

JUSTICIA AMBIENTAL

Revista de Derecho Ambiental
Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA
Año II, N° 2 - Mayo 2010

Con derecho al ambiente



FIMA



Consejo Editorial

John E. Bonine

Fernando Dougnac Rodríguez

Francisco Ferrada Culaciati

Svitlana Kravchenko

Director General

Rodrigo Polanco Lazo

Editores

Diego Lillo Goffreri

Rodrigo Polanco Lazo

Auspicia

Fundación Heinrich Böll

ISSN N° 0718 - 736x- Santiago de Chile

Publicado por: Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA

Representante Legal: Fernando Dougnac Rodríguez

Guardia Vieja N° 408, Providencia / (56-2) 4217563 / www.fima.cl

Diseño Portada: Camila de la Noi Montero

Impresión: Graficandes Impresores

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

ÍNDICE DE CONTENIDOS

EDITORIAL

Justicia Ambiental y Justicia Constitucional.....	11
(Humberto Nogueira Alcalá)	

ESTUDIOS

1. La protección del medio ambiente en la jurisprudencia de algunos órganos internacionales de protección de los derechos humanos.....	23
(Juan Pablo Arístegui Sierra)	
2. Algunas consideraciones jurídicas en torno al bosque nativo.....	49
(Paz Moroni Báez)	
3. Los servicios ambientales en la ley sobre recuperación 74 del bosque nativo y fomento forestal: observaciones, aspectos económicos y proyecciones	
(Pablo Carrasco Fuentes)	
4. Conservación y preservación de los humedales en Chile	91
(Daniel Bravo Zamora)	
5. El rol de los monumentos naturales en la función 159 social ambiental del derecho de propiedad	
(María Teresa Queirolo Finkelstein)	
6. El derecho real de conservación	177
(Ignacio Carvajal Gómez)	
7. Coberturas de seguros de responsabilidad civil ambiental.....	222
(Joaquín Vial Marín)	
8. Tributos ambientales para promover la calidad de las aguas:.....	253
fundamentos para su aplicación y presupuestos para su existencia (José Ignacio Saavedra Cruz y Paula Madariaga Leiva)	

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. Caso "Chusmiza y Usmagama": 309
Comentario de una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema
(Fernando Dougnac Rodríguez)

2. El Fallo Campiche: Un giro en la justicia conservadora337
(Francisco Ferrada Culaciatí)

A Godofredo Stutzin Lipinski (1917-2010)
pionero de la protección jurídica
del medio ambiente en Chile



Con derecho al ambiente







Editorial

JUSTICIA AMBIENTAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL*

Humberto Nogueira Alcalá**

En el ámbito nacional hacen falta publicaciones especializadas en el ámbito de derechos complejos como es el derecho medio ambiental, posibilitando la reflexión académica; el análisis de la legislación, la superación de sus vacíos y el mejoramiento de ella; el examen, interpretación y aplicación del derecho internacional convencional y consuetudinario, que forma parte del derecho vigente y con aplicabilidad preferente respecto del derecho interno; el estudio de los fallos de nuestros tribunales superiores, con capacidad de determinación de aciertos y desaciertos, buscando siempre la crítica constructiva en pos del desarrollo de una adecuada interpretación, delimitación y aplicación de los derechos en la resolución del conflicto jurídico, a través de una sentencia suficientemente fundada, congruente y de acuerdo a las fuentes del derecho vigentes; todo ello con el objeto de contribuir a mejorar nuestro derecho y su aplicación, contribuyendo a preservar en mejor forma nuestro medio ambiente, nuestra calidad de vida y un desarrollo sustentable.

Nos encontramos en una época en que se ha tomado conciencia sobre la necesidad de proteger el medio o entorno para posibilitar la sobrevivencia del ser humano sobre la tierra, manteniendo un equilibrio básico con los recursos naturales renovables y no renovables que posibiliten el mantenimiento de un ambiente propicio a la mantención del desarrollo humano y una cierta calidad de vida humana. A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha ido desarrollando la convicción de que una explotación indiscriminada de los recursos naturales podría llevar a la destrucción del medio como hábitat adecuado para el desarrollo de la vida humana y la supervivencia de la especie, recursos que ya no tienen sólo un valor económico sino que se han convertido en objeto de tutela ambiental. Asimismo se ha tomado conciencia de las consecuencias negativas de un crecimiento económico incontrolado y contaminante

* El presente texto corresponde a una versión editada de la presentación del primer número de la Revista Justicia Ambiental, efectuada el 30 de junio de 2009.

** Doctor en Derecho Constitucional Katholieke Universiteit Leuven (KUL), Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Director Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Talca, Campus Santiago. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

que debe ser controlado para evitar que se impida la renovación de los recursos naturales o se imposibilita su utilización por las generaciones futuras. Ello ha transformado a los recursos naturales en bienes de carácter ambiental que deben ser preservados jurídicamente.

Así los ordenamientos jurídicos nacionales como el derecho internacional han debido asumir esta tarea, entendiendo que ella implica una tarea solidaria del conjunto de la humanidad y de cada uno de los estados que la componen. Siendo deber de cada estado como del derecho internacional preservar la naturaleza para el desarrollo del género humano y una calidad de vida adecuada tanto para las generaciones actuales como venideras, conjugando el desarrollo económico social con la preservación básica del entorno o medio ambiente. De esta manera, surge un derecho ambiental estatal e internacional, el cual es tributario del conocimiento científico, el cual ha ido estableciendo los peligros y amenazas de la explotación indiscriminada de los recursos naturales y han ido aportando soluciones y medidas que deben adoptarse para combatir la contaminación, el deterioro climático y otros problemas acuciantes de nuestra época, generándose estándares consensuados que se convierten en normas jurídicas que fijan niveles máximos de contaminación o de calidad de los bienes ambientales.

Recientemente, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) integrado por representantes de una centena de países, en abril de 2007 ha emitido un informe, aprobado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de fecha 6 de abril de 2007, en que se considera que el cambio climático y la actividad contaminante humana, elevará la temperatura entre 1,5 y 2.5 grados, aumentando el nivel del mar, produciendo los consiguientes deshielos y fenómenos de sequías y se extinguirán alrededor del 30 % de las especies con el consiguiente impacto para las formas de vida y sociedades humanas, impactando más fuertemente a los países más pobres de la tierra.

Algunos documentos y medidas acordadas internacionalmente han sido señeras en la toma de conciencia sobre el deterioro creciente del clima y el medio ambiente, los cuales son expresión de la toma de conciencia de que los problemas climáticos y medio ambientales solo pueden afrontarse eficazmente en forma global o mundial y no a niveles solamente nacionales, dentro de lo cual constituye un hito ejemplar la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano desarrollada en Estocolmo en 1972, a los cuales han seguido un conjunto de Documentos y Convenciones, dentro de los cuales cabe mencionar y destacar la Declaración sobre el cambio climático de Naciones Unidas de 1976, que promueve la protección ambiental, que luego da paso al programa de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, teniendo como uno de sus frutos la creación de la Comisión Mundial sobre Medio Am-

biente y Desarrollo en 1983, desarrollándose sucesivas reuniones sobre el clima y medio ambiente, destacándose la Conferencia sobre Medio Ambiente efectuada en Río de Janeiro el año 1992, de la cual surgió el Convenio Marco sobre el Cambio Climático.

El conjunto de estos documentos y convenciones plantea una soberanía limitada de los estados en materia de políticas ambientales destinada a mantener estándares mínimos que posibiliten y viabilicen una sociedad mundial ambientalmente sostenible. Ello nos permite afirmar la necesidad de integrar el derecho interno de los Estados con el derecho internacional en el logro de este objetivo vital para la sobrevivencia planetaria de la humanidad, lo que exige una solidaridad colectiva de los diversos estados, como una nueva aproximación cultural y jurídica de los operadores jurídicos nacionales, solo en tal perspectiva es posible afrontar los graves problemas que hoy enfrenta la humanidad por el deterioro del medio ambiente, entre los cuales a manera ejemplar puede mencionarse el cambio climático y todas sus consecuencias.

Debemos entender el medio ambiente como un conjunto de relaciones y no de elementos, el cual comprende y no solo envuelve al hombre, abarcando los elementos naturales y culturales o artificiales por igual: seres humanos, entorno, componentes bióticos, abióticos y culturales.

En esta conceptualización quedan comprendidos los recursos naturales (aire, agua, suelo, subsuelo, fauna, flora, protección de especies amenazadas, costas, fondos marinos), como los elementos geológicos, químicos, biológicos y sociales que rodean e interactúan con los seres humanos condicionando su existencia y su desarrollo, como asimismo el de los demás seres vivos posibilitando su existencia, desarrollo o eventual desaparición; además deben considerarse también los recursos culturales, arquitectónicos, arqueológicos, entre otros, así como las relaciones que entre todos ellos se generan, tales como el clima, los ecosistemas, los espacios naturales, el paisaje. A esta óptica, deben añadirse las actividades potencialmente dañinas para el entorno ya sea por acción u omisión del ser humano, como asimismo, las medidas y acciones adoptadas para contrarrestarlas o impedir las, con el objeto de mantener un equilibrio básico entre los diferentes factores, además de las acciones jurídicas para hacer efectiva la responsabilidad por el daño ambiental.

La mantención del equilibrio entre los distintos componentes del medio ambiente no solo debe darse entre ellos sino también en relación con el crecimiento económico y el consumo, con el objeto de brindar a las personas un entorno que posibilite su desarrollo y una adecuada calidad de vida. Esto hace del concepto de medio ambiente también un concepto relativo y enmarcado en un ámbito espacio temporal determinado, ya

que cada generación tendrá su propia concepción sobre la armonía y equilibrio con los elementos que conforman el medio ambiente y su concepción sobre calidad de vida humana.

Los elementos que integran el concepto de medio ambiente mantienen entre sí complejas interrelaciones, las cuales impiden considerar al medio ambiente en forma estática, este tiene un carácter esencialmente dinámico producto del constante cambio o transformación a la que se encuentran sometidos los bienes ambientales de cuya protección hace responsable la Constitución a los órganos estatales y a la comunidad. A su vez, el derecho a un medio ambiente libre de contaminación es un concepto de carácter antropomórfico, en la medida que son los seres humanos quienes definen la calidad del entorno deseable y quienes han convertido ámbitos antes jurídicamente irrelevantes en derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, todo lo cual responde a una perspectiva de calidad de vida y a las posibilidades de desarrollo de la vida humana en un contexto de recursos finitos y de un entorno cuya contaminación tolerable es limitada, especialmente teniendo presente una perspectiva de solidaridad intergeneracional.

Teniendo presente el conjunto de consideraciones anteriores, estimamos que el derecho de las personas que se protege en el artículo 19 N° 8 de la Constitución, es el de vivir en un determinado medio ambiente, el cual debe ser adecuado para la vida humana, el desarrollo de la persona y sus potencialidades en sus diversos ámbitos, en interacción con el medio o entorno, donde los grados de contaminación se mantengan en un rango y por periodos que no degraden el ambiente del que forma parte la vida y el desarrollo humano, ya que hoy es utópico pensar en la ausencia total de contaminación, como asimismo, garantizando una naturaleza preservada y un respeto por el equilibrio ecológico.

En una redacción que consideramos poco afortunada, la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales sobre el Medio Ambiente, en su artículo 2° literal m), precisa que se entenderá como medio ambiente libre de contaminación, *“aquél en que los contaminantes se encuentran en concentraciones y periodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”*. Consideramos que la disposición precedente citada debió referirse a niveles de contaminantes que afectaren la calidad ambiental dentro de la cual se encuentra la vida y calidad de vida de las personas y no a un riesgo de la salud, ya que la protección de la salud se encuentra asegurada como derecho fundamental autónomo en otra disposición del artículo 19 de la Carta Fundamental. A ello debemos agregar que la cantidad de contaminantes que se requieren para afectar la calidad ambiental de vida de las personas que es lo que protege el artículo 19 N° 8, exige una regla

más estricta que aquella que pueda afectar la salud de las personas asegurada por el artículo 19 N° 9, la cual puede soportar mayores niveles de contaminación.

Este derecho actúa también como supremo principio ambiental, que condiciona toda la política ambiental de los diversos órganos estatales y obliga a conectarla y armonizarla con las demás políticas, ya que todas ellas deben basarse en el respeto integral de la dignidad de la persona humana, la que constituye una unidad en la que todos los derechos deben integrarse armónica y equilibradamente.

Los convenios y tratados internacionales suscritos por Chile en materia medio ambiental son desarrollo directo del artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental. Por ello el Estado chileno no puede tolerar actividades en su territorio con incidencia externa desfavorable al medio ambiente, debiendo considerar el impacto extraterritorial de sus normas ambientales. El Estado asume así gradual y coordinadamente con el resto de los Estados y sus pueblos una conducta y unas acciones destinadas a preservar el medio ambiente en el marco internacional.

Es necesario establecer que el derecho a disfrutar de un medio ambiente libre de contaminación tiene una dimensión de derecho prestacional, ya que exige al Estado y sus órganos desarrollar acciones tendientes a prevenir la contaminación o a descontaminar o a exigir determinadas acciones u omisiones de particulares destinadas a posibilitar la vida de las personas en un medio ambiente adecuado, como lo exige el inciso primero, segunda oración: *“Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”*.

Este artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental debemos relacionarlo asimismo con el inciso final del artículo 1° de la Constitución en la tarea de promover condiciones de igualdad de oportunidades efectivas y reales para participar en la vida nacional, tanto de las personas individualmente consideradas como de los diversos grupos sociales en que ellas se integran, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten la participación en la vida política, social, cultural y económica. Todo ello requiere un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas, el cual sólo puede ser producto y consecuencia de dichas condiciones adecuadas, por lo que el inciso final, frase final del artículo 1° de la Constitución requiere de una interpretación en clave ambientalista.

A su vez, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe conectarse con la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, que afirma el artículo 1° inciso final de la Constitución, respecto de la adopción de decisiones y políticas públicas, las que en ciertas oportunidades no son coherentes con tal disposición cons-

titucional cuando tienden a ubicar las actividades más contaminantes en las regiones más atrasadas o en los lugares en que vive la población más pobre y con menos poder de reacción política, lo que genera discriminación ambiental que es claramente contraria a los valores y principios afirmados por la Carta Fundamental, la que exige un reparto proporcionado y justo de las cargas, que es parte del principio de solidaridad y no concentrar la contaminación ambiental en los lugares donde viven los sectores más desfavorecidos y débiles de la población.

La dignidad humana y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación requieren de la solidaridad y de políticas de reparto proporcionado y justo de las actividades contaminantes y sus costos en las diferentes regiones y sectores sociales. La Constitución no permite degradar desproporcionadamente la calidad de vida y el ambiente de los sectores más débiles de la población, ni en las regiones o localidades más pobres. La calidad de vida y el entorno adecuado debe garantizarse a todos por igual, asegurando un estándar de bienestar que posibilite el ejercicio de la libertad y la igualdad efectivas de todas las personas, la cual depende de las mejoras de las condiciones materiales y de la calidad de vida, la que debe hacerse efectiva para todos. De esta manera opera la función transformadora de la Constitución y la puesta del Estado al servicio de la persona y su desarrollo, dentro de los valores y principios constitucionales asegurados por el artículo 1° de la Constitución. Este derecho no solo constituye una facultad de las personas, sino que es un derecho que tiene un deber correlativo, lo que significa que no sólo el Estado, sino cada una y todas las personas tienen que velar y responsabilizarse por la protección del medio ambiente, asumiendo en su caso su responsabilidad por el daño ambiental producido. Así cada persona tiene la facultad de defender su hábitat, la biosfera y todo aspecto del medio ambiente ante actuaciones antijurídicas (arbitrarias o ilegales desarrolladas por terceros, sean agentes estatales o privados). Los conceptos de preservación de la naturaleza y de conservación del patrimonio ambiental son concepciones constitucionalmente indeterminados, donde el legislador establece bases normativas para orientar la acción del juez constitucional en su tarea de delimitar y configurar tales conceptos que integran el derecho constitucional.

La preservación de la naturaleza ha sido considerada por la antes citada Ley N° 19.300, la que determina en su artículo 2°, literal p) que se entenderá por tal *“el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país”*.

El concepto de preservación debe ser interpretado en conformidad con la Convención para la protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América de 1940, conocida como Convención de

Washington, ratificada por Chile en 1967, la cual vincula el concepto con la prohibición absoluta de explotación de recursos naturales como de realización de actividades comerciales con especies o áreas sujetas a preservación, lo que prohíbe totalmente la explotación de los recursos que formen parte del patrimonio de dicha área.

La norma constitucional establece el deber del Estado chileno no solo de no contaminar el entorno en niveles que afecten la calidad ambiental de vida de las personas y en evitar que miembros de la sociedad lo hagan, sino que debe asegurar también el derecho a vivir en un ambiente ecológico preservado y conservado.

A diferencia de la preservación, el concepto de conservación del patrimonio ambiental, tal como lo establece el artículo 2º, literal b) de la ley 19.300, posibilita *“el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”*. Ello permite una cierta actividad económica que sea compatible con el área mediante una explotación racional de tales recursos.

Los conceptos legales mencionados de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental discurren bajo niveles diferentes de exigencia de incontaminación o de niveles de contaminación, siendo mas exigente el primer concepto que exige mantener preservados los ecosistemas, mientras el segundo sólo exige un uso racional de los elementos del medio ambiente dentro de los parámetros de un desarrollo sustentable.

Esta concepción exige explicitar que el uso racional de los recursos para preservar la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental implica asumir una concepción y un principio de desarrollo sustentable que posibilite la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la calidad del ambiente de las generaciones futuras en un contexto de solidaridad intergeneracional, teniendo presente la capacidad del sistema natural para neutralizar los efectos negativos derivados de la actividad humana sobre el ambiente o entorno, lo que permite determinar el acrecentamiento o disminución del capital ambiental de las generaciones futuras. La solidaridad intergeneracional implica la obligación de respeto y aseguramiento de los principios de conservación de opciones, de la conservación de la calidad y de la conservación del acceso.

A su vez, en esta materia como en otras referentes a derechos fundamentales, debe hacerse efectivo el principio de precaución que determina que quienes deben adoptar decisiones legislativas, administrativas

o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental. En tal perspectiva la declaración de Wingspread determina que cuando una actividad representa una amenaza para el medio ambiente, deben adoptarse medidas precautorias, aún cuando algunas relaciones de causa a efecto no hayan sido totalmente determinadas de manera científica.

La Constitución autoriza así al legislador para establecer restricciones específicas a ejercicio de otros derechos fundamentales para proteger el medio ambiente. Por otra parte, el artículo 19 N° 24 que delimita el derecho de propiedad, establece también como elementos que integran las obligaciones que derivan de la función social de la propiedad la conservación del patrimonio ambiental.

Esta disposición constitucional se refiere a restricciones específicas lo que significa que el legislador debe establecer y determinar los derechos concretos que se verán afectados por las restricciones y las medidas especiales que pueden adoptarse con dicha finalidad.

La titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado tiene un carácter erga omnes, lo que posibilita el uso del recurso de protección como una especie de acción popular o pública, en la medida que el derecho a la protección del medio ambiente es un derecho cuya degradación afecta a toda la comunidad, ya que sus efectos impactan el medio en el cual todos vivimos.

Los titulares del derecho, vale decir, todas las personas, pueden legítimamente accionar, cuando por un acto u omisión ilegal o arbitrario no sólo se contamina afectando la calidad de vida, sino también cuando no se preserva la naturaleza o no se conserva el patrimonio ambiental, indistintamente de la cercanía o lejanía geográfica de quienes impugnen la acción u omisión antijurídica respectiva.

La titularidad del medio ambiente pertenece a todos quienes integran la sociedad, constituye un bien público no susceptible de apropiación exclusiva de nadie, por lo cual los tribunales deben actuar en esta materia como en el ámbito de los demás derechos fundamentales, con el principio *in dubio pro ambiente* y en materia de legitimación activa en materia de recurso de protección con el principio *in dubio pro accione*.

Por otra parte, es necesario señalar que, en el ordenamiento jurídico chileno, aún se mantiene una concepción tradicional y bastante superada de responsabilidad por daño ambiental, consistente en un enfoque jurídico de una presunción meramente legal de responsabilidad por

dicho daño. La tendencia actual en el derecho comparado es la de considerar una responsabilidad objetiva, como lo establece en general el derecho europeo en el Libro Blanco de la Unión Europea, por una parte, como el derecho anglosajón, por otra.

La Revista Justicia Ambiental ofrece un espacio para el análisis de las diversas dimensiones y materias propias del derecho ambiental, siendo un espacio abierto y plural, el cual debe ser aprovechado por todos los operadores jurídicos que trabajan o que tienen interés en el desarrollo del derecho ambiental, como asimismo, contribuye a llenar un vacío de una tribuna especializada en el medio nacional, donde no existía hasta ahora una publicación periódica como la que ofrece la revista que hoy presentamos.

En ella hay espacio para la presentación de estudios como investigaciones y artículos académicos y profesionales sobre las materias de derecho ambiental como los que se presentan en el presente número. Esperamos que, con la riqueza de su análisis sobre temas centrales del derecho ambiental, como asimismo de análisis de importantes fallos de nuestros tribunales superiores de justicia, sean el inicio de una publicación periódica que se mantenga en el tiempo, la que, sin duda, alimentará a los diversos operadores jurídicos del derecho ambiental, como asimismo a los académicos de dicha área.

Deseamos para Justicia Ambiental el mejor de los éxitos en su tarea de análisis, profundización y socialización del derecho ambiental en el medio académico, profesional y jurisdiccional chileno, como asimismo, en todos los interesados en una mejor calidad de vida y de desarrollo sustentable para Chile.



Estudios

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DE ALGUNOS ÓRGANOS INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Pablo Arístegui Sierra*

I.- INTRODUCCIÓN

El debate acerca de si un medio ambiente sano¹ es un derecho humano o no continúa siendo un problema no resuelto del todo. En efecto, en la doctrina podemos encontrar corrientes que discurren desde su negación hasta su reconocimiento como derecho humano en sentido estricto. La jurisprudencia de órganos internacionales,² por su parte, se ha hecho eco de la tendencia al reconocimiento indirecto de este derecho, según veremos *infra*. Los acuerdos y tratados internacionales, universales y regionales, así como los grupos de expertos llamados a referirse sobre la conexión entre el medio ambiente y los derechos humanos, son probablemente la fuente más relevante en el desarrollo de esta cuestión pero han fallado los intentos de este reconocimiento con carácter obligatorio.³ No obstante esto último, han sido las legislaciones nacionales, en particular la de los países en desarrollo, las que han incorporado dentro de sus ordenamientos, sobre todo a nivel cons-

* Investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales y profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Adolfo Ibáñez. Candidato a Doctor, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España y profesor conferenciante de DIP de la misma Universidad.

1 En la literatura sobre el tema es posible advertir un conjunto de adjetivos que acompañan la expresión medio ambiente, tales como: medio ambiente sano; adecuado; ecológicamente equilibrado; que permita una vida digna, etc. Al efecto, véase: KISS, Alexandre, "An introductory note on a human right to environment", en BROWN WEISS, Edith (ed.), *Environmental change and international law: New challenges and dimensions*, United Nations University Press, Tokio, 1992, pp. 192 y ss.

2 Por jurisprudencia, nos referimos tanto a las decisiones de los órganos internacionales propiamente jurisdiccionales como a las Comisiones que generalmente forman parte de los tratados de derechos humanos y que constituyen la antesala de los casos que eventualmente conocerán los tribunales.

3 Hay dos notables excepciones que serán comentadas en el trabajo: el artículo 24 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos firmada en Nairobi en 1981 y el artículo 11 del Protocolo de San Salvador de 1988, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 conocida como Pacto de San José de Costa Rica. El Protocolo entró en vigor en 1999 cuando se cumplió el requisito de la ratificación de al menos 11 Estados; hoy cuenta con 14 Estados tras la última ratificación en 2006 de Bolivia.

titucional, la protección del medio ambiente y el derecho a un medio ambiente sano como auténtico derecho humano.⁴

En cualquier caso, y más allá de esto último, reina cierta confusión y diversos enfoques a la hora de aproximarse al problema del derecho a un medio ambiente sano como eventual derecho humano.

Una de las críticas más contundentes al reconocimiento de un derecho a un medio ambiente sano como derecho fundamental es su inevitable sesgo antropocéntrico⁵ y, por consiguiente, la negación del valor de la flora y fauna en sí mismas.⁶ La pregunta que flota detrás es si el sistema de derechos humanos es necesario - e incluso deseable - para la protección del medio ambiente. En efecto, existen otros mecanismos disponibles para alcanzar el mismo objetivo, como el derecho internacional del medio ambiente en general; los sistemas de responsabilidad, internacionales y nacionales, civiles o penales, desde siempre presentes en el derecho y que se han sumado a la protección del medio ambiente con gran efectividad; o, por último, las normas que regulan el comercio internacional y el sistema multilateral de comercio administrado por la Organización Mundial del Comercio, aunque en este caso existen conflictos de intereses de difícil armonización al igual que en el Derecho internacional de la inversión extranjera.

Sin embargo, y no obstante las críticas que ha recibido el intento de reconocimiento de este derecho como derecho humano, lo cierto es que existe una voluntad cada vez más acusada en dirección a este objetivo. Las decisiones adoptadas por la jurisprudencia de órganos internacionales, como adelantáramos, es el ejemplo más relevante al respecto. Particular importancia por su largo desarrollo en la materia son los casos que veremos de la Comisión Europea de Derechos Humanos⁷ y el

4 Al respecto, véase: Anexo III, Informe sobre Derechos Humanos y medio ambiente presentado por la relatora especial F.Z. Ksentini a la Comisión de Derechos Humanos (Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías) el 6 de julio de 1994. (Texto en español: E/CN. 4/Sub. 2/1994/9).

5 Al respecto, ver: REDGWELL, Catherine, "Life, the Universe and Everything: A Critique of Anthropocentric Rights" en BOYLE, Alan E. y ANDERSON, Michael R., (eds.), *Human Right Approaches to Environmental Protection*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 71 y ss. En un sentido contrario, ver: PALLEMAERTS, Marc, "The human right to a healthy environment as a substantive right", en DÉJEANT-PONS, M. y PALLEMAERTS M., *Human Rights and the Environment*, Council of Europe, 2002.

6 Junto al carácter antropocéntrico, se a criticado también la incertidumbre que rodea la noción de derecho a un medio ambiente sano y la redundancia del mismo en cuanto a que se considere que es posible proteger el medio ambiente a través de otros derechos fundamentales como efectivamente ha ocurrido, dada la omisión a nivel internacional de su reconocimiento con carácter obligatorio.

7 Como se sabe, tras el Protocolo 11 adicional de 1994 la Comisión desapareció y sus funciones fueron asumidas íntegramente por el Tribunal, permitiendo, en consecuencia, ius standi directo a los individuos residentes en cualquiera de los países que forman parte del Consejo de Europa partes del CEDH.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos que paulatinamente han comenzado a reconocer, *vía indirecta*, el derecho a un medio ambiente sano y su protección.⁸

El objetivo de este artículo es ofrecer y ordenar los enfoques diversos aportados por la doctrina dirigidos a comprender la nebulosa que rodea la cuestión del derecho a un medio ambiente sano como derecho humano para luego aplicar dichos esquemas a la hora de estudiar las decisiones de los órganos internacionales en la materia. Junto a esto, parece conveniente exponer la asimetría en el trato sobre el medio ambiente sano como derecho fundamental en las Constituciones de los países desarrollados y en vías de desarrollo, cuestión que se presenta con el objeto de plantear el problema sin ánimo de encontrar ahí las respuestas al objetivo principal del artículo sino que evidenciar la diferencia y sugerir las razones de la misma.

II.- TRES ENFOQUES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS

La protección del medio ambiente es una cuestión relativamente reciente. Sin embargo, como apunta John Meyer, desde una perspectiva de las relaciones internacionales, la estructuración de un régimen mundial del medio ambiente puede rastrearse desde el siglo diecinueve y su formación se caracteriza por ser un fenómeno de doble dirección. En efecto, los principios, normas e instituciones relativas al medio ambiente se caracterizan por ser un proceso *bottom-up*; es decir, han surgido desde las bases mismas de la sociedad (industrializadas) dada la preocupación científica y filantrópica sobre el devenir de la naturaleza y su relación con el hombre. Pero, por otro lado, este régimen mundial del medio ambiente viene pautado por instrumentos e instituciones internacionales que se han adelantado a la acción de los Estados (en vías de desarrollo) y, en ese sentido, el proceso es el inverso: *top-down*. De hecho, el surgimiento de ministerios, agencias o secretarías de medio ambiente en los diversos Estados se debió a la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente (PNUMA)⁹ tras la Conferencia de Estocolmo de 1972.

8 Cabe señalar, sin embargo, que a principios de la década de los setenta, algunas propuestas fueron hechas para elaborar un Protocolo adicional a la Convención reconociendo el derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano en estricto rigor pero las iniciativas resultaron finalmente infructuosas.

9 MEYER, John M., et al., "The Structuring of a World Environmental Regime, 1870-1990", International Organization, vol. 51, n° 4, 1997, pp. 555-589.

El énfasis sobre el medio ambiente sano bajo la perspectiva de los derechos humanos lo encontramos por primera vez en la Declaración adoptada al término de la mencionada Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972.¹⁰ El Principio 1 de la declaración señala que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuada en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”. Menos enérgica al respecto fue la Declaración de Río,¹¹ veinte años más tarde, donde el Principio 1 nos dice que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. A medio camino entre ambas conferencias se encuentra la Carta Mundial de la Naturaleza adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1982, en la que se proclama el derecho de toda persona a participar, de forma individual o colectiva, en la elaboración de las decisiones que afecten directamente a su medio ambiente y, en el caso que éste resultara dañado, a tener acceso a la justicia para obtener reparación.¹²

Estos tres ejemplos son representativos de la intensidad con la que la comunidad política internacional ha querido abrazar la cuestión ambiental desde su aparición en escena. Por su parte, y a partir de aquí, la doctrina se ha hecho eco de cada uno de ellos de una u otra forma, con matices. Entre los distintos enfoques que hemos podido identificar relativos a la relación entre la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, hay tres que destacan y que a continuación se exponen brevemente.

A.- Primer enfoque: La necesidad de un derecho humano a un medio ambiente adecuado

Un primer enfoque, apuntado por Michael Anderson,¹³ concibe esta relación en al menos dos vías:

- 1.- Se puede conceptualizar la protección del medio ambiente como un medio para lograr el objetivo final consistente en el cumplimiento de los estándares implícitos en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Es decir, se

10 El PNUMA fue creado mediante la Res. 2997 (XXVII) de 1972 de la Asamblea General de las N.U.
 11 Declaración sobre desarrollo y medio ambiente, Principio 1, Report of the UN Conference on the Environment and Development (New York, 1992), UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1
 12 Carta Mundial de la Naturaleza. Res. 37/7, A.G. de las Naciones Unidas, 28 de octubre de 1982, en particular, parágrafo 23.
 13 ANDERSON, Michael, “Human Rights Approaches to Environmental Protection: An overview”, en BOYLE, Alan, y ANDERSON, Michael., (Eds.), Human Rights Approaches to Environmental Protection, Oxford, UK, Clarendon Press, 1996, p. 3.

plantea que la degradación del medio ambiente contribuye directamente a la vulneración del goce de ciertos derechos, tales como los derechos a la vida, a la salud, al trabajo, por lo que dicha degradación implica una violación directa de estos derechos.

- 2.- Se puede sostener que la protección de los derechos humanos es un mecanismo efectivo para lograr los objetivos finales de conservación y protección del medio ambiente.

La variación más ambiciosa de esta segunda vía o relación medio ambiente-derechos humanos, señala Anderson, apuntaría a que hay y debería haber un derecho humano inalienable a un medio ambiente satisfactorio. Puesto en estos términos, no es más el impacto del medio ambiente en los demás derechos humanos el foco de atención legal sino que la calidad del medio ambiente en sí misma.

B.- Segundo enfoque: La protección de medio ambiente en función de los derechos de primera y segunda generación

Por su parte, Philippe Sands,¹⁴ entre otros, sostiene que el vínculo entre el derecho internacional de los derechos humanos y la protección del medio ambiente debe ser encauzado dentro del contexto que distingue entre derechos de primera y segunda generación;¹⁵ es decir, entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos y sociales, respectivamente. De este modo, y expuesto de modo inverso:

- 1.- La naturaleza y extensión de los derechos económicos y sociales determinan los derechos substantivos a los que tienen título los individuos, incluyendo, en particular, el nivel bajo el cual los estándares medioambientales (por ejemplo en relación con la polución) no deben caer de un umbral determinado para que éstos permanezcan legales. En otras palabras, son estos derechos (los económicos y sociales) los que permiten considerar si los estándares y condiciones medioambientales están siendo mantenidos en niveles satisfactorios.

14 SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2ª ed., 2003.

15 Otros autores, en cambio, conciben el derecho a un medio ambiente sano como un derecho de tercera generación, término acuñado por primera vez por Karel Vasak, consejero legal de la UNESCO, para describir al grupo de objetivos políticos alcanzables a través de la acción internacional concertada. Al respecto, ver: VASAK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-Unesco, 1984; DOWNS, J.A., "A Healthy and ecologically balanced environment: An argument for a third generation right", en *Duke Journal Comparative and International Law*, 1993, pp. 351 y ss.

De este modo, la degradación del medio ambiente puede ser vinculada a la violación de un conjunto de derechos que forman parte de la segunda generación, como, inter alia, el derecho a la salud, al trabajo (y a las condiciones higiénicas en éste), el derecho de los pueblos a disponer de sus riquezas y recursos naturales, la protección de los niños contra la explotación social, el derecho a beneficiarse de los progresos científicos y sus aplicaciones, etc.

- 2.- Los derechos civiles y políticos son igualmente capaces, señala Sands, de crear obligaciones reales y ejecutables en relación con el medio ambiente y los problemas conexos a éstos. Del conjunto de estos derechos (como el derecho a la vida, el derecho a la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes o el derecho contra la discriminación, etc.), destacan un conjunto de derechos que en cierta forma se encontraban ya en la Carta Mundial de la Naturaleza así como en el Principio 10 de la Declaración de Río: el acceso a información sobre el medio ambiente; derecho a participar en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente; y el derecho a un acceso efectivo a la justicia y a los procedimientos administrativos, incluyendo el derecho a la reparación.

