la indagación acerca de la intención principal del usuario solicitante y si ella admite límites dentro de la normativa vigente.

Sin perjuicio de lo anterior, y en segundo lugar, ese control debería poder hacerse a propósito de la destinación real del derecho de aprovechamiento a una actividad que persiga una finalidad comercial, puesto que, de acuerdo a la lógica de la Corte, es precisamente la finalidad del uso el factor determinante para dirimir su viabilidad.

Lo señalado tiende a proporcionar una solución al problema que sucedería con un derecho de aprovechamiento de aguas que ha sido otorgado en consideración a un uso declarado para bebida u otra finalidad no comercial y que, en virtud de las transacciones celebradas en el mercado de los derechos de aprovechamiento, es adquirido por un tercero para afectarlo a un fin comercial.

Esta situación, que al amparo del artículo 149 inciso segundo del Código de Aguas se ajustaría a derecho, claramente podría ser utilizada para eludir el espíritu de la decisión de la Corte y derechamente configurar un fraude a la ley para evitar el control efectuado. Por la imperiosa necesidad de prevenir la concretización de esta hipótesis, es que consideramos completamente acertado que la posición adoptada por nuestro máximo tribunal sea fijar su atención en la finalidad de la destinación de las aguas, más que la naturaleza del mismo bien.

DÉCIMO NOVENO:

[...] Dicha actividad industrial (la generación hidroeléctrica) naturalmente

20 Vid. supra



deteriorará o degradará los componentes del medio ambiente, es decir, la contaminación del aire, las aguas, el suelo, contaminación por ruidos, la contaminación de la flora, la fauna u otros componentes básicos del ambiente, atentando, en suma, contra el funcionamiento del ecosistema del Parque Nacional. Tal hecho ha sido establecido por los jueces de acuerdo al mérito del proceso como una consecuencia lógica y necesaria de la obra o actividad que motiva al particular a solicitar los derechos de aprovechamiento de la especie y no fue refutado por quien tenía la carga de demostrar que ese resultado, razonablemente esperado, no se producirá. Por ende, si ello resulta incompatible con la Convención y leyes citadas, no es posible conceder los derechos de aprovechamiento solicitados, aun cuando exista disponibilidad del recurso hídrico y sea técnicamente pertinente la solicitud, requisitos que, con todo, no fueron dilucidados por la Dirección General de Aguas al momento de pronunciarse sobre la oposición de la reclamante [...]

Como adelantábamos, este fallo debe entenderse de forma conjunta con otros que han versado en la misma materia, como por ejemplo los fallos de 2011 a que se ha hecho referencia previamente. Existen otras decisiones que podrían ayudarnos a comprender el alcance del valor económico de la explotación de riquezas al interior de las áreas protegidas, para cerrar la noción y evitar las interpretaciones suspicaces que podrían suscitarse.

En el antes citado caso de Palza c/ Dirección de Riego la Corte establece de una forma bastante concluyente de que en virtud del artículo III de la Convención de Washington no hay necesidad de que el beneficio comercial que se obtiene a partir de la explotación de las riquezas existentes al interior de los parques provenga directamente de ella. Bastaría que debido a la explotación de estas riquezas se genere un beneficio pecuniario para alguien. En este razonamiento queda incorporado incluso el Fisco como agente económico como se puede observar en el considerando décimo tercero de dicha sentencia:

DECIMO TERCERO: Que, en efecto, se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta convención y por tanto la ley chilena, hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos, entre los que se encuentran los parques nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los parques

nacionales no podrán explotarse con fines comerciales (misma Convención).

En este caso, es cierto, la instalación de una estación de bombeo y la extracción que se ha hecho y que se propone continuar, no tienen por fin primordial una explotación comercial, pues su finalidad es proveer de más agua a la agricultura de Azapa (fojas 22 y 23) y de más agua a la central hidroeléctrica de Chapiquiña, pero es evidente, también, que ello se traducirá en una fuente de entradas fiscales, como se expresa en el artículo de prensa que se compulsó a fojas 56.

En un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Arica en un recurso de protección ambiental, causa ROL N° 182-2013, se abunda en los criterios que definen la finalidad comercial de la explotación de las riquezas naturales al interior de los parques nacionales.

Se puede extraer de la lógica que tal tribunal utiliza en el considerando vigésimo quinto de su sentencia, que ni siquiera es necesario constatar la existencia de un lucro directo en el sentido de ingreso de fondos en el patrimonio de alguien, sino que basta la existencia de un enriquecimiento indirecto, donde su titular se beneficia de la decisión de explotar bienes de áreas protegidas por ser más barata (o económicamente eficiente, si se quiere) que la opción de no hacerlo:

VIGÉSIMO QUINTO: Que, según consta del citado oficio Ord. 14EA/2013, de CONAF, de 23 de Julio de 2013, el proyecto en sí se desarrolla en parte, dentro del Parque Nacional Lauca, por cuanto el ensanchamiento de la Ruta A-23, así como también el transporte de mineral, combustible, sustancias y residuos peligrosos a través de esta vía durante la vida del proyecto, son obras y actividades que forman parte integral del mismo (no son un proyecto distinto) y se localizan al interior de este Parque, de lo cual se colige que la determinación del mejoramiento de la Ruta A-23 y su explotación, para lo cual se requiere la extracción o arranque de 2.320 ejemplares de Azorella Compacta o Llaretta, constituye una "variable económica" importante para la viabilidad del proyecto minero "Manganeso Los Pumas" y al titular del mismo, por cuanto la elección de la ruta A-23 no tiene otro fundamento que un criterio de eficiencia económica a costa de la intervención del Parque Nacional Lauca, al tenor de lo contemplado en la Convención de Washington y que la Comisión de Evaluación al calificar favorablemente el proyecto por medio de la Resolución Exenta N° 50 de 19 de agosto del año en curso, ha omitido su esencial consideración.