Sobre estos derechos de naturaleza más bien procesal, cabe señalar que han adquirido en los últimos años una importancia capital. El conjunto de estos derechos pareciera ser finalmente el camino más eficaz para alcanzar un acuerdo político en cuanto al rol que debería cumplir el derecho internacional de los derechos humanos en la protección del medio ambiente.¹⁶ Esto último se ha visto reforzado con la Convención de Aarhus firmada en Dinamarca en 1998 sobre el acceso a la información, la participación en las decisiones y el acceso a la justicia en cuestiones medioambientales.¹⁷

16 Al respecto, ver: BOYLE, Alan, "The Role of International Human Rights Law in the Protection of the Environmental" en BOYLE, Alan y ANDERSON, Michael., (eds.), *Human Right Approaches to Environmental Protection*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 43 y ss. También, ver: PALLEMAERTS, Marc, "Proceduralizing environmental rights: the Aarhus Convention on Access..." en *Human Rights and Environment, Proceeding of a Geneva Environment Network roundtable*, Naciones Unidas, 2004. [En línea] www.environmenthouse.ch/docspublications/reports-Roundtables/Human%20Rights%20Env%20Report.pdf [fecha de consulta: 17 de mayo de 2010]; DÉJEANT-PONS, Maguelonne, "Human right to environment procedural right", en PONS, M y PALLEMAERTS, M., *Human Rights and the Environment*, Council of Europe, 2002.

17 No obstante haberse dado en el contexto paneuropeo, la Convención de Aarhus se encuentra abierta a la firma de cualquier Estado miembro de Naciones Unidas aunque a la fecha ningún país fuera de los que participaron en la Convención ha declarado su intención de formar parte de la misma. Entró en vigor el 30 de octubre de 2001 cuando se cumplió el requisito de que al menos 16 países la ratificaran.

C.- Tercer enfoque: La protección del medio ambiente como parte del contenido de algunos derechos humanos y como límite o restricción al ejercicio de los derechos reconocidos

Un tercer enfoque, por último, es el expuesto por le juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Loukis Loucaides,¹⁸ que distingue, a partir de la jurisprudencia del tribunal, dos medios diferentes para otorgar protección al medio ambiente bajo el Convenio:

1.- Un primer medio o vía para proteger el medio ambiente bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sería considerar dicha protección como parte de derechos individuales reconocidos por el Convenio, como el derecho a la vida y a la vida privada y familiar, el derecho a la propiedad o el derecho a la información.

En todos estos casos, no obstante, la protección del medio ambiente se verá en principio limitada por los requisitos que deben cumplirse para poder invocar dichos derechos en el contexto del medio ambiente. En efecto, los individuos deben demostrar que han sido víctimas en una situación particular toda vez que el Convenio no contempla la *actio popularis*. La protección no se extiende más allá de las víctimas directas o indirectas de acciones u omisiones del Estado y, por tanto, el mecanismo de protección se activa una vez producido el daño, no antes, a menos que el demandante pruebe la existencia de una probabilidad real de violación de su derecho que le permita a la Corte actuar de manera preventiva. En cualquier caso, como veremos, uno de los aspectos más destacables sobre este desarrollo jurisprudencial ha sido el reconocimiento de que la actitud del Estado no puede limitarse a una omisión o no intervención para que el derecho en cuestión no se vea lesionado, sino que, en múltiples ocasiones, será necesaria su acción positiva para evitar dicha lesión.¹⁹

2.- Un segunda vía para proteger el medio ambiente bajo el CEDH, sería considerar dicha protección como una legítima restricción al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio.

18 LOUCAIDES, Loukis, "Environmental protection through the jurisprudence of the European Convention on Human Rights", en *The British Year Book of International Law*, 2004, pp. 249-267.

19 Una caracterización habitual entre los derechos de primera y segunda generación es considerar a los primeros como aquellos derechos oponibles frente al Estado; derechos que limitan la acción del mismo, mientras que los segundos exigen por su parte una acción positiva de parte del Estado. Sin embargo, no es correcto apreciar esta cuestión de manera dividida, en tanto que los derechos de primera generación también exigirán una acción positiva por parte de los órganos del Estado. Los asuntos sobre medio ambiente del TEDH así lo confirman.

Las mismas consideraciones, apunta Loucaides, que han conducido a la expansión de la protección legal del medio ambiente a través del primer método, han hecho necesaria la aceptación de la restricción de relevantes derechos bajo el Convenio.²⁰ Es decir, la acción del Estado no debe, bajo ciertas circunstancias, limitarse a no intervenir con el fin de no lesionar los derechos y libertades individuales sino que debe actuar positivamente con el fin de proteger al medio ambiente; protección que, a su turno, y por tanto en un sentido circular, asegura el ejercicio pleno de los mismo derechos y libertades.

Bajo este segundo modo de proteger el medio ambiente, cobra mayor importancia el *margen de apreciación* de que goza un Estado al momento de tomar una decisión en relación con la protección del medio ambiente y que pueda eventualmente lesionar el derecho de un tercero. La tarea del Tribunal será la de evaluar dicho margen de modo que se mantenga un justo equilibrio que justifique la restricción al ejercicio de un derecho determinado. Como se aprecia, los casos que pueden surgir del primer modo son diferentes al segundo, porque el demandante será normalmente un particular que alega una intromisión ilegítima de parte de su Estado que lesiona directa o indirectamente su derecho (generalmente será el derecho a la propiedad, según veremos infra), pero que, bajo el criterio del margen de apreciación, se entiende que corresponde a un límite legítimo de ese derecho y en consecuencia afín al Convenio y protector del medio ambiente.

III.- ALGUNAS RELACIONES ENTRE LOS ENFOQUES EXAMINADOS

Hemos visto que la relación entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos ha sido planteada bajo diversos enfoques. Las relaciones, por su parte, que pueden desprenderse entre ellos no son, naturalmente, unas relaciones de identidad pero sí de correspondencia. Si bien es cierto que hay varias diferencias entre los modos de concebir el vínculo medio ambiente-derechos humanos, también es posible advertir y acentuar las similitudes.

En el primer y segundo enfoque, es bastante claro que la protección del medio ambiente puede entenderse como un medio o como un fin. Como medio, en el sentido que su protección es necesaria para la realización

20 Op. cit., nota 18, p. 260.

y disfrute de los derechos y libertades individuales; como fin, en el sentido de que no resulta suficiente lo anterior y por lo tanto parece cada vez más urgente la necesidad de elevar de grado su calidad en aras de una mayor y real protección del medio ambiente en sí mismo, más allá de la discusión sobre el antropocentrismo apuntada *supra*.

En cuanto al tercer enfoque, algo similar puede decirse. En efecto, la protección del medio ambiente como parte integrante en la protección de otros derechos y libertades individuales, como el derecho a la vida privada y familiar, supone concebir a dicha protección como un medio y no un fin. Por su parte, la protección del medio ambiente como legítima restricción al ejercicio de determinados derechos y libertades, estaría considerando al medio ambiente adecuado no ya como un medio necesario para la realización de otros derechos sino como un fin en sí mismo que "compite" con los demás derechos reconocidos.

Ahora bien, como dijimos, la relación es de correspondencia y no de identidad. El primer enfoque entiende que la protección del medio ambiente es un medio para la realización de todos los derechos, sin distinguir entre derechos de primera y segunda (incluso tercera y cuarta) generación. Mientras que el segundo enfoque, entiende que sería un medio respecto de los derechos de segunda generación, reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.²¹ Por su parte, la protección del medio ambiente y el derecho a un medio ambiente sano como fin, en el primer enfoque sería un derecho aun no reconocido a nivel internacional universal, mientras que para el segundo enfoque sería un derecho que coincidiría con los derechos de primera generación, reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²² en su acepción procesal.

Por su parte, el tercer enfoque no discurre por la distinción hecha sobre las generaciones de derechos sino que diferencia dos situaciones muy diferentes: la protección del medio ambiente mediante la interpretación extensiva y dinámica del CEDH, y la limitación de los derechos reconocidos por el mismo y sus Protocolos adicionales en aras de dicha protección. En el primer caso a los demandantes se les reconoce un derecho de modo extensivo, mientras que en el segundo caso, se les desconoce el mismo efecto, pero por razones similares, a saber, la protección del medio ambiente. A mayor abundamiento: mientras en el primer caso los intereses del demandante son oídos, en el segundo son desatendidos a favor del actuar del Estado que motivó dicha demanda,

21 Adoptado por la AGNU, Res. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

22 Adoptado por la AGNU, Res. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

en función del margen de apreciación con que cuenta todo Gobierno en el momento de decidir su política ambiental.

Una última diferencia relevante entre los enfoques presentados viene dada por el reconocimiento de derechos relativos al acceso a la información, la participación en las decisiones y el acceso a la justicia en cuestiones medioambientales. Como dijimos más arriba, el conjunto de estos derechos, reconocidos universalmente en instrumentos de *soft law* como la Carta Mundial de la Naturaleza y el Principio 10 de la Declaración de Río y, de manera vinculante en el ámbito regional en la Convención de Aarhus de 1998, parecen ser el máximo umbral alcanzado a nivel político sobre la materia. Pues, bajo el segundo enfoque este conjunto de derechos representan lo que hemos denominado la protección del medio ambiente como fin, mientras que bajo el primer enfoque, este conjunto de derechos se quedaría "corto" en cuanto al mismo fin. Como apunta Anderson, se requiere de una concepción sustantiva y no procesal del derecho a un medio ambiente sano para su auténtica protección. En otras palabras, no basta con dicho conjunto procesal de derechos o derechos participativos, propios de sociedades democráticas, porque "las democracias son enteramente capaces de la destrucción medioambiental, e incluso pueden estar estructuralmente predispuesta a un consumo desbocado".²³

En cuanto al tercer enfoque, este conjunto de derechos participativos o procesales se encuentran insertos dentro del primer modo, es decir, como la manera de proteger el medio ambiente mediante la incorporación de éste dentro de los derechos individuales reconocidos por el CEDH, no como un derecho sustantivo propiamente tal.

En suma, los enfoques expuestos son un resumen de los diversos modos en que se ha entendido la relación que existe (o debería existir) entre los derechos humanos y el medio ambiente. Entre ellos hay una correspondencia en cuanto a que entienden que dicha relación puede ser una relación de medio o una relación de fin en sí misma. Sin embargo, existen varias diferencias conceptuales que impiden asimilar estas visiones o paradigmas, lo que no supone un problema aunque sí una dilatación de la discusión en detrimento de objetivo principal: la protección del medio ambiente ante la realidad cada vez más palmaria de su degradación a escala global.

23 Op. cit., nota 18, p. 10.

IV.- IDENTIFICACIÓN Y VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE ALGUNOS ÓRGANOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA AMBIENTAL

Como adelantáramos en la introducción, la jurisprudencia internacional se ha hecho eco de la necesidad de proteger el medio ambiente dada su cada vez menos discutida conexión con los derechos humanos, asentando esta vía como otra más al objetivo de la protección medioambiental.

Dado la mayor cantidad de casos sobre esta cuestión en la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, partiremos examinando algunas de sus sentencias más relevantes sobre el tema para luego referirnos a otras de la Comisión y del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos así como a un caso relativamente reciente de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

A.- Las decisiones de los órganos creados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

A pesar de que el CEDH no protege expresamente el medio ambiente ni tampoco se refiere al mismo en ninguna de sus disposiciones ni en sus Protocolos adicionales, y de que el TEDH ha señalado que ni el artículo 8 del Convenio ni ningún otro están específicamente diseñados para proveer una protección general al medio ambiente en cuanto tal,²⁴ lo cierto es que su jurisprudencia ha demostrado que el Convenio es un “instrumento vivo”,²⁵ capaz de adaptarse a sí mismo para enfrentar los nuevos desafíos producto de las nuevas amenazas y de los riesgos de escala global creados por la sociedad.

1) Las decisiones de la Comisión y el TEDH

Junto a este primer obstáculo al que se enfrentan las demandas que están en estrecha relación con el medio ambiente adecuado como a su protección, se requiere que los solicitantes hayan sido víctimas directas o indirectas de alguna acción u omisión del Estado, razón por la cual se han desestimado aquellas demandas donde no ha habido daño a juicio de la Comisión o del Tribu-

24 Kyratos c. Grecia, sentencia de 22 de agosto de 2003, solicitud 41666/98, párrafo 52, disponible - como otros documentos que se citan a continuación - en Internet [En línea] www.echr.coe.int [fecha de consulta: 17 de mayo de 2010].

25 Op. cit., nota 18, p. 1.

nal, o éste aún no se ha producido. Así, por ejemplo, en el asunto Gounaridis, donde se alegaba que la construcción de una carretera periférica afectaría el derecho a la vida privada y familiar por las consecuencias que probablemente tendría dicha construcción, la Comisión rechazó la solicitud porque el daño medioambiental que eventualmente se produciría, no afectaba al derecho invocado bajo el artículo 8 del Convenio.²⁶ Es decir, no se era víctima, ni directa ni indirectamente y, por tanto, cabía rechazar la demanda. En otras palabras, puede que el daño ambiental exista, pero eso no supone *ipso iure* que se produzca necesariamente un daño colateral a alguno de los derechos reconocidos por el Convenio.

En cuanto a la producción del daño propiamente tal, hay diversos casos donde la demanda ha sido rechazada porque dicho daño no se ha producido. Muchas de estos casos se refieren a la construcción, prueba o consecuencias de la utilización o trabajo con material nuclear. En el caso *Tauira*,²⁷ los solicitantes alegaron que las pruebas nucleares francesas en el océano pacífico en 1995 violaban sus derechos a la vida, a la vida privada y a su propiedad. Sin embargo, la Comisión consideró que no se aportaron suficientes pruebas que confirmasen contundentemente un daño a la salud y consideró, además, que la distancia entre el lugar de las pruebas nucleares y el lugar donde viven los solicitantes era lo suficientemente grande lo que suponía, en cualquier caso, consecuencias potenciales que no quedaban protegidas por el Convenio.

En el asunto *Balmer-Schafroth*,²⁸ los solicitantes alegaban que se les había negado su derecho a demandar la revisión judicial respecto de la decisión del Consejo Federal suizo relativa al otorgamiento de una licencia a una compañía para operar una planta nuclear. El Tribunal, a pesar de aceptar que los solicitantes fueron efectivamente víctimas en cuanto al derecho contemplado en el artículo 6 del Convenio, consideró que no había en dicho caso un vínculo directo entre las condiciones de operación de la planta de energía nuclear y el derecho de los demandantes a la protección de su integridad física. En palabras del Tribunal: “se falló en demostrar que el funcionamiento de la estación de energía expusiera personalmente a un daño que no fuera solo serio sino que, también, específico y, sobre todo, inminente”.

26 Gounaridis y otros contra Grecia, solicitud 41207/98.

27 Taura y Otros c. Francia, solicitud 28204/95, sentencia de 4 de diciembre de 1995. A una conclusión similar llegó la Comisión en el asunto LCB c. Reino Unido, sentencia de 9 de junio de 1998.

28 Balmer-Schafroth and Others c. Switzerland, sentencia de 26 de agosto de 1997, Informe 1997-IV.

El problema, en este caso, se halla a nivel de la prueba, por lo que, al menos teóricamente, superados los escollos probatorios, la protección al medio ambiente podría también ser objeto de protección a través del artículo 6 del Convenio.

El mismo enfoque adoptó el Tribunal en el asunto *Athanassoglou*²⁹ pero destaca en este caso la opinión disidente de cinco jueces, quienes señalaron lo siguiente: “los peligros presentes para el medio ambiente y para la población por tales instalaciones [instalaciones nucleares] hace aún más necesario que tales decisiones queden sujetas a revisión por un tribunal imparcial e independiente en un proceso contradictorio”, y que, “es virtualmente imposible probar los daños inminentes en el caso de los daños inherentes de las instalaciones: las catástrofes que han ocurrido en numerosos países fueron obviamente imprevisibles o, en cualquier caso, imprevistas”.

El artículo 6 del Convenio, relativo al derecho a un proceso equitativo, no ha encontrado cabida dentro del Tribunal Europeo como medio idóneo para incluir la protección indirecta del medio ambiente en cuanto tal, en particular, como hemos visto, por problemas de orden probatorio relativos a la calidad de víctima y en cuanto al daño.

Sin embargo, la protección del medio ambiente por daños al mismo o por problemas medioambientales derivados de la contaminación acústica, según el Tribunal, a partir de la década de los 80, pueden afectar el derecho a la vida privada y familiar así como a la propiedad. El punto de partida fue el caso *Arrondelle*,³⁰ donde la Comisión aceptó, tácitamente, que los ruidos provenientes del aeropuerto de Gatwick, en Londres, afectaban seriamente la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio) y el derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo adicional 1) de la señora Arrondelle; sin embargo, el conflicto se solucionó por vía amistosa lo que supuso una indemnización que cubrió el menor valor de la propiedad producto de los ruidos.

El reconocimiento explícito por parte de la Comisión y del Tribunal acerca de que el derecho a la vida privada y familiar protegido por el artículo 8 podía verse lesionado como resultado de problemas ambientales como el de ruidos excesivamente molestos, vino de

29 Athanassoglou c. Suiza, solicitud 27644/95.

30 Arrondelle c. Reino Unido, solicitud 7889/77.

la mano de dos casos: Poewll y Rayner³¹ y Baggs,³² ambos relativos a ruidos provenientes esta vez del aeropuerto de Heathrow en Londres. Aunque el caso no llegó a ser conocido en el fondo por el arreglo amistoso al que se llegó entre las partes, el pronunciamiento de la Comisión al respecto resulta notable en cuanto a que expresa que el Estado no sólo debe respetar sino que también proteger el derecho garantizado por el artículo 8; es decir, se borra la concepción acerca de que los derechos, cualquiera sea su "generación", suponen nada más una omisión o una acción positiva de parte del Estado, sino que, dependiendo del caso, se requerirá de ambas.

Con respecto a la queja de los demandantes presentada bajo el artículo 1 del protocolo adicional 1, la Comisión señaló que la provisión relativa al derecho de propiedad dice relación, principalmente, con la confiscación arbitraria de la misma y que, por tanto, en principio, no protege el derecho al disfrute pacífico de la propiedad en un medio ambiente agradable. Y que, si bien es cierto que los ruidos molestos pueden eventualmente incidir sobre el precio de mercado de las propiedades, los solicitantes no allegaron suficientes pruebas al respecto.

Los ruidos molestos provenientes del aeropuerto de Heathrow en Londres han sido motivo de un nuevo caso - el asunto Hatton³³ - donde se alegaba que la introducción de un nuevo esquema de vuelos nocturno afectaba considerablemente el derecho a la vida privada y familiar. La Tercera Sala del Tribunal tomó en consideración el margen de apreciación de que goza el Estado quien invocó consideraciones económicas de bienestar para todo el país. Y su conclusión fue que el bienestar económico del país, en este caso en particular, no es suficiente para contrarrestar el derecho de los solicitantes a sus vidas privadas y familiares.

Fue, como se advierte, un avance a favor de las consideraciones medioambientales como factor determinante en la protección de derechos y libertades individuales. Sin embargo, el asunto fue revocado por la Gran Sala del Tribunal. Las razones tenidas en cuenta para ello fueron fundamentalmente aquellas que tienen relación con el alto margen de apreciación de que gozan los Estados a la hora de poner en la balanza los beneficios y bienestar económicos de la sociedad, versus el malestar de algunos que muchas veces suponen dichos beneficios.

31 Poewll y Rayne c. Reino Unido, solicitud 9310/81.

32 Baggs c. Reino Unido, solicitud 9310/81.

33 Hatton y Otros Reino Unido, solicitud 36022/97, sentencia de 8 de julio de 2003.

No obstante, este no fue el parecer de todo el Tribunal como lo demuestra la opinión disidente de los jueces Costa, Röss, Türmen, Zupancic y Steiner, donde se destaca la referencia al cerrado vínculo entre la protección de los derechos humanos y la urgente necesidad de descontaminar el medio ambiente, así como la necesidad de reenfocar el peso relativo de las consideraciones económicas sobre las condiciones básicas de salud.

Un caso más cercano en el tiempo en donde los ruidos molestos y excesivamente desagradables fueron el motivo de la demanda, afectó esta vez a una ciudadana española en la ciudad de Valencia - asunto *Moreno Gómez*³⁴- que residía en medio de locales nocturnos que atendían hasta altas horas de la madrugada, en particular, durante los fines de semana. Resulta que en esta oportunidad fue el Ayuntamiento el promotor de este tipo de actividades, declarando el lugar como "zona acústicamente saturada", por lo que el Tribunal consideró que la solicitante había sufrido una seria infracción a su derecho al respeto de su vida privada como resultado del fracaso de la autoridad en tomar acciones contra los disturbios nocturnos y, por ende, el fracaso respecto de su obligación de garantizar el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 de la Convención.

En el emblemático caso *López Ostra contra España*³⁵, el Tribunal fue más allá de la contaminación ambiental por ruido y reconoció que los olores, humos y ruidos producidos por una planta de tratamiento de aguas instalada por el Ayuntamiento muy cerca del hogar de la solicitante afectaba severamente su vida privada y familiar, aunque no así su salud. El Tribunal señaló en esa oportunidad, que el Estado no había logrado alcanzar el debido equilibrio entre el bienestar económico del poblado beneficiado de la planta de tratamiento, y el efectivo disfrute de la solicitante de su derecho a su vida privada y familiar.

En cuanto al derecho a la vida, contemplado en el artículo 2 del Convenio, y su conexión con el medio ambiente, ha sido puesto de relieve en el asunto *Oneryildiz contra Turquía*,³⁶ donde la Gran Sala confirmó la sentencia de la Tercera Sala de 18 de junio de 2002, señalado lo siguiente: "... una violación al derecho a la vida puede ser vista en conexión con problemas de orden medioambiental en relación no sólo con las esferas mencionadas por el Gobierno, sino

34 Moreno Gómez c. España, solicitud 4143/02, sentencia de 16 de noviembre de 2004.

35 López Ostra c. España, solicitud 16798/90, sentencia de 9 de diciembre de 1994.

36 Oneryildiz c. Turquía, solicitud 48939/99, sentencia de 30 de noviembre de 2004 (Gran Sala).

que también con otras áreas probables de levantar serios riesgos para la vida en diversos aspectos del derecho a la misma. En esa conexión se debe reiterar que el reciente desarrollo de los estándares europeos a este respecto confirma el aumento de la conciencia acerca de los deberes que incumben a las autoridades públicas en el campo del medio ambiente, particularmente en relación con instalaciones de almacenamiento de residuos domésticos y el riesgo inherente en su tratamiento”.³⁷

En lo concerniente al acceso a la información sobre peligros medioambientales, el asunto más relevante al respecto es el caso *Guerra y Otros contra Italia*³⁸. En este caso, la Comisión consideró que se había lesionado el derecho reconocido en el artículo 10 de la Convención porque las autoridades competentes del gobierno respectivo no tomaron las medidas necesarias para informar a los solicitantes sobre los peligros en el medio ambiente que podían tener consecuencias para la salud de los mismos. A este respecto, la Comisión resaltó las obligaciones positivas del Estado en el sentido de que no sólo existe la obligación de hacer accesible la información sobre el medio ambiente y su contaminación, sino que debe, además, reunir, procesar y distribuir dicha información, la cual, por su propia naturaleza, no se encuentra directamente accesible al público en general.

2) Valoración de las decisiones a la luz de los enfoques seleccionados

Pues bien, teniendo en mente el conjunto de casos hasta ahora expuestos, cabe preguntarse si los enfoques descritos en el apartado anterior son aplicables y cómo les son aplicables.

El enfoque del juez Loukis Loucaides, sobre el cual se ha basado la descripción de estos casos es, naturalmente, el que mejor describe la relación entre protección del medio ambiente y derechos humanos. En efecto, todos los asuntos reseñados suponen considerar a la protección al medio ambiente como parte de derechos individuales reconocidos por el Convenio; no como restricciones a los mismos.

Bajo el enfoque de Michael R. Anderson, estos casos representarían el camino descrito por la primera vía, es decir, la protección del medio ambiente como un medio para lograr el objetivo final consistente en el cumplimiento de los estándares implí-

³⁷ Ibid, par. 64.

³⁸ Guerra y Otros c. Italia, sentencia de 19 de febrero de 1998.

bitos en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. No son casos donde el medio ambiente alcance unos niveles de reconocimientos autónomos y, por tanto, si bien es cierto que representan un avance extraordinario en relación con el pasado, son todavía insuficientes si el objetivo es la máxima protección posible del medio natural. La razón de esto es evidente: no ha habido acuerdo político suficiente para integrar dentro del Convenio un derecho explícito a la protección del medio ambiente, como el reconocido, por ejemplo, en artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.³⁹

Bajo el enfoque de Philippe Sands, resulta pertinente recordar que, según este autor, por un lado, la naturaleza y extensión de los derechos económicos y sociales determinan los derechos substantivos a los que tienen título los individuos, incluyendo, en particular, el nivel bajo el cual los estándares medioambientales no deben caer de un umbral determinado para que éstos permanezcan legales, lo que parece recoger bien los razonamientos de la Comisión y de Tribunal cuando aluden al margen de apreciación de que gozan los Estados y el debido equilibrio que deben guardar entre las consideraciones económicas de bienestar y la protección medioambiental.

Por su parte, sólo el caso *Guerra y Otros contra Italia*, donde se encuentra involucrado el derecho a la información, en particular, la obligación del Estado de proveerla en cuestiones ambientales, se aleja del primer modelo del enfoque de Sands y coincide más bien con el segundo de ellos, porque lo cierto es que, en este caso, la Comisión fue más allá en cuanto consideró con más ahínco que nunca a dicho derecho en su versión positiva, es decir, en la carga que pesa sobre el Estado en proveer, e incluso difundir, información relativa al medio ambiente, configurando, a nuestro entender, un auténtico derecho de primera generación en su versión procesal relativo a la información medioambiental, a través de una interpretación extensiva y dinámica del Convenio.

39 El artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ubicado en el Capítulo IV titulado Solidaridad, señala: "Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad". Para subrayar la importancia del documento, los presidentes de las tres instituciones principales de la UE -Consejo, Comisión y Parlamento- participaron en Estrasburgo en una sesión solemne de la Eurocámara el día 12 de diciembre de 2007, un día antes de la firma en Lisboa (fracasada en primera instancia), en la que expresaron su apego a los principios de la Carta, cuyo contenido completo será publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

A continuación, algunos casos basados no ya en la interpretación extensiva de ciertos derechos reconocidos por el Convenio en orden a incorporar aspectos ambientales, sino en la limitación de ciertos derechos con el objeto de proteger el medio ambiente según la clasificación del juez Loucaides.

En *Uuhiniemi y Otros contra Finlandia*,⁴⁰ los propietarios de una extensión de tierra alegaron la lesión de sus derechos de propiedad por la acción del Estado en virtud de un programa de protección de ríos y riberas de lagos. En esa ocasión, la Comisión consideró que si bien era cierto que el programa tenía ciertas repercusiones en los derechos de los solicitantes, se había guardado el justo equilibrio entre los intereses en juego y el objetivo del programa en cuestión, el cual reflejaba las exigencias de los intereses generales de la comunidad en cuanto a preservación medioambiental se trataba; “la protección del medio ambiente constituye una consideración cada vez más importante en la sociedad actual”, afirmó la Comisión.⁴¹

Muchos han sido los casos en los que se alega por parte de los solicitantes que se les ha lesionado su derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo Adicional 1 al Convenio y que, sin embargo, la Comisión ha reconocido que los planes de control son necesarios y deseables en orden a preservar áreas de excepcional belleza, tanto para los visitantes como para los habitantes.⁴²

En todos ellos, la cuestión sobre el margen de apreciación y el debido equilibrio que debe guardarse entre los intereses económicos de la sociedad toda y el bienestar de la misma como resultado de la protección medioambiental, se encuentran presentes con más fuerza todavía que en los casos que no suponen restricción de derechos sino lesión de los mismos.

Sobre este tipo de casos, los enfoques diseñados por la doctrina encuentran más coincidencias que diferencias, al menos a nivel conceptual. En efecto, bajo el enfoque de Anderson, este modo de proteger el medio ambiente se acerca mucho a su consideración del medio ambiente como derecho protegido en cuanto tal. En el caso de Sands, podríamos afirmar que, el derecho al

40 Uuhiniemi y Otros c. Finlandia, solicitud 21343/93.

41 Ibid 45.

42 Al efecto, ver: Herrick c. Reino Unido, Decisions and Reports 42, 275; Photiades Ltd c. Cyprus, solicitud 41113/98; Denev c. Suecia, Decisions and Reports 59, 127.

acceso a la justicia así como a la reparación en caso de daño ambiental, podría encajar con la interpretación de la Comisión y el Tribunal toda vez que se ha abierto la puerta para que no sólo se proteja el medio ambiente frente a individuos que ven lesionados sus derechos como consecuencia de ello, sino que se le proteja como consecuencia de acciones e incluso omisiones de parte de Estado en su obligación de protegerlo.

B.- Las decisiones en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

Antes de examinar algunos casos conocidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta imprescindible hacer algunas observaciones relativas a la particular realidad americana.

En primer lugar, cabe señalar que a nivel internacional sólo la región del continente americano ha reconocido un derecho humano sustantivo relativo a un medio ambiente sano. En efecto, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador de 1988, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, establece que: (1) "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos"; y (2) "Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

Sin embargo, y a pesar de lo original e innovador de la región al respecto, sólo los derechos reconocidos en el párrafo a) del artículo 8 y el artículo 13 fueron dotados del sistema de protección establecido en los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH, relativo al sistema de peticiones individuales; peticiones que son canalizadas por conducto de la Comisión y, a través de ésta, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, el único sistema de protección contemplado en el Protocolo es la obligación de los Estados de elaborar informes periódicos sobre los cuales la Comisión podrá realizar las observaciones pertinentes.

Otro rasgo particular del continente americano es que la gran mayoría de las sentencias que de un u otro modo reconocen la protección del medio ambiente como un derecho, giran en torno a las demandas de pueblos indígenas de la zona. En la actualidad, existen más de 20 instrumentos internacionales relativos a los pueblos indígenas,⁴³ donde se

43 Estos documentos se encuentran ordenados en la página web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [En línea] <http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.xiii.htm> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2010].

establecen unos criterios protectores que, al margen de su innegable valor y avance en la materia, han sido en alguna medida criticados por su tendencia a tratar a los grupos indígenas como objetos de protección más que como sujetos legales capaces de ejercer derechos.⁴⁴

Ahora bien, a pesar de contar la región con el reconocimiento explícito de un derecho humano a vivir en un medio ambiente sano, sólo hemos encontrado una sentencia de la Corte en la que se hace mención expresa al artículo 11 del Protocolo de San Salvador en el marco de una denuncia por parte de la Comunidad indígena *Yakye Axa*.⁴⁵ Sin embargo, los derechos violados no fueron aquellos que puedan reconocerse bajo dicho artículo, sino que la Corte consideró que habían sido lesionados por parte del Estado del Paraguay los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención); a la vida (artículo 4.1 de la Convención); y a la propiedad privada (artículo 21 de la Convención).

En el caso *Yanomami*, la Comisión concluyó que la destrucción ecológica de las tierras de los *Yanomamis* en Brasil había causado violaciones al derecho a la vida, a la salud y alimento bajo la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.⁴⁶

Volviendo a la Corte, en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*,⁴⁷ se concluyó que la concesión de las autoridades administrativas de Brasil para la tala de bosque amazónico violaba el derecho de propiedad de la comunidad indígena así como su derecho a la protección judicial.

Por último, en el caso *Claude Reyes versus Chile*⁴⁸ la Corte por primera vez vincula la protección del medio ambiente a la violación del derecho a la información contemplado en artículo 13 de la Convención en cuanto a la negación por parte del Comité de Inversiones Extranjeras de entregar información relativa de la empresa forestal Trillium y del *Proyecto Río Cóndor* consistente en la deforestación de parte de la décimo segunda región de Chile.

Del conjunto de casos reseñados caben similares consideraciones a las hechas relativas a los casos conocidos por la Comisión y el Tribunal

44 Op. cit, nota 18, p. 6.

45 Corte I.D.H. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de fecha 17 de junio de 2005, parágrafo 163.

46 Caso N° 7615, Yanomami. Brasil, marzo 5, 1985, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

47 Corte I.D.H. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, Sentencia de fecha 31 de agosto de 2001.

48 Corte I.D.H. Caso Claude Reyes vs. Chile, Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006.

Europeo de Derechos Humanos, cuyos criterios coinciden en cuanto a que la protección del medio ambiente se ha introducido como un medio para lograr el objetivo consistente en el cumplimiento de los estándares implícitos en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Sin embargo, podría argumentarse que no se ha recurrido con el vigor deseado al derecho sustantivo de vivir en un medio ambiente sano, expresamente reconocido y, por tanto, se ha desaprovechado la oportunidad de un desarrollo jurisprudencial más agudo sobre la materia prefiriendo el reconocimiento indirecto.

C.- Las decisiones en el marco de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos

El artículo 24 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos firmada en Nairobi en 1981 dispone: "Todos los pueblos tendrán derecho a un medio ambiente general satisfactorio favorable a su desarrollo".

El carecer colectivo del reconocimiento aparece en primera instancia como una debilidad de derecho en sí mismo. En efecto, y como la gran mayoría de los autores lo ha puesto de relieve, la Carta Africana reconoce un derecho a los pueblos, no a los particulares individualmente considerados. Es decir, reconoce un derecho colectivo, no individual. Por otro lado, parece claro que dicho derecho se condicionó al *desarrollo favorable* de los pueblos, sobreponiendo los intereses de naturaleza económica por encima de los estrictamente ambientales; cuestión que resulta comprensible, en principio, a la luz del grado de desarrollo económico del continente africano y, por consiguiente, al peligro que supone poner cortapisas a dicho desarrollo por consideraciones ambientales.

Por estas razones, fundamentalmente, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha sido renuente a una interpretación favorable al medio ambiente. Sin embargo, en octubre de 2001 la Comisión interpretó el artículo 24 en conjunto con otras disposiciones de la Carta en el sentido de que es posible imponer obligaciones a los Estados partes en relación tanto con sus ciudadanos como respecto de las comunidades que forman parte del país de que se trate.

En dicha oportunidad, la Comisión declaró:

"El derecho a un medio ambiente general satisfactorio, garantizado bajo el artículo 24 de la Carta Africana o el derecho a un medio ambiente sano, como más ampliamente es conocido, (...) impone claras obligaciones sobre los Gobiernos. (...) El derecho a disfrutar el mejor estado físico y mental alcanzable

*enunciado en el artículo 16(1) de la Carta Africana y el derecho a un medio ambiente general satisfactorio favorable para el desarrollo antes mencionado, obliga a los Gobiernos a desistirse de acciones que amenacen directamente a la salud y el medio ambiente de sus ciudadanos*⁴⁹ (énfasis añadido).

No cabe duda que el cambio de timón realizado por la Comisión Africana supone un notable avance en la materia, aunque ello no suponga en sí mismo que los efectos de esta nueva etapa tenga un correlato a corto y mediano plazo en el continente.⁵⁰

Pero lo que realmente importa es que más allá de las críticas que puedan hacerse al instrumento africano de derechos humanos, lo cierto es que cuenta con una disposición expresa relativa a la protección del medio ambiente y, en consecuencia, al menos en teoría y tras la declaración arriba trascrita, la Comisión podrá influir, junto al apoyo internacional, de un modo más contundente a como lo ha estado haciendo hasta el momento.

49 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 30º Sesión Ordinaria, Banjul, Gambia, 13-27 de octubre de 2001, Decisión sobre la Comunicación 155/96, Centro de Acción de los Derechos Sociales y Económicos del Centro para los Derechos Económicos y Sociales c. Nigeria, Doc. ACHPR/COMM/A044/1, parágrafo 52.

50 Cabe señalar, que se ha dado un paso importante en la defensa de los derechos humanos en África tras haber entrado en vigor el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con la ratificación de Comoras, el 26 de diciembre de 2003. Sin embargo, no hay a la fecha ningún caso relativo a la protección del medio ambiente conocido por la Corte.

V.- EL GRADO DE DESARROLLO DE LOS PAÍSES COMO EXPLICACIÓN DE LAS ASIMETRÍAS RESPECTO AL RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHO HUMANO

A diferencia de lo que el sentido común podría señalarnos, los países en vías de desarrollo han optado por un reconocimiento abierto, amplio y expreso del derecho a un medio ambiente sano como derecho humano en estricto rigor. Según Marc Pallmaerts, esta tendencia fue consecuencia de la Declaración de Estocolmo, que inspiró a muchas Constituciones nacionales a reconocer este derecho dentro de su catálogo de derechos fundamentales⁵¹ y, probablemente, al hecho de que en muchos países post autoritarios, el déficit democrático y, por consiguiente, el ambiental, encontró una buena fuente en el ámbito internacional para suplirlo.

Por poner un ejemplo, la Constitución española⁵² y la Constitución chilena⁵³ han reconocido de modo significativamente diferente el derecho a un medio ambiente sano.

La Constitución de España (1978), consagra este derecho en su artículo 45.⁵⁴ Dicho artículo, se ubica en el Capítulo III de la Constitución el cual, a su turno, se enmarca dentro del Título I (denominado de los derechos y deberes fundamentales). Sin embargo, a pesar de estar dentro del Capítulo I relativo los derechos y deberes fundamentales no lo es tal en virtud del artículo 53.2⁵⁵ de la Constitución que restringe esa denominación a los derechos comprendidos entre los artículos 14 y 30 de la misma. Así pues, el derecho al medio ambiente no es un derecho fun-

51 Op. cit, nota 18, p. 14.

52 Sobre un análisis más detallado sobre el reconocimiento del derecho a un medio ambiente adecuado en la Constitución de España, véase: Delgado Piqueras, Francisco, "Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente", en Revista Española de Derecho Constitucional, año 13, n° 38, 1993, pp. 49-84.

53 Sobre el caso de la Constitución Política de la República de Chile, véase: Ramírez Sierra, José Agustín, "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como Derecho Humano y su protección a partir de los Tratados Internacionales suscritos por Chile", en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, Año 1, n° 2, 2000.

54 El artículo 45 señala: n° 1: "Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo"; n° 2: "Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva"; n° 3: "Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

55 El artículo 53.2 de la Constitución de España señala: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

damental en sentido estricto, sino que un principio rector de la política social y económica.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁵⁶ este artículo se incluye dentro de los "principios rectores de la política social y económica cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". En definitiva, se puede afirmar que el derecho a un medio ambiente en España es un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, de configuración legal y protección judicial ordinaria.⁵⁷

Por su parte, la Constitución chilena (1980) consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 n° 8⁵⁸) como auténtico derecho fundamental, extendiéndole las garantías constitucionales al efecto, las que llegan incluso a ser efectivas no solamente ante acciones u omisiones de parte del Estado sino que también frente a particulares.⁵⁹

De acuerdo con algunos autores, como Antonio Vercher,⁶⁰ la consagración constitucional como derecho fundamental del derecho a vivir en un medio ambiente sano en los países en vías de desarrollo obedece a que en estos países la aproximación a la normativa ambiental es una *cuestión de supervivencia*, toda vez que se dependen de los recursos naturales y, en los países europeos, por el contrario, la aproximación es un *asunto de calidad de vida*, lo que no ha requerido la consagración como un derecho fundamental.⁶¹

Esta explicación puede entenderse a la luz de la distinción resaltada por Demetrio Loperena Rota entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la protección del medio ambiente.⁶² Así, mientras las Constituciones de países en desarrollo, particularmente las latinoamericana-

56 STC 64/1982, de 4 de noviembre.

57 HERRERO DE LA FUENTE, Alberto, "La protección internacional del derecho a un ambiente sano", en: BLANC ALTEMIR, Antonio [ed.], La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, Madrid, Tecnos/Universitat de Lleida, 2001.

58 El artículo 19 abre el capítulo tres denominado "De los Derechos y Deberes Constitucionales", y su n° 8 señala lo siguiente: La Constitución asegura a todas las personas: "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

59 Sobre los Estados que han reconocido el medio ambiente en sus Constituciones, ver: Informe Ksentini, Op. cit., nota 4.

60 VERCHER, Antonio, "Derechos Humanos y Medio Ambiente", en Revista Claves de Razón Práctica, n° 84, 1998, pp. 14-21.

61 Ver nota 58.

62 LOPERENA ROTA, Demetrio, "Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección", en Revista Electrónica de Derecho Ambiental, n° 3, 1999.

nas, han contemplados el derecho a vivir en un medio ambiente sano como derecho humano en estricto rigor, las Constituciones europeas sólo han reconocido el derecho y deber de proteger al medio ambiente constituyendo un principio rector de su política económica y social.

Es evidente, señala Vercher, que “la incorporación del derecho al medio ambiente como un derecho humano en algunas Constituciones y organizaciones internacionales, fuera del contexto continental europeo, se ha producido como consecuencia de factores tales como el colonialismo, situación de auténtica pobreza, desfase económico y otros factores que no se han dado en Europa y que no podían incidir, por ende, en organizaciones como el Consejo de Europa o la Unión Europea así como en las Constituciones estatales. Ello no implica, sin embargo, que ese proceso no pueda acabar produciéndose, de igual manera, en el viejo continente, aun cuando las necesidades no sean precisamente las mismas. Presumiblemente, y la evolución de los acontecimientos así parece avalarlo, ese proceso acabará teniendo lugar también en Europa, si bien posiblemente a través de vías distintas y en base a factores diferentes”.⁶³

En cualquier caso, hay un aspecto incuestionable: de continuar degradándose el medio ambiente al ritmo actual, llegará un momento en que su mantenimiento constituirá la más elemental cuestión de supervivencia en cualquier lugar y para todo el mundo.

VI.- CONCLUSIONES

En cuanto al sistema de los derechos humanos como vía para proteger el medio ambiente, probablemente se ha llegado a un punto en el cual existe más coincidencia que divergencias al respecto. Así lo hemos podido comprobar a partir de la exposición de los distintos enfoques aportados por la doctrina y de algunas de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos al respecto. De la interrelación ofrecida en este artículo entre dichos enfoques y los casos reales que hemos comentado es posible llegar a algunas conclusiones:

- A.- Existen, básicamente, dos modos de entender la relación que hay entre protección del medio ambiente y protección de los derechos humanos. Como medio, es decir, su protección es necesaria para la realización y disfrute de los derechos y libertades individuales, o, como fin, en el sentido de que lo anterior no resulta suficiente y,

63 Op. cit, nota 60.

por lo tanto, es menester reconocer al medio ambiente sano y su protección como un fin en sí mismo y por ende como un derecho sustantivo.

- B.- Ambos enfoques coexisten en la realidad, aunque el primer de ellos haya sido mayormente desarrollado mientras que, el segundo, ha adoptado un carácter procesal, al argumentarse que los derechos a la información ambiental, el acceso a la justicia y reparación sobre la materia, son el modo más idóneo de entender el rol que debería cumplir el derecho internacional de los derechos humanos en la protección del medio ambiente.
- C.- La jurisprudencia se ha hecho eco de las exigencias medioambientales en la actual sociedad. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales operan dentro del marco en virtud del cual han sido creados y, por lo tanto, si el derecho a un medio ambiente sano no se encuentra explícitamente reconocido, no queda otro camino que una hermenéutica extensiva que muchas veces puede parecerse forzada y odiosa y, sobre todo, inevitablemente casuística, lo que debilita la creación de criterios firmes y auténticamente poderosos en materia ambiental.
- D.- El reconocimiento de un derecho a un medio ambiente sano se encuentra distribuido, digámoslo así, de manera geopolítica, evidenciado de este modo el carácter eminentemente político de los derechos humanos y su reconocimiento.
- E.- La asimetría regional y, en particular, las diferencias de tratamiento sobre esta cuestión a nivel constitucional entre países desarrollados y en vías de serlo, encuentra su fundamento en aspectos económico políticos y no en consideraciones de índole jurídica o ética. Las cuestiones ambientales en los países en desarrollo es una *cuestión de supervivencia*, toda vez que se dependen de los recursos naturales, mientras que en los países desarrollados es un asunto, más bien, de *calidad de vida*.
- F.- No obstante lo anterior, la velocidad de la degradación ambiental sumado a la conciencia sobre la misma, auguran un reconocimiento más cualificado de este derecho en el corto plazo, como lo demuestran las intenciones de la Unión Europea en su última cita en Lisboa, hoy hecha realidad.

ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO AL BOSQUE NATIVO

Paz Moroni Báez*

I.- INTRODUCCIÓN

En la actualidad, nuestro país, está pasando por una delicada y conflictiva situación a nivel forestal. Si bien, Chile es un país de abundancia natural, hoy está presenciando la destrucción y deterioro de uno de sus recursos más valiosos y sagrados...el Bosque Nativo.

En efecto, lo que hasta hace poco años eran selvas húmedas, de exuberante belleza, de gigantescos árboles milenarios, son hoy terrenos desnudos y erosionados; plantaciones de pino y eucalipto. Las quebradas están secas, los suelos poco fértiles y la diversidad natural ya no existe.¹

Durante largos años se han producido grandes cambios en nuestra región a nivel de biodiversidad, lo que antes existía, hoy es escaso o inexistente, por lo que ha llevado al pronunciamiento tanto del sector económico, social y político del país, en busca de respuestas concretas y de una legislación ambiental que promueva el desarrollo sustentable de nuestros recursos forestales, acorde con los tiempos actuales, en donde, el medio ambiente a pasado a formar parte esencial de la agenda tanto nacional como internacional.

Por lo que, resulta esencial que las políticas ambientales de un Estado, respondan a soluciones concretas frente a males que afectan su sociedad. "...A medida que se avanza en el tiempo mas distancia adquirimos con respecto a ese estado ambiental necesario y mas costoso es, por tanto, volver a recuperarlo. El momento de plantear soluciones no admite muchas demoras y en ello deben involucrarse todos los individuos y el propio Estado. Las actuales formas de desarrollo, seducidas por el subsistema económico, están sustentadas en principios desarrollis-

* Egresada de Derecho, Universidad Andrés Bello, pasante en la Fiscalía del Medio Ambiente, ayudante de la cátedra del profesor Raúl Campusano D. de Derecho Ambiental Nacional, en la misma Universidad.

1 DEFENSORES DEL BOSQUE CHILENO, La Tragedia del Bosque Chileno, Editorial Ocho libros editores Ltda., Santiago-Chile, 1998, p.4.

tas, en claro ejemplo de inadaptación, y de no tomar un giro enérgico pueden, en determinados casos, ver relegado su papel al de garantes de la mera subsistencia.”² Entonces, es desde este prisma, que resulta de vital importancia contar con una legislación y una política forestal adecuada a la situación actual, que venga a constituir un derecho de aplicación y eficacia, que actué en pos de tutelar la preservación y conservación de la naturaleza y facilite el manejo forestal de carácter sostenido. Puesto que el bosque nativo y sus componentes naturales, han sido la gran víctima del progreso industrial, que ha permitido su explotación indiscriminada, por carecer de una normativa ambiental que resguarde su biodiversidad y favorezca la promoción de políticas de manejo forestal sustentable.

A continuación analizaremos una panorámica del bosque nativo en el contexto forestal, alternativas para su diversificación en el mercado forestal y el marco regulatorio del sector.

II.- POLÍTICA FORESTAL

*“La ausencia de una política forestal explícita ha sido una constante, que se ha traducido en que las masas forestales han sido objeto de legislaciones que han privilegiado siempre otras actividades productivas por sobre el manejo de las masas forestales: la minería primero y después la actividad agrícola y ganadera, siendo utilizados los incendios forestales como el principal sistema de habilitación de terrenos para la agricultura”.*³

Este problema de ausencia de una política forestal que promueva el uso sustentable de los bosques nativos ha influido, notoriamente, en la falta de directrices orientadoras para la creación de una legislación acorde, que permita el correcto manejo y desarrollo de este recurso. Y en vistas, a que el sector forestal chileno, esta en permanente crecimiento y desarrollo, que su participación es de 3,1% en el PIB nacional, es el segundo tramo exportador de la economía chilena, después de la minería, con un crecimiento medio cercano al 15% en los últimos 6 años y que cuadruplican el valor de las importaciones forestales, que genera unos 134 mil empleos directos y más de 300 mil indirectos, con presencia en todo el país.⁴ Parece necesario, contar con un documen-

2 PIÑAR DIAZ, Manuel, El Derecho a Disfrutar del Medio Ambiente en la Jurisprudencia, Editorial Comares, Granada - España, 1996, p.3-4.

3 DEL FAVERO, Gabriel, El recurso forestal y el bosque nativo. En: Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, “Derecho del Medio Ambiente”, Congreso Internacional, Editorial Lexis Nexis, Santiago - Chile, 1998, p. 362-363.

4 Fuente: Instituto Forestal, INFOR 2008 [en línea] www.infor.cl [fecha de consulta: 17 de mayo de 2010].

to de política forestal, *“que enfatice el uso múltiple de los bosques, busque un desarrollo balanceado entre plantaciones y bosque nativo, establezca metas claras respecto a superficies de bosque nativo a manejar y los mecanismos para lograrlo, establezca modelos de manejo para el bosque nativo que vayan desde la silvicultura, industrialización, desarrollo de mercados, capacitación, investigación y transferencia tecnológica e incorpore criterios e indicadores de sustentabilidad”*.⁵

Una política forestal nacional, contribuiría en la aplicación de la normativa del sector, guiando el actuar institucional y promoviendo la identidad y resguardo del recurso forestal. Es por esto, que reconociéndose la importancia de este sector, tanto para la biodiversidad como para el fomento económico y social; resulta esencial contar con planes estratégicos y políticos que establezcan y promuevan correctas prácticas forestales, que apunten a minimizar los costos y maximizar las ganancias a largo plazo, ya que de nada sirve, proyectarse en ganancias de corto plazo, pues irían en desmedro con la sustentabilidad forestal, la conservación y preservación de las especies nativas, cuya principal característica es la lentitud con que se desarrollan a diferencia de las plantaciones exóticas que resultan más rentables, en un menor tiempo. Pero significando impactos ambientales negativos y costos potencialmente inmensos.

Es momento de grandes transformaciones en nuestra institucionalidad ambiental - forestal, ya no se puede seguir permitiendo que el sector forestal, se base en el uso intensivo de plantaciones que arrasen con la cubierta vegetal nativa, causando su deterioro y destrucción. La actividad forestal, debe estar orientada a contribuir con el patrimonio ambiental, a permitir el desarrollo y los tiempos de regeneración de los bosques, debe primar la prudencia en su actuar y el respeto por aquello que no nos pertenece. El fomento forestal a de estar encaminado, a un uso diversificado de los recursos múltiples que nos da el bosque, a través de métodos de corta y producción amistosas para con el medio ambiente y la tierra, evitando la afectación de la sustentabilidad del ecosistema, la pérdida de nutrientes y erosión del suelo, que terminan por destruir los terrenos y la diversidad de organismos vivos.

Es tiempo de construir una realidad ambiental, con pautas de conservación a la biodiversidad, protección del medio ambiente y un desarrollo forestal sustentable, que permitan enfrentar los nuevos desafíos del mundo moderno.

5 LARA, Antonio, Sustentabilidad del manejo del bosque nativo: el consenso necesario. En: Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, “Derecho del Medio Ambiente”, Congreso Internacional, Editorial Lexis Nexis, Santiago - Chile, 1998, p. 389.

No puede olvidarse, que la afectación a este ecosistema no es aislado, sino que conlleva a la alteración de todo cuanto vemos, desde alteraciones climáticas hasta trastornos en los patrones de circulación de las aguas, *“el funcionamiento del ecosistema natural, que incluye la interrelación de bosques, suelo, agua, atmósfera y todos sus organismos, podría ser gravemente afectado. Este ecosistema es el menos recuperable y su degradación generará, a mediano y largo plazo, más pérdidas económicas directas o indirectas que el mal uso de los recursos forestales de la cuenca”*.⁶

Pese a todo ello, en el contexto actual, vemos que los recursos forestales, a pesar de no contar con una política propiamente tal, han sido incorporados en las políticas públicas y en la legislación de protección del medio ambiente. Y que, debido a su fuerte vinculación con lo ambiental, le sería aplicable, en un principio, lo dicho por la Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable, aprobada por el Consejo Directivo de Ministros de CONAMA en Sesión del 9 de enero de 1998.

Esta política, reconoce como fundamento que el desarrollo debe basarse en el uso eficiente, equitativo y ambientalmente responsable de todos los recursos escasos de la sociedad, es decir los recursos naturales, humanos y económicos. De igual modo, declara que la temática ambiental involucra transversalmente, de manera coherente e integral, a todos los sectores. La estrecha relación entre ambiente, calidad de vida y desarrollo productivo obliga a armonizar las políticas ambientales con las políticas económicas y sociales.

Asimismo, esta política admite lo necesario que es respetar los límites físicos al uso de los recursos naturales renovables y no renovables, considerando que el desarrollo chileno está basado en un grado importante en la utilización de sus recursos o materias primas, realidad propia de los países en desarrollo.

Más tarde, en enero del 2000, se crea la política ambiental para el uso sustentable del patrimonio natural renovable, que *“establece objetivos de mediano y largo plazo, destacando las líneas de acción que deberán orientar la gestión ambiental del país durante los próximos años, destacándose para nuestro interés las medidas que se tomarán para superar las amenazas al bosque nativo por sobreexplotación y la carencia de medidas adecuadas para su protección”*.⁷

6 ARMESTO, J., VILLAGRAN, C. y ARROYO, M. K, Ecología de los bosques nativos de Chile, Ed. Universitaria, segunda edición de marzo de 1997, Santiago de Chile, p.334.

7 GALLARDO, Enrique, Efectos de la legislación ambiental en las practicas de manejo forestal en Chile, en: “La Contribución del Derecho Forestal - Ambiental al Desarrollo Sustentable en América Latina”, Grupo de investigación IUFRO Derecho Forestal y Legislación del Medio Ambiente, editores: GALLARDO, Enrique; SCHMITHÜSEN, Franz, IUFRO World Series Vol. 16, Viena - Austria, 2005, p. 115-116.

III.- SITUACIÓN DEL BOSQUE NATIVO

La situación actual de deterioro de nuestros bosques, no es un tema nuevo propio de la sociedad moderna-consumista. Al contrario, los bosques nativos, desde tiempos remotos, han sufrido la competencia del desarrollo económico.

*“La destrucción del bosque comenzó con la colonización española del siglo XVI. El roce a fuego y eliminación de los bosques de la depredación intermedia y sectores bajos de las cordilleras de la Costa y de los Andes de las regiones IX Y X, se aceleró fuertemente a mediados del siglo XIX, con la llegada de los colonos alemanes. Este periodo de colonización es uno de los procesos de deforestación más masiva y rápida registrados en Latinoamérica...”*⁸

Luego a inicios de la República, los bosques sufrieron grandes devastaciones y abusos, *“colocados al servicio de la actividad extractiva minera e industrial minera. Estos bosques aunque pertenecieran a privados, debían aceptar servidumbres de explotación, por denominarlas en un lenguaje jurídico más actual, en favor de la industria minera y sus necesidades de energía, de estructuras, etc.”*⁹

Si bien, hacia 1859, ya existía la primera reglamentación en cuanto a la explotación de los bosques como el Decreto supremo del 2 de julio del mismo año y el reglamento general de corta del 3 de mayo de 1873, aun existía plena libertad para el aprovechamiento de los bosques y la regulación no era aplicable para todos por igual.

Posteriormente, en el período que va desde 1925 a 1972, comienza una protección más seria sobre el recurso forestal, con la dictación de la Ley de Bosques propiamente tal y sus reglamentos. A través, de la dictación del Decreto Ley N° 198, se crea una Subsecretaría de tierras y colonización, encargada del servicio de bosques y reservas forestales.

Se reconoce “la importancia del bosque para la protección y mejoramiento de los suelos, para la regulación del caudal de los ríos, para la conservación de los recursos hídricos, en general y para la ampliación del área cultivable [...] la utilidad del bosque como fuente de materias primas para numerosas industrias y como fuente de salud para la población”¹⁰. Además reguló el uso del fuego en terrenos de aptitud forestal, de carácter eminentemente proteccionista.

8 ARMESTO, J., VILLAGRAN, C. y ARROYO, M. K., ob. cit., p.336. También es importante señalar que en este primer momento, otra causa que contribuyó al deterioro de los bosques, era la lucha por los espacios para el desarrollo de actividades agropecuarias y ganaderas, que fomentaban la explotación indiscriminada de los bosques para el continuo habilitamiento de los suelos.

9 DEL FAVERO, G., ob. cit., p.346.

10 Ibídem, p. 353.

Sin embargo, es en octubre de 1974, con la dictación del Decreto Ley N° 701, sobre Fomento Forestal, que el sector forestal experimenta un sorprendente impulso en su desarrollo industrial, fijando un régimen legal de terrenos forestales o preferentemente de aptitud forestal y estableciendo un sistema de fomento económico para la materia. "Por medio de líneas especiales de crédito del Banco Estado que también tenían por fin incentivar la forestación privada, además, se bonificó hasta en un 75% los costos de forestación, y en algunos periodos la cifra subió a un 90%, se subsidio además gastos de administración y poda, previa calificación de terrenos [...] en el ámbito tributario se establecieron exenciones a las plantaciones acogidas al DL 701".¹¹

Este instrumento jurídico permitió el fomento a la sustitución de las especies nativas, por medio de plantaciones con individuos exóticos, provocando la alteración de ecosistemas naturales y perjudicando sus tiempos de regeneración, en el afán de minimizar los costos y maximizar las ganancias. Además, no debe dejarse de lado, que la creencia de considerar a los recursos naturales como inagotables, también contribuyó en su deterioro, prueba de ello, es su actual escasez relativa.

Y es debido a esta escasez relativa, que los bosques ancestrales, adquieren una mayor importancia y valor, por cuanto, se emplaza en un escenario de extinción, que hace necesaria su protección y posesión. Es en este contexto que, por medio del DS N° 490 de 1977 se establece como especie protegida al Alerce y más tarde, a la Araucaria por el DS N° 43 de 1990, del Ministerio de Agricultura.

En 1984, se dicta la Ley que crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), con el objeto de asegurar la conservación del patrimonio ambiental. Posteriormente este sistema se refuerza con la dictación de la Ley sobre bases generales del medio ambiente, que entrega la administración de este Sistema al Estado, a través de Corporación Nacional Forestal y a la vez que fomenta e incentiva la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada. Asegurando la diversidad biológica, tutelando por la preservación de la naturaleza y conservando el patrimonio ambiental. En el presente, el SNASPE incorpora la mayor superficie de bosques naturales en Parques Nacionales y Reservas Forestales.

Resulta fácil advertir como, durante mucho tiempo, nuestra legislación forestal -ambiental se ha caracterizado por ser asistémica y secular,

11 SOTO PACHECO, Francisco, Análisis del proyecto de ley de recuperación del bosque nativo y fomento forestal, Memoria de Prueba [Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales], Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Derecho, Concepción - Chile, 2003, p.23.

pero es partir de 1994, con la publicación de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que se crea una ley marco, que vino a establecer una coherencia sistémica y se comenzó a caminar hacia una armonía legislativa. Estableciendo un orden integrativo y global de la normativa ambiental vigente hasta la fecha, fijando un conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país y reconociendo un proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.

Frente a lo expuesto, es posible darse cuenta como el sector forestal ha quedado supeditado a la normativa del Medio Ambiente, careciendo de una organicidad dispositiva como tal; que procure una política para el sector y no limite su desarrollo por falta de atención.

Por otra parte, no debe olvidarse, que esta búsqueda de coherencia y armonía, va acorde a los compromisos adquiridos por Chile, al suscribir la Convención para la protección de la flora y fauna y las bellezas escénicas de América, también conocida como Convención de Washington, promulgada por medio del D.S. N° 531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Convenio sobre Diversidad Biológica, promulgada mediante D. S. N° 1.963, de 1994, en la regulación y utilización sostenible de los recursos de diversidad biológica.

De acuerdo a investigaciones realizadas por el Instituto Forestal, es posible determinar cuantitativamente la masa forestal que existe en el territorio nacional. Teniendo presente que Chile, se extiende por más de 4.200 Km., con una superficie cercana a los 76 millones de hectáreas y con una población de 17 millones de habitantes. De esas 76 millones de hectáreas; el 0,3% son ocupadas para poblamiento urbano e industrial y 4,8% para actividades agrícolas. Siendo la cifra porcentual más importante la que constituye los suelos sin vegetación cercana al 32,7% y las praderas y matorrales con 26,7%; otro tanto se va en nieves y glaciares con 5,8% y en humedales 6,1%. Luego el 21,5% corresponde a bosques. De este porcentaje de masa forestal, el 86% corresponde a bosques naturales, esto es, 13.684 M/ha, constituidos por una amplia variedad de especies; siendo los tipos forestales predominantes los siempreverde, la lenga, el coihue de Magallanes y los tipos roble- raulí-coihue, concentrados mayormente en la parte sur y austral del país, desde la Araucanía a Magallanes.

Las plantaciones forestales corresponden al 14% del 21,5% de los bosques, esto es, 2.309 M/ha, siendo las especies predominantes el Pinus

radiata con 63,92% y el Eucalyptus 28,32%, el otro restante, esta constituido por otras especies que participan en menor proporción, del género Atriplex, Acacia, Cupressus y otras.¹²

Es bajo este contexto, que el diez de abril de 1992 por mensaje del Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar, se inicio el trámite legislativo en la Cámara de Diputados y que, después de 15 años, dio origen el treinta de julio de 2008 a la Ley Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, *“Como una forma de avanzar en la solución de la problemática del bosque y buscando responder a las demandas que sobre estos recursos vegetacionales realizan tanto productores como la opinión pública”*.¹³

*“En consecuencia, el país entra al siglo XXI con la esperanza que aún es tiempo para revertir la etapa de destrucción y deterioro de nuestros recursos forestales, y, a través de su manejo sostenible y sustentable, poder satisfacer las necesidades actuales pero asegurando al mismo tiempo la satisfacción de las necesidades de las generaciones del porvenir.”*¹⁴

IV.- USOS DEL BOSQUE NATIVO

Los bosques constituyen verdaderos universos de vida, son uno de los ecosistemas más importantes del planeta Tierra, por lo que dentro de la cadena, tienen un rol clave para el desarrollo de la vida de las diferentes especies, sean humanas o no. Debemos entender que los recursos y usos de los bosques no fueron solamente concebidos para la manipulación humana. El hombre para lograr su supervivencia, principio básico e instintivo, construyó un sistema basado en la idea de que él es superior a la naturaleza y que por lo tanto debe dominarla y someterla al capricho de la sociedad humana.

Es desde esta visión, que el manejo de los bosques naturales debe cambiar, bien es sabido por toda la sociedad, que no solo de madera nos provee el bosque, sus funciones y recursos son múltiples, a saber: sustento y resguardo de la biodiversidad, regulación climática, intercambio gaseoso, fuente de protección de la vida silvestre, función social-productiva, regulación del ciclo hidrológico, protección y conservación del suelo, recreación e importancia de los arbustos, en alimentos y abrigo para el ganado y la vida silvestre.

12 Instituto Forestal, INFOR 2008, supra 4

13 MENSAJE DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Historia de la ley 20.283, biblioteca online del Congreso Nacional, p.6.

14 GALLARDO, E., ob.cit., p.113.

En cuanto a la corta anual de madera en trozas, según estimaciones del INFOR, en el año 2007 alcanzaba 52 MM m³, de ese total, el 38 MM m³ es para uso industrial y el 14 MM m³ es para energía. Del total para uso industrial el 98% proviene de plantaciones y del total de uso energético un 44% proviene de bosque nativo. El consumo de leña se ha reducido de un 50% a un 27%, en los últimos 30 años.

La madera con fines industriales, cerca del 40% es destinada para la producción de aserrío, astillas, pulpa, papel y el resto a tableros y chapas y otros productos.

*“Aquí cabe preguntarse cuál es el impacto que esta producción está teniendo sobre los bosques y si esta es sustentable o no. Según las estimaciones del Plan de Acción Forestal (PAF) en 1992 que fueron aceptadas por los diversos sectores vinculados al tema, anualmente se intervienen en Chile 121.000 ha. de bosque nativo. De esta superficie, se destruyen por habilitación, sustitución e incendios 43.300 ha, se florecen y degradan 78.000 ha., y se manejan en forma adecuada sólo entre 2.000 a 5.700 ha., es decir menos de un 5% del total”.*¹⁵

Sin embargo, los mercados externos son el destino preferido de la producción forestal, equivalente al 64%, respecto del 36% del mercado nacional. En el año 2008, Las exportaciones forestales, alcanzaron US\$ 5.452.460, experimentando un crecimiento medio cercano al 15% en los últimos 6 años y cuadruplican el valor de las importaciones forestales, arrojando una balanza comercial ampliamente positiva. Siendo el principal producto de exportación la pulpa química 48,2% y la madera aserrada 9,4%, le siguen las astillas y el papel. Siendo el principal destino de las exportaciones China, Estados Unidos y Japón.

*“Hasta el momento en el debate respecto al uso de los bosques nativos han primado visiones antagónicas que han dificultado avanzar hacia la solución de los problemas de uso de estos recursos. Por un lado, algunos grupos han planteado una moratoria general al uso de los bosques nativo o en determinadas regiones y, por otro, la Corporación Chilena de la Madera y otros actores han planteado que los bosques sin restricciones ambientales denominados “de producción”, podrían manejarse según el criterio de rentabilidad del propietario, donde podrían incluso sustituirse por plantaciones”.*¹⁶

A.- Usos Madereros

El bosque nativo como recurso maderable, ha sido la visión que se ha tenido por más de 100 años. Es esta visión una de las causantes de la destrucción y degradación de este recurso, debido a que la

15 LARA, A., ob. cit., p. 383.

16 Ibídem, p.384.

explotación forestal “se limita exclusivamente a la extracción selectiva de las especies comerciales y, entre éstas, a los árboles de mejor forma. Los bosques no se manejan y la explotación se hace sin consideración alguna por la regeneración y la producción futura. El bosque después de sucesivos floreos se deja abandonado o se somete a pastoreo extensivo, para lo cual se llega hasta a quemarlo.”¹⁷ Es por esto, que deben incorporarse medidas tendientes a mejorar las prácticas de explotación, a través de procesos silviculturales adecuados para el mantenimiento de los recursos y de la productividad forestal, compatibles con funciones alternativas de los bosques.

La Ley de Bosque Nativo (LBN), trata este tema de manera amplia, con el concepto de bosque nativo de uso múltiple, entendiéndose por tal aquél, cuyos terrenos y formaciones vegetales no corresponden a las categorías de preservación o de conservación y protección, y que está destinado preferentemente a la obtención de bienes y servicios maderables y no maderables. Comprende dentro de esta categoría, tanto a los usos madereros como aquellos alternativos, que denominamos usos no madereros.

Hoy, la producción de madera sigue siendo la principal función del bosque nativo y por lo mismo, cobra mayor importancia el principio de desarrollo sustentable, ya que, promueve el manejo forestal del recurso, pero basado en un rendimiento sostenible que permite desarrollar su potencial natural y obtener sus beneficios ecológicos, de manera racional a través de una correcta administración y contando con procedimientos silviculturales que representen en el menor impacto ambiental posible en el terreno explotado. Y este ha sido el criterio orientador de la Ley de Bosque Nativo, que por la recuperación y mejoramiento de los bosques nativos, busca asegurar la sustentabilidad forestal, que nos es otra cosa, que la administración racional de los recursos naturales, por medio de la implementación de técnicas que procuren el menor impacto sobre la biodiversidad de la zona de interés. Por eso, el contar con esta norma, ya implica un enorme avance, hacia el entendimiento adecuado de respeto por el medio ambiente.

Así mismo, en 1996 se creó el Grupo Permanente de Trabajo por el Manejo Sustentable de los Bosques en Chile (GMS), en el cual participaron activamente la Corporación Chilena de la Madera (CORMA), la Corporación Nacional Forestal (CONAF), la Comisión

17 SCHMIDT, H. y LARA, A., Descripción y potencialidad de los bosques nativos de Chile, en revista CIPMA de ambiente y desarrollo, Junio 1985, Vol. I, no 2, p.97.

Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este grupo estableció que el *“Manejo Forestal Sustentable es el conjunto de acciones y decisiones sobre los ecosistemas forestales cuyo objetivo es el cumplimiento integrado de sus funciones ambientales, económicas y sociales para satisfacer las demandas actuales de la sociedad sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”*.¹⁸ Se acuña este concepto, a raíz de los compromisos adquiridos en la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro de 1992, en donde los países reconocieron y se comprometieron con el objetivo del Desarrollo Sustentable.

Respecto del manejo del bosque nativo, es importante mencionar que la LBN, establece un instrumento conocido como plan de manejo, que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos.