Conclusiones

Sin lugar a dudas, el fallo comentado es la manifestación de una necesidad que la normativa no parece atender por contradicciones de texto o por propiciar la colisión de atribuciones de órganos administrativos con competencias que se intersectan, como es el caso de CONAF y DGA.

Por un lado tenemos una prohibición de explotar riquezas naturales de las áreas protegidas, que emana de un instrumento internacional que tiene carácter de autoejecutable, además de otra normativa interna (tal como la ley de Bosques y la ley del SNASPE). Por el otro lado, tenemos una norma que liberaliza por completo el aprovechamiento de las aguas y que obliga al órgano público a otorgar derechos de aprovechamiento, aparentemente, sin considerar los usos para los cuales serán destinados.

Es claro que ambas reglas no pueden ser aplicadas en una lógica de exclusividad, pues esto significaría necesariamente llegar a una decisión contraria a derecho. El marco jurídico del medio ambiente y los recursos naturales, al estar repartido en muchas normas diferentes no propicia por sí mismo una aplicación armónica, lo que en ningún caso exime a los órganos de la administración del estado (y, obviamente, a los jueces) de realizar un trabajo de interpretación más exhaustivo que busque la necesaria concordancia con normas que se encuentran fuera de sus regulaciones sectoriales.

Es dable presumir que tanto la DGA como el SEA, dos organismos cuyas decisiones fueron brevemente revisadas en este comentario, no comparten el criterio recién señalado, en tanto ofrecen interpretaciones sesgadas y circunscritas exclusivamente a sus normas sectoriales. No es para nada extraño que casos como el que fue materia de la Litis de este fallo se repitan con la misma frecuencia que hasta ahora. Esto solo contribuirá a la suscitación de nuevas controversias judiciales para controlar esta clase de decisiones que están contaminadas por una duda razonable de su juridicidad.

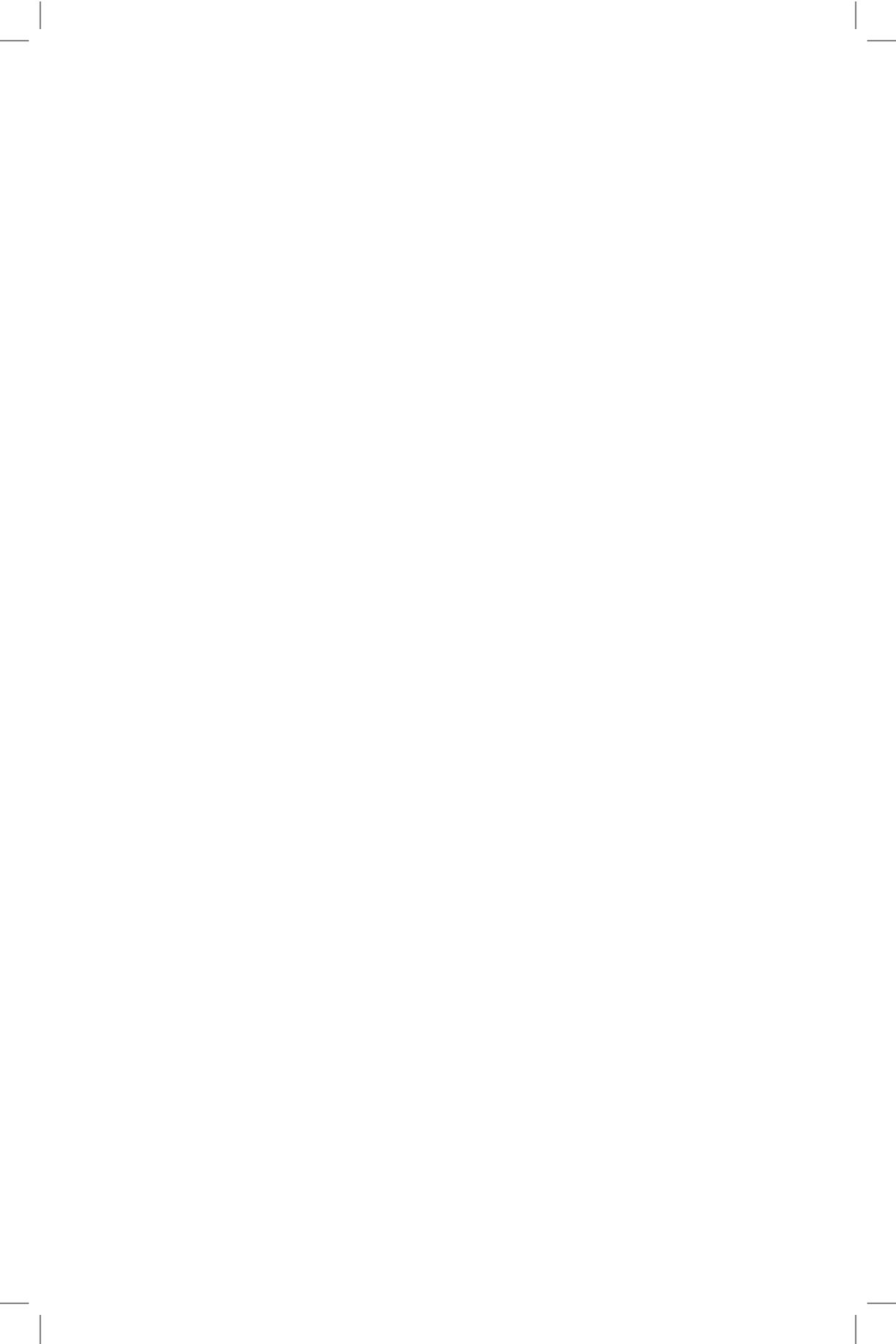
Resulta particularmente destacable la consistencia y tesón que ha manifestado la Corte Suprema para contribuir a la integración de vacíos legales y a la sistematización hermenéutica de un ordenamiento jurídico que no se encuentra sistematizado por sí solo. Por esa razón es necesario expresar optimismo en que las decisiones de nuestro máximo tribunal contagien finalmente a aquellas de los órganos de la administración, teniendo ellos la responsabilidad principal de anticiparse a los juicios de reproche de que puedan ser objeto sus dictámenes y, a la postre, controlar minuciosamente el ejercicio de sus propias atribuciones, para evitar la interposición de competencias y concederle a la ciudadanía