Otro mecanismo de sustentabilidad, que debemos mencionar es la Certificación del Manejo Forestal, que *“es un instrumento de mercado cuyo objetivo es garantizar a los consumidores que el producto o servicio forestal, con un sello determinado, proviene de bosques naturales o plantados, manipulados con estándares -principios, criterios e indicadores- han sido definidos por quienes inician y desarrollan los sistemas de certificación [...] tienen como objetivo el buen manejo forestal”*.¹⁹ La certificación puede ser usada por todo aquel que produzca bienes y/o servicios forestales.

En la actualidad, la certificación de muchas de las grandes empresas forestales, es a través de la norma ISO 14.001, internacionalmente reconocida para la Gestión de Sistemas Medioambientales. Esta norma proporciona orientación respecto a como gestionar los aspectos medioambientales de las actividades, productos y servicios de una empresa, pero de una forma más efectiva, teniendo en consideración la protección del Medio ambiente, la prevención de la contaminación y las necesidades socio-económicas. Sin embargo, y a pesar que la certificación no es obligatoria, las empresas forestales usan este sistema como mecanismo de mercado y para evitar conflictos con grupos ambientalistas. Nuestro país, cuenta con el Sistema Chileno de Certificación de Manejo Forestal

18 ASTORGA, Luis, El componente social en la certificación de las empresas forestales, Revista CIPMA Ambiente y Desarrollo, Vol. XX - N° 1, 2004, p.47.

19 Ídem.

Sustentable- CERTFORCHILE- que es una corporación de derecho privado que tiene como objetivo la administración y actualización periódica de los estándares y procedimientos del sistema.²⁰

Además de CERTFOR, Chile cuenta con otro programa de certificación de carácter internacional el FSC (Forest Stewardschip Council o Consejo de Supervisión Forestal) que establece requisitos para sus cuerpos acreditadores de acuerdo a los cánones internacionales, para la producción forestal en base a criterios de manejo sustentable.²¹

B.- Usos No Madereros

*“Los ecosistemas forestales deben ser reconocidos como fuentes de múltiples beneficios, muchos de los cuales la sociedad y los profesionales encargados del manejo han recién comenzado a apreciar. El aprovechamiento sostenido de los múltiples valores de un ecosistema ha pasado a ser el objetivo de la silvicultura moderna”.*²²

Los Productos Forestales No Madereros (PFNM), hoy revisten de gran importancia para el desarrollo de la economía, según datos del INFOR, durante el primer semestre de 2009, las exportaciones de PFNM (primarios y elaborados) totalizaron US\$ 21,7 millones. Y según datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), cerca de un 80% por ciento de la población mundial en vías de desarrollo usa los PFNM para necesidades de salud y nutricionales. Son fuentes de autoconsumo y generación de ingresos.

Según la FAO los productos no madereros son entendidos como productos de origen biológico distintos a la madera, derivados de los bosques, otros terrenos arbolados y de árboles situados fuera de bosques, incluyendo tanto a productos de origen animal y vegetal.

En nuestro país, a través de la Fundación Chile y en conjunto con otras instituciones han desarrollado el Programa de Productos Forestales no Madereros, cuya misión es promover la valoriza-

20 CERTFOR [en línea] <http://www.certfor.org/> [fecha de consulta: 17 de mayo de 2010] Esta corporación define La certificación de Manejo Forestal Sustentable (MFS) como una herramienta de mercado voluntaria, cuyo objetivo es garantizar a los consumidores de productos forestales (madera, papel, paneles, hongos, etc.) que dichos productos o servicios provienen de bosques o plantaciones cuya gestión se ha realizado satisfaciendo altos estándares sociales y ambientales, definidos por cada uno de los sistemas de certificación.

21 BORREGAARD, Nicola, Mercados verdes: una oportunidad que requiere ser atendida, Revista CIPMA Ambiente y Desarrollo, Vol. XX, número 1, Chile, 2004. p.37.

22 ARMESTO, J., VILLAGRAN, C. y ARROYO, M. K, ob. cit., p.412.

ción de los bosques de Chile mediante una opción complementaria al uso maderero, por medio de la utilización sustentable de los PFNM, generando y transfiriendo al sector productivo conocimientos y herramientas de apoyo. Y reconoce como objetivo general el sostenimiento de un programa permanente de investigación, desarrollo, transferencia y negocios tecnológicos, orientado al aprovechamiento sustentable de los PFNM, valorización de bosque y mejoramiento del nivel de vida en comunidades rurales.²³

En la legislación nacional ambiental es posible encontrar diversas disposiciones relativas a estos productos. Así es el caso, de La ley de Bosques, que en su artículo 19, establece que se autoriza al Presidente de la República para reglamentar la explotación de las cortezas que contengan sustancias tánicas, saponinas y la recolección de los frutos de árboles y arbustos nativos.

A su vez, el D.S. N° 366 de 17 de Febrero de 1944, del Ministerio de Tierras y Colonización, regula la explotación de tamarugo, algarrobo, chañar, guayacán, olivillo, carbón o carboncillo, espino, boldo, maitén, litre, bollén y quillay. Establece determinadas prohibiciones en razón de los PFNM: la corta y explotación de las "hojas de boldo" sólo podrá realizarse entre los meses de Diciembre a Marzo de cada año en toda la área de distribución de esta especie en la República; prohíbe la corta del quillay y la explotación de sus productos, tales como leña, carbón y corteza, entre el 1° de Enero y el 30 de Abril de cada año; prohíbe el descortezado del quillay estando el árbol en pie. Al derribarlo el corte debe hacerse en "bisel" a una altura que fluctúe entre 20 y 50 centímetros del suelo sin dañar la corteza que queda adherida al tronco.

El Decreto Supremo N° 129 de Abril de 1971, prohíbe en todo el territorio nacional el arranque, la corta total o parcial, el transporte y la comercialización de plantas y flores de la especie Copihue (*Lapageria rosea*). De igual modo, prohíbe su tenencia en lugares de venta o en la vía pública.

Asimismo, el D.S. N° 26 de 1978, autoriza la comercialización de árboles y ramas de especies forestales bajo las condiciones que indica, dentro de las cuales se contempla que deben provenir de explotaciones y/o intervenciones silvícolas con previa autorización

23 Programa de Productos Forestales No Madereros [en línea] www.pfnm.cl [fecha de consulta: 17 de mayo de 2010]

de la Corporación Nacional Forestal (CONAF), en virtud de un plan de manejo registrado y aprobado.²⁴

Por su parte, La Ley de Bosque Nativo, viene a entregar el concepto legal de productos no madereros del bosque nativo, entendiendo por tales, aquellos bienes y servicios que no corresponden a recursos leñosos o madera en pie y que existen o se pueden desarrollar al interior de un bosque nativo a partir de las especies nativas que lo componen. Se entenderá para estos efectos, y sin que esta enumeración sea taxativa, bienes tales como: hongos; plantas de usos alimenticios; frutos silvestres de árboles y arbustos; especies vegetales de usos medicinales, químicos o farmacológicos; fauna silvestre; fibras vegetales, y servicios de turismo.

Sin duda, que esta definición es un avance en la diversificación de uso sostenido del bosque nativo, ya que como analizamos antes, la normativa existente es bastante escasa y dispersa y se limita a prohibir el manejo de estos productos, limitando el desarrollo de los mismos. El reconocimiento del uso de este tipo de productos por la actual LBN, viene a concretizar el valor de los bosques como ecosistemas forestales, representando otra fuente de ingresos para el pequeño propietario rural que carece de los recursos económicos para explotar la madera con técnicas silviculturales. Y por otro lado promueve, el desarrollo sustentable de la actividad forestal. Siendo contrario a la normativa sectorial antes existente, que prohibía el manejo de los PFM, más que estimular un uso racional de ellos.

Sin embargo, no sólo en la legislación nacional es posible ver el tratamiento de los PFM, sino también en la legislación internacional.

Así, por medio de la ya referida Convención para la protección de la flora y fauna y las bellezas escénicas de América, se regula la comercialización del fruto de la Araucaria. Mientras que en el proceso de Montreal, se exige declaración explícita sobre el uso

24 CAMPOS, J., KAHLER, C., y REYES, P., Normativas y Regulaciones en la extracción de productos forestales no madereros, en: "La Contribución del Derecho Forestal - Ambiental al Desarrollo Sustentable en América Latina", Grupo de investigación IUFRO Derecho Forestal y Legislación del Medio Ambiente, editores: GALLARDO, Enrique; SCHMITHÜSEN, Franz, IUFRO World Series Vol. 16, Viena - Austria, 2005, p.134.

Otras normas nacionales relacionadas con los PFM son: a) D.S. N°1.876 de 1995 y su posterior modificación contenida en el D.S. N° 855 de 1998. Esta norma se relaciona con las hierbas medicinales y su posterior procesamiento y en ella se especifican los pasos que se deben seguir para registrar un producto farmacéutico o preparado natural con propiedades terapéuticas para ser registrado en el Instituto de Salud Pública; y b) D.S. N° 1247 del Consejo Nacional de Comercio Exterior de 1938 establece los requisitos para la exportación de corteza de quillay.

y producción de los PFNM, mediante indicadores reales (Declaración de Santiago de 1995). Por su parte, el Protocolo específico adicional al Tratado sobre Medio Ambiente con Argentina sobre cooperación en materia forestal, D.S. N° 1257 de 1997 del Ministerio de Relaciones Exteriores, considera entre sus acciones de cooperación, protección y conservación actividades en torno a los PFNM.²⁵

V.- LEY SOBRE RECUPERACION DEL BOSQUE NATIVO Y FOMENTO FORESTAL

La Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, fue publicada el día miércoles 30 de julio de 2008. Este cuerpo legal apunta a resolver el problema del deterioro de las forestaciones, mediante un conjunto amplio de instrumentos legales que resuelven relevantes factores que inciden en la actual situación, como es la carencia de una normativa unificada y moderna capaz de recoger y resolver aspectos atinentes a la conservación y al uso racional de los ecosistemas forestales y al establecimiento de incentivos para recuperar nuestros bosques, cuya situación de deterioro es alarmante.

Es así, como el artículo primero de la Ley N° 20.283, en adelante Ley de bosque nativo, establece como objetivos propios la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental.

Cabe agregar, que este cuerpo legal, busca además dar una adecuada respuesta a necesidades ecológicas, estableciendo dos categorías básicas: tipos forestales y formaciones xerofíticas; facilitar el uso y la fiscalización de la utilización de los recursos vegetacionales nativos; establecer un estatuto jurídico y de aprovechamiento distinto para las especies cuya conservación se encuentra amenazada; fijar mayores alternativas de sanción y definir con claridad lo que se considera "bosque nativo", diferenciándolo de aquellas formaciones que, habiéndolo sido, ya no poseen los atributos necesarios para ser considerados como tales.²⁶

En cuanto a los fines, esta ley, promueve la conservación y protección del bosque nativo en pos de lograr un proceso sostenido y equitativo de sustentabilidad forestal y política ambiental. Sin duda, que la entrada

25 Ídem.

26 Ídem.

en vigencia y puesta en marcha de esta ley, viene a contribuir en el esfuerzo nacional de conservación de los bosques nativos y su biodiversidad, estableciendo prioridades de conservación y usos alternativos del recurso forestal.

En seguida analizaremos tres de los aspectos centrales de esta Ley, el aspecto económico, a través del sistema de bonificaciones y los aspectos ambientales generales de protección de la especie nativa y de servicios ambientales.

A.- Aspectos Económicos: Bonificaciones

En cuanto a las bonificaciones que plantea la Ley de Bosque Nativo, para la conservación, recuperación o manejo sustentable del bosque nativo, se crea un Fondo concursable destinado a contribuir solventando el costo de tales actividades. Será la Ley de presupuestos de cada año la que determinará el monto de los recursos que se destinaran al Fondo.

Entre las actividades bonificables encontramos aquellas que favorecen la regeneración, recuperación o protección de formaciones xerofíticas de alto valor ecológico o de bosque nativo de preservación; y las actividades silviculturales dirigidas a la obtención de productos no madereros. Estas actividades, serán bonificadas hasta con cinco unidades tributarias mensuales por hectárea. Es preciso mencionar en este acápite, que dentro de estas actividades, es posible consignar bonos para aquellas actividades de pago por servicios ambientales, antes mencionado, y resulta la puerta de entrada para la práctica de este tipo de actividades destinadas al desarrollo sostenido del recurso forestal. *“Considerando la amplitud con la que han sido definidos tanto el medio ambiente como los servicios ambientales, no resultaría descartable, a nuestro juicio, la posibilidad que dichos servicios pudieran ser considerados como un producto no maderero y en tal calidad, postular a los recursos del Fondo.”*²⁷

Mientras que, aquellas actividades silviculturales destinadas a manejar y recuperar bosque nativo para fines de producción maderera. Su bonificación alcanzará hasta diez unidades tributarias mensuales por hectárea.²⁸ Frente a tales hechos, queda en evidencia el fomento a la industria forestal, aumentando la bonificación en un 50% en aquellas actividades que buscan la explotación del recurso maderero.

27 TALLAR, Fernando. “El Pago por Servicios Ambientales en el Sector Forestal: Su Contexto Jurídico”. En Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Legal Publishing Chile, Santiago, Chile, junio, 2008 (p. 269), p. 13.

28 Artículo 22 de Ley de Bosque Nativo.

A todas luces, los incentivos planteados son contradictorios con los objetivos de la ley, llevando a los pequeños y medianos propietarios de bosques de conservación y preservación a cambiar el destino del uso de sus suelos, por un bosque de producción, por los mayores retornos económicos que estos generan, debido a la rentabilidad del producto maderable. Es por esto, que como veremos más adelante, ante tales hechos resulta indispensable establecer la naturaleza jurídica del pago por servicios ambientales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para generar incentivos correctos a la preservación del medio ambiente y no alientos indirectos a su explotación.

*“El problema más importante para sacar del estado de abandono a los bosques nativos, es la falta de mercado para todos sus productos, y sabemos que es totalmente directo que productos con costos altos tienen una mayor dificultad para desarrollar mercados. [...] Se ha generado un consenso entre todos los Consejeros de su preocupación por los reducidos montos asignados a la bonificación del manejo forestal del bosque nativo y a la poca esperanza de que con estos se obtengan los resultados esperados por la Ley, lo que sumado a estos mayores costos administrativos hacen aún más lejana su pronta incorporación a una actividad económica importante para el país, lo que a su vez ayudaría a generar empleos, a reducir su situación de abandono y se pueda romper el actual incentivo económico que sienten los propietarios por cambiar el uso de los terrenos con bosque nativo”.*²⁹

Además, la otra piedra angular del sistema de bonificaciones, es el proceso de postulación al que deben someterse los pequeños propietarios forestales, que deseen acceder a dichas bonificaciones. Debido a que los recursos del Fondo se adjudicarán por concurso público y para postular, los interesados deberán presentar una solicitud de bonificación, acompañada de un proyecto de plan de manejo, que deberá detallar la o las actividades a realizar e identificar la superficie a intervenir. Estos informes (para el caso del

29 TIRADO SANTELICES, Rodolfo, Consejero del Consejo Consultivo Bosque Nativo, carta dirigida a Ministra de Agricultura Sra. Marigen Hornkohl Venegas, Presidenta del Consejo Consultivo Bosque Nativo, el 26 de marzo de 2009. De acuerdo al art. 33 de la Ley de Bosque Nativo, corresponderá al Consejo Consultivo: “a) Absolver las consultas que le formule el Ministro de Agricultura sobre las materias de que trata la presente ley; b) Pronunciarse previamente sobre los proyectos de reglamento y sus modificaciones, emitir opinión sobre la ejecución de la presente ley y proponer las adecuaciones normativas legales y reglamentarias que estime necesarias; c) Formular observaciones a las políticas que elabore el Ministerio de Agricultura para la utilización de los recursos de investigación señalados en el Título VI de la presente ley y sobre los proyectos que se proponga financiar con cargo a dichos recursos, y d) Proponer al Ministro de Agricultura criterios de priorización de los terrenos, de focalización y de asignación de las bonificaciones contenidas en esta ley, así como los criterios de evaluación técnica y ambiental”.

plan de manejo forestal) deberán ser elaborados por un ingeniero forestal, un ingeniero agrónomo especializado, o un profesional relacionado con las ciencias forestales que acredite, además, estar en posesión de un postítulo o postgrado en dichas ciencias. Tratándose de un plan de manejo de preservación, éste deberá ser elaborado por un ingeniero forestal, un ingeniero en conservación de recursos naturales, ingeniero en recursos naturales, o un profesional afín que acredite, además, estar en posesión de un postítulo o postgrado en tales áreas de formación profesional.

“Un número indeterminado, pero alto, de pequeños propietarios no tiene saneados los títulos de dominio y, en algunas casos, ni siquiera los posee. De manera que difícilmente puede calificar y menos aún inscribir las calificaciones y planes de manejo al margen de la inscripción del título de dominio.

Se requieren, para obtener bonificación, tres instancias de un profesional con sus correspondientes honorarios. Dada la condición de subsistencia de muchos pequeños propietarios, la posibilidad de costear esta asesoría es prácticamente nula.

*Por el mismo motivo, se trata de gente sin capacidad económica ni acceso a créditos que le permitan cubrir el 15% de los costos (sin considerar que en el momento de ejecutar las acciones deberá financiarlos de su bolsillo, para virtualmente recuperar sólo el 85% en el futuro”.*³⁰

Finalmente, se estableció en la Ley de Bosque Nativo, que efectivamente, sólo se podrán percibir las bonificaciones adjudicadas, previa acreditación de la ejecución de las actividades comprometidas en el plan de manejo aprobado, y se pagarán previa presentación de los informes que correspondan, los cuales deberán ser aprobados por la Corporación Nacional Forestal. Y para el caso, en que no se hubieren realizado todas las actividades comprometidas, sólo se pagará el monto de la bonificación correspondiente a las actividades efectivamente realizadas, siempre que no constituya un incumplimiento del plan de manejo.

En lo que se refiere al porcentaje que recupera el pequeño propietario, respecto de su inversión, cabe añadir que, de acuerdo al Decreto Supremo expedido por el Ministerio de Agricultura y firmado por el Ministro de Hacienda, el 7 de enero del 2009, se aprobó la asignación de recursos del Fondo concursable destinado a la conservación, recuperación o manejo sustentable del bosque nativo, estableciéndose un 50% al concurso destinado a pequeños pro-

30 Ibídem, p.16.

pietarios forestales³¹, lo que sumado al incremento que establece el artículo 22 en su inciso penúltimo, de la LBN, del 15% para los pequeños propietarios forestales; da sólo el 65% de retorno de los recursos económicos invertidos por los pequeños propietarios, lo que se transforma en un sistema de incentivos que no favorece derechamente a estos actores.

Es importante señalar que las bonificaciones establecidas por la LBN son incompatibles con las otorgadas por el DL N° 701 de 1974 y sus modificaciones posteriores.

B.- Aspectos Ambientales Generales

*“Ciertas restricciones han sido establecidas para proteger suelos, recursos hídricos, bellezas escénicas y protección de especies. Pero más allá de esto, la legislación no contiene reglas sobre como explotar las masas forestales, limitándose a enunciados generales, que en definitiva se traducen en que la actividad silvícola queda entregada al buen saber y entender de los funcionarios estatales”.*³²

La Ley de Bosque Nativo, trata el tema de la protección ambiental del bosque nativo, en el Título III, artículos 15 y siguientes. En donde se señala que, la corta de bosque nativo es realizada en pos de los objetivos de resguardar la calidad de las aguas, evitar el deterioro de los suelos y la conservación de la diversidad biológica.

Una vez más, vemos como *“siempre se ha privilegiado otras actividades productivas, poniendo al servicio de las mismas a los bosques. Claros ejemplos de lo anterior, lo constituyen las actividades mineras y la posibilidad siempre abierta de eliminar bosque para habilitar tierras para la agricultura. Esta ha sido una definición y propósito explícito de la legislación forestal chilena”.*³³

Hasta el día de hoy, el bosque nativo ha quedado supeditado como recurso natural, destinado al abastecimiento de otras actividades que reportan mayores ingresos al Producto Interno Bruto del país, es por esto, que la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en concordancia con la citada Ley N° 20.283 Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Ley N° 18.362 que Crea un Sistema

31 Diario Oficial de la República de Chile, N° 39.275, viernes 30 de enero de 2009, p.10.

32 FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE, ob. cit., p.364.

33 “Además, la habilitación de tierras agrícolas le permite al propietario “librarse” de masas forestales siempre objeto de mayores regulaciones y restricciones a su uso, por lo que este incentivo a eliminar bosques se suma al otro de que la actividad agrícola ha sido más rentable. En esta última, se dan dos características ausentes en el caso forestal: adecuada protección jurídica a la propiedad y mayor rentabilidad económica para su propietario, dado que tiene flexibilidad para cambiar los cultivos en forma anual”. Ibídem, p.378.

Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, dan paso para la intervención del bosque de protección y de conservación.

Esto es así, en cuanto el artículo 10 letras m y p, de la Ley 19.300, que señala los tipos de proyectos que deben someterse a un Estudio de Impacto Ambiental... letra m) proyectos de explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo... y letra p) ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza [...] cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial.

Mientras, la Ley N° 18.362 en su artículo 32 indica que, en las unidades de manejo no se podrán ejecutar obras, programas o actividades distintas de las contempladas en los respectivos planes de manejo. No obstante lo anterior, el Ministro de Agricultura, mediante decreto supremo fundado en razones de interés nacional, podrá autorizar la ejecución de determinadas obras, programas o actividades.

A su vez el artículo 35, del mismo cuerpo legal establece que La Corporación podrá explotar directamente bosques incluidos en Reservas Nacionales o permitir su explotación por terceros, siempre que tales actividades estén consultadas en el plan de manejo de la respectiva unidad.

De igual modo, la Ley N° 20.283, en el artículo 19 establece que excepcionalmente, podrá intervenir o alterarse el hábitat de los individuos de especies clasificadas "en peligro de extinción", "vulnerables", "raras", "insuficientemente conocidas" o "fuera de peligro", que formen parte de un bosque nativo. Previa autorización de la Corporación, la que se otorgará por resolución fundada, cuando sea imprescindible y que tenga por objeto la ejecución de obras o el desarrollo de actividades referidas a la construcción de caminos, el ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por ley. Siempre que tales obras o actividades sean de interés nacional.

Es aquí, donde todo resulta converger en una gran actividad, el artículo 17 número 6 del Código de Minería, señala que se requiere autorización del Presidente de la República, para ejecutar labores mineras [...] en lugares que hayan sido declarados de interés histórico o científico.

Por lo tanto, para que el titular de un proyecto pueda intervenir el hábitat del bosque nativo requiere que CONAF certifique esta

condición de excepcionalidad. Luego, para acreditar esta condición deberá darse cumplimiento a una serie de requisitos, además del plan de manejo, que establece la LBN, para la corta de bosque nativo de conservación y protección, se requiere de una fundada justificación técnica, de los métodos de corta que se utilizarán, así como de las medidas que se adoptarán con los objetivos de proteger los suelos, la calidad y cantidad de los caudales de los cursos de agua y la conservación de la diversidad biológica y de las medidas de prevención y combate de incendios forestales. Que las intervenciones tengan el carácter de imprescindibles, que no amenacen la continuidad de la especie y que CONAF declare que el proyecto es de interés nacional.

A medida que esta ley va entrando en marcha surgen dudas sobre su aplicación, y es que, el concepto de INTERÉS NACIONAL, hoy es arduamente discutido por los privados, por cuanto dificulta y limita las inversiones en proyectos forestales - ambientales. *“A nivel empresarial, la prohibición tajante para la tala de varias especies exóticas, raras o en peligro de extinción es uno de los puntos que concentra la preocupación, pues este impedimento se traspasó a un inciso excepcional pensado para iniciativas productivas o científicas, ya que para lograr la autorización de corta se debe cumplir con una serie de requisitos -como que la iniciativa sea de interés nacional -que supone extender en varios años el trámite de cualquier proyecto, lo que finalmente atentaría contra los inversionistas”*. A cambio, proponen una ley explicativa donde la excepcionalidad permita la corta de especies nativas.³⁴

En el otro lado, la entonces Directora Ejecutiva de CONAF, Catalina Bau, llamó a la calma respecto del impacto que la declaración de interés nacional tendrá sobre los nuevos proyectos, señalando que no todos los proyectos pasan por la ley de bosque nativo.³⁵

Una tercera visión del problema, estima que “las excepciones que permiten la tala de las especies anteriormente mencionadas no están contempladas en la Convención de Washington, colocando a nuestro país en una compleja situación en el contexto internacional, pues aparece incumpliendo un compromiso suscrito y ratificado por Chile.”³⁶

34 Empresas en alerta por amenaza de ley de bosque nativo a millonarias inversiones, sección empresas y actualidad, El Diario Financiero, 7 de septiembre de 2009, p.6.

35 Cambio de rol: los nuevos poderes de CONAF tras la ley de bosque nativo, sección reportajes, El Diario Financiero, 16 de octubre de 2009, p. 35.

36 FUNDACIÓN TERRAM, Ley de Bosque Nativo: Depredación..., ob. cit., p.4.

Finalmente, debe considerarse que “la protección ambiental tiene un costo y para que sea eficaz, éste debe ser cuantificado y determinado en forma realista. Se debe establecer cómo será financiado por la comunidad nacional y cómo este costo es compatible en el ámbito social, con otras prioridades que tiene la sociedad chilena, tales como el combate de la extrema pobreza, las necesidades en salud, en educación o en infraestructura”.³⁷

C.- Servicios Ambientales

Los servicios ambientales, han de ser considerados al igual que los PFNM, como mecanismos que aportan a la diversificación funcional del bosque nativo, apuntando al desarrollo sostenido de los recursos naturales y claramente ampliando la gama de productividad forestal en los mercados económicos, que desde mucho, sólo habían considerado a la madera como el principal recurso para la economía, centralizando su producción solo a las grandes transnacionales que pueden cumplir con las normativas ambientales, ya que, para la realidad del pequeño productor implica un costo muy elevado. Y es aquí donde estas alternativas a la madera resultan sumamente rentables para aumentar los ingresos del pequeño y mediano empresario, permitiéndole un papel más activo dentro de estos mercados.

Desde hace un tiempo, se ha reconocido los bienes incorporales con que aportan los bosques, de los cuales, muchos no son susceptibles de apropiación por el hombre a diferencia de lo que ocurre con los bienes corporales como un bosque o la madera recolectada. Se trata de bienes intangibles que poco a poco cobran un mayor realce en la sociedad moderna, y que básicamente consisten en servicios ambientales.

Al respecto, la Ley de Bosque Nativo, viene a establecer un significativo aporte y a la vez abre las puertas a un nuevo tipo de comercio ambiental. Esta nueva normativa, se jacta de ser la primera en definir los servicios ambientales, en toda nuestra legislación. Entendiendo por tales a aquellos que brindan los bosques nativos y las plantaciones que inciden directamente en la protección y mejoramiento del medio ambiente [Art. 2 N° 23].

Esta definición entrega un marco jurídico sumamente amplio y general, lo que da cabida a una amplia variedad de servicios, ya sean de tipo turístico, de descanso, espirituales, culturales, económicos

37 Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, ob. cit., p. 377-378.

y sociales; por lo que el concepto no es taxativo. Pero extraña el concepto dado por la ley al definir los productos no madereros, de manera aparte, pues incluye los servicios de turismo. Por tanto, podrá entenderse a los servicios ambientales como el género y a los productos no madereros como la especie, dentro del macro concepto.

En relación al valor de los servicios que brinda un bosque es posible clasificarlos: en un valor de uso directo relativo a la recreación, producción de madera o de alimentos; valor de uso indirecto proveniente del funcionamiento de los ecosistemas forestales y sus servicios, control de inundaciones y avalanchas; un valor potencial o valor social futuro, representado en la importancia de su conservación para generaciones futuras; un valor de existencia que se asigna al bosque por el solo hecho de existir, belleza escénica³⁸. Como vemos son muchos los valores entregados a los bosques, pero solo algunos de ellos representan un valor económico de interés para el mercado.

Son muchos los valores, pero también son muchos los actores implicados, con intereses individuales y colectivos y es aquí donde surge el conflicto de intereses respecto a quien se hace responsable por el cuidado y protección del medio ambiente y sus recursos naturales. Por ejemplo, en el caso de la prohibición de talar determinadas especies arbóreas como la Araucaria o el Alerce, ¿quien debe asumir el costo de protección? ¿Acaso, es el propietario quien debe asumir los costos de beneficiar a toda la sociedad? “Resulta que somos todos, la sociedad en su amplia expresión, la que desea preservar la especie en peligro de extinción. Para ello bien podemos destinar entonces parte de nuestros recursos como nación, es decir de nuestros impuestos o ingresos [...] Pero, nadie desea pagar un peso más de impuesto, ni desea renunciar a nada. Preferimos que la cuenta sea pagada sólo por el propietario del bien, mediante la prohibición. Por ello es que resulta más fácil prohibir [...] no deseamos asumir el costo de la preservación, pero aplaudimos la misma olvidando que alguien pagará la cuenta”.³⁹

Frente a este gran dilema, surge una nueva figura que esta cobrando mayor importancia e impulso en el ámbito comercio-

38 FUENTES QUEZADA, Eduardo, ¿Qué futuro tienen nuestros bosques? Hacia la gestión sustentable del paisaje del centro y sur de Chile, ED. Universidad Católica de Chile, 1ª edición, julio de 1994, Santiago, Chile, p.59.

39 CANUT DE BON, Alejandro, Desarrollo sustentable y temas afines, 1era. Edición de agosto de 2007, publicado por el consejo minero, Santiago- Chile, p. 167. [en línea] http://www.consejominero.cl/home/libros/Desarrollo_Sustentable.pdf [fecha de consulta: 17 de mayo de 2010].

medioambiente y que va dirigido al desarrollo sustentable del manejo forestal, conocido como El Pago por Servicios Ambientales, "un tema emergente y de escaso tratamiento, cuya aplicación no se encuentra aún consolidada y respecto del cual no existe, por lo menos en nuestra realidad nacional, ni un mercado ni una política articulada y sistemática que impulse este tipo de operaciones. Tampoco la legislación nos ofrece una normativa que permita amparar de manera específica estas transacciones, identificar su naturaleza jurídica y precisar sus alcances y forma de operar."⁴⁰ Pero que ya son varios los países (Costa Rica, Francia, Australia y Estados Unidos) que abogan por la incorporación de esta nueva forma de hacer negocios consistentes en prestaciones de servicios ambientales a cambio de un pago o precio, por los mismos.

Fernando Tallar los define como externalidades positivas que pueden proporcionar algunos recursos naturales, como los bosques (agua en calidad y cantidad; disminución de la contaminación atmosférica; conservación de suelos, patrimonio genético; biodiversidad; protección de inundaciones, paisaje, etc.), cuyo aporte es reconocido económicamente, mediante una retribución financiera al titular de tales recursos. Esta retribución o pago, es el efecto de asignar una valoración económica para aquellos recursos naturales que pueden proporcionar servicios de beneficio ambiental a la sociedad y que se comprometen en dicha actividad, desechando otras alternativas productivas.⁴¹

VI.- CONCLUSIONES

El desarrollo sostenido, es el estándar de regulación de las actividades extractivas del recurso forestal y la implementación de técnicas de manejo forestal sustentable, son los actuales criterios utilizados para permitir la conservación de los recursos y poder usarlos por los presentes y futuros. La incorporación de este estándar sustentable y de criterios que vayan en el mismo sentido, son producto de la estrecha vinculación y de la fuerte incidencia que ha tenido el derecho internacional en los países en desarrollo, puesto que esta afectando crecientemente las industrias primarias, que principalmente se encuentran en los países de desarrollo industrial insipiente.

El derecho internacional ha jugado un rol fundamental en la legislación ambiental de Chile, si no fuese por la celebración de varios tratados

40 TALLAR, F., ob. cit., p.3.

41 Ibídem, p.8.

internacionales, entre los que destacan el Convenio de Diversidad Biológica, CITES, Convención para la protección de la flora y fauna y las bellezas escénicas de América y los Tratados de Libre Comercio y sus acuerdos de Cooperación en materia medio ambiental; nuestro país seguiría contando con un precario sistema de legislación ambiental, lleno de falencias y vacíos legales. Que no aseguraban un sistema unitario y coherente, ya que hasta entonces, era posible encontrar multiplicidad de normas, aisladas y superpuestas carentes de un sistema armónico y la posibilidad de contar con una ley de bosque nativo lo hacía impensable.

Es por esto que la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, constituye una fortaleza innegable dentro del sector forestal, que viene a establecer un marco regulatorio para el bosque, que durante mucho tiempo se vio pospuesto por el desarrollo de la industria forestal, agrícola y ganadera. Entregando seriedad y seguridad jurídica en el tratamiento de los recursos naturales. Además, se destaca su aporte en la incorporación de conceptos nuevos de bosque nativo y servicios ambientales, a la legislación ambiental.

Sin embargo, resulta incomprensible que después de un largo trabajo de tramitación, se dictará una normativa con muchas debilidades y el vacío legal que debía llenar, podemos decir que precariamente fue compensado. Esto, lleva a pensar que la dictación de esta ley, se hizo para cumplir con compromisos internacionales adquiridos por nuestro país con carácter eminentemente económico y no con el compromiso de crear un régimen jurídico del bosque nativo que regule de manera compleja su situación.

LOS SERVICIOS AMBIENTALES EN LA LEY SOBRE RECUPERACIÓN DEL BOSQUE NATIVO Y FOMENTO FORESTAL

OBSERVACIONES, ASPECTOS ECONÓMICOS Y PROYECCIONES

Pablo Carrasco Fuentes.*

I.- NOCIONES PREVIAS

El tradicional y mayor uso que se le ha dado a los bosques es como expendedor de maderas, sin perjuicio de que también se los ha empleado marginalmente de otras formas.

El presente estudio tiene por objeto explicar que los bosques poseen, aparte de dicha acostumbrada finalidad (que sólo dice relación con la utilización de ellos como meros recursos naturales), otra de gran relevancia, cual es, la función ambiental, que se proyecta en los servicios ambientales, entre los cuales encontramos, principalmente, la mantención de la calidad (y cantidad) de los recursos acuíferos, la actuación como reservorios de carbono, la conservación (o preservación) de la biodiversidad, la belleza paisajística, la conservación de suelos y la mantención del patrimonio genético, por aludir a algunos.

De importancia es indicar, que los servicios ambientales, en sus diversas especies, no han sido incluidos en las cuentas nacionales, es decir, no han sido considerado servicios que poseen un componente económico importante que explique que pueden ser claramente transables. Ahora, es precisamente, la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, publicada el día miércoles 30 de julio de 2008, el cuerpo normativo que incorpora positivamente esta figura dentro de nuestro Derecho Ambiental Forestal, en su artículo 2° numeral 23°.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Magister en Derecho, Mención Derecho Público por la Universidad Austral de Chile. Diplomado en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Administrativo, Derecho Ambiental y Derecho Económico Especial. Secretario de Estudios, Universidad San Sebastián. Valdivia. Consejero del Consejo Consultivo Regional de COREMA, Región de Los Ríos.

Por otra parte, una correcta y efectiva conservación (o preservación) de la masa forestal nativa, incide en la creación y mantención de actividades económicas¹ tales como: turismo naturaleza (o ecoturismo), trekking, canopy o arborismo, por citar algunas y, en la generación de fuentes laborales, al existir personas encargadas de su mantención y mejora (agentes de protección, guías turísticos, entre otros).

En el caso de bosques que no han sido intervenidos, se presenta una especial atracción por ellos por parte de los amantes de la naturaleza, lo que genera un efecto multiplicador sobre la economía del sector, v. gr., servicios de transporte, guías, alojamiento o compra de productos locales. Y, a diferencia de otros activos naturales buscados para su disfrute, estos se valoran, con mayor razón, precisamente por no ser afectados, lo que significa que los demandantes de estos servicios demostrarán oposición en distintos grados si existe congestión o excesiva comercialización que alteren el goce buscado.²

Todo lo anterior, nos debe conducir a la existencia de un Mercado de Servicios Ambientales, el cual puede conciliar perfectamente los intereses de desarrollo económico con los de tutela del ambiente y, en este caso, de uno de sus componentes, la masa boscosa nativa.

En definitiva, estos servicios ambientales constituyen una excelente herramienta jurídica, económica y ambiental que permiten la concreción del desarrollo sostenible en armonía con los diversos preceptos constitucionales y legales vigentes.

II.- LOS SERVICIOS AMBIENTALES Y SU RELACIÓN CON LOS BOSQUES

La función ambiental de los bosques (o montes, conforme a la normativa española), consiste en la prestación, por parte de su propietario, de una cantidad de servicios de dicha índole, como los nombrados precedentemente. Según lo que expresa el profesor español Martín Mateo, esta visión constituye uno de los importantes descubrimientos por parte de los juristas ambientales, porque pone acento en la importancia de las prestaciones ambientales de determinados bienes y que los hacen diferenciarse de los servicios públicos habituales.³

1 Las que no constituyen servicios ambientales.

2 AZQUETA O., Diego; ALVIAR R., Mauricio; DOMÍNGUEZ V., Lilia; O'RYAN, Raúl. "Introducción a la Economía Ambiental". Mc Graw-Hill/Interamericana de España, S. A. U., Madrid, España, 2007 [pp. 409-410].

3 MARTÍN M., Ramón. "Tratado de Derecho Ambiental. Tomo IV". Edisofer, S.L., Madrid, España, 2003 [p. 276].

La relación de los bosques con la temática ambiental es una expresión de la transversalidad de este fenómeno y el doble y complejo nexo que poseen los bosques con el ambiente. Esto lo podemos observar desde dos ópticas, por un lado, constituyen un componente del ambiente y de los procesos ecológicos cardinales, actuando en relación con el suelo, el clima o las especies que en los diversos hábitats existen y, por otro lado, son un elemento dependiente del ambiente y en el que se manifiestan directamente las consecuencias de la degradación ambiental.⁴

Esta función ambiental ha sido siempre desarrollada por los bosques nativos pero, su disfrute ha sido obtenido de manera gratuita, por regla general, por parte de sus beneficiarios. Esto constituye un injusto respecto de aquellos propietarios que han destinado recursos, tiempo y dedicación a la conservación o preservación de los bosques, más aun cuando los receptores de sus beneficios obtienen ventajas pecuniarias de su existencia, v. gr., empresas de agua potable o sociedades hidroeléctricas.

Por lo tanto, resulta ecuaníme que estas externalidades positivas deban ser retribuidas económicamente al propietario de dichos bosques. Y bien cabe señalar, que los (bosques) primarios tienen diversas (y mayores) características que los (bosques) secundarios (plantaciones forestales), por cuanto aquellos cumplen con una mayor capacidad de entrega de servicios ambientales que estos últimos.⁵

Luego, esta contraprestación pecuniaria es el resultado de otorgarle un valor económico a dichas masas boscosas en la entrega de beneficios ambientales, en el correcto sentido de la expresión,⁶ a personas, colectivos o a la sociedad, y que corresponde por el hecho de optar por destinar sus bosques a dichos fines descartando otras finalidades.

El Producto Interno Bruto (PIB), no discurre sobre la idea de valorar los bienes ambientales, como tampoco, acerca de sus costos en la generación de servicios (pareciera que el problema de este sistema es que es

4 PONS R., Xavier. "El Régimen Forestal Internacional. La Cooperación Internacional para la Ordenación, Conservación y Desarrollo Sostenible de los Bosques". Ministerio de Ciencia y Tecnología. Instituto nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Madrid, España, 2004 (p. 23).

5 ROSA, Herman; HERRADOR, Doribel; GONZÁLEZ, Martha E. "Valoración y Pago por Servicios Ambientales: Las Experiencias de Costa Rica y El Salvador". Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural. Boletín Intercambios. Año 2, N° 16. [En línea] <http://www.rimisp.org/boletines/bol16/> (p. 2) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2010]. Así, las plantaciones forestales no entregan, a modo de servicios ambientales, la conservación de biodiversidad, ni la actuación como sumidero de carbono estable, como sí lo hacen los bosques primarios.

6 Ambiente, es una institución holística y no una simple figura que constituye la mera suma de recursos naturales renovables y no renovables. En Economía Ambiental se hace esta distinción, lo que también ocurre en Derecho Administrativo Ambiental.

un mecanismo de medición económica que no se ha actualizado a los nuevos requerimientos, sobre todo económico ambientales). Y, es tarea de la Economía Ambiental, que las deseconomías ambientales o costos de la misma naturaleza que no son asumidos por el oferente del bien o servicio, sean restituidos al capital ambiental.⁷

Ahora bien, dentro del Derecho Ambiental encontramos un principio muy aplicado, pero no menos controvertido e, incluso, perverso: "quien contamina paga." Conforme a éste, quien lleva a cabo una actividad polutiva debe internalizar los costos de la contaminación entre sus ítems de gastos, pero en el caso de pago de servicios ambientales, la situación es la inversa, se busca internalizar mediante la actuación del mercado una externalidad positiva, con el fin de tutelar el ambiente.⁸

Los servicios ambientales constituyen una herramienta recién incorporada en nuestra legislación, pero que en Derecho Comparado poseen un notable desarrollo a nivel legislativo y práctico. Es el caso de países como Australia, Francia, EEUU y Costa Rica. De importancia es señalar la situación de liderazgo a nivel mundial en materia de conservación de bosques y generación de formas de cobro y pago por servicios ambientales de este último país, lo que ha podido concretarse por su política forestal aplicada, como también, por la puesta en práctica de Proyectos de Implementación Conjunta.⁹

III.- LOS SERVICIOS AMBIENTALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La noción de servicios ambientales no se encuentra indicada siquiera en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (CPR). Pero, el ambiente sí ha sido consagrado de manera directa en una tríada de normas que conforman el Estatuto Constitucional del Ambiente (ECA).¹⁰

7 BERMÚDEZ S., Jorge. "Fundamentos de Derecho Ambiental". Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, noviembre, 2007 (p. 34).

8 TALLAR D., Fernando. "El Pago por Servicios Ambientales en el Sector Forestal: Su Contexto Jurídico". En Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Legal Publishing Chile, Santiago, Chile, junio, 2008 (p. 269).

9 LAVANDERÍA, Xavier, LEÓN, Carmelo J.; VÁSQUEZ, María Xosé. "Economía Ambiental". Pearson Educación, S.A., Madrid, España, 2007 (p. 55).

10 CARRASCO F, Pablo. "Estatuto Constitucional del Ambiente. Razones e Importancia de la Intervención Administrativa". Ponencia expuesta en los Primeros Encuentros Regionales de Derecho Público (Viña del Mar, 9 y 10 de agosto de 2007) y publicada en Revista *Entheos*, Año 5º, Vol. Único. Facultad de Humanidades, Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Las Américas, Santiago, Chile, 2007 (pp. 393 y 395-396).

Estos preceptos son los artículos (arts.) 19 N° 8 incisos (incs.) 1° y 2°,¹¹ 19 N° 24 inciso (inc.) 2, segunda parte¹² y 20 inc. 2°.¹³

No obstante la falta de presencia de esta interesante herramienta jurídico económico ambiental en la CPR, el legislador adecuándose a las nuevas necesidades de protección, conservación y preservación de los bosques define expresamente la figura de los servicios ambientales, positivándola en la Ley N° 20283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal en su artículo (art.) 2° numeral 23.

El artículo 2° N° 23 de la Ley N° 20.283, indica: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por: 23) *Servicios Ambientales*: "aquellos que brindan los bosques nativos y las plantaciones que inciden directamente en la protección y mejoramiento del medio ambiente."¹⁴

Antes que todo, el primer inciso del art. 2° delimita el campo de aplicación de sus definiciones sólo para el cuerpo legal en el cual se encuentran contenidas, lo que podría traer aparejadas complicaciones ante la dictación de futuras normas legales o infralegales que se refieran a servicios ambientales. Esto puede traducirse en problemas de hermenéutica jurídica ante nuevos cuerpos normativos.

Tampoco se elaboró la norma de la manera como se hizo con el art. 2° de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBG-MA) en la cual se indica: Art. 2°. "Para *todos los efectos legales*, se entenderá por: ..." ¹⁵ Previéndose, de esta forma, los problemas interpretativos indicados.

Por otro lado, la definición es bastante exigua ya que no explica realmente en que consisten los servicios ambientales; tampoco señala, siquiera, los elementos constitutivos de ellos para poder comprender cuando se está exactamente ante su presencia y, de esta forma, pasar a

11 Art.19. "La Constitución asegura a todas las personas: N° 8. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

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

12 Art. 19. "La Constitución asegura a todas las personas: N° 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Inc. 2°. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".

13 Art. 20 inc. 2° (Protección Ambiental). "Procederá, también, recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

14 Énfasis añadido.

15 Énfasis añadido.

ser regulados correctamente por la citada Ley N° 20.283. Sólo se limita a indicar el objeto de su procedencia: bosques nativos y plantaciones que inciden directamente en la protección y mejoramiento del ambiente.

Tampoco es de ayuda, en este sentido, el Decreto N° 95 del Ministerio de Agricultura, publicado el 5 de octubre de 2009, que establece el Reglamento del Fondo de Conservación, Recuperación y Manejo sustentable del Bosque Nativo, por cuanto en su catálogo de definiciones contenido en el artículo 1° no contempla una definición de servicios ambientales, como tampoco hace, siquiera, referencia a ellos.¹⁶

Pero, surgen nuevas interrogantes, ¿qué debemos entender por bosques nativos? ¿Sólo aquellos que se encuentran definidos en el N° 3 del art. 2°? ¿O deben incluirse también las definiciones explicitadas en los numerales 4, 5 y 6? Decidir esto no es salgo superfluo, porque determinará el radio de alcance del numeral 23 en la práctica.

Es más, no se define o explica lo que debe entenderse por "plantaciones que inciden directamente" en la protección y mejoramiento del ambiente, por lo que también existirá el problema de determinar la inteligencia y alcance de dicha expresión. Incluso, añadiendo mayores problemas, el nuevo texto legal forestal no ofrece una definición de protección del ambiente, como tampoco, de mejoramiento del mismo, como figuras autónomas.

Acerca del problema de falta de ilustración de la noción de protección del ambiente, lo podríamos solucionar acudiendo a la definición establecida en el art. 2° letra q)¹⁷ de la LBGMA, por cuanto ésta posee el carácter de Ley de Bases, por lo que podría aplicarse supletoriamente (y, además, respecto de toda ley por la expresión "para *todos los efectos legales*").

Mayores complicaciones generará la expresión mejoramiento del ambiente, por cuanto ni la Ley N° 19.300, como tampoco, la Ley N° 20.283 dan una conceptualización, una definición o señalan elementos claros para determinar su correcta comprensión.

Pero ¿qué significa jurídicamente servicio? Nuestra legislación no lo ha definido de manera general, a él se refiere el Decreto Ley (DL) N° 825

16 Es llamativo indicar, que no se incluyen los servicios ambientales dentro de las actividades bonificables en los arts. 2°, 3° y 4° del reglamento aludido (al menos no directamente).

17 Art. 2°, letra q) LBGMA. "Protección del Medio Ambiente: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro."

de 1974 sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, pero para los efectos de la nueva normativa forestal no es aplicable por la especificidad de este DL.¹⁸

Entonces, debemos entender que servicio “es toda aquella prestación de naturaleza pecuniaria que se entrega por un oferente a un usuario o consumidor a cambio de un precio acordado.” Y este servicio será ambiental, cuando dicha prestación “corresponda a una función ambiental, es decir, que se refiera a una actividad global que diga relación con la protección del ambiente y no de recursos naturales en particular”.

En definitiva, es muy importante e interesante la inclusión de esta nueva institución en el área del Derecho Ambiental Forestal, pero sólo se ha entregado una definición vaga, inconclusa y poco consistente. A esto, debemos agregar que no existe un tratamiento o una regulación que proyecte y concrete su operatividad.

IV.- SERVICIOS AMBIENTALES Y DESARROLLO SOSTENIBLE

La inclusión de los servicios ambientales del bosque nativo en el cuerpo legal aludido constituye un aspecto de gran relevancia en la tutela ambiental y el desarrollo económico, concretando, de esta manera la conciliación de estos intereses.

Esta (errada) disputa surgiría por la oposición de las normas del art. 19 N° 8 inc. 2° (que establece expresamente la protección del ambiente) y N° 21 (que consagra el derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica o libertad de empresa, como lo denomina alguna doctrina).

Los agentes económicos no pueden vivir ni desenvolverse a espaldas de la sociedad, por esta razón a medida que en ella surgió una preocupación real por las consecuencias ambientales de sus actuaciones, las empresas tuvieron que comenzar a incorporar variables ambientales en su planificación y gestión. Esto, por cuanto cada vez ha ido cobrando con mayor fuerza la necesidad del empleo de elementos necesarios para hacer frente al impacto ambiental ante las exigencias de protección social por parte de la comunidad y por la presión regulatoria del Estado Administración.

18 TALLAR D., Fernando. Op. cit. (p. 271). Énfasis añadido.

Fue esta coacción externa la que impulsó a diseñar medidas correctivas *de final de tubería o de línea* (end of pipe).

Luego, las consideraciones ambientales fueron aumentando hasta ser contempladas en la gestión empresarial a medio y largo plazo, de manera tal, que el ambiente se ha convertido en un factor de diferenciación y de competitividad de bienes y empresas. El objetivo es, entonces, (al menos en teoría), mantener o aumentar la producción con menores recursos y residuos (ecoeficiencia).¹⁹

Ahora bien, es importante indicar, que la inclusión de los servicios ambientales en el art. 2° N° 23 de la Ley N° 20.283 constituye una proyección de ciertas normas establecidas en la CPR en su ECA. Es el caso del artículo 19 N° 8, inc. 1°, que consagra, en su primera parte, el *derecho a vivir en un ambiente incontaminado* y, en su parte final, el doble deber del Estado de velar porque dicho derecho *no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*.

Además, el inc. 2° de este mismo numeral establece la protección del ambiente permitiendo al legislador establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades.

Debemos dejar en claro, que este deber estatal de velar por el derecho a vivir en un ambiente incontaminado y de tutelar la preservación de la naturaleza constituye una verdadera función administrativa, la que para su correcto cumplimiento requiere imperativamente de las potestades públicas y el establecimiento de mecanismos administrativos para hacer efectivo el control estatal sobre dichos bienes jurídicos.²⁰

Ahora, esta aplicación específica de lo contemplado en la Ley Fundamental, es acorde a las características del bosque nativo. En efecto, la norma legal concretiza el imperativo constitucional en uno de sus elementos ambientales: la masa boscosa.

Entender, actualmente que los bosques sólo constituyen recursos naturales renovables generadores de madera, como tradicionalmente se ha comprendido, no es coherente con estrategias de desarrollo sostenible que son aquellas que permiten añadir otras funciones tan o más

19 LAVANDERÍA, Xavier; LEÓN, Carmelo J.; VÁSQUEZ, María Xosé, Op. cit. (p. 316). Énfasis añadido. El paréntesis es nuestro.

20 SEPÚLVEDA SOLAR, Doris. "Invalidación Sobreviviente de la Resolución de Calificación Ambiental por Modificación de su Presupuesto de Hecho". En Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Legal Publishing Chile, Santiago, Chile, junio, 2008 (pp. 123-124).

importantes, tales como la prevención de la erosión y la desertización, la mejora de la calidad de las aguas, la fijación de carbono, la conservación de la biodiversidad o la belleza escénica.²¹

Por todo lo anterior, los servicios ambientales como mecanismo jurídico económico constituyen un importante mecanismo para proteger el ambiente, como también, para generar nuevas fuentes laborales y de ingresos.

V.- EQUIDAD INTRAGENERACIONAL (LA FRONTERA EN EL ESPACIO) E INTERGENERACIONAL (LA FRONTERA EN EL TIEMPO) EN MATERIA DE SERVICIOS AMBIENTALES

El ambiente posee diversas y considerables funciones que inciden positivamente en el bienestar, utilidad y disfrute de los integrantes de la sociedad. Así, el entorno constituye una fuente de producción de bienes y servicios, un espacio de placer, estímulo para el desarrollo personal y colectivo, reducto de civilización o símbolo de cultura. Ahora, teniendo claro lo indicado, es menester determinar el grupo humano que tiene el derecho de exigir que el cambio que se genera en sus condiciones de vida, producto de la alteración ambiental, sea considerado en el momento de tomarse las decisiones pertinentes.²²

Esto es, hoy en día, trascendental, por cuanto cada vez se va generando un incremento de actividades que se realizan en un determinado sector de la sociedad, como también, en un país, que inciden en el ambiente y que provocan efectos nocivos en un grupo social o país diverso.²³

La composición de los diversos bienes ambientales que forman parte de la biosfera ha generado una verdadera relectura de instituciones clásicas y de sus funciones, una de ellas es la propiedad. Así, surge la interrogante de qué sucede con ciertos componentes que pueden ser objeto de apropiación pero que cumplen diversas funciones ambientales de trascendencia global para la mantención del equilibrio ambiental, como es el caso de los bosques. Además, es de toda lógica preguntarse quien

21 Existen casos en que los servicios ambientales pueden ser bastante concretos o definidos, por lo que su apreciación puede ser de mayor facilidad, como es el caso de la presencia de un caudal constante y (de calidad) de agua dulce. De forma inversa, existen situaciones en que la determinación de servicios ambientales es más abstracta o difícil de precisar, v. gr., la belleza escénica de un determinado bosque.

22 AZQUETA O., Diego; ALVIAR R., Mauricio; DOMÍNGUEZ V., Lilia; O'RYAN, Raúl, Op. cit. (p. 79).

23 Íbid.

se erige como idóneo para resolver sobre su destino, más aun cuando la experiencia ha demostrado que, en la mayoría de los casos, la explotación comercial ha sobrepasado o anulado las funciones ambientales. Desde una óptica ética, no parece justo que quienes han preservado los elementos ambientales y que poseen menos responsabilidad frente a los graves problemas ambientales contemporáneos, deban renunciar a la percepción de beneficios económicos necesarios, en atención a que se lo demanden grupos, comunidades o sociedades, que han tenido menor o nula preocupación en la tutela ambiental (porque han obtenido las utilidades económicas acabando con lo propio, con total despreocupación de las demás comunidades), en nombre de toda la humanidad.²⁴

No obstante lo anterior, tampoco es aceptable que, por muy perniciosas que hayan sido las consecuencias en el obrar de determinados comunidades o grupos sociales, deba omitirse la preocupación por la humanidad, por cuanto, ello podría acrecentar los problemas actualmente existentes. Deben entregarse mecanismos de compensación o progreso a aquellos que no han podido hacer uso de sus elementos ambientales y requieren desarrollarse.

Es aquí donde el Principio de Solidaridad, inspirador del Derecho Público (y del Ordenamiento Ambiental, lógicamente), debe cumplir un rol protagónico. Así, la solidaridad no constituye una mera aspiración en el Derecho Ambiental, es un principio inspirador de todo el Ordenamiento Ambiental chileno, que irradia con todo su esplendor toda su estructura y la funcionalidad de sus normas.²⁵

Este Principio de Solidaridad posee una faz activa y otra pasiva. La primera dice relación con su manifestación tanto en las conductas obligatorias *ex omnes et erga omnes* que obligan a todos los seres humanos, como también, en las responsabilidades solidarias que las normas les otorgan sobre sus efectos. La segunda se expresa en una vocación permanente para la protección íntegra e integral de todos los seres vivos.²⁶

Ahora bien, la respuesta al problema planteado no es fácil, pero el análisis económico nos permite enfrentar la dificultad desde dos perspectivas. ¿Qué régimen de propiedad es el más eficaz a la hora de garantizar el objetivo propuesto (una utilización sustentable del ambiente)? ¿Qué repercusiones económicas tendría la adopción de dicho régimen

24 Ibid.

25 CARRASCO F., Pablo. "Labores Contemporáneas de la Administración del Estado. Estado Administrador Ambiental: La Solidaridad como Base de su Actuación, Prospección y Proyección". En Revista *Entheos*, Facultad de Derecho, Universidad de las Américas, Año 6, Vol. Único, Santiago, Chile, 2008. (p. 440).

26 BIBILONI, Héctor Jorge. "El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos". LexisNexis Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina, noviembre, 2005 (p. 45).

de propiedad sobre el recurso, y cómo podrían ser compensados, si se considera de justicia, los perjudicados por el mismo?²⁷

La equidad intrageneracional consiste, en definitiva, en que todos los ciudadanos presentes puedan tener el goce y uso de los bienes ambientales de forma ecuánime. Esto, por cuanto la satisfacción de los menesteres de las poblaciones actuales es un antecedente esencial para el logro del desarrollo sostenible global, con prescindencia de la ubicación geográfica. Para conseguir lo anterior, se requiere la erradicación de la pobreza en los países afectados por ella y, por ende, la redistribución geográfica de la riqueza y el adelanto económico social.²⁸

Por otro lado, al hablar de equidad intergeneracional hacemos referencia a una cuestión temporal que se relaciona con los derechos eventuales de las generaciones futuras, por lo que las variadas medidas que se adoptan en el presente, en relación al ambiente, van a generar consecuencias que afectarán a quienes aun no han nacido.²⁹

Dicho lo anterior, la equidad intergeneracional abraza la posibilidad de acudir al uso y goce de los bienes ambientales por parte de las generaciones advinientes de la misma manera como han accedido a ellos las comunidades presentes,³⁰ por cuanto, en Economía Ambiental, se sostiene que los miembros de la sociedad futura tienen exactamente los mismos derechos sobre la biosfera que los integrantes de las generaciones actuales.³¹

Ahora bien, debemos esclarecer que no es lo mismo hablar de ambiente (o elementos ambientales) y de recursos naturales. Estos últimos constituyen unidades aisladas que sólo poseen importancia económica directa y que constituyen la base de la cadena comercial (al ser materias primas) y que son regulados, de manera principal, por una rama del Derecho distinta del Derecho Ambiental: el Derecho de los Recursos Naturales.³²

El ambiente, en cambio, es un todo holístico, es un sistema global constituido por elementos bióticos y abióticos y sus interacciones con el ser humano, y que no sólo posee un valor económico, sino que también axiológico, estético o espiritual.³³

27 AZQUETA O., Diego; ALVIAR R., Mauricio; DOMÍNGUEZ V., Lilia; O'RYAN, Raúl, Op. cit. (pp. 79-80).

28 LAVANDERÍA, Xavier; LEÓN, Carmelo J.; VÁSQUEZ, María Xosé, Op. cit. (p. 27).

29 AZQUETA O., Diego; ALVIAR R., Mauricio; DOMÍNGUEZ V., Lilia; O'RYAN, Raúl, Op. cit., vid. supra (p. 81).

30 CARRASCO F., Pablo, Op. cit. (p. 442).

31 AZQUETA O., Diego; ALVIAR R., Mauricio; DOMÍNGUEZ V., Lilia; O'RYAN, Raúl, Op. cit. (p. 81).

32 CARRASCO F., Pablo, Op. cit., vid. supra (p. 442).

33 *Ibid.*

Ahora, el desarrollo sostenible es un concepto fluctuante y dinámico, pero ello no debe mover a dudas que las generaciones contemporáneas tienen que legar a las futuras poblaciones el ambiente y los recursos naturales renovables o no renovables de la forma y en cantidad y calidad similar a la empleada por aquellas.³⁴

Por lo tanto, los servicios ambientales de los bosques nativos son funciones que claramente deben estar considerados en los conceptos de equidad intrageneracional e intergeneracional forestal y son esenciales, en la nueva panorámica socioeconómica de consecución del desarrollo sostenible.

VI.- SUJETOS INTERVINIENTES EN LOS SERVICIOS AMBIENTALES

Los titulares de bosques pueden ser públicos, colectivos o privados y la adquisición de servicios ambientales contra pago (mediante las diversas formas en que se puedan realizar las transacciones) podrá provenir de personas públicas, colectivas o privadas. Asimismo, podrán actuar en calidad de oferentes y demandantes o como prestadores de servicios y usuarios de ellos.

Ahora bien, si es el Estado a través de sus órganos quien decide mantener determinadas masas boscosas nativas con fines de proporcionar servicios ambientales, no obstante, la función ambiental que seguirán desempeñando, no cabe duda que ejercerá una actividad empresarial, que requerirá desarrollo del negocio, gestión y organización financiera y obtención de ingresos,³⁵ lo cual conforme al art. 19 N° 21 inc. 2° de la CPR³⁶ requiere de autorización por Ley de Quórum Calificado.

Pero es perfectamente posible que el Estado se ubique en la posición inversa, es decir, como un adquirente de servicios ambientales, frente a particulares que en ejercicio de la autonomía privada y con pleno apego a las normas constitucionales e infraconstitucionales desempeñan una actividad económica (conforme al art. 19 N° 21 inc. 1° de la CPR)³⁷ ajustada a la protección del ambiente.

34 LAVANDERÍA, Xavier; LEÓN, Carmelo J.; VÁSQUEZ, María Xosé, Op. cit. (p. 27).

35 TALLAR D., Fernando. Op. cit. (p. 270).

36 Art. 19. "La Constitución asegura a todas las personas: N° 21, inc. 2°: El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado".

37 Art. 19. "La Constitución asegura a todas las personas: N° 21, inc. 1°: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

El Estado puede hacer esto por dos fines. Por un lado, para preservar los bosques, situación en la cual se celebraría un acuerdo innominado entre éste y el propietario, en el cual, el segundo se obligaría a tutelar y mantener en óptimas condiciones la masa boscosa, a cambio de una suma de dinero. De esta manera, el propietario se compromete a no destinar su propiedad a otros fines (para los cuales tendría plena libertad) que no sean los pactados en dicho acuerdo.

En este caso, el Estado puede adquirir estos servicios ambientales para entregarlos gratuitamente a la comunidad contribuyendo, de esta forma, a crear (y otorgar) las condiciones materiales y espirituales tendientes a la consecución del Bien Común (art. 1° inc. 4 CPR).³⁸

Y, precisamente, es el Estado Administrador a través de sus distintos organismos quien podría concretizar, de mejor manera, este imperativo constitucional mediante el ejercicio de una función administrativo ambiental a través de la entrega de servicios ambientales que satisfagan las necesidades públicas de la ciudadanía de una manera continua y permanente.³⁹

Por otro lado, el Estado puede comprar estos servicios ambientales, con el objeto de realizar negocios con ellos, v. gr., adquiere servicios ambientales y se los transfiere a empresas de agua potable o sociedades hidroeléctricas.^{40 41}

Luego, no debemos olvidar que la CPR entrega una potestad normativa constitucional a las municipalidades, lo que se podría traducir en la dictación de importantes ordenanzas relacionadas con la operatividad de los servicios ambientales, lo que a nivel local sería una herramienta indispensable para avanzar en la materia.

38 Art. 1° inc. 4°: "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".

39 Vid., art. 3 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado que establece, como finalidad de la Administración del Estado la promoción del Bien Común. Así: "La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el Bien Común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal".

40 De esta forma, el Estado Administración contribuiría a la realización material de los ciudadanos al realizar pagos y ventas de servicios ambientales para beneficiarlos y, espiritual, al colaborar en la subsistencia de la belleza paisajística, por ejemplo.

41 Así, ya sea el Estado o privados quienes provean los servicios ambientales, se logra una equidad respecto de los grandes favorecidos que obtienen beneficios a costo 0 de ellos, quienes, con posterioridad, venden sus productos aprovechándose de la no incorporación de este coste, por cuanto, bajo la lógica del pago por servicios ambientales deben contraprestar por lo que antes les salía gratis.

Lo anterior es plenamente acorde con lo dispuesto en la misma CPR, que preceptúa en su art. 118 inc. 4º, que dentro de las finalidades de las municipalidades se encuentra la satisfacción de las necesidades de la comunidad local y el asegurar la participación ciudadana en el progreso económico, social y cultural de la comuna (motivos que demuestran que el empleo correcto de dicha potestad normativa constituye una poderosa herramienta en el efectivo desarrollo social).⁴²

VII.- MERCADO DE SERVICIOS AMBIENTALES

Con la presencia de los sujetos activos (oferentes o prestadores) y pasivos (demandantes, adquirentes o usuarios) en la comercialización de los servicios ambientales, debemos dejar en claro que debe mediar un pago real y no simbólico por ellos (lo que no significa que debe ser sólo en efectivo, sino que también es posible realizarlo a través de créditos, incentivos fiscales o de otros tipos)⁴³ y que tiene que existir una connotación claramente ambiental, como lo hemos indicado y, no constituir una simple venta y compra de recursos naturales, lo que no atiende a la figura de pago por servicios ambientales.

Desde luego, hay que tener en claro que no sólo debe entenderse por dinero (legal) las monedas metálicas y los billetes bancarios, como tampoco, el hecho que el dinero se utiliza porque lo impone el Estado. Existe el dinero bancario y éste opera por la confianza que tienen los usuarios en que con él se pueden realizar pagos. Un ejemplo de este tipo de dinero bancario lo constituyen los depósitos a la vista (cuentas corrientes), pero hay que dejar en claro que los cheques y tarjetas crediticias no constituyen dinero, sino que sólo son los soportes físicos que representan unidades de dinero bancario.⁴⁴

Por las razones antedichas, la valoración económica constituye un elemento útil en el diseño de procesos que permitan efectivamente implementar mecanismos de pago por servicios ambientales, en consideración a los progresos generados en otros países que desarrollan

42 CARRASCO F., Pablo. "Vinculación entre la Organización Administrativa Sectorial Ambiental y la CONAMA: Análisis y Problemática." En Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Volumen 19, Concepción Chile, 2009-1 (p. 30).

43 Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). Red Latinoamericana de Cooperación Técnica en Manejo de Cuencas Hidrográficas (REDLACH) "Foro Electrónico sobre Sistemas de Pago por Servicios Ambientales en Cuencas Hidrográficas". [En línea] <http://www.rlc.fao.org/foro/psa/pdf/infopinpsa.pdf> (p. 11). [fecha de consulta: 10 de mayo de 2010].

44 Martín Simón, José Luis. "Principios de Economía". Pearson Educación, S.A., Madrid, España, 2003 (p. 242).

acciones tendientes a la evaluación económica de los servicios ambientales generados por los bosques.⁴⁵

En este escenario, la mala mantención de bosques, su pérdida de calidad, la disminución de la biodiversidad, el deterioro de la belleza paisajística, constituyen pésimos negocios, por cuanto merman o eliminan la prestación de servicios ambientales, lo que redundaría en nefastas consecuencias ambientales y económicas que no contribuirían, lógicamente, de modo alguno, a la consecución del desarrollo sostenible.

A la inversa, un correcto manejo de esta figura jurídico económica puede dar origen a un efectivo Mercado de Servicios Ambientales, porque se diseñaría un escenario de oferentes y compradores de servicios ambientales en los cuales la calidad de estos va a ser clave a la hora de ser adquiridos por el respectivo consumidor o adquirente.⁴⁶

La existencia de este mercado obviamente generaría ingresos, protección del ambiente y trabajo estable.

Ahora, son varios los factores que se pueden asociar a la existencia y crecimiento de un Mercado de Servicios Ambientales, entre los cuales podemos indicar:

- A.- La presencia de una serie de normativas, que introduzcan nuevas obligaciones para las empresas en materia ambiental.
- B.- De la mano de la apertura de la economía, algunos sectores y/o segmentos de firmas enfrentan fuertes presiones de mercado (en particular, pero no únicamente, del exterior) para mejorar su gestión ambiental.
- C.- En un contexto de fuerte penetración de empresas transnacionales en la economía, las filiales locales, en muchos casos, deben adaptar sus prácticas ambientales a normas internas intracorporativas definidas desde sus casas matrices.
- D.- La "conciencia ambiental" de la comunidad muestra una tendencia de crecimiento, lo que redundaría en que los reclamos y presiones de ciudadanos o trabajadores a las empresas para que éstas mantengan conductas ambientalmente adecuadas sean más intensos.

45 HERRADOR, Doribel y DIMAS, Leopoldo. "Aportes y limitaciones de la valoración económica en la implementación de esquemas de pago por servicios ambientales". [En línea] http://www.prisma2.org.sv/web/publicacion_detalle.php?id=201. [fecha de consulta: 10 de mayo de 2010]

46 Incluso es posible pensar en la presencia de intermediarios en la cadena económica de los servicios ambientales, como también, en la posibilidad de licitación de servicios ambientales por parte del Estado Administrador.

- E.- En distintas líneas de préstamos provenientes del exterior (en concreto, los otorgados por organismos multilaterales) se incluyen cláusulas específicas en materia de exigencia de correcto desempeño ambiental.⁴⁷

Por otro lado, la dedicación del propietario de bosques a expender servicios ambientales, debe tener por finalidad la entrega no sólo de cantidad de estas prestaciones, sino que también, de calidad, lo que se traduce en la necesidad de contratación de gente calificada y con la experticia necesaria que cumpla la labor de mantención de los bosques, tales como, protectores del bosque, científicos y técnicos que estudien y mantengan las condiciones cualitativas de los terrenos boscosos, como además, personas encargadas de marketing y promoción de sus servicios ambientales, de manera tal, que el manejo organizacional y funcional sea óptimo y permita preferir los servicios entregados por un bosque por sobre los de otro, incidiendo así en la elevación de la calidad.