una certeza jurídica que hoy no tiene.

Cuando los bienes jurídicos que se ven en conflicto en un litigio son el interés público versus el interés privado, la autoridad administrativa por ser una manifestación concreta de la soberanía nacional, debiese tomar los resguardos necesarios para evitar que el primero se vea excesivamente perjudicado en favor del segundo. Para eso consideramos que tiene herramientas suficientes, dentro de las cuales destacan en gran medida los compromisos internacionales adquiridos por Chile.

En el escenario actual, donde la adopción de esos resguardos parece no ser una prioridad para la administración, al menos podemos descansar en que la Corte Suprema si otorga las providencias necesarias para anteponer el interés público al privado, según lo que hemos podido ver en este artículo.

Sin embargo, la confianza es un valor débil y podría verse fácilmente quebrantada, por lo cual se hace urgente el desafío de que tanto los jueces como la administración homogenicen sus criterios interpretativos para llegar a soluciones justas ante las particularidades de cada caso que llegue a su conocimiento.



El Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku v.s Ecuador y la tutela de Derechos Ambientales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*The Pueblo Kichwa Sarayaku Case vs Ecuador and
the guardianship of Environmental Rights before the
Inter-American Human Rights System*

Gabriela Burdiles Perucci

Pontificia Universidad Católica de Chile,
Chile.

Abogada de la Pontificia Universidad
Católica de Chile y Magíster en Estudios
Internacionales del Instituto de Estudios
Internacionales de la Universidad de Chile.
Directora de Proyectos de la Corporación
Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA.
gabriela_burdiles@gmail.com

Introducción

El sistema interamericano, al igual que otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos, ha debido hacerse cargo de la estrecha vinculación que existe entre el deterioro ambiental y la vulneración de derechos fundamentales.

Esta relación se ha expresado desde la Declaración de Estocolmo de 1972, la cual entiende la protección del medio ambiente como una condición previa para el disfrute de una serie de derechos humanos que gozan de garantías internacionales¹.

La Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también estableció el vínculo entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente, al

¹ SHELTON, Dinah. "Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2010, pp. 111-127.



consagrar en el Principio 10 los denominados derechos de acceso o derechos procesales de acceso a la información, participación y justicia, consagrados en otros instrumentos de derechos humanos, para la toma de decisiones en materias ambientales.

Pero lo que evidenció y fortaleció la vinculación de estos dos ámbitos del derecho fue la consagración expresa del derecho a vivir en un medio ambiente sano, tanto en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988², cuya entrada en vigencia es relativamente reciente y que Chile aún no ha ratificado, así como en la mayoría de los sistemas constitucionales nacionales .

El Protocolo de San Salvador se constituyó en el primer instrumento internacional que reconoció este derecho. Sin embargo, no existe la posibilidad de su exigibilidad directa ante la Comisión Interamericana³, y por tanto, su justiciabilidad ha debido buscarse mediante la vinculación de violaciones con otros derechos directamente exigibles, como el derecho a la vida, a la integridad o a la propiedad⁴.

Para llenar este vacío la Comisión y la Corte Interamericanas con un enfoque basado en los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, "han construido una amplia gama de obligaciones estatales destinadas a mantener un grado de calidad en el medio ambiente que permita disfrutar de los derechos garantizados"⁶.

Lo anterior, significa que los Estados que integran el sistema interamericano deben hacerse cargo del deterioro del medio ambiente, para poder cumplir con sus obligaciones en materia de protección de los derechos fundamentales establecidos en la Convención.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericanas (en adelante "Corte"), han

2 Artículo 11. "Derecho a un Medio Ambiente Sano:

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos

2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente."

3 Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, AIDA. *Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la Estrategia para el Litigio de Casos ante el Sistema Interamericano*. México, 2008, p. 7. [en línea] <<http://www.aida-americas.org/es/gu%C3%AD-de-defensa-ambiental-construyendo-la-estrategia-para-el-litigio-de-casos-ante-el-sistema-interam>> [consulta: 10 octubre 2013].

4 El Protocolo de San Salvador solo hace justiciable en el artículo 19.6 los derechos a la educación y a la asociación sindical.

5 WAGNER, Martin y PUENTES, Astrid. "Estrategia para el litigio de casos ambientales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Revista Justicia Ambiental N° 1*, Mayo 2009, p. 130. [en línea] <<http://www.fima.cl/2009/10/01/revista-justicia-ambiental-vol-1/>> [consulta: 22 septiembre 2013].