Además, la oferta y adquisición puede ser realizada a través de mecanismos tradicionales escriturados o utilizando los medios tecnológicos más avanzados que aseguren mayor rapidez en las transacciones. Todo lo cual podrá contar con los respaldos comerciales y de instrumentos financieros necesarios en atención a la magnitud de las operaciones.

Otro aspecto que es esencial a considerar, es la inclusión de mecanismos de fiscalización, los cuales pueden ser incluidos en cláusulas expresas (a falta de normativa), y que deben ser diseñados participativamente entre ejecutores y validados entre estos y los beneficiarios.⁴⁸

VIII.- CONCLUSIONES

Los servicios ambientales constituyen un eficiente mecanismo para propender a la conservación y preservación del ambiente y, para el caso concreto, de los bosques.

En conjunto con la tutela del ambiente, constituyen un excelente mecanismo de creación de alternativas económicas para los propietarios de los bosques, constituyendo fuentes de ingresos y de diversos trabajos. Los servicios ambientales de los bosques nativos son funciones que cla-

47 LÓPEZ, Andrés. "La Oferta de Bienes y Servicios Ambientales en Argentina. El Papel de las Pymes" [En línea] <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/6/20746/lcl2191e.pdf> (pp. 18-19). [fecha de consulta: 10 de mayo de 2010].

48 Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). Red Latinoamericana de Cooperación Técnica en Manejo de Cuencas Hidrográficas (REDLACH), Op. cit. (p. 11).

ramente deben estar consideradas en los conceptos de equidad intra-generacional e intergeneracional forestal y son esenciales en la nueva panorámica socioeconómica de consecución del desarrollo sostenible. Un correcto desarrollo, regulación y precisión de sus elementos puede dar origen a un moderno mercado en los cuales se conjuguen adecuadamente los factores de desarrollo económico y de tutela ambiental de manera equilibrada.

En definitiva, es muy importante e interesante la inclusión de esta nueva institución económica ambiental en el área del Derecho Ambiental Forestal, pero sólo se ha entregado una definición vaga, inconclusa y poco consistente. A esto, debemos agregar que no existe un tratamiento o una regulación que proyecte y concretice su operatividad.

Sin embargo, en atención a las disposiciones constitucionales e infra-constitucionales que establecen el marco dentro del cual se pueden desarrollar actividades económicas con pleno respeto del ambiente en su integralidad, podemos sostener que es posible realizar actividades relacionadas con servicios ambientales (y en concreto, provenientes de los bosques) con el consecuente pago. Esto no obsta a que sea recomendable la dictación de un marco regulatorio específico de ellos en el que se establezca un sistema de fiscalización efectivo y eficiente.

CONSERVACIÓN Y PRESERVACIÓN DE LOS HUMEDALES EN CHILE

Daniel Bravo Zamora *

I.- INTRODUCCIÓN¹

Poco se conoce en nuestro país sobre los humedales, en qué consisten, cuáles son sus características, su relevancia y los medios de protección y conservación de éstos. Sin embargo, hace pocos años esta situación cambió a través de un trágico hecho, como lo fue el desastre ambiental provocado por la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Celco-Arauco), en Valdivia, en el año 2004. A raíz de la contaminación generada por este hecho es que se vio afectado un humedal que estaba triplemente protegido: como "Santuario de la Naturaleza"², el estar incluido dentro del "Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas"³ y además estar en la "Lista de Humedales de Importancia Internacional"⁴, de la Convención de Ramsar (a la que haremos mención más adelante). Lo anterior, como lo sabemos, no fue óbice para que de todas formas este humedal fuese afectado por RILES⁵ de una compañía papelera.⁶

Es por lo anterior que estimamos necesario preguntarnos acerca del estado de conservación y protección de los humedales en nuestro país, qué medidas se están tomando y cuáles falta por realizar. Para llevar a cabo lo anterior es que comenzaremos por determinar qué son los humedales y su importancia, para seguir con la revisión de la normativa existente a nivel internacional. En tercer lugar, se analizará tanto la aplicación de dicha normativa en nuestro país, y la participación de nuestro Estado en las Conferencias de la Convención de Ramsar. Además, se revisará el aporte del sector privado en la conservación de los humedales, las normativas relacionadas en el Derecho Comparado, y finalmente, las conclusiones y propuestas para avanzar hacia una real protección de los humedales.

* Egresado de Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Ayudante de Introducción al Derecho.

1 Este informe es fruto de una pasantía de investigación realizada en FIMA desde mayo a septiembre de 2009.

2 En adelante, "Santuario".

3 En adelante, SNASPE.

4 En adelante, "Lista".

5 RIL es un acrónimo de "Residuos Industriales Líquidos".

6 El caso CELCO se analizará más adelante.

II.- ¿QUÉ SON LOS HUMEDALES?

Los humedales o “zonas húmedas” tienen como característica principal el elemento agua, junto con contar con una rica biodiversidad de flora y fauna en sus lindes. Son ambientes de transición entre medios acuáticos y terrestres, pudiendo encontrarse en lagos, lagunas o ríos, en las zonas costeras o al interior de un valle, planicie, o en sectores pre cordilleranos.

Por su parte, la Convención de Ramsar define a los humedales como “las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros”.⁷ A lo que cabe agregar que “podrán comprender sus zonas ribereñas o costeras adyacentes, así como las islas o extensiones de agua marina de una profundidad superior a los seis metros en marea baja, cuando se encuentren dentro del humedal”.⁸

A.- Importancia

Los humedales no sólo son importantes por su valor turístico, recreativo o por su belleza escénica, sino que también por su alto valor económico, científico y cultural. Un resumen de su valoración económica se muestra en el recuadro de la página siguiente.

A continuación señalaremos las principales funciones, valores y servicios ecosistémicos de los humedales:

1) Funciones relacionadas con el agua:

- a) **Fuentes de agua dulce.** Esto es bastante importante en la zona norte de nuestro país, especialmente por los diversos pueblos indígenas que allí habitan, como también por las actividades mineras y su necesidad de agua para sus actividades productivas. Sin embargo, debemos dejar en claro que es indispensable un uso ra-

7 Artículo 1.1 de la Convención de Ramsar [En línea] <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

8 Artículo 2.1 de la Convención de Ramsar. Además, existen humedales artificiales, “como estanques de cría de peces y camarones, estanques de granjas, tierras agrícolas de regadío, depresiones inundadas salinas, embalses, estanques de grava, piletas de aguas residuales y canales”. En: Secretaría de la Convención de Ramsar (2006). Manual de la Convención de Ramsar: Guía a la Convención sobre los Humedales. 4a. edición. Gland (Suiza), p. 7.

Valoración económica total de humedales			
Resumen de las principales categorías de los valores de un humedal			
Valores de uso		Valores de no uso	
Valor de uso directo	Valor de uso indirecto	Valores de opción	Valor de existencia
<ul style="list-style-type: none"> - Pesca - Agricultura - Leña - Recreación y turismo - Transporte - Explotación de la fauna y flora silvestres - Turba y energía 	<ul style="list-style-type: none"> - Retención de nutrientes - Control de crecidas y las inundaciones - Protección contra tormentas - Recarga de acuíferos - Apoyo a otros ecosistemas - Estabilización del microclima - Estabilización de la línea de costa. 	<ul style="list-style-type: none"> - Posibles usos futuros (directos e indirectos) - Valor de la información en el futuro 	<ul style="list-style-type: none"> - Biodiversidad - Cultura y patrimonio - Valores de legado

Fuente: Wetlands International. Valoración Socioeconómica de los Humedales en América Latina y el Caribe (2006)⁹

cional de dichos humedales a fin de no extinguirlos.¹⁰ Además, esta función es importantísima para controlar la desertificación, tanto en la zona norte como sur de nuestro país. Recordemos que las cinco regiones “con mayor porcentaje de la superficie regional en categoría de desertificación grave son: XI Región (60%), XII Región (55.6%), IV Región (53.3%), II Región (44.5%) [y la] V Región (40%)”.¹¹ Junto a lo anterior, previenen la penetración de agua salada (humedales costeros).¹²

- b) Funciones como recarga y descarga de acuíferos.** Los acuíferos son “una acumulación de agua subterránea depositada en una capa de terreno impermeable. Además, almacenan cerca del 97% del agua dulce no congelada del planeta, y aportan el agua de consumo humano de un tercio de su población”.¹³ Esta función es muy importante, especialmente en zonas semiáridas y áridas.¹⁴
- c) Depuración del agua.** Esta función se origina a raíz de la existencia de varias especies vegetales existentes en humedales con capa-

9 Cuadro disponible en <http://lac.wetlands.org/> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

10 Centro de Ecología Aplicada Ltda., y Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA). Protección y manejo sustentable de humedales integrados a la cuenca hidrográfica (2006), p. 84.

11 MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile. Desafíos para la sustentabilidad (Programa Chile Sustentable, Santiago, 2005), p. 29.

12 Wetlands International, Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 14.

13 Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., p. 84.

14 Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 11.

cidad para reducir la existencia de sustancias tóxicas en el agua. Junto a esto, hay algunos agentes contaminantes en solución, como los nitratos y fosfatos que pueden ser removidos o transformados en agentes menos contaminantes. Sin embargo, esta función no es efectiva cuando se vierte al humedal una cantidad de contaminantes muy alta como para ser procesada de forma natural.¹⁵

- 2) **Control de inundaciones:** Los humedales retienen el exceso de agua, filtrándola luego a los acuíferos. Esto es muy importante en nuestro país, ya que no sólo somos un país costero, sino que también contamos con muchísimos ríos y lagos.¹⁶
- 3) **Almacenamiento y secuestro de carbono:** Algunos tipos de humedales almacenan carbono en forma de materia orgánica, sin descomponer. Es decir, el carbono pasa de inorgánico a orgánico a través del proceso de fotosíntesis, quedando como biomasa vegetal almacenada en estos humedales.¹⁷
- 4) **Fuente de productos:** No sólo son fuentes de alimentos, como peces, crustáceos y aves, sino que también son fuente de madera, totora, y otros que utilizados de forma racional puede ser de gran utilidad para las diversas comunidades (especialmente indígenas) aledañas a los humedales.¹⁸
- 5) **Valor cultural, educacional, científico, turístico y recreativo:** Este es plenamente aplicable a la población en general, dado que gozan de una belleza escénica bastante particular, que sirve para fines turísticos y de descanso, junto con ser idóneas para llevar a cabo diversas investigaciones científicas y servir como zonas de educación ambiental. Por otra parte, estos valores pueden servir para crear diversos puestos de trabajo, tales como guías, guardias, personal de limpieza, vendedores, y otros.¹⁹

Un ejemplo exitoso de turismo ecológico se da en el caso de la Reserva Nacional Los Flamencos, donde CONAF y comunidades indígenas ata-

15 Ver: Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., p. 84 y Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 15.
 16 Ver: Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., pp. 85-86 y Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 11.
 17 Ver: Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., p. 85 y Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 16.
 18 Ver: Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., p. 84 y Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 9.
 19 Ver: Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., p. 86 y Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 10.

cameñas formaron en el año 2000 una sociedad de turismo ecológico para administrar parte de la Reserva. Estas comunidades cobran tarifas por el acceso a ésta y luego invierten estos ingresos en actividades relacionadas con la conservación de la naturaleza, con el patrimonio y el desarrollo social.²⁰

También encontramos otras funciones, tales como la mantención de microclimas, estabilización de la línea de costa, regulación del sistema hidrológico a nivel regional, hábitat de vida silvestre, conservación de una rica biodiversidad, etc.²¹

B.- Amenazas

Pese a su referida importancia, los humedales enfrentan una serie de amenazas, tales como el crecimiento poblacional y la urbanización, el drenaje para la agricultura, desarrollo de infraestructuras, deforestación de cuencas hidrográficas, construcción de represas y canales fluviales, extracción de turba, contaminación, pesca ilegal y acuicultura intensiva, sobrepastoreo e introducción de especies invasoras.²²

Además, existen amenazas de carácter global que inciden sobre los humedales, como el cambio climático y sus impactos (como la ocurrencia más frecuente de sequías, tormentas, inundaciones, etc.), la globalización del comercio pesquero, la privatización de servicios de agua, y la falta de voluntad política de los gobiernos nacionales en materia de conservación de los recursos naturales.²³

Otra amenaza a tener en cuenta dice relación con la destrucción de humedales, cuya reducción "se ha estimado en un 50% de la superficie original en los últimos 100 años".²⁴ Dado que esta destrucción se debe a la poca valoración de estos ecosistemas, es que nos preguntamos: ¿por qué se ignora la valoración económica de los humedales? Esto dice relación fundamentalmente con los siguientes factores:²⁵

- 1) **Ausencia de mercado:** Es decir, no existen mercados donde los productos y servicios que proveen los humedales se puedan comprar y vender. Sin embargo, si se solucionara este problema se

20 Ver: OCDE y CEPAL, Evaluaciones de desempeño ambiental. Chile. [2005], p. 112.

21 Sobre éstas y otras funciones, ver: Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., passim y Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., passim.

22 Mencionados en: Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 5.

23 Mencionados en: Ídem.

24 Ídem.

25 A continuación se resumen algunas de los factores señalados en: Ibídem, pp. 19 y 20. Sobre el cómo cuantificar el valor de un humedal, ver: Ibídem, pp. 20 y ss.

podrían generar varias fuentes de trabajo, junto con mejorar la calidad de vida de la comunidad.

- 2) **Bienes públicos:** En general los humedales son bienes públicos, lo que permite que muchas personas se puedan beneficiar de sus funciones y servicios. Pero dado que se goza de este bien de forma "gratuita", nadie está muy interesado en pagar por su uso y/o mantención.²⁶
- 3) **Sistemas de propiedad:** Es difícil determinar las fronteras de los humedales. Además, pueden ser de propiedad privada o del Estado, lo que en varias ocasiones tampoco está muy claro, por lo que puede incidir directamente en el uso que se haga de estos ecosistemas.
- 4) **Falta de compensación por efectos indirectos de actividades humanas:** Por ejemplo, cuando una cuenca hidrográfica es contaminada por efecto de pesticidas o cuando se sobreexplota la madera dentro de un humedal a veces no se calculan las pérdidas que se puede ocasionar en el valor paisajístico de un humedal, incidiendo de forma directa en la actividad turística.

III.- PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS HUMEDALES

En este acápite se analizarán las diversas Convenciones Internacionales que sean aplicables a los humedales, deteniéndonos de forma especial en la denominada "Convención de Ramsar", que pasaremos a analizar.

A.- Convención Ramsar

A comienzos del año 1971, el 2 de febrero, en la ciudad de Ramsar, Irán, un grupo de países junto con organismos internacionales y diversas

26 Esto se relaciona con la "tragedia de los comunes", que según G. Hardin (nos explica Juan Carlos Castilla) son aquellos que "no le pertenecen a nadie, nadie los cuida y así se pueden producir deterioros como sobre-explotaciones, reducciones poblacionales y usos o manejos inadecuados. Se han descrito dos formas básicas de superar esta tragedia: a) que el Estado (si se trata de un Estado) se haga cargo de esos bienes o recursos en nombre de todos sus ciudadanos ("los comunes") y los administre en beneficio de ellos a través de leyes, reglamentos, incentivos; b) que dichos bienes o recursos se privaticen a particulares, en parcialidades o en su totalidad, en regímenes de administración privada propiamente tales o en formas de co-administración entre privados y el Estado (también son posibles regímenes mixtos)". En: CASTILLA, Juan Carlos, *El Océano y la conservación en Chile: los eternos olvidados* (Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 112, primavera 2008), p. 208. [En línea] <http://www.cepchile.cl> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

ONG²⁷ suscribieron un acuerdo internacional denominado “Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente Como Hábitat de Aves Acuáticas” (o Convención Ramsar), fruto de una Conferencia Internacional convocada por UNESCO.²⁸

Esta Convención tiene como misión “la conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales y nacionales y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo”.²⁹

Por su parte, al mes de mayo de 2010, un total de 159 países se han hecho parte de esta Convención, incluyendo un total de 1889 sitios en la “Lista de Humedales de Importancia Internacional”, abarcando 185.437.001 millones de hectáreas.³⁰ En cuanto a la “Autoridad Ramsar” en nuestro país, lo es el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En su preámbulo, la Convención destaca la importancia de los humedales y la necesidad de la acción internacional coordinada para protegerlos. Luego, en su artículo primero se definen humedales (1.1) y aves acuáticas (1.2).

En su artículo segundo se señala que cada Parte Contratante designará humedales para incluirlos en la “Lista de Humedales de Importancia Internacional” (2.1), y además agrega que cada Parte Contratante deberá designar al menos un humedal para ser incluido en “la Lista” al momento de firmar la Convención o depositar su instrumento de ratificación o de adhesión (2.4).

Los requisitos para que un humedal se pueda inscribir en la referida “Lista” consisten fundamentalmente en cumplir con al menos uno de los nueve criterios que se señalan a continuación.³¹ En primer lugar,

27 Los países fueron los siguientes: Alemania (República Federal), Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, India, Irán, Irlanda, Jordania, Países Bajos, Paquistán, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía y la Unión Soviética. Las organizaciones internacionales fueron: FAO y UNESCO. Las ONG fueron las siguientes (según sus siglas en inglés): CIC, IBP, ICBP, YUCN, IWRB y WWF. Información disponible en: <http://www.ramsar.org/> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

28 Dicha convención entró en vigencia cuatro años después, en 1975. Posteriormente fue modificado a través del “Protocolo de París” del 3 de diciembre de 1982 y luego a través de las “Enmiendas de Regina”, del 28 de mayo de 1987, ambas aprobadas por nuestro país, y cuyo análisis veremos más adelante.

29 Ver: Conferencia de las Partes Contratantes (Convención de Ramsar), Plan Estratégico de Ramsar para 2009-2015 (Changwon, 2008), p. 5. [En línea] <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

30 Información obtenida de: <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 22 de enero de 2010].

31 Estos “Criterios para la Identificación de Humedales de Importancia Internacional y lineamientos para su aplicación” han sido aprobados por la Conferencia de las Partes Contratantes en sus Reuniones 7ª (1999) y 9ª (2005) en sustitución de los “Criterios” aprobados previamente por la “Conferencia de las Partes Contratantes” en sus Reuniones 4ª y 6ª (1990 y 1996), para orientar la aplicación del artículo 2.1 de la Convención de Ramsar. [en línea] <http://www.ramsar.org/> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

existen dos grupos. El Grupo A son aquellos Sitios que “comprenden tipos de humedales representativos, raros o únicos” (contiene sólo un criterio de identificación, que se basa en las características mencionadas). Por su parte, el Grupo B, son aquellos Sitios “de importancia internacional para conservar la diversidad biológica”. Este Grupo contiene diversos criterios para identificar a estos humedales, los cuales son:³²

- 1) Criterios basados en especies y comunidades ecológicas (contiene tres criterios).
- 2) Criterios específicos basados en aves acuáticas (contiene dos criterios).
- 3) Criterios específicos en base a peces (contiene dos criterios).
- 4) Criterios específicos basados en otros taxones (contiene un criterio).

Una vez identificado al menos uno de los criterios anteriores, hay que llenar un documento denominado “Ficha Informativa sobre los humedales de Ramsar” (FIR). Esta Ficha se llena no sólo cuando una Parte Contratante designa un nuevo sitio Ramsar, sino que también cuando se desea actualizar la información sobre aquellos sitios que ya son parte de la “Lista”. La recomendación ha sido que cada seis años se revisen y actualicen los datos contenidos en estas Fichas.³³

Esta Ficha se entrega a la Secretaría de la Convención, la cual verifica que se cumple con todos los requisitos acordados por la Conferencia de las Partes Contratantes, y luego de realizado esto, agrega el nombre del sitio y los datos básicos a la “Lista”, la que luego es remitida a “Wetlands International” para que se agregue a la “Base de Datos de los Sitios Ramsar”, administrada por dicha ONG. Luego el Secretario da a conocer de forma oficial el estatus del sitio como “Humedal de Importancia Internacional” y envía un certificado a la Autoridad Administrativa (recordemos que en el caso de Chile es el Ministerio de Relaciones Exteriores).³⁴

Continuando con el análisis de la Convención, se contempla la facultad de una Parte Contratante para retirar o reducir los límites de un sitio Ramsar por motivos urgentes de interés nacional [2.5], lo que, sin

32 Ídem

33 Ídem.

34 Ídem.

embargo, deberá compensar, especialmente a través de la creación de nuevas reservas naturales [4.2].³⁵

La Convención de Ramsar impone a las Partes Contratantes cuatro obligaciones principales, las cuales son:

- 1) Inclusión de al menos un humedal en la "Lista" como requisito para que un Estado pueda adherirse a la Convención de Ramsar (artículo 2.1). Chile inscribió el Santuario "Carlos Anwandter".
- 2) Cooperación Internacional en todo lo relativo a los humedales, especialmente en aquellos transfronterizos (artículo 5).
- 3) Uso racional de todos los humedales dentro de su territorio (artículo 3.1).
- 4) Conservación de los humedales y de las aves acuáticas, estableciendo áreas protegidas en los humedales, estén o no incluidos en la "Lista" (artículo 4.1).

Estas dos últimas obligaciones son importantes porque involucran a todos los humedales de un país, no sólo aquellos que estén incluidos en la "Lista". Por tanto, en virtud de estas disposiciones, es una obligación para nuestro país la conservación y protección de todos los humedales incluidos en nuestro territorio.

La Convención de Ramsar trabaja a través de diversos organismos: la Conferencia de las Partes Contratantes (COP), el Comité Permanente, el Grupo de Examen Científico y Técnico, y la Secretaría de Ramsar. Además, existe un permanente intercambio con diversas ONG asociadas a dicha Convención.

La COP (artículo 6 de la Convención) es el órgano de mayor importancia, encargado de formular políticas y además de adoptar Resoluciones,

35 Al respecto, VERGARA y LEYTON han señalado que "si bien es cierto, esta disposición sólo se aplica a aquellos lugares que han sido incorporados en la lista de sitios protegidos por la Convención, se puede concluir que si es posible compensar el uso racional de sitios que están incluidos en la Lista, nos parece que más aún se podría usar racionalmente otros humedales no incluidos aunque, siempre, con la obligación de compensar. En todo caso, esto no sería bajo las disposiciones de la Convención Ramsar, sino que en virtud de las disposiciones generales de nuestro ordenamiento jurídico". VERGARA, Javier y LEYTON, Patricio. Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile Año 1, N° 1, 2003, p. 102. Por su parte, se ha definido a las compensaciones a la biodiversidad como "acciones de conservación diseñadas para indemnizar por el inevitable impacto que el desarrollo causa en la biodiversidad a fin de asegurar que no haya 'ninguna pérdida neta' sino, preferiblemente, una ganancia neta de biodiversidad". Ten Kate, K. et al, citado en: VICTURINE, Ray. Compensación para la biodiversidad: desafíos y oportunidades (Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 112, primavera 2008), p. 182.

Recomendaciones y analizar Informes Nacionales. En estas Conferencias, cada Parte Contratante tendrá un voto y por regla general las recomendaciones, resoluciones y decisiones se adoptarán por la mayoría simple de las partes (artículo 7.2). Se reúnen cada tres años en un país que varía con cada Conferencia. Se han celebrado un total de diez Conferencias, en los siguientes países y años:³⁶ Italia (1980), Países Bajos (1984), Canadá (1987), Suiza (1990), Japón (1993), Australia (1996), Costa Rica (1999), España (2002), Uganda (2005) y República de Corea (2008). La próxima Conferencia se llevará a cabo en Rumania, en el año 2012. Por otra parte, se han celebrado dos Conferencias de carácter extraordinario a fin de modificar la Convención, en los años 1982 y 1987, las cuales también serán analizadas.

El Comité Permanente es el órgano ejecutivo de la Convención, establecido en 1987, por medio de las denominadas "Enmiendas de Regina". Sus miembros son elegidos en cada COP, por un período de 3 años. Este Comité se reúne una vez al año, y la última reunión se llevó a cabo entre el 26 de abril y 1 de mayo en Georgia.

El Grupo de Examen Científico y Técnico es un órgano subsidiario establecido en 1993 que entrega orientaciones científicas y técnicas a los diversos organismos de la Convención de Ramsar.

La Secretaría de Ramsar se encarga de la coordinación de las actividades de la Convención. Se encuentra en la sede de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), en Suiza. Se cuenta con un Secretario General.

Por último hay varias ONG que están relacionadas con los humedales, como lo son las cinco "Organizaciones Internacionales Asociadas" de la Convención de Ramsar:³⁷ BirdLife International (existe un Memorándum de Cooperación del año 2004), International Water Management Institute (existe un Memorándum de Cooperación del año 2006), IUCN (existe un Memorándum de Cooperación del año 2003), Wetlands International (existe un Memorándum de Cooperación del año 2004) y World Wide Fund for Nature International (existe un Memorándum de Cooperación del año 2004).³⁸

36 La participación de Chile en estas Conferencias se analizará más adelante.

37 The International Organization Partners [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-36-57_4000_0_ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

38 Existen, además, otras ONG que tienen acuerdos con la Oficina de la Convención de Ramsar. Estas son: Wetland Link International of the Wildfowl and Wetlands Trust, The Society of Wetland Scientists, International Ocean Institute, The Nature Conservancy, Eurosite, Center for International Earth Science Information Network, Columbia University (USA), and Wetlands International, The Global Biodiversity Forum, IUCN-The World Conservation Union, International Association for Impact Assessment, Ducks Unlimited (USA, Canada, and Mexico), Global Nature Fund, The Danone Group for the Ramsar Evian Project/Projet d'Evian, y The Biosphere Connections partnership with the Star Alliance Network. Ver: <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

B.- Convención contra la desertificación

La "Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África", fue adoptada en París, Francia, el 17 de junio de 1994.³⁹ En nuestro país rige como Ley de la República desde el 13 de febrero de 1998.⁴⁰

Esta Convención está íntimamente ligada con la Convención de Ramsar, dado que una de las funciones de los humedales es justamente controlar la erosión. Y no sólo eso, sino que también los humedales almacenan gran cantidad de agua dulce, siendo esto de gran relevancia, especialmente en las zonas donde hay desertificación (tanto en el norte y sur, como se revisó). De hecho, existe un Memorándum de Cooperación con la Secretaría de esta Convención, suscrito el 5 de diciembre de 1998, lo que da cuenta de la importancia que se le otorga a trabajos conjuntos en esta materia.⁴¹

En nuestro país es un tema de gran importancia, dado que en cuanto a ecosistemas se refiere, el problema más grave es justamente la desertificación o degradación de los suelos. En efecto, se ha estimado que cerca de 48.3 millones de hectáreas están en esta categoría, lo que representa más del 60% de nuestro territorio.⁴² Y como si esto no fuese poco, "según estimaciones realizadas por la Universidad de Chile, el desierto avanzó 40 km. durante el último siglo, lo que significa [un] promedio de 0.4 Km al año, tasa que claramente va en aumento".⁴³

A pesar de la magnitud de estas cifras, al parecer no se han tomado las medidas adecuadas, dado que las autoridades públicas no asumen este problema, sino que lo ven más bien como una carga histórica.⁴⁴ Hace falta, por ende, enfocarse más en las soluciones y valorar la importancia de los humedales para afrontar este problema. Como lo menciona inclusive la Estrategia Nacional de Humedales, al señalar que: "desde el extremo norte de nuestro país hasta cerca de Santiago las cuencas hidrográficas son deficitarias en agua. Es decir, son zonas áridas o semiáridas, en que

39 Es por esto que cada 17 de junio se celebra el "Día Mundial Contra la Desertificación y la Sequía".

40 Fue aprobada por el Congreso Nacional el 10 de julio de 1997, procediendo posteriormente a depositarse el Instrumento de Ratificación ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha de 11 de noviembre de 1997. Finalmente, a través del D.S. N° 2.065, publicado el 13 de febrero de 1998 en el Diario Oficial, dicho tratado pasó a ser Ley de la República.

41 Memoranda of Cooperation with the Convention to Combat Desertification [en línea] <http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-115^21238_4000_0__> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

42 MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile, op. cit., p. 28.

43 Ídem.

44 Ídem.

los humedales constituyen una situación excepcional”.⁴⁵ Por lo mismo, es importante velar por la conservación de estos ecosistemas.

Es por lo anterior que ambas convenciones están estrechamente ligadas, para lo cual una acción fuerte en torno a la protección y preservación de los humedales en nuestro país, especialmente en la zona norte y sur ayudará a evitar la erosión y desertificación, que recordemos, involucra a más del 60% de nuestro territorio.

C.- Convención sobre la Diversidad Biológica

Esta Convención fue adoptada en Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992. Es nuestro país es Ley de la República desde el 6 de mayo de 1995.⁴⁶

La vinculación con esta Convención está dada por contener los humedales una rica biodiversidad, por lo que la conservación de humedales redundará en una efectiva protección de la biodiversidad en el país. Asimismo, se han firmado dos Memorándum de Cooperación, el primero el 19 de enero de 1996 y el segundo el 10 de mayo de 2005.⁴⁷ Además, se han suscrito a la fecha cuatro “Planes de Trabajo Conjunto”, el último para el período de 2007 - 2010,⁴⁸ lo que da cuenta de una fructífera actividad de cooperación desde hace más de 10 años entre ambos instrumentos jurídicos.

En nuestro país, ocho años después que este Convenio pasó a ser Ley de la República (1995), en el año 2003, vio la luz la Estrategia Nacional de Biodiversidad de 2003.

D.- Convención de Bonn

La “Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje” fue adoptada en Bonn, en la entonces “República Federal de Alemania” el 23 de junio de 1979. En nuestro país rige como Ley de la República desde el 12 de diciembre de 1981.⁴⁹

45 Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales en Chile (Santiago, 2005), p. 7.

46 Al respecto, nuestro Congreso Nacional la aprobó el 5 de septiembre de 1994. Posteriormente el Instrumento de Ratificación se depositó el 9 de septiembre de 1994 ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Finalmente, a través del D.S. N° 1.963, publicado el 6 de mayo de 1995 en el Diario Oficial, dicha Convención pasó a ser Ley de la República.

47 Memorandum of Cooperation between The Convention on Wetlands and The Convention on Biological Diversity [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=amsar&cp=1-31-115^16062_4000_0__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

48 Ídem.

49 La Junta de Gobierno la aprobó el 23 de julio de 1981. Posteriormente, el Instrumento de Adhesión fue depositado el 15 de septiembre de 1981 en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania. Finalmente, a través del D.S. N° 868, publicado el 12 de diciembre de 1981 en el Diario Oficial, dicha Convención pasó a ser Ley de la República.

Para entender el vínculo entre ambas convenciones, cabe recordar que la Convención de Ramsar no se refiere solamente a los humedales, sino que también se mencionan a las Aves Acuáticas. En efecto, el nombre completo de dicha Convención es: "Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente Como Hábitat de Aves Acuáticas". Es por esto que se toma especial consideración respecto de aquellos humedales que sean hábitat de aves acuáticas.

Finalmente, el 18 de febrero de 1997 se firmó un Memorandum de Entendimiento,⁵⁰ y unos años después un "Plan de Trabajo Conjunto", el 5 de abril de 2004.⁵¹

E.- Convenio Marco sobre Cambio Climático

Esta Convención fue adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 9 de mayo de 1992. En nuestro país rige como Ley de la República desde el 13 de abril de 1995.⁵² Fue justamente en este mismo año, 1995, en que se previó a nivel internacional que no se iba a cumplir con lo dispuesto en dicho acuerdo. Es por esto que se aprobó el Protocolo de Kyoto dos años después, el 11 de diciembre de 1997, en Kyoto, Japón.⁵³ En nuestro país este Protocolo es Ley de la República desde el 16 de febrero de 2005.⁵⁴

Recordemos que una de las amenazas contra los humedales es precisamente el Cambio Climático, por lo que buscar reducir sus consecuen-

50 Memorandum of Understanding with the Bonn Convention [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-115^21281_4000_0__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

51 Joint Work Plan 2004 -- CMS, AEWA, and the Ramsar Convention [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-115^22096_4000_0__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. Al respecto, en el año 1999, en el Informe Nacional elaborado por Chile con motivo de la Séptima Conferencia de las Partes de la Convención de Ramsar, se señaló que "si bien no existen lazos formales entre las autoridades administrativas de estas convenciones, sí los hay de manera informal, principalmente entre la Convención Ramsar y la Convención de Especies Migratorias, como por ejemplo respecto del desarrollo de proyectos relacionados con flamencos altoandinos. El citado nexo es apoyado por la participación oficial del Dr. Roberto Schlatter en ambas convenciones". Ver: 7º Informe Nacional de Chile a la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención de Ramsar. [En línea] <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

52 Nuestro Congreso Nacional la aprobó el 15 de diciembre de 1994. El Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha de 22 de diciembre de 1994. Finalmente, a través del D.S. N° 123, publicado el 13 de abril de 1995 en el Diario Oficial, dicha Convención pasó a ser Ley de la República.

53 MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile, op. cit., p. 55.

54 Nuestro Congreso Nacional aprobó dicho Protocolo el 4 de julio de 2002. A su vez, el 26 de agosto de 2002, el Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas. Finalmente, a través del D.S. N° 349, publicado el 16 de febrero de 2005 en el Diario Oficial, dicho Protocolo pasó a ser Ley de la República. Cabe tomar en cuenta que en dicha fecha [16 de febrero de 2005] el Protocolo de Kyoto entró en vigencia, de conformidad a su numeral 1 del artículo 25.

cias incide de forma directa sobre los humedales. A su vez, recordemos que los humedales ayudan a combatir el Cambio Climático, dado que almacenan carbono, por lo que la preservación de los humedales también incidirá positivamente en dicho fenómeno.

F.- Convención de Patrimonio Mundial

La “Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural” de la UNESCO, fue adoptada en París, Francia, el 16 de noviembre de 1972. Rige en nuestro país como Ley de la República desde el 12 de mayo de 1980.⁵⁵

Esta Convención es importante, dado que junto con crear la categoría de “Patrimonio Cultural”, crea la de “Patrimonio Natural”, que son aquellas que tienen “un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural” (artículo 2). Es por esto que eventualmente pueden incluirse humedales que cumplan con esta categoría, por lo que esta Convención es funcional a la protección de los humedales.

Chile cuenta con cuatro lugares como “Sitios como Patrimonio de la Humanidad”. Entre ellos, el Parque Nacional Rapa Nui, siendo el primer sitio chileno en estar en esta Convención, en 1995⁵⁶. Por otra parte, hay una “Lista Tentativa” para incluir nuevos Sitios, y existe, además, un Memorandum de Entendimiento, suscrito el 14 de mayo de 1999.⁵⁷ Finalmente, cabe destacar que 41 Sitios Ramsar están incluidos en 36 Sitios de Patrimonio de la Humanidad,⁵⁸ fortaleciendo su protección.

G.- Convención CITES

La “Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres”, fue adoptada en Washington, Estados Unidos, el 3 de marzo de 1973. En nuestro país fue suscrita el 16 de septiembre de 1974 y desde la publicación en el Diario Oficial del Decreto-Ley N° 873, el 28 de enero de 1975, es tenida como Ley de la República.

- 55 La Junta de Gobierno la aprobó el 16 de enero de 1980. El Instrumento de Adhesión fue depositado ante el Secretario General de la UNESCO el 20 de febrero de 1980. Finalmente, a través del D.S. N° 259, publicado el 12 de mayo de 1980 en el Diario Oficial, dicha Convención pasó a ser Ley de la República.
- 56 UNESCO [en línea] <http://whc.unesco.org/en/statesparties/cl/> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].
- 57 Ramsar MOU with the World Heritage Convention, 14 May 1999 [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-115^21517_4000_0_ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].
- 58 Ramsar and World Heritage Sites [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-115^21960_4000_0_ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

Esta Convención está relacionada con los humedales, dado que es frecuente que en dichos ecosistemas se encuentre flora y fauna silvestres amenazadas. Además, esta Convención busca controlar y “reducir el comercio internacional de especies de flora y fauna silvestre que estuvieren en inminente o eventual peligro de extinción, debido a varios factores, principalmente la sobreexplotación por el comercio internacional”.⁵⁹ Su implementación se efectúa a través de la Ley de Caza y su respectivo reglamento.

H.- Convención de Washington

La “Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América” fue adoptada en Washington, Estados Unidos, el 12 de octubre de 1940. En nuestro país es Ley de la República desde el 4 de octubre de 1967.⁶⁰

Esta Convención establece cuatro categorías de protección, a saber: Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales, y Reservas de Regiones Vírgenes. Estas categorías son las mismas que se mencionan en la Ley N° 18.362 (que crea el Servicio Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado). Sin embargo, las definiciones establecidas en esta última son más completas. Por otra parte, respecto de estas categorías, Chile sólo ha creado tres de ellas: no se han creado Reservas de Regiones Vírgenes.

I.- Tratado Antártico

Este Tratado fue adoptado en Washington, Estados Unidos, el 1 de diciembre de 1959. Es Ley de la República desde el 2 de diciembre de 1961.⁶¹ Luego de un poco más de 30 años, en el año 1991, el 4 de octubre, se adoptó en Madrid, España, el “Protocolo al Tratado Antártico Sobre Protección del Medio Ambiente”. En nuestro país este instrumento rige como Ley desde el 18 de febrero de 1998.⁶²

59 MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile, op. cit., p. 48.

60 El Congreso Nacional la aprobó el 3 de agosto de 1967. Se acepta y ratifica a través del D.S. N° 531 publicado el 4 de octubre de 1967 en el Diario Oficial, teniéndose por Ley de la República desde dicha fecha.

61 El Congreso Nacional lo aprobó el 7 de junio de 1961. La ratificación fue depositada en el Departamento de Estado de los Estados Unidos, el 23 de junio de 1961. Finalmente, a través del D.S. 361, publicado el 14 de julio de 1961 en el Diario Oficial, se incluyó el tratado. Sin embargo, el 2 de diciembre de 1961 se volvió a publicar el tratado, dado que en la publicación anterior se había incurrido en algunos errores. Es por esto que a través del D.S. 174 publicado el 17 de abril de 1962 en el Diario Oficial, se determinó que la versión auténtica y oficial del Tratado es aquel publicado el 2 de diciembre de 1961, siendo por tanto Ley de la República desde esta última fecha.

62 Este Protocolo fue aprobado por el Congreso Nacional el 1° de septiembre de 1994, y luego el Instrumento de Ratificación fue depositado ante el Gobierno de los Estados Unidos de América el 11 de enero de 1995. Posteriormente, a través del D.S. N° 396 [promulgado el 3 abril de 1995], fue publicado en el Diario Oficial el 18 de febrero de 1998. Es decir, cerca de 3 años después de su promulgación.

Este Protocolo señala en su artículo 2º, como “Objetivo y Designación” que “las Partes se comprometen a la protección global del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados y, mediante el presente Protocolo, designan a la Antártica como reserva natural, consagrada a la paz y a la ciencia”. Por otra parte, en su Anexo V denominado “Protección y Gestión de Zonas”, en su artículo 3º menciona a las “Zonas Antárticas Especialmente Protegidas (ASPAs)” que son aquellas zonas que buscan proteger “sobresalientes valores científicos, estéticos, históricos o naturales, cualquier combinación de estos valores, o las investigaciones científicas en curso o previstas”.

Estas Zonas son muy importantes a fin de lograr una efectiva protección y conservación de los humedales, dado que según menciona un Proyecto de Resolución presentado por Suiza (posteriormente retirado) a la 9º Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes (2005), denominado “Extensión de los efectos y beneficios de la Convención de Ramsar a los humedales antárticos”,⁶³ en la Antártica existen diversos tipos de estos ecosistemas, de conformidad a la definición de humedal de la Convención de Ramsar. Además, en el Proyecto de Resolución se mencionan como ejemplos lagos glaciares, lagos subglaciares, depresiones de origen glaciar que en verano recogen el agua de deshielo de los glaciares, charcas y depresiones formadas sobre glaciares y bancos de hielo, glaciares, ríos helados estacionalmente, ecosistemas costeros, etc. Es por esto que a través del establecimiento de estas categorías (Zonas Antárticas Especialmente Protegidas), se pueden incluir estos humedales antárticos.

J.- Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste

Esta Convención fue adoptada en Lima, Perú, el 12 de noviembre de 1981, y es Ley de la República desde el 14 de junio de 1986.⁶⁴ Posteriormente, el 22 de julio de 1983 se suscribió en Quito, Ecuador, el “Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos”, rigiendo como Ley en nuestro país desde el 19 de junio de 1986.⁶⁵ Además, el 21 de septiembre de 1989

63 The 9th Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-82^16428_4000_0__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

64 La Junta de Gobierno lo aprobó el 26 de noviembre de 1985. El Instrumento de Ratificación se depositó el 20 de marzo de 1986 en Bogotá, Colombia, en la Sede de la Comisión Permanente del Pacífico Sur. Este Convenio se publicó en el Diario Oficial a través del D.S. N° 296, publicado el 14 de junio de 1986 en el Diario Oficial, convirtiéndose en Ley de la República desde dicho día.

65 La Junta de Gobierno aprobó el 26 de noviembre de 1985. Se depositó el Instrumento de Ratificación el 20 de marzo de 1986, en Bogotá, Colombia, en la Sede de la Comisión Permanente del Pacífico Sur. El D.S. N° 295 fue publicado en el D.O. el 19 de junio de 1986, siendo desde entonces, Ley de la República.

se suscribió en Paipa, Colombia, el "Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras Protegidas del Pacífico Sudeste", rigiendo como Ley en Chile desde el 31 de agosto de 1995.⁶⁶ La importancia de esta Convención radica en la existencia de muchísimos humedales costeros en nuestro país,⁶⁷ por lo que al buscar esta Convención la protección y preservación del "medio marino y la zona costera del Pacífico Sudeste, contra todos los tipos y fuentes de contaminación",⁶⁸ está protegiendo directamente a los humedales.

IV.- HUMEDALES EN CHILE

A continuación revisaremos tanto las clasificaciones como las cifras sobre humedales en nuestro país. También revisaremos los humedales que se encuentran inscritos en la "Lista", el proceso de ratificación de la Convención de Ramsar, y un análisis de lo realizado en Chile desde la entrada en vigencia de dicho tratado como Ley de la República.

A nivel mundial los humedales cubren aproximadamente 1.28 millones de hectáreas de la superficie terrestre, un área 50% más grande que Brasil.⁶⁹ Sin embargo, como mencionáramos antes, se ha estimado que en los últimos 100 años la superficie de humedales ha disminuido en un 50%.⁷⁰ Por lo tanto, si bien es cierto que la superficie de humedales a nivel mundial es extensa, no nos debemos quedar inmóviles ante esto, dado que su destrucción ha sido bastante intensa, por lo que hay mucho trabajo por hacer en pos de su conservación.

Por su parte, en nuestro país cerca de 4,5 millones de hectáreas son humedales, lo cual equivale a cerca del 6% de nuestro territorio continental.⁷¹ A esta cifra deberemos hacerle algunos ajustes, como veremos a continuación. Pero antes nos falta por determinar cuánto de esta superficie se encuentra protegida a nivel nacional e internacional. Para llevar a cabo esto es que utilizaremos de forma preferente las cifras del SNASPE señaladas en un catastro del año 1994.⁷² Pero, si bien han

66 Este Protocolo fue aprobado por el Congreso Nacional el 6 de octubre de 1993. Posteriormente, el Instrumento de Ratificación fue depositado en la Secretaría General de la Comisión Permanente del Pacífico Sur el 21 de diciembre de 1993. Finalmente, el D.S. N° 827 fue publicado en el Diario Oficial el 31 de agosto de 1995.

67 Ver, por ejemplo, el siguiente estudio sobre los humedales costeros de Coquimbo: Corporación Ambientales Acuáticos de Chile (CAACH). Los humedales no pueden esperar: Manual para el Uso Racional del Sistema de Humedales Costeros de Coquimbo (Santiago, 2005).

68 MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile, op. cit., p. 63.

69 Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 3.

70 *Ibidem*, p. 5.

71 CONAF-CONAMA-BIRF. Catastro y evaluación de recursos vegetacionales nativos de Chile (1999), p. 13.

72 *Ídem*.

transcurrido 16 años a la fecha, la superficie protegida no ha variado de forma substancial. En efecto, en 1994 la superficie de SNASPE era de 13.952.478,9 de hectáreas. A 2008 esta cifra es de 14.408.202 cifra inclusive menor a la alcanzada en 1996, de 14.429.314 hectáreas.⁷³

Respecto de las cerca de 14 millones de hectáreas del SNASPE (1994), se ha estimado que cerca de 3.5 millones de dichas hectáreas son humedales. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que según la definición de humedal de la Convención de Ramsar (cuya definición es la que rige en nuestro país actualmente), debiésemos incluir a los Cuerpos de Agua, a fin de calcular de forma más exacta la totalidad de humedales existentes en nuestro país.⁷⁴ Por tanto, si consideramos humedal según lo definido en la Convención de Ramsar, tendríamos que en Chile existen 5,7 millones de hectáreas de humedales (humedales más cuerpos de aguas), de las cuales en el SNASPE se incluyen 3,8 millones de hectáreas. Es decir, en Chile un 66,4% de los humedales están protegidos en el SNASPE. Pero estas hectáreas no están protegidas bajo la categoría de "humedales", sino que están al interior de Parques o Reservas Nacionales, en su mayoría. En efecto, de lo que está protegido específicamente como "humedal" corresponde a los sitios inscritos en la "Lista" de la Convención de Ramsar, las cuales representan 192,080 hectáreas.

A continuación analizaremos la extensión de humedales y cuerpos de agua por región, estimando luego en porcentajes a estos ecosistemas en relación a la superficie de la región.⁷⁵

73 Sobre esta última cifra (1996), ver: MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile, op. cit., p. 76. Sobre la cifra de 1994, ver: CONAF-CONAMA-BIRF. Catastro y evaluación..., op. cit., p. 29. Sobre la cifra de 2008, información proporcionada por la Oficina de Informaciones de CONAF.

74 Sobre este asunto, ver: 7° Informe Nacional, op. cit.

75 A falta de datos más específicos, no se desglosan las cifras para las nuevas regiones (XIV y XV). Por tanto, cuando mencionemos a la I Región, nos estamos refiriendo en verdad tanto a la I como a la XV; asimismo, cuando mencionemos a la X Región, nos estamos refiriendo en verdad tanto a la I como a la XIV. Esto es aplicable tanto a la Tabla N° 1 como a la Tabla N° 2.

TABLA N° 1 (en hectáreas)

Regiones	Superficie de la Región	Humedales (A)	%	Cuerpos de Agua (B)	%	Total de Hectáreas A+B	Total de Humedales según Ramsar (a+b) en porcentaje en la región.
I	5.966.775,7	46.096,2	0,77%	3.712,6	0,06%	49.808,8	0,83%
II	12.722.188,3	49.467,2	0,39%	11.039,1	0,09%	60.506,3	0,48%
III	7.614.924,3	7.303,3	0,10%	7.666,6	0,10%	14.969,9	0,20%
IV	4.068.729,8	16.461,1	0,40%	5.618,7	0,14%	22.079,8	0,54%
V	1.603.144,5	2.672,9	0,17%	4.890,3	0,31%	7.563,2	0,47%
RM	1.550.657,8	4.604,6	0,30%	3.748,2	0,24%	8.352,8	0,54%
VI	1.633.625,0	2.933,8	0,18%	8.545,3	0,52%	11.478,1	0,70%
VII	3.035.593,1	8.406,1	0,28%	28.723,8	0,95%	37.129,9	1,22%
VIII	3.708.665,4	10.631,9	0,29%	48.332,9	1,30%	58.964,8	1,59%
IX	3.182.731,5	23.138,1	0,73%	54.839,0	1,72%	77.977,1	2,45%
X	6.680.893,4	74.541,9	1,12%	329.498,0	4,93%	404.039,9	6,05%
XI	10.698.182,7	1.146.666,7	10,72%	392.025,5	3,67%	1.538.692,2	14,38%
XII	13.196.449,3	3.105.136,9	23,53%	328.188,9	2,49%	3.433.325,8	26,02%
TOTAL	75.662.560,8	4.498.060,7	5,94%	1.226.828,9	1,62%	5.724.889,6	7,57%

De esta tabla podemos destacar en primer lugar que un 5,94% de nuestro territorio continental corresponde a humedales (en términos estrictos). Pero si entendemos humedal según la Convención de Ramsar, tenemos que en Chile un 7,57% de nuestro territorio son humedales.

En segundo lugar, desde la I hasta la X Región el porcentaje de humedales (en términos estrictos) en relación a la superficie de la respectiva Región es bastante pobre, resaltando la III Región, con sólo un 0,10% de humedales en su territorio. Cuestión que contrasta fuertemente con el porcentaje de la XII Región (23,53%). Por su parte, si entendemos a los humedales en términos amplios, la proporción antes descrita no varía mucho, dado que nuevamente la región con menor porcentaje de humedales respecto a la superficie total es la III Región, con un 0,20%. Asimismo, es la XII Región la que cuenta con una proporción bastante amplia de humedales en su territorio, con un 26,02%.

En tercer lugar, si analizamos las cifras desde un punto de vista cuantitativo, resalta que la zona central es aquella que tiene menos hectáreas de humedales. En efecto la V Región cuenta con apenas 2.672,9 hectáreas (ó 7.563,2 según un criterio amplio). A su vez, la RM cuenta con 4.604,6 (ó 8.352,8 según un criterio amplio). Finalmente, la VI Región cuenta con 2.933,8 hectáreas (ó 11.479,1 según un criterio amplio). Esto

es muy importante de tener en cuenta, dado que es justamente la zona central de nuestro país la que ha sido identificada como uno de los 25 hotspots a nivel mundial, por su alto valor de biodiversidad y su alto grado de amenaza.⁷⁶ Por tanto, es de vital importancia que estos pocos humedales cuenten con una efectiva protección.

TABLA N° 2 (en hectáreas)

Región	Humedal por Región	Humedales en SNASPE	% humedal	Cuerpos de Agua	Cuerpos de Agua en SNASPE	% cuerpos de agua	Total humedales	Suma SNASPE	% Total
I	46.096,2	11.276,8	24,5%	3.712,6	2.937,7	79,13%	49.808,8	14.214,5	28,54%
II	49.467,2	3.137,3	6,34%	11.039,1	6.821,4	61,80%	60.506,3	9.959,7	16,46%
III	7.303,3	0	0%	7.666,6	0	0%	14.969,9	0	0%
IV	16.461,1	0	0%	5.618,7	0	0%	22.079,8	0	0%
V	2.672,9	0	0%	4.890,3	1.182,9	24,19%	7.563,2	1.182,9	15,64%
RM	4.604,6	0	0%	3.748,2	0	0%	8.352,8	0	0%
VI	2.933,8	111,3	3,80%	8.545,3	0	0%	11.478,1	111,3	0,97%
VII	8.406,1	0	0%	28.723,8	122,7	0,43%	37.129,9	122,7	0,33%
VIII	10.631,9	1.282,7	12,06%	48.332,9	225,2	0,47%	58.964,8	1.507,9	2,56%
IX	23.138,1	1.175,2	5,08%	54.839,0	4.075,3	7,43%	77.977,1	5.250,5	6,73%
X	74.541,9	1.496,3	2,01%	329.498,0	29.151,3	8,85%	404.039,9	30.647,6	7,59%
XI	1.146.666,7	1.013.066,3	88,35%	392.025,5	123.216,1	31,43%	1.538.692,2	1.136.282,4	73,85%
XII	3.105.136,9	2.433.040,0	78,36%	328.188,9	169.284,0	51,58%	3.433.325,8	2.602.324,0	75,80%
TOTAL	4.498.060,7	3.464.585,8	77,02%	1.226.828,9	337.016,6	27,47%	5.724.889,6	3.801.602,4	66,41%

En la Tabla N° 2, se incluyen las cifras de humedales por región, como asimismo las hectáreas de este ecosistema que se encuentra protegido por SNASPE. Lo mismo se realiza con los Cuerpos de Agua. Finalmente, incluimos las cifras de humedales (según una definición amplia) por Región, junto con el porcentaje de estas hectáreas que se encuentran protegidas por el SNASPE.

De esta tabla se desprende que de los humedales a nivel nacional, un 77,02% se encuentra protegido a través del SNASPE. Sin embargo, si nos atenemos a la definición de humedal según la Convención de Ramsar, se observa que el nivel de protección disminuye a un 66,41%.

En segundo lugar, los humedales (en sentido restringido) de la III, IV, V, RM y VII no se encuentran protegidos por el SNASPE. Pero si miramos esto de conformidad a un concepto de humedal según la Convención de

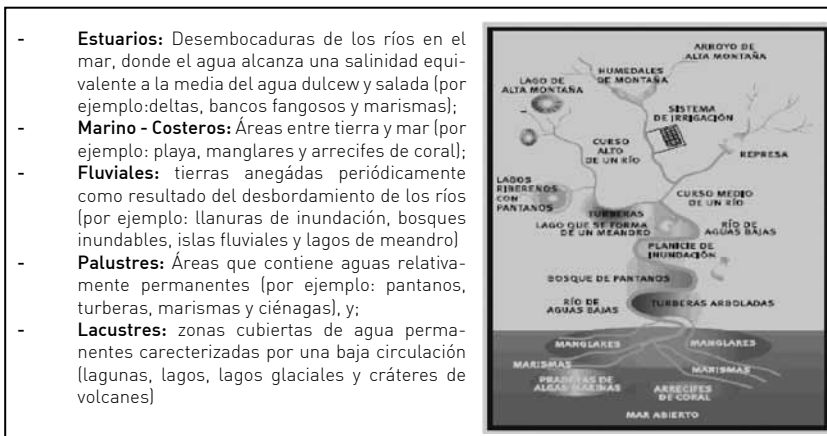
76 SIERRALTA, Leonel et al., Liderazgo del sector privado en la conservación del medio ambiente (Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 112, primavera 2008), p. 249.

Ramsar, veremos que aun así la III, IV y la RM no incluyen ningún humedal en el SNASPE. Esto es bastante grave, dado que como señaláramos, al ser la zona central un hotspot, es vital que estos humedales cuenten con una efectiva protección, con mayor razón si tanto en términos cuantitativos como cualitativos estas regiones cuentan con muy pocos humedales en su territorio.

En tercer lugar, las cifras dan cuenta que existe una verdadera desproporción en la protección de humedales por Región, siendo en algunas ínfima (aparte de la III, IV y la RM, en la que simplemente no hay protección de humedales, está la VII Región, con un 0,33% de sus humedales, en términos amplios, bajo protección en el SNASPE), y en otras de gran extensión (por ejemplo, la XII Región cuenta con un 78,36% de sus humedales protegidos. Y si vemos estos humedales incluyendo los Cuerpos de Agua, su nivel de protección es similar, con un 75,80%).

Se suelen clasificar a los humedales en cinco categorías:

Cuadro N° 1 ⁷⁷



Por otra parte, en nuestro país los humedales han sido clasificados recientemente en tres ecotipos y diversas clases:

77 Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., pp. 3 y 4.

Cuadro N° 2 ⁷⁸

Chile hoy cuenta con once humedales inscritos en la “Lista”, los cuales son (ordenados por fecha de incorporación):

ECOTIPOS	CLASE	Nombre Común	Ejemplo Chilenos
Humedal Marino	--	Intermareal, submareal	Litoral Costero
Humedal Costero	Intrusión Salina	lago costero, laguna costera, marisma, estuario	Lago Budi, Laguna Conchalí, Humedal Tubul - Raqui
Humedal Continental	Evaporación	salar, bofedal, Puquios	Salar de Atacama, Salar de Huasco
	Infiltración (A)	Hualve, ñadi, poza, charco, pitranto, pantano	Humedales depresión central de las regiones VII - IX
	Infiltración Saturado (B)	Mallín, turberas, turba magallánica, campañas, pomponal	Parque Nacional Torres del Paine, Parque Nacional Chiloé, sector Cucao
	Escorrentía	Río, arroyo, esteros, lagos	Río Clarillo, Río Bío Bío, Lago Villarrica
	Afloramientos Subterráneos	Vega, bofedal, humedal	Parinacota, Jachucoposa, Ciénaga de Name

- A.- Carlos Anwandter.** Ubicado en la XIV Región de Los Ríos,⁷⁹ cuenta con una superficie de 4.877 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 27 de julio de 1981. Además, es parte del SNASPE y es Santuario de la Naturaleza desde el 4 de julio de 1981.
- B.- Salar de Surire.** Ubicado en la XV Región de Arica y Parinacota,⁸⁰ cuenta con una superficie de 15.858 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 2 de diciembre de 1996, y Monumento Natural (perteneiente al SNASPE).
- C.- Salar de Huasco.** Ubicado en la I Región de Tarapacá, cuenta con una superficie de 6.000 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 2 de diciembre de 1996, y Santuario de la Naturaleza desde el 18 de mayo de 2005.

78 Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., p. 90

79 De conformidad a la Ley N° 20.174, publicada en el Diario Oficial el 5 de abril de 2007 (en vigencia desde el 2 de octubre de 2007), se creó la XIV Región de Los Ríos, cuya capital es la ciudad de Valdivia. Al respecto, actualmente hay un Proyecto de Ley que busca prohibir la denominación de las regiones por su número, sólo autorizando mencionarlos por su nombre. Se encuentra en segundo trámite constitucional, al ser aprobada en la Cámara de Diputados el 5 de junio de 2007. Boletín N° 4938-06.

80 De conformidad a la Ley N° 20.175, publicada en el Diario Oficial el 11 de abril de 2007 (en vigencia desde el 15 de febrero de 2008) se creó la XV Región de Arica y Parinacota, cuya capital es la ciudad de Arica.

- D.- Salar de Tara.** Ubicado en la II Región de Antofagasta, cuenta con una superficie de 5.443 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 2 de diciembre de 1996, y es parte de la Reserva Nacional Los Flamencos (parte del SNASPE).
- E.- Sistema Hidrológico de Soncor.** Ubicado en la II Región de Antofagasta, cuenta con una superficie de 5.016 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 2 de diciembre de 1996, y es parte de la Reserva Nacional Los Flamencos (parte del SNASPE).
- F.- Complejo lacustre laguna Negro Francisco y laguna Santa Rosa.** Ubicado en la III Región de Atacama, cuenta con una superficie de 62.460 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 2 de diciembre de 1996, y es parte del Parque Nacional Nevado Tres Cruces (parte del SNASPE).
- G.- Humedal El Yali.** Ubicado en la V Región de Valparaíso, cuenta con una superficie de 520 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 2 de diciembre de 1996, y es parte de la Reserva Nacional El Yali (parte del SNASPE).
- H.- Laguna Conchalí.** Ubicado en la Región de IV Coquimbo, cuenta con una superficie de 34 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 2 de febrero de 2004, y Santuario de la Naturaleza desde el 10 de febrero de 2000.
- I.- Bahía Lomas.** Ubicado en la XII Región de Magallanes, cuenta con una superficie de 58.946 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 6 de diciembre de 2004. Es, además, "Sitio de Importancia Hemisférica" de la Red Hemisférica de Reservas de Aves Playeras (RHRAP) desde febrero de 2009.
- J.- Salar de Aguas Calientes IV.** Ubicado en la II Región de Antofagasta, cuenta con una superficie de 15,529 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 14 de agosto de 2009.
- K.- Salar de Pujsa.** Ubicado en la II Región de Antofagasta, cuenta con una superficie de 17,397 hectáreas. Es Sitio Ramsar desde el 14 de agosto de 2009, y parte de este humedal se encuentra en la Reserva Nacional Los Flamencos (parte del SNASPE).

Respecto a estos once humedales, cuyas hectáreas suman un total de 192,080, es importante señalar que el 66,5% de ellos se encuentra en la zona norte (equivalente a 127.703 hectáreas), y en la zona sur se concentra cerca de un 32,5%. Lo curioso es que en la zona central se concentra menos del 1% de las hectáreas que corresponden a los sitios Ramsar, a pesar de que esta zona se conoce como un hotspot, según vimos.

Por otra parte, en cuanto a tamaño, la suma de los dos humedales mayores (Complejo lacustre laguna Negro Francisco y laguna Santa Rosa y Bahía Lomas) equivalen al 76,3% de los Sitios Ramsar en Chile.

Por tanto, si bien es loable la inclusión de diversos humedales como Sitios Ramsar, el tamaño y la ubicación de éstos no parece adecuarse plenamente a los requerimientos nacionales de protección de la biodiversidad, especialmente en la zona central, cuestión que debe ser tomada en cuenta por nuestras autoridades.

V.- SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS HUMEDALES EN CHILE

Actualmente existen diversas categorías de protección de los humedales en Chile, incluyendo algunas efectivamente utilizadas y otras de uso potencial. Analizaremos someramente cada una de ellas.

A.- Santuarios de la Naturaleza

Se rigen por la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales. Esta norma jurídica señala en su artículo 1° que los Santuarios de la Naturaleza son Monumentos Nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, ejercida por medio del Consejo de Monumentos Nacionales. Este Consejo depende, a su vez, del Ministerio de Educación.

Por su parte, el artículo 6.1 señala que entre las atribuciones del Consejo está el pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales y además solicitar de la autoridad competente la dictación del Decreto Supremo que corresponda. En cuanto a su definición, el artículo 31 menciona que Santuario de la Naturaleza son “todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado”.

Sobre su protección, señala también el artículo 31, en su inciso segundo, que “los sitios mencionados que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedarán bajo la custodia del Consejo de Monumentos Nacionales, el cual se hará asesorar para los efectos por especialistas en ciencias naturales”. Además, en su inciso siguiente señala que no se podrá (sin la autorización previa del Consejo), “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”. Vale decir, eventualmente se puede permitir la realización de dichas actividades. A su vez, en su inciso cuarto menciona que “si estos sitios estuvieren situados en terrenos particulares, sus dueños deberán velar por su debida protección, denunciando ante el

Consejo los daños que por causas ajenas a su voluntad se hubieren producido en ellos". En cuanto a sanciones por contravenir el artículo 31, se señala en su inciso final que la multa será de 50 a 500 UTM.⁸¹

Encontramos tres humedales "Ramsar" en esta categoría: el humedal de Valdivia,⁸² la Laguna Conchalí⁸³ y el Salar de Huasco.⁸⁴ Además hay cuatro humedales que son Santuarios y que no están inscritos en la "Lista", como lo son la Laguna Torca (que es Santuario y Reserva Nacional), el humedal Reloca, la Península de Hualpén (es un Santuario de la 8° Región que incluye al humedal de Lengua en su interior), y la laguna El Peral. Además, existen otros dos humedales en proceso de avance para su declaración como Santuarios de la Naturaleza: el humedal Luta y el de Huisca.⁸⁵

En definitiva, el que un humedal sea declarado Santuario de la Naturaleza implica que se convierte en una "Área de Protección Oficial", y que de conformidad al artículo 10, letra p, de la Ley N° 19.300 y de conformidad al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en su artículo 3, letra a2 y en su artículo 10, letra p, los proyectos que sean susceptibles de causar impacto ambiental en estos Santuarios deberán

- 81 Estas multas fueron agregadas a través de la Ley N° 20.021, publicada en el Diario Oficial el 14 de junio de 2005. Se contemplan, además, otras penas y multas establecidas en el artículo 38, de carácter general. Sin embargo, en entrevista con María Elena Noël, arqueóloga del Consejo de Monumentos Nacionales, realizada el 17 de junio de 2009, señaló que no se han aplicado estas multas y/o penas a la fecha.
- 82 Su afectación se realizó antes de su inscripción en la "Lista", a través del D.S. N° 2734, publicado en el D.O. el 4 de julio de 1981, acordado en sesión de 6 de Mayo de 1981 del Consejo de Monumentos Nacionales. De esta sesión se desprende que la petición de declaración de Santuario fue solicitada por la Universidad Austral de Chile y por Conicyt. Ver: Acta del Consejo de Monumentos Nacionales, sesión del 6 de mayo de 1981, pp. 1-2.
- 83 Este es el primer humedal Ramsar en Chile con protección privada, de una empresa minera. Además, Conchalí es Santuario desde el año 2000, a través del D.S. N° 41, publicado en el D.O. el 10 de febrero de 2000, acordado en sesión del 5 de mayo de 1999 del Consejo de Monumentos Nacionales. Sin embargo, el Santuario tiene 50,9 hectáreas, y el Sitio Ramsar que fue inscrito tiene sólo 34 hectáreas. En esta sesión se señala que el 27 de abril de 1999, Gustavo Pössel, sub-gerente ambiental de la Minera Los Pelambres solicitó la declaración como Santuario de la Laguna Conchalí, laguna de propiedad de la empresa, a fin de cumplir los requerimientos ambientales estipulados por la COREMA de la IV Región. Ver: Acta del Consejo de Monumentos Nacionales, sesión del 5 de mayo de 1999, pp. 40-41. Revisar, además, el D.S. N° 41, dado que contiene diversa información de relevancia sobre este humedal.
- 84 Es Santuario de la Naturaleza después de haber sido inscrito en la "Lista". En efecto, se declaró como tal a través del D.S. N° 561, publicado en el D.O. el 18 de mayo de 2005 [rectificado luego por el D.S. N° 764, publicado en el D.O. el 28 de junio de 2005], acordado en sesión del 2 de marzo de 2005 del Consejo de Monumentos Nacionales. En esta sesión se señala que la declaración de Santuario de este Salar fue solicitada por el Alcalde de Pica, para ser abordada luego por el Director de la CONAMA de la I Región, quien preparó una mesa de trabajo para analizar esta declaración. Su extensión es de 9.950 hectáreas, es decir, 3.950 más que el Sitio Ramsar (y no 3.550 como erróneamente señala el Acta de la sesión mencionada). Ver: Acta del Consejo de Monumentos Nacionales, sesión del 2 de marzo de 2005, p. 7. [En línea] <http://www.monumentos.cl> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. Revisar, además, el D.S. N° 561, que contiene diversa información de relevancia acerca de este humedal. A modo de ejemplo se señala que el Salar de Huasco "corresponde a uno de los humedales más prístinos, de mayor biodiversidad de Chile y es una importante reserva de agua en un medio desértico".
- 85 Información proporcionada por María Elena Noël, op. cit.

someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Además, se contemplan multas y penas en sus artículos 31 y 38, según vimos. Finalmente, el artículo 8 señala que “las autoridades civiles, militares y de carabineros tendrán la obligación de cooperar con el cumplimiento de las funciones y resoluciones que adopte el Consejo, en relación con la conservación, el cuidado y la vigilancia de los Monumentos Nacionales”. Cuestión de gran importancia, especialmente con los humedales que sean Santuarios en regiones (el Consejo sólo funciona en Santiago).⁸⁶

A pesar de lo anterior, el Consejo de Monumentos Nacionales presenta las siguientes falencias en torno a la protección y conservación de los humedales: en primer lugar, no existe un encargado/a para los humedales. En segundo lugar, los funcionarios del Consejo no han participado en las COP de la Convención de Ramsar. En tercer lugar, el monitoreo de los humedales no está a cargo del Consejo de forma directa, dado que éste sólo funciona en Santiago, hay falta de presupuesto y no tienen facultades de administración. En cuarto lugar, el Consejo no ha enviado informes relacionados con los humedales al Ministerio de Relaciones Exteriores y/o a la Oficina de Ramsar. Sin embargo, se nos puede rebatir que estos informes no han sido solicitados, pero creemos que esto no es óbice para que el CMN envíe de oficio estos informes, dado que un cumplimiento eficaz de las obligaciones de la Convención de Ramsar involucra necesariamente un seguimiento periódico del estado de humedales bajo su supervisión. En quinto lugar, hace falta el establecimiento de un convenio con CONAF para la vigilancia respecto de todos los humedales que sean Santuarios, y no sólo respecto de algunos.

B.- Sistema SNASPE

En esta materia hay dos leyes aplicables. En primer lugar, la Ley N° 18.362 que crea el SNASPE y la Ley N° 18.348 sobre la CONAF (organización que administra el SNASPE, dependiente del Ministerio de Agricultura). Pero antes de adentrarnos en el análisis de la Ley N° 18.362, debemos dilucidar si está o no en vigencia; lo mismo ocurre con la Ley N° 18.348.

La Ley N° 18.348, en su artículo 19 dispone que “la presente ley, con excepción de su artículo 15°, entrará en vigencia 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

86 Además, la Ley de Caza prohíbe la caza y captura de fauna silvestre en los Santuarios. Sin embargo, el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) puede autorizar su caza en casos calificados, contándose con autorización del Consejo de Monumentos Nacionales.

Nacional Forestal a que se refiere la letra i) del artículo 4° o aquel mediante el cual apruebe su disolución”. A la fecha, esto no ha sucedido, por lo que se argumenta que al no cumplirse con este requisito, no está en vigencia esta ley.

Por otra parte, el artículo 39 de la Ley N° 18.362 señala: “la presente ley regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la ley N° 18.348, mediante la cual se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables”. Por tanto, se puede sostener que, dado que la Ley N° 18.348 no está vigente, menos lo está la Ley N° 18.362.