6 SHELTON, Dinah. Op.cit., p. 113.

examinado casos de países donde se han amenazado o dañado las condiciones ambientales existentes debido a que dichas condiciones han afectado los derechos garantizados por la Convención Americana.

Casi la totalidad de estos casos llevados ante la Corte, se han relacionado con colectivos vulnerables como son los pueblos indígenas. Esto porque en el marco de la protección de sus derechos colectivos se encuentra el respeto a su territorio y a los recursos naturales que se encuentran en él por su especial vinculación.

Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte han estado menos dispuestas a examinar casos en que los temas ambientales se extienden más allá del bienestar de los seres humanos⁷ y donde no se identifican víctimas concretas⁸.

En este comentario se analiza el fallo de la Corte en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Ecuador⁹, donde se reiteran en varios aspectos la jurisprudencia de la Corte en materia de protección de los derechos de pueblos indígenas, cuando ellos se han visto vulnerados por el desarrollo de proyectos de inversión que causan daño ambiental.

El caso se refiere al otorgamiento por parte del Estado de Ecuador de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Sarayaku en la década de 1990, sin que hubiera consultado previamente con éste y sin su consentimiento. Así, se iniciaron las fases de exploración petrolera, con la introducción de explosivos de alto poder en dicho territorio, creando con ello una situación de riesgo para el Pueblo que se vio impedido de buscar sus medios de subsistencia y limitado de sus derechos de circulación y de expresar su cultura.

El caso es relevante no solo por sus implicancias en materia de aplicación y regulación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sino también porque marca un precedente más en la tutela, por ahora indirecta y sin una referencia expresa, de la garantía a vivir en un medio ambiente sano en el sistema interamericano de derechos humanos.

7 SHELTON, Dinah. Op. Cit., p. 126.

8 Por ejemplo la Petición 11.533 (Panamá), Informe No. 88/03, Informe Anual 2003.

9 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N° 245.



1. Antecedentes del caso

El Pueblo Kichwa de Sarayaku se encuentra ubicado en la región del Ecuador Amazónico, en el área del bosque tropical, en la Provincia de Pastaza, en diferentes puntos y en la ribera del Río Bobonaza¹⁰. El 12 de mayo de 1992 el Estado le adjudicó a dicho pueblo en forma indivisa, un área singularizada como Bloque 9¹¹.

El 26 de julio de 1996 se suscribió un contrato para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque N° 23 de la Región Amazónica, entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El territorio de los Sarayaku abarcaba un 65% de dicha superficie.

El contratista estaría obligado a realizar un Estudio de Impacto Ambiental para la fase de exploración y un Plan de Manejo Ambiental para la explotación, a preservar el equilibrio ecológico existente, a relacionarse con el pueblo Sarayaku por intermedio de la Dirección Nacional de Protección Ambiental y a obtener cualquier permiso o derecho de paso o servidumbre que fuera necesario para el desarrollo de sus actividades. El estudio de impacto ambiental para la prospección sísmica fue aprobado el 26 de agosto de 1997.

El 15 de mayo de 1998, Ecuador ratificó el Convenio N° 169 de la OIT, el cual entró en vigencia el 15 de mayo de 1999. Además, el 5 de junio de 1998 el Ecuador adoptó su Constitución Política, en la cual se reconocían en sus artículos 83 a 85 los derechos colectivos de los Pueblos indígenas y afroecuatorianos, entre ellos el derecho a la consulta.

En reiteradas ocasiones, el consorcio petrolero CGC intentó la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir su consentimiento para la exploración petrolera. Para esto se utilizaron acciones tales como el relacionamiento directo con miembros de la comunidad (saltando el nivel de organización indígena) y el ofrecimiento de prebendas y pagos.

Ante la negativa del Pueblo Sarayaku de aceptar la actividad petrolera de la CGC, ésta suspendió sus actividades y contrató en 2001 a Daymi Services S.A., consultora dedicada a programar relaciones comunitarias. Según miembros del Pueblo Sarayaku, su estrategia consistió en dividir a las comunidades y manipular a dirigentes.

10 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 52.

11 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 62.

El 30 de julio de 2001 el Ministerio de Defensa del Ecuador suscribió un Convenio de Cooperación de Seguridad Militar con las empresas petroleras que operaban en el país, mediante el cual el Estado se comprometía a garantizar la seguridad de las instalaciones petroleras, así como la de las personas que laboran en ellas.

El 22 de noviembre de 2002, la Junta Parroquial Rural de Sarayaku presentó una queja ante la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Pastaza, solicitando que la empresa CGC respete el territorio de la Parroquia y la inmediata salida de las Fuerzas Armadas. El 10 de abril de 2003 la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Pastaza dictó una resolución acogiendo parcialmente la queja presentada por la Junta Parroquial Rural de Sarayaku.

El 28 de noviembre de 2002, el Presidente de la Organización de los Pueblos Indígenas del Pastaza (OPIP), presentó también un recurso de amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la empresa CGC y contra Daymi Services S.A., por las diversas acciones destinadas a negociar de forma aislada con las comunidades y con los particulares generando división¹². El 29 de noviembre de 2002, el Juez Civil ordenó como medida precautoria la suspensión de "cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos que son materia del reclamo".

No obstante, CGC reactivó la fase de exploración sísmica en el territorio de Sarayaku. Así, entre los meses de octubre de 2002 y febrero de 2003, la empresa cargó 467 pozos, tanto a nivel superficial como en profundidad, con aproximadamente 1.433 kilogramos de explosivo "pentolita", los cuales a la fecha de la sentencia permanecían sembrados en el mismo lugar.

Ante el ingreso de CGC, la Asociación del Pueblo Kichwa Sarayaku declaró una "emergencia", durante la cual la comunidad paralizó sus actividades cotidianas hasta por 6 meses. En dicho periodo, organizaron "campamentos de paz y vida" en la selva, con el objeto de resguardar los límites de su territorio. El 6 de febrero de 2003, la CGC declaró un estado de "fuerza mayor" y suspendió los trabajos de exploración.

Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004, fueron denunciados presuntas amenazas, agresiones y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes de Sarayaku. Estos hechos, según la Corte, fueron insuficientemente investigados.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 26.



Durante el juicio se acreditó que la empresa en este periodo abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos; taló árboles y plantas de valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Además, los trabajos de la petrolera ocasionaron la suspensión de actos y ceremonias ancestrales culturales y afectaron el acceso a lugares sagrados de dicho Pueblo.

El 19 de noviembre de 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación del contrato para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23. En la referida Acta, las partes aceptaron y ratificaron que no existía "ningún pasivo ambiental en el área de concesión atribuible a la contratista".

2. Análisis Del Fondo

El 27 de junio de 2012 la Corte Interamericana emitió una sentencia de fondo donde condenó al Estado de Ecuador por la violación de los siguientes derechos y obligaciones respecto del Pueblo Sarayaku:

2.1 Respeto de los derechos a la propiedad comunal indígena e identidad cultural en relación al derecho de consulta

En primer lugar la parte demandante alegó que los hechos ya descritos significan, una vulneración del artículo 21 de la Convención Americana sobre la Propiedad Privada¹³.

La Corte, dando una interpretación amplia a la noción de "propiedad privada", constató que no estaba en duda la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku sobre su territorio, "cuya posesión ejerce en forma ancestral e inmemorial, lo cual fue expresamente reconocido por el Estado mediante adjudicación realizada el 12 de mayo de 1992"¹⁴.

En este sentido, la Corte ha sostenido que cuando se trata de la tierra de los pueblos indígenas y sus recursos, los proyectos de desarrollo deben respetar sus derechos de propiedad colectiva¹⁵.

13 Dicho artículo dispone:

"1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley."

14 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 149.

Pero además la Corte sobre la base de su jurisprudencia anterior en esta materia, señaló que en el caso de los Pueblos Indígenas “la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste [territorio] es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio”¹⁶.

Luego la Corte estableció que estos hechos probados y no controvertidos permiten considerar además que el Pueblo Kichwa de Sarayaku tiene una profunda y especial relación con su territorio ancestral, que no se limita a asegurar su subsistencia, “sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual”¹⁷.

En cuanto al derecho a la identidad cultural, la Corte construyó este derecho a partir del principio de igualdad, señalando que “(...) bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención¹⁸, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención”¹⁹.

A continuación, la Corte señaló que el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, está cimentado, entre otros derechos, en el respeto a su derecho a la cultura propia o identidad cultural. Además, el derecho a la consulta, es en opinión de la Corte²⁰, una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten su derecho a la propiedad comunal.

15 Caso Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, Informe N° 40/04, Caso 12.053 (Fondo), 12 de octubre de 2004, párr. 150.

16 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 146.

17 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 155.

18 “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

19 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 213.

20 Caso Pueblo Saramanka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr.134.



Para llegar a esta conclusión la Corte adopta el criterio de interpretación evolutiva de la Convención Americana, y estableció que al dar interpretación a un tratado no solo se toman en cuenta los instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual éste se inscribe²¹. Adicionalmente, la Corte estableció que podrá "abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano"²² aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección.

La Corte en otros casos²³ ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a derechos colectivos de pueblos indígenas²⁴, así como también ha tenido en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT²⁵.

De este modo, la Corte estableció que de acuerdo a la normativa interna de diversos Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, así como de la jurisprudencia de sus más altos Tribunales de Justicia, incluso de otros Estados que no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT, es posible concluir que la obligación de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados respecto de pueblos indígenas cuyos intereses pudieran resultar afectados, "además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional"²⁶.

El Estado de Ecuador reconoció durante el juicio que no efectuó un proceso de consulta previa, pero cuestionó su obligación de realizarlo principalmente debido a que las normas del Convenio N° 169 de la OIT habrían entrado en vigencia con posterioridad a la fecha de la concesión petrolera, y alegó además que la realización de ciertos actos de la empresa cumplirían con la consulta a las comunidades indígenas de la zona otorgada a concesión.

21 Artículos 31.2 y 31.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

22 "Otros tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1, párr. 21.

23 Por ejemplo en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párrs. 106 a 117.

24 Por ejemplo, en el Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C N° 66, párrs. 148 a 153.

25 Este último Convenio regula los derechos de los pueblos tribales en países independientes sobre sus tierras y territorios (artículos 13 a 19) y las hipótesis en las que debe ser aplicada la consulta previa libre e informada en casos donde se prevén medidas susceptibles de afectarles.

26 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 164.

Sin embargo, la Corte consideró que el Convenio N° 169 de la OIT también se aplica en relación con impactos y decisiones posteriores originadas en proyectos petroleros, aun cuando éstos hubieren sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo. Así en el caso concreto señaló que "es indudable que al menos desde mayo de 1999, el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la concesión no comprometieran su territorio ancestral o supervivencia y subsistencia como pueblo indígena"²⁷.

2.2 Proceso de consulta previa

La Corte analizó a continuación si los actos que realizó la empresa concesionaria, que el Estado en su defensa señaló como formas de socialización o de búsqueda de entendimiento, satisfacen los criterios mínimos y esenciales de un proceso de consulta válida a comunidades y pueblos indígenas, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del Derecho Internacional.

Estos criterios o requisitos mínimos que establece la Corte son:

2.2.1 El carácter previo de la consulta

En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15. 2 del Convenio N° 169 establece que debe realizarse "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". Esto implica según opinión de la Corte que la consulta debe hacerse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión "y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad"²⁸.

Sin embargo, la Corte estableció que no había sido controvertido el hecho de que el Estado no realizó forma alguna de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera, a través de sus propias instituciones y órganos de representación.

27 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 176.

28 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 180.



2.2.2 La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo

Conforme al artículo 6.2 del Convenio N° 169, las consultas deberán ser llevadas a cabo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas. Además, la Corte agrega que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación" que permita establecer el diálogo informado entre las partes sobre la base de los principios de confianza y respeto mutuos²⁹.

Esto implica que la consulta sea incompatible con acciones de "coerción" o de "desintegración de la cohesión social", como por ejemplo a través de la corrupción de líderes comunales, negociaciones individuales o el establecimiento de liderazgos paralelos. Por último, señala que la consulta es obligación del Estado y por ende, no puede delegar esta obligación en una empresa privada, menos si ella es la interesada en la medida que pudiera afectar a un pueblo, tal como ocurrió en el presente caso³⁰.

Por último, la Corte estableció que el Estado tampoco indicó qué tipo de medidas habría adoptado para observar, fiscalizar, monitorear o participar en el proceso de "socialización" o "entendimiento" llevado a cabo por la empresa petrolera con el pueblo Sarayaku. Incluso el mismo Estado apoyó la actividad de exploración petrolera al proveer seguridad a la empresa por parte de miembros de sus fuerzas armadas y policía, impidiendo "un clima de confianza y respeto mutuo para alcanzar consensos entre las partes"³¹.

2.2.3 La consulta adecuada y accesible

La Corte en el caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam también estableció que las consultas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Por su parte el Convenio N° 169 dispone que la consulta debe hacerse a través de "procedimientos apropiados" y "de sus instituciones representativas", y "teniendo en cuenta su diversidad lingüística"³². En el presente caso, se comprobó que la empresa se relacionó directamente con algunos miembros del pueblo Sarayaku, sin respetar su organización representativa, y que el Estado no realizó ningún tipo de consulta, por lo que la Corte determinó que "los actos de la empresa no pueden

29 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 186.

30 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 187.

31 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 193.

32 Artículos 6.1.a. y 12 del Convenio N° 169 de la OIT.

ser entendidos como una consulta adecuada y accesible³³.

2.2.4 Estudio de Impacto Ambiental

En este punto el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT establece que “los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

Por su parte la Corte ha establecido en el caso Pueblo Saramanka Vs. Surinam, que el Estado debía garantizar que no se otorgaría una concesión dentro del territorio de una comunidad indígena, hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental³⁴. Además, que dicho estudio debe realizarse conforme a estándares internacionales y buenas prácticas al respecto, de manera previa al otorgamiento de la concesión. Por último, la Corte consideró que el estudio debe considerar el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos³⁵.

En el presente caso la Corte estableció que el estudio de impacto ambiental no cumplió los estándares mínimos internacionales, ya que fue realizado sin la participación del pueblo Sarayaku, por una entidad privada contratada por el titular del proyecto, sin control del Estado y sin tomar en cuenta la incidencia cultural, social y espiritual del proyecto sobre el pueblo Sarayaku³⁶.

2.2.5 La Consulta debe ser informada

Esto implica que el pueblo indígena conozca todos los posibles riesgos (ambientales y de salubridad) del proyecto de inversión que se propone. Esto significa que el Estado debe brindar información y mantener una comunicación constante con la comunidad.

En este caso, el “entendimiento” llevado a cabo por la empresa no incluyó la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni tampoco

33 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 203.

34 Caso Pueblo Saramanka Vs. Surinam, párr. 130.

35 Caso Pueblo Saramanka Vs. Surinam, párr. 41.

36 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 207.



servió para permitir al pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado.

En conclusión, la Corte constató que los actos de la empresa petrolera no revistieron de los requisitos mínimos de una consulta previa y que tampoco el Estado realizó dicha consulta, siendo el obligado a hacerlo. Tampoco ha sido controvertido que la empresa afectó zonas de alto valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria del pueblo Sarayaku y que los trabajos de la empresa ocasionaron la suspensión, en algunos periodos, de actos y ceremonias ancestrales y culturales de dicho pueblo.

Por todo esto la Corte concluyó que al no cumplir Ecuador con su obligación de consulta previa, no solo se vulneró el derecho de propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, sino también su derecho a la identidad cultural, conforme se analizó en el punto anterior.

2.3 Protección del Derecho a la vida y a la integridad personal

La Comisión también alegó que Ecuador era responsable por haber violado el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio del pueblo Sarayaku y sus miembros, el cual establece el derecho a la vida³⁷, el artículo 5 de la misma que establece el derecho a la integridad personal³⁸, y el artículo 7 sobre derecho a la libertad personal. Esto porque el Estado incumplió su obligación de garantizarles el respeto del derecho de propiedad, permitiendo la siembra de explosivos en su territorio, creándose una situación "permanente de peligro que amenaza la vida y supervivencia de sus miembros y, además, ha puesto en riesgo el derecho del Pueblo de preservar y transmitir su legado cultural"³⁹.

La Comisión agregó además que las detonaciones de explosivos habían destruido

37 "Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

38 "Artículo 5. Derecho a la Integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados."

39 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 233.

bosques, fuentes de agua, cuevas, ríos subterráneos y sitios sagrados, "así como la migración de animales, y que la colocación de explosivos en áreas tradicionales de caza les habría impedido la búsqueda de alimentos, disminuyendo la capacidad del pueblo de procurar subsistencia y alterándose su ciclo de vida"⁴⁰.

Respecto del derecho a la vida, la Corte ha establecido en su jurisprudencia uniforme que las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1. de la misma⁴¹, "presuponen que nadie sea privado de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y, además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requieren que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción"⁴².

Además, la Corte agregó que "de las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención⁴³ derivan deberes especiales, determinables en función de las particularidades y necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre"⁴⁴. De este modo, la Corte ha establecido que en determinados casos se presentan circunstancias especiales que permitirían fundamentar la violación del artículo 4 respecto de personas que no fallecieron como consecuencia de los hechos violatorios.

Otro elemento que la Corte toma en consideración para que surja esta obligación positiva, es si las autoridades del Estado, al momento de los hechos, "sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del

40 Ibid.

41 Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

42 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 244.

43 Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

44 Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párrs. 111 y 113; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, Serie C N° 202, párr. 37; y, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 76.



ámbito de sus atribuciones que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”⁴⁵.

La Corte consideró que la colocación de más de 1.400 kg. de explosivos de alto poder (pentolita) en el territorio Sarayaku, constituyó un factor de grave riesgo para la vida e integridad de sus miembros. Así, estableció que la presencia de explosivos ha sido una evidente preocupación del Pueblo Sarayaku por su seguridad física y que la activación o detonación de esos explosivos “es según lo manifestado por los peritos, una posibilidad real y potencial”⁴⁶.

En virtud de ello, la Corte concluyó que en el presente caso la empresa petrolera realizó “con la aquiescencia y protección del Estado, el desbroce de senderos y sembró cerca de 1.400 kg. de explosivo pentolita en el bloque 23, que incluye el territorio Sarayaku. Por ende ha sido un riesgo claro y comprobado, que correspondía al Estado desactivar (...). Es decir, el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku por parte del Estado, permitiendo la siembra de explosivos en su territorio, ha significado la creación de una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida e integridad personal de sus miembros”⁴⁷.

Respecto de otras alegaciones de amenazas, agresiones, detenciones ilegales y limitaciones a la libertad personal a los miembros del Pueblo Sarayaku, la Corte las rechazó por no existir prueba suficiente.

45 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 245.

46 Ibid, párr. 247.

47 Ibid, párr. 248.

2.4 Garantías judiciales⁴⁸ y protección judicial⁴⁹

Por último, la Comisión alegó que el Estado había violado el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial por las irregularidades y retrasos que se dieron en la sustanciación del recurso de amparo interpuesto por la OPIP, además de que la medida precautoria ordenada en ese caso no fue cumplida, y porque "el Estado no ha aportado información que permita concluir que se haya llevado a cabo una investigación efectiva de las denuncias en relación con varios incidentes de violencia y amenaza en contra de miembros del pueblo Sarayaku"⁵⁰.

Respecto a este punto, la Corte ha establecido que las comunidades indígenas y locales deben tener acceso a la justicia para garantizar una efectiva protección judicial en cuanto a pretensiones respecto de sus tierras ancestrales⁵¹.

En el presente caso, la Corte reiteró que el derecho de toda persona a un recurso rápido y sencillo o a cualquier recurso efectivo entre jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática".⁵² Asimismo, para que el Estado cumpla con lo dispuesto en dicha norma, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que ellos deben tener efectividad. Por tanto, señala la Corte, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución y "lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado"⁵³.

48 "Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

49 "Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley, o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

50 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 255.

51 Ver: Caso Sawhoyamaya; Caso Awas Tingni; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 387.

52 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 262.

53 Ibid, párr. 263.



En virtud de las consideraciones anteriores la Corte concluyó que en el presente caso existieron fallas en las investigaciones de los hechos denunciados respecto de amenazas y agresiones a integrantes del pueblo Sarayaku, no actuando las autoridades con la debida diligencia, y que respecto del recurso de amparo presentado por la comunidad, el Estado no garantizó un recurso efectivo que remediara "la situación jurídica infringida, ni garantizó que la autoridad competente prevista decidiera sobre los derechos de las personas que interpusieron el recurso y que se ejecutaran las providencias, mediante una tutela judicial efectiva"⁵⁴.

En definitiva y en virtud de las infracciones anteriores, el fallo ordenó al Estado, entre otras medidas de reparación e indemnizaciones, a "neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio"; a consultar al Pueblo Sarayaku "de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio"; y a "adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales (...)"⁵⁵.

54 Ibid, párrs. 271 y 278.

55 Ibid.

Conclusiones

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han ido construyendo un conjunto de obligaciones que los Estados deben cumplir para lograr un grado de calidad en el medio ambiente que permita disfrutar los derechos humanos garantizados en la Convención.

Este enfoque basado en los derechos humanos tiene ciertas ventajas que permiten lograr la tutela del medio ambiente, pese a la falta de justiciabilidad directa del derecho a vivir en un medio ambiente sano. Esto porque actualmente en el plano internacional, la capacidad de hacer cumplir el derecho de los derechos humanos se encuentra más desarrollada que los procedimientos del derecho internacional sobre el medio ambiente⁵⁶.

Además, el sistema interamericano contiene un número importante de herramientas que pueden ser utilizadas para la protección de derechos ambientales, como son el sistema de denuncias y las medidas cautelares que pueden ser dictadas por la Corte⁵⁷.

En el caso que se ha analizado, la Corte estableció obligaciones positivas al Estado de Ecuador para resguardar los derechos a la propiedad, la identidad cultural, la vida, y la integridad personal, así como para facilitar el acceso a la justicia para la protección de los derechos del Pueblo Sarayaku, vulnerados por el desarrollo de un proyecto petrolero en dicho territorio que causó graves impactos en su medio ambiente y en su sistema de vida.

Especial relevancia tiene la responsabilidad que se declaró respecto del Estado de Ecuador por las actividades que realizó un tercero en territorio Sarayaku. Lo anterior, por no emplear una diligencia razonable respecto de su deber de prevención, control o sanción de los daños causados en virtud de la exploración sísmica desarrollada por la empresa, que significaron la introducción de explosivos de alto poder, la intervención de lugares sagrados, la destrucción de bosques y fuentes de agua, entre otros daños.

La Corte estableció que el Estado sabía o debía saber de la existencia de esta situación de grave riesgo para la vida e integridad del Pueblo Sarayaku y pese a ello, no tomaron las medidas necesarias para prevenir o evitar ese riesgo.

56 SHELTON, Dinah. Op. Cit., p. 126.

57 ORELLANA, Marcos A. "Derechos Humanos y Ambiente: Desafíos para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Center for International Environmental Law – CIEL 2007*. [en línea] <http://www.ciel.org/Publications/Morellana_DDHH_Nov07.pdf> [consulta: 11 octubre 2113].



Otra de las obligaciones que tienen los Estados en esta materia, es la aprobación de estudios de impacto ambiental previos al inicio de los proyectos de inversión. En el fallo se reiteran, una serie de requisitos ya definidos en la jurisprudencia previa de la Corte para la aprobación de los estudios de impacto ambiental, como son: que éstos se realicen en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente; por entidades independientes y técnicamente capaces bajo la supervisión del Estado, de manera previa al otorgamiento de la concesión y considerando el impacto acumulado.

También se definen requisitos mínimos de los procesos de consulta indígena para el desarrollo de proyectos económicos: consulta previa, de buena fe y con el propósito de llegar a acuerdo, accesible, adecuada e informada. Estos requisitos deben ser cumplidos por el propio Estado, quien es el llamado a efectuar la consulta, en base a los estándares internacionales establecidos en la materia.

Esta última obligación de consulta, se construye realizando una interpretación "evolutiva" de la Convención Americana, mediante la utilización por parte de la Corte de otros tratados internacionales, como es el Convenio 169 de la OIT, así como la legislación y jurisprudencia interna de los Estados, llegando la Corte a establecer que estamos frente a un "principio general del derecho internacional".

Además, es importante destacar que de acuerdo a la Corte, la consulta se aplica para asegurar que los actos de ejecución de un proyecto extractivo no comprometan el territorio ancestral y la subsistencia de los pueblos indígenas, por lo que ésta debe efectuarse en las primeras etapas del proyecto y no únicamente "cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad".

Por último, la Corte establece que las comunidades indígenas y locales deben tener acceso a la justicia para la tutela de sus derechos y tierras ancestrales frente a la aprobación y desarrollo de proyectos de inversión. Esto significa que no basta con que existan recursos en la ley sino que ellos deben ser efectivos y las sentencias deben ser ejecutadas.

Todos los mecanismos descritos anteriormente permiten al Estado prevenir posibles impactos ambientales y permiten en definitiva la supervivencia del Pueblo Sarayaku, y en consecuencia si no se aplican, excluyen la diligencia razonable en el actuar del Estado respecto de la vulneración de sus derechos humanos y lo hacen responsable de los daños causados.



Instrucciones a los autores





INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Justicia Ambiental, es una revista de la Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA, que tiene por objeto contribuir al desarrollo del Derecho Ambiental, promoviendo la discusión crítica y plural sobre temas jurídicos relevantes en esta materia. La Revista se compone de dos secciones: estudios y comentarios de jurisprudencia, en las cuales se aceptan trabajos inéditos de cualquier autor nacional o extranjero.

El Consejo Editorial de la Revista someterá a evaluación los trabajos recibidos, cuyo resultado será comunicado al autor a más tardar 60 días después de su recepción. La Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos, así como de sugerir al autor cambios de forma que no impliquen alterar el fondo del trabajo.

Las colaboraciones deberán presentarse escritas en idioma castellano, en páginas tamaño carta, letra Times New Roman 12, a espacio y medio. Aquéllos correspondientes a estudios no podrán tener una extensión superior a 30 páginas.

Tratándose de estudios, el autor titulará su trabajo de la forma más breve posible y anotará al inicio su nombre y apellidos, grado académico, dirección postal, correo electrónico y la institución a la que pertenece. Además, se deberá incluir un resumen del contenido del trabajo al inicio del texto, en español e inglés, en no más de dos párrafos y cinco palabras clave respecto del contenido del texto.

La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 15 páginas, incluyendo el contenido del fallo, el que también deberá ser transcrito por el autor del comentario.

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página. El autor de un trabajo debe citar sus fuentes de información identificando el autor y fecha



JUSTICIA AMBIENTAL

de publicación de los libros, revistas, tesis y otros documentos utilizados, incorporando el o los números de página en que aparece la cita.

Las colaboraciones deben enviarse al correo electrónico fima@fima.cl

Toda solicitud de colaboración, canje, suscripción debe dirigirse a:

Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA
Portugal 120, oficina 1-A, Santiago / (56-2) 222 216 70
www.fima.cl