Pero, ¿es correcta dicha línea de argumentación? Creemos lo contrario por las siguientes razones: en primer lugar, al poco tiempo de la publicación de ambas leyes en el Diario Oficial (en 1984), la Corte Suprema, al año siguiente (19 de diciembre de 1985, conociendo de un recurso de protección), reconoció el “Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado”. Lo mismo hizo dos años después, en 1987 (24 de noviembre, también conociendo un recurso de protección).⁸⁷ En segundo lugar, el Tribunal Constitucional recientemente, en su sentencia Rol N° 1.024 de 1 de julio de 2008, señaló que:

“[...] este Tribunal debe hacerse cargo de las exigencias de la seguridad jurídica frente a situaciones jurídicas consolidadas y a derechos adquiridos por particulares al amparo de facultades legalmente ejercidas por la CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL, a la vez que recordar la regla de interpretación constitucional según la cual frente a un acto del legislador regularmente materializado, aun más si no ha sido impugnado, debe declararse su inconstitucionalidad únicamente si no existe ninguna interpretación posible que permita declarar su conformidad con la Constitución. Además, y como lo ha expresado en reiteradas oportunidades este Tribunal, debe dictar sus decisiones atendiendo a la necesaria prudencia frente a los efectos que una declaración de inconstitucionalidad puede producir sobre situaciones jurídicas consolidadas y sobre el normal funcionamiento de las instituciones. En otras palabras, debe evitar que la declaración de inconstitucionalidad produzca efectos que puedan resultar aún más inconstitucionales (Rol N° 616)”.⁸⁸

Es decir, de primar un positivismo extremo pasaríamos a llevar la seguridad jurídica que debe primar en las relaciones jurídicas cotidianas.

87 Ambas sentencias son citadas en: DOUGNAC, Fernando y POLANCO, Rodrigo. Informe en derecho sobre las observaciones a la adenda número 2 del proyecto Alto Maipo. FIMA, Santiago, 2009.

88 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 1.024 de 1 de julio de 2008. [En línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. El destacado es nuestro.

Por tanto, si se postula que CONAF no está vigente se acarrearían más daños que beneficios, afectando situaciones jurídicas consolidadas y el normal funcionamiento de instituciones, que cabe consignar, tienen más de 25 años en nuestro país. Es, por ende necesario, como señala el Tribunal Constitucional, tener la prudencia suficiente en estas situaciones, y comprender que hay casos excepcionales en que ciertas instituciones deben entenderse vigentes en aras del bien común. Pero si aun quedaran dudas sobre su vigencia, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado:

“Que sobre la base de las consideraciones precedentes se declarará la constitucionalidad de aquellas disposiciones del proyecto de ley que asignan a la CONAF funciones cuyo cumplimiento envuelve ciertamente el ejercicio de potestades públicas”.⁸⁹

Por tanto, si el Tribunal Constitucional declaró que son constitucionales las disposiciones que le asignan a la CONAF diversas potestades públicas, es una cuestión de simple lógica entender que esta asignación sólo se puede realizar o llevar a cabo en instituciones que estén vigentes. Es decir, mal podría entenderse que facultades públicas pueden ser asignadas a instituciones que no existen o que no están en nuestro ordenamiento jurídico.

En conclusión, la cuestión de la vigencia de la CONAF queda definitivamente dilucidada con el fallo en cuestión, por lo tanto, si está en vigencia la ley N° 18.348, también lo está la Ley N° 18.362, según sus propias disposiciones.⁹⁰

Procediendo ahora al análisis de esta ley, ésta dispone en su artículo primero lo siguiente:

“Créase un Sistema Nacional de Áreas 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 del país o lugar con comunidades animales o vegetales, paisajes o formaciones geológicas naturales, a fin de

89 Ídem. El destacado es nuestro.

90 A pesar que CONAF y el SNASPE están vigentes por un tema de seguridad jurídica, estimamos que lo anterior no es óbice para que el Poder Ejecutivo regularice esta situación. En palabras del Tribunal Constitucional: “que, sin embargo, esta declaración exige a esta Magistratura hacer presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado”. Ídem. El destacado es nuestro.

- posibilitar la educación e investigación y de asegurar la continuidad de los procesos evolutivos, las migraciones animales, los patrones de flujo genético y la regulación del medio ambiente;
- 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”.

Como se desprende de dicho artículo, estos objetivos están en total sintonía con los fines de protección de los humedales a nivel internacional. Por otra parte, en su artículo 3 señala que SNASPE está integrado por cuatro “categorías de manejo”: Reservas de Regiones Vírgenes (no existe ninguna en nuestro país), Parques Nacionales, Monumentos Nacionales y Reservas Nacionales.

En relación a los Parques Nacionales, el artículo 5 señala que es un “área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo”. Además, en su inciso segundo agrega que “los objetivos de esta categoría de manejo son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación”. En cuanto a los Monumentos Nacionales (art. 6), la definición es similar a la de Parques Nacionales, salvo que se trata de áreas generalmente reducidas.

A su vez, en el artículo 7 se mencionan a las Reserva Nacionales, las cuales constituyen “un área cuyos recursos naturales es necesario conservar y utilizar con especial cuidado, por la susceptibilidad de éstos a sufrir degradación o por su importancia relevante en el resguardo del bienestar de la comunidad”. En su inciso segundo se añade que “son objetivos de esta categoría de manejo la conservación y protección del recurso suelo y de las especies amenazadas de fauna y flora silvestres, la mantención o mejoramiento de la producción hídrica, y el desarrollo y aplicación de tecnologías de aprovechamiento racional de la flora y la fauna”. Destacamos ciertas palabras y frases de este artículo, dado que es justamente esta categoría de manejo la que mejor se ajusta a los requerimientos de cuidado de los humedales. En efecto, los humedales son bastante susceptibles de sufrir una degradación, por lo que

es necesario que se les conserve con especial cuidado, cuestión que se menciona de forma explícita en este artículo. Además, los humedales son relevantes para el bienestar de la comunidad, como revisamos al momento de dar cuenta de las diversas funciones y valores asociados a estos ecosistemas. Por su parte, el elemento agua es central en los humedales, por lo que es un tema que debe tenerse muy presente, justamente como lo hace esta categoría. Por último, el aprovechamiento racional es justamente uno de los objetivos de la Convención de Ramsar.

En definitiva, la mejor categoría existente en nuestro país para velar por la conservación y protección de los humedales es el de Reserva Nacional.

Por otra parte, el artículo 8 señala que estas “unidades de manejo” se crearán mediante D.S. expedidos a través del Ministerio de Bienes Nacionales, los que deberán llevar también la firma del Ministro de Agricultura. Además, en su art. 10, se señala que estas áreas perderán su calidad de tal sólo en virtud de un D.S. dictado de conformidad al artículo 8. Sin embargo, esto va en contra de lo estipulado en el artículo 3 de la Convención de Washington, que dispone que “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”. Lo más grave es que nuestro país ha incumplido este Tratado Internacional en varias ocasiones, como por ejemplo, en el caso de la desafectación de hectáreas en el Parque Nacional Chiloé y en el Parque Nacional La Campana, por simple Decreto Supremo.⁹¹ Es por esto que el 14 de julio de 2008 un grupo de diez Diputados de diferentes partidos políticos (PS, PPD, PDC y UDI) presentaron un Proyecto de Ley de reforma constitucional que busca incorporar al artículo 65 de la Constitución Política de la República (dominio legal máximo) un nuevo numeral que menciona que los límites, enajenación y desafectación de Parques Nacionales se deberá realizar por Ley, adecuando de esta forma nuestra legislación interna a la Convención de Washington. Agregan los autores entre los fundamentos del Proyecto que a través de esta reforma “se producirá la derogación tácita de la actual regulación que permite la desafectación por medio de un decreto administrativo”.⁹² A pesar de esto último, creemos que prima el Tratado Internacional por sobre la ley (recordemos que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”), por lo que en

91 Sobre estos casos ver: MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile, op. cit., p. 83.

92 Este Proyecto de Ley (boletín N° 5974-07) se encuentra actualmente en primer trámite constitucional, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

esta materia rige lo dispuesto en la Convención de Washington y no lo señalado en la Ley N° 18.362.

Más adelante, en su artículo 11, señala que corresponderá al Ministerio de Agricultura, a través de la CONAF, la administración, vigilancia y control de las unidades de manejo que integran el SNASPE. Por su parte, el artículo 13 señala que la CONAF deberá elaborar un plan de manejo para cada unidad, según las definiciones y objetivos de cada una. Estos planes se aprobarán por Decreto Supremo del Ministerio de Agricultura (art. 14). Por último, en su artículo 25 se establecen prohibiciones y diversas sanciones (arts. 26-31), junto con multas bastante bajas (hasta 50 UTM).

Los Sitios Ramsar que están en el SNASPE son: Salar Surire (Monumento Natural), Salar Tara y Salar Soncor (Reserva Nacional Los Flamencos), el Complejo lacustre laguna Negro Francisco y laguna Santa Rosa (Parque Nacional Nevado Tres Cruces), El Yali (Reserva Nacional El Yali), Salar de Pujsa (Reserva Nacional Los Flamencos), y el humedal de Valdivia (Reserva Nacional).

C.- RHRAP

La Red Hemisférica de Reservas para Aves Playeras (RHRAP) es una estrategia de conservación que data de 1984. En dicha fecha científicos de diversos países de América observaron reducciones drásticas de la población de aves playeras. Debido a esto es que decidieron tomar medidas y una elaborar una estrategia internacional para proteger tanto a las aves playeras como a sus hábitats.⁹³ Funciona a través de un Consejo Hemisférico, que actúa como “guardián del programa”. Este Consejo es responsable tanto de la dirección como de los progresos de RHRAP. Supervisa los planes estratégicos y representa a las regiones en que funciona RHRAP.⁹⁴

En esta categoría se encuentra el Sitio Ramsar Bahía Lomas (desde febrero de 2009). Como fundamentos de su designación se señala que se concentra en este humedal “casi el 50% de la población de *Calidris canutus rufa*, representando de esa forma el área de internada más importante para la subespecie en Sudamérica”. Se menciona, además, que la tuición depende jurídicamente de la Subsecretaría de Marina y de la Dirección General de Marina Mercante y Territorio Marítimo (DIRECTEMAR) de la Armada de Chile. Por su parte, la CONAMA se incluye como responsable de la gestión de este sitio. Finalmente, como socios

93 WHSRN [en línea] <http://www.whsrn.org/> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

94 Ídem.

de Bahía Lomas se encuentran: DIRECTEMAR, las universidades Santo Tomás y Magallanes, Natura Patagonia, la Corporación Ambientes Acuáticos de Chile (CAACH), la Empresa Nacional del Petróleo de Chile (ENAP) y la Municipalidad de Primavera.⁹⁵

D.- Parques Marinos y Reservas Marinas

Estas categorías están establecidos en la Ley N° 18.892 (Ley General de Pesca y Acuicultura), que le otorgó a la Autoridad Pesquera Nacional, el Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA) la facultad para declarar la categoría tanto de Parques como de Reservas Marinas.

Los Parques Marinos se encuentran definidos en el artículo 3, letra d, que señala que ésta categoría estará destinada a “preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat. Para la declaración se consultará a los Ministerios que corresponda. Los Parques Marinos quedarán bajo la tuición del Servicio y en ellos no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de observación, investigación o estudio”. Una definición similar se encuentra en el artículo 2, letra i del Reglamento sobre Parques Marinos y Reservas Marinas de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

Por su parte, las Reservas Marinas se encuentran definidas en el artículo 2, número 43, donde estipula que son áreas de “resguardo de los recursos hidrobiológicos con el objeto de proteger zonas de reproducción, caladeros de pesca y áreas de repoblamiento por manejo. Estas áreas quedarán bajo la tuición del Servicio y sólo podrá efectuarse en ellas actividades extractivas por períodos transitorios previa resolución fundada de la Subsecretaría”. Una definición similar se encuentra en el artículo 2, letra l del Reglamento sobre Parques Marinos y Reservas Marinas de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

A su vez, el artículo 3 del Reglamento ya mencionado señala que los Parques Marinos se establecen mediante D.S. fundado del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, con un informe técnico de la Subsecretaría y una comunicación previa al Consejo Zonal de Pesca que corresponda. Además, se consultará a los Ministerios que corresponda para su declaración. En el mismo artículo se menciona que las Reservas Marinas se establecerán también mediante D.S. del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, pero no añade la palabra “fundado”. Previo a esto se requiere un informe técnico de la Subsecretaría

95 Ídem.

de Pesca y del Consejo Zonal de Pesca respectivo. Como cuestiones comunes a ambas categorías, se establece que cuando se establecen en áreas marítimas, lacustres y fluviales navegables, se consultará al Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Marina, según corresponda, y que además deberán contar con vías de navegación, previa consulta a la autoridad marítima. Finalmente, este Reglamento menciona en su artículo 7° que estas categorías quedarán bajo la tuición de SERNAPESCA y que además deberán contar con un Plan General de Administración. Como se desprende de ambas definiciones, estas categorías se adecúan a los requerimientos de conservación de los humedales, especialmente de aquellos denominados "marino-costeros", que son áreas entre la tierra y el mar (como manglares y arrecifes de coral).⁹⁶

E.- Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección al Medio Ambiente

Como ya lo analizáramos, este Protocolo, en su artículo 3 establece la posibilidad de la creación de "Zonas Antárticas Especialmente Protegidas (ASPA)", que se definen como aquellas zonas que buscan proteger "sobresalientes valores científicos, estéticos, históricos o naturales, cualquier combinación de estos valores, o las investigaciones científicas en curso o previstas". Por tanto, debido a la existencia de humedales antárticos es que esta categoría es muy importante para proteger este tipo de ecosistema.

F.- Patrimonio de la Humanidad (UNESCO)

La "Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural", de la UNESCO establece la categoría tanto de "Patrimonio Cultural" como de "Patrimonio Natural", siendo esta última, de conformidad a su artículo 2°, aquellas zonas que poseen "un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural". Creemos que los humedales se enmarcan de forma íntegra en esta definición, dado que no sólo son útiles para realizar estudios científicos, sino que también cuentan con una belleza natural muy característica que puede permitir el turismo en estos ecosistemas. Además, es muy importante velar por su conservación, especialmente por sus múltiples funciones y valores que permitirán una mejor calidad de vida para los habitantes de nuestro país.

96 Wetlands International. Valoración Socioeconómica..., op. cit., p. 3. Sobre protección de áreas marinas, ver: CASTILLA, Juan Carlos. El océano y la conservación en Chile..., op. cit., pp. 206-217.

G.- Área de Interés Internacional de Conservación de Aves

Esta es una categoría de protección promovida por la ONG Birdlife Internacional. Esta ONG busca la conservación de aves, sus hábitats y de la biodiversidad global, mediante el trabajo personas con el objeto de alcanzar un uso sustentable de los recursos naturales.⁹⁷

El día 25 de febrero de 2009 se anunció que el humedal Rocuant-Andalién, ubicado en Talcahuano fue postulado por el municipio como parque ecológico-educativo, y podría ser el primero en ser declarado Área de Interés Internacional de Conservación de Aves.⁹⁸

H.- Lugares de Interés Histórico o Científico

Reguladas por el Código de Minería y su respectivo reglamento. Se crean por Decreto Supremo expedido a través del Ministerio de Minería. No hay autoridad específica administradora de este tipo de áreas, y la Ley de Caza prohíbe la caza y captura en este tipo de lugares, pero el SAG o quien tenga la administración del predio correspondiente pueden autorizar estas actividades. Se pueden crear en terrenos públicos y privados, y en nuestro país existen al menos 37 áreas de este tipo,⁹⁹ por lo que sería un buen instrumento para proteger humedales, los que por sus funciones poseen naturalmente un alto interés científico.

I.- Áreas de Protección Establecidas en Instrumentos de Planificación

Estas áreas se encuentran establecidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en su respectivo Reglamento (la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones). Sin embargo, estas normas no regulan expresamente las áreas de protección, sino que regulan la planificación urbana. Ésta se hace a través del Plan Regional de Desarrollo Urbano, de los Planes Reguladores Intercomunales o Metropolitano y de los Planes Reguladores Comunales. Estos planes "definen los usos del suelo permitidos en el área de su competencia, y pueden establecer Áreas de Protección con el fin de proteger el medio ambiente".¹⁰⁰

Por ejemplo, en la Ordenanza del Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano de Valparaíso (2009), se menciona que las Áreas de Protección se subdividen en la Sub Área de Protección del Recurso Natural y

97 BIRDLIFE [en línea] <http://www.birdlife.org> [fecha de consulta 18 de mayo de 2010].

98 El Mercurio, Cuerpo C, 25 de febrero de 2009.

99 Más información, ver: MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile, op. cit., pp. 87 y 201.

100 Ibídem, p. 88.

Sub Área de Protección del Patrimonio Cultural. La primera de éstas se conforma de las siguientes zonas: Zona de Recursos de Valor Natural Protegidas Reglamentariamente (ZPE - R), de la Zona de Especial Ecológica por formaciones y coberturas vegetales y formaciones geofísicas (ZPE - V), de la Zona de Protección Ecológica de Humedales (ZPE - H), de la Zona de Protección Costera (ZPBC), y de la Zona Especial Paisajística (ZPP).¹⁰¹

Respecto de la Zona de Protección Ecológica de Humedales,¹⁰² se señala en la Ordenanza que se establecen “por la riqueza de biodiversidad que contienen y lo específico de ésta, que sólo ocurre en este ambiente, tanto en su presencia aérea, como subacuática y en organismos vegetales como animales. A su vez estos cuerpos de agua constituyen elementos paisajísticos de gran relevancia para su integración en la extensión urbana”.¹⁰³ Es por esto que “estas zonas serán mantenidas en estado natural, concentrando los esfuerzos en la preservación, para así asegurar y contribuir a conservar el patrimonio paisajístico, el área de reproducción de fauna, mamíferos y aves y otros fenómenos naturales relevantes”.¹⁰⁴

J.- Distritos de Conservación de Suelos, Bosques y Aguas - Áreas de conservación turística

El artículo 3° de la Ley N° 18.378, publicada en el Diario Oficial de fecha 13 de diciembre de 1984, establece que en los predios agrícolas ubicados en áreas erosionadas o en inminente riesgo de erosión deberán aplicarse aquellas técnicas y programas de conservación que indique el Ministerio de Agricultura. Con tal objeto, el Presidente de la República, por decreto expedido a través del Ministerio de Agricultura, podrá crear en las áreas mencionadas “distritos de conservación de suelos, bosques y aguas”.

La misma ley en su artículo 4, establece que el Presidente de la República podrá, previo informe del Servicio Nacional de Turismo, decretar la “prohibición de cortar árboles situados hasta a cien metros de las carreteras públicas y de las orillas de ríos y lagos que sean bienes na-

101 Ver: Ordenanza del Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano de Valparaíso [2009], p. 57. [En línea] http://www.quilpue.cl/descargar_ord/ordenanzas/planno/ORDENANZA_ACTUALIZADA_COREMA_ENERO2009.pdf [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

102 Sobre estas Zonas, ver también: SEREMI MINVU REGIÓN DE VALPARAÍSO. Memoria explicativa. Modificación al Plan Intercomunal de Valparaíso en su Área Metropolitana y satélite borde costero Quintero-Puchuncaví. Febrero de 2007. [En línea] http://www.quilpue.cl/descargar_ord/ordenanzas/planno/MEMORIA_PREMVAL_ACTUALIZADA23.01.09.pdf [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

103 Ordenanza del Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano de Valparaíso, op. cit., p. 61.

104 Ídem. Además, se señala que existen diversas categorías de humedales en el territorio del Plan.

cionales de uso público, como también, en quebradas u otras áreas no susceptibles de aprovechamiento agrícola o ganadero, cuando así lo requiera la conservación de la riqueza turística". Esto es similar a lo que señala la Ley de Bosque Nativo (Ley N° 20.283), en torno a la prohibición de cortar árboles y arbustos nativos ubicados a 100 metros de ciertos humedales, cuyos detalles veremos más adelante.

Como cuestiones comunes a ambas categorías, debemos señalar que ambas se crean mediante la dictación de un Decreto Supremo del Ministerio de Agricultura, y que las multas establecidas (artículo 5) van desde 1 a 50 UTM, dependiendo de la gravedad de la infracción a sus artículos 3 (inciso 1) y artículo 4.

La Ley N° 18.378, pese a encontrarse plenamente vigente, nunca ha sido utilizada en la práctica, si bien su articulado proviene - prácticamente en los mismos términos - de la Ley N° 15.020, primera Ley de Reforma Agraria, publicada en el Diario Oficial de 27 de noviembre de 1962 y que la Ley N° 18.378 deroga. Tampoco ha sido objeto de reglamentación o regulación administrativa complementaria. Sin embargo, podría emplearse para la protección de humedales de evidente riqueza turística para prevenir la erosión de las zonas donde se encuentran.

K.- Centros y Zonas de Interés Turístico

De acuerdo al Artículo 11° del Decreto Ley N° 1.224, publicado en el Diario Oficial del 8 de noviembre de 1975, que crea al Servicio nacional de Turismo:

"Las áreas del territorio que tengan condiciones especiales para la atracción del turismo, podrán ser declaradas Zonas o Centros de Interés Turístico Nacional.

A contar de la fecha de la publicación de la Resolución que declara Zona o Centro de Interés Turístico Nacional un área determinada del territorio, todas las actividades que se desarrollen en dichas áreas y que incidan en la conservación, urbanización, servicios e instalaciones necesarias para su aprovechamiento turístico, deberán ajustarse al Plan de Ordenamiento correspondiente, elaborado por el Servicio Nacional de Turismo, en coordinación con los organismos y servicios públicos competentes. Dicho Plan será aprobado por Decreto Supremo a proposición del Servicio Nacional de Turismo y publicado en el Diario Oficial. Sin embargo, el Servicio Nacional de Turismo ante la presentación de proyectos específicos de inversiones en Zonas o Centros de Interés Turístico, cuyo plan de ordenamiento no se encuentre aprobado, deberá pronunciarse sobre ellos en un plazo no superior a 45 días".

Lo anterior se complementa con lo señalado en el Decreto Supremo 515, de 1977, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que establece el Reglamento del Servicio Nacional de Turismo, y según el cual las Zonas de Interés Turístico Nacional (ZOIT) y los Centros de Interés Turístico Nacional (CEIT), creados por el Servicio Nacional de Turismo, deberán ajustarse las actividades a un Plan de Ordenamiento correspondiente. A contar de la fecha de la publicación de la Resolución. ZOIT es un área rural de amplia extensión, que posee recursos turísticos relevantes. CEIT, son áreas de tipo urbano y en algunos casos áreas rurales contiguas, que concentran atractivos turísticos.¹⁰⁵

Dado el elevado atractivo turístico que normalmente tienen los humedales, esta forma de protección también puede ser utilizada para fomentar su conservación.

L.- Áreas Marinas y Costeras Protegidas

Antes de proceder a su análisis cabe tomar en cuenta que de conformidad al Decreto con Fuerza de Ley N° 340 de 1960, sobre Concesiones Marítimas, le corresponde al Ministerio de la Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, el control, fiscalización y supervigilancia de toda la costa y mar territorial de la República y de los ríos y lagos que son navegables por buques de más de 100 toneladas (artículo 1).

Por su parte, el 11 de enero de 1995 fue publicado en el Diario Oficial el D.S. N° 475 que establece una "Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República" y crea una "Comisión Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral". Posteriormente, el 31 de agosto de 1995 fue publicado en el Diario Oficial el "Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras Protegidas del Pacífico Sudeste", donde señala que la "zona costera, donde se manifiesta ecológicamente la interacción de la tierra, el mar y la atmósfera será determinada por cada Estado Parte, de acuerdo con los criterios técnicos y científicos pertinentes" (artículo 1). Junto a esto se menciona que las "Altas Partes Contratantes deberán establecer áreas bajo su protección" (artículo 2).

Por tanto, se da cumplimiento a lo dispuesto en dicho Protocolo a través de las Comisiones Regionales de Uso de Borde Costero,¹⁰⁶ dado que ellas pueden "presentar a la Comisión Nacional las propuestas de declaración de áreas bajo la denominación de Zonificación del Borde Cos-

105 Más información: MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile, op. cit., pp. 89 y 203.

106 Al respecto ver: Reglamento interno de funcionamiento de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero de la República, Oficio Gab. Pres. N° 001, de 28 de febrero de 2005.

tero, Áreas de Usos Preferentes, Área de Reserva, Área de Resguardo y Área Marina y Costera Protegida, que se enmarquen en el cumplimiento de los objetivos de la Política Nacional de Uso del Borde Costero”.¹⁰⁷ Lo que busca esta categoría es restringir algunos usos marinos y terrestres, junto con reforzar la vigilancia del sector e incentivar la investigación científica. Además, se busca impulsar actividades de turismo sustentable. En definitiva, junto con resguardar el agua y fondo marino, se busca proteger la franja costera y territorios aledaños, integrando de esta manera la conservación tierra-mar.¹⁰⁸

A la fecha se han creado diversas “Áreas Marinas y Costeras Protegidas”,¹⁰⁹ e inclusive existe un proyecto de protección (AMCP-MU)¹¹⁰ con ONG y organizaciones de carácter internacional, en el que están incluidas las siguientes zonas: “Francisco Coloane”, creada en el año 2003, en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena. En segundo lugar, “Isla Grande de Atacama”, creada en el año 2004, en la Región de Atacama. En tercer lugar, “Lafken Mapu Lahual”, creada en el año 2006, en la Región de Los Lagos.¹¹¹

Inclusive se contempla la creación de espacios costeros marinos de pueblos originarios (Ley N° 20.249, de 2008), cuyo objetivo es el de “resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero” (artículo 3).

M.- Protección de acuíferos

El Código de Aguas dispone que la Dirección General de Aguas (DGA) podrá declarar zonas de prohibición y las áreas de restricción.

107 Atribución señalada en: “Política Nacional del Borde Costero del Litoral de la República”. [En línea] <http://www.bordecostero.cl/documentos/pnubc.pdf> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010]. Sin embargo, cabe notar que las Comisiones Regionales de Uso de Borde Costero no fueron establecidas en el D.S. N° 475 de 1995, como se señala en el documento disponible en la web señalada. Estas Comisiones Regionales fueron establecidas por el Oficio de 2005 señalado en la nota al pie anterior. Pero en el documento anterior no se menciona esta facultad de forma específica, como lo hace el documento mencionado en la página web.

108 Áreas Marinas y Costeras Protegidas (AMCP) [en línea] <http://www.conama.cl/portal/1301/article-34614.html> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

109 A modo ejemplar, ver el D.S. N° 547 publicado en el D.O. el 5 de abril de 2000, que crea la Área Marina y Costera Protegida, los sectores denominados “Parques submarinos coral Nui Nui, Motu Tautara y Hanga Oteo, en la Isla de Pascua, V Región de Valparaíso.

110 Áreas Marinas y Costeras Protegidas de Múltiples Usos. [en línea] <http://www.conama.cl/gef-marino/1307/channel.html> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

111 Estas tres áreas forman parte del proyecto “Conservación de la biodiversidad de importancia mundial a lo largo de la costa chilena”, iniciativa que es “co-financiada por el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM o GEF por sus siglas en inglés) y el Estado de Chile y que es ejecutada por CONAMA, en conjunto con instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales. En esta iniciativa, además, participa como agencia implementadora el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)”. CONAMA, Áreas Marinas y Costeras Protegidas (AMCP) [en línea] <http://www.conama.cl/portal/1301/article-34614.html> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

Las zonas de prohibición se encuentran estipuladas en el artículo 63, en donde se señala que la DGA podrá declarar este tipo de zonas para nuevas explotaciones, mediante una resolución fundada en la protección de acuífero, debiendo publicarse en el Diario Oficial. Las zonas que digan relación con los acuíferos que alimenten vegas y bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa.

Las áreas de restricción están reguladas en el artículo 65, donde se señala que estas áreas son sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que existe el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.

Como cuestiones comunes a ambas categorías encontramos, la creación de una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella. Además, según el artículo 64 la DGA podrá dictar una nueva resolución sobre la mantención o alzamiento de la prohibición de explotar, a petición justificada de parte, si así lo aconsejan los resultados de nuevas investigaciones respecto de las características del acuífero o la recarga artificial del mismo. Cuestión, reiteramos, aplicable a ambas categorías.

Estas Zonas y Áreas permitirán una efectiva protección de humedales que sean alimentados por acuíferos, permitiendo reducir con esto la erosión de más terrenos en nuestro país.

N.- Ley de Bosque Nativo

El 30 de julio de 2008 se publicó en el Diario Oficial, finalmente, la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.¹¹² Destacamos de esta Ley su artículo 1º, que señala: “esta ley tiene como objetivos la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental”. Es interesante que sus objetivos (protección, recuperación y mejoramiento de los bosques nativos) estén enfocados a los fines de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental, especialmente esto último, dado que la conservación y protección de los humedales es parte de la política ambiental.

Por su parte, el artículo 5 señala que: “toda acción de corta de bosque nativo, cualquiera sea el tipo de terreno en que éste se encuentre, de-

112 Ley N° 20.283. Su tramitación se inició a través de un Mensaje el 28 de abril de 1992 (en la Cámara de Diputados).

berá hacerse previo plan de manejo aprobado por la Corporación". Vale decir, deberá contarse con un plan de manejo. A su vez, el artículo 15 señala que: "la corta de bosques nativos deberá ser realizada de acuerdo a las normas que se establecen en este Título, sin perjuicio de aquellas establecidas en la ley N° 19.300, con los objetivos de resguardar la calidad de las aguas, evitar el deterioro de los suelos y la conservación de la diversidad biológica". En otras palabras, la corta de bosques nativos debe resguardar los humedales que se encuentren en sus terrenos. Más adelante, el artículo 16 dispone que el plan de manejo a que hicimos mención (art. 5) deberá contener "las medidas que se adoptarán con los objetivos de proteger los suelos, la calidad y cantidad de los caudales de los cursos de agua y la conservación de la biodiversidad biológica". Es decir, el plan de manejo debe resguardar los humedales y señalar de forma expresa qué medidas se adoptarán a fin de resguardar estos ecosistemas.

Por su parte, el artículo 17 señala que habrá un Reglamento que normará la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua. Y en el mismo artículo, en su inciso tercero, añade que "el Reglamento determinará la normativa para la protección de los humedales declarados Sitios Prioritarios de Conservación, por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, o sitios Ramsar". Junto a esto, en otro inciso agrega: "asimismo dicha normativa deberá responder a las especificidades regionales". Creemos que es un avance que se señale de forma explícita que el Reglamento debe contener normas de protección a los humedales que se especifican. Sin embargo, creemos que dicho artículo debe ser interpretado en un sentido amplio y conforme a los tratados internacionales suscritos por Chile, en el sentido de que el Reglamento debe proteger a todos los humedales, no sólo a aquellos que se detalla, dado que es una obligación que deriva de la Convención de Ramsar, ya analizada, que rige en nuestro país como Ley de la República.

Por otra parte, el Artículo Transitorio 8° señala que en tanto no esté vigente la normativa de protección de suelos (Reglamento señalado en el artículo 17) se prohíbe la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de árboles y arbustos nativos ubicados a 100 metros de los humedales declarados sitios Ramsar y de aquellos que hayan sido declarados Sitios Prioritarios de Conservación por la CONAMA, medidas en proyección horizontal en plano. Sobre esta disposición, si bien es un gran avance en torno a la protección y conservación de humedales, debemos destacar que para velar por su cumplimiento debe existir una adecuada fiscalización.

0.- Áreas Protegidas Privadas

Las Áreas Protegidas Privadas¹¹³ están reconocidas y reguladas en el artículo 35 de la Ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, donde se dispone que:

"[...] 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".

Además, las APP se señalan en la Estrategia Nacional sobre Humedales (2005), donde se menciona, en su "Objetivo 4", que se buscará promover la participación del sector privado, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas, pueblos originarios y comunidad en general en la conservación y uso sustentable de humedales.

En el ámbito internacional, en el "Plan Estratégico de Ramsar para 2009-2015", en su Objetivo N° 1, denominado: "Uso racional", se mencionan 11 estrategias para llevar a cabo esto. En su "Estrategia 1.10" se refiere específicamente al "Sector privado". Aquí se señala que se busca "promover la participación del sector privado en la conservación y el uso racional de los humedales". Esto último incluyendo también a los sitios Ramsar.¹¹⁴ Por su parte, en la 6° Conferencia de las Partes Contratantes, en Australia, en 1996, cerca de 42 ONG suscribieron el "Compromiso de Brisbane", en el cual se busca apoyar a la Convención. En este Compromiso participó CODEFF y CEA (Centro de Estudios Agrarios y Ambientales) como ONG chilenas.

En cuanto a cifras, junto con las 14 millones de hectáreas protegidas a través del SNASPE, existen 1,5 millones de hectáreas bajo regímenes de protección privada.¹¹⁵ Además, si bien no existen registros oficiales, se menciona que "el primer catastro de APP fue realizado por CIPMA en 1997, registrándose entonces 39 iniciativas de conservación de tierras privadas que cubrían cerca de 400 mil hectáreas [...]. Un catastro más reciente realizado en el año 2005 por CODEFF a solicitud de la CONAMA estimó en más de 300 las APP existentes, con una cobertura cercana a 1 millón 400 mil hectáreas".¹¹⁶

113 En adelante, APP.

114 Conferencia de las Partes Contratantes (Convención de Ramsar), Plan Estratégico de Ramsar para 2009-2015, op. cit., p. 11.

115 SIERRALTA, Leonel et al., Liderazgo del sector privado, op. cit., p. 169.

116 Sepúlveda, Claudia y Villarroel, Pablo. Servicios ecosistémicos y financiamiento de la conservación privada en Chile. Revista Ambiente y Desarrollo, Vol. 22, n°1, Santiago, Chile, 2006, p.17.

Al respecto debemos destacar dos cosas. En primer lugar, el que las APP en nuestro país son creadas en su mayoría por personal naturales, sea de forma individual o en distintas figuras (legales o informales).¹¹⁷ En segundo lugar, en relación a la motivación en la creación de APP chilenas obedece a lo que se conoce como “sentido de custodia de la naturaleza” -del inglés *land stewardship*-, fenómeno extensamente descrito en países como Estados Unidos, Australia, Costa Rica y España. Aunque el caso chileno se diferencia de manera sustantiva debido a la total ausencia de un contexto institucional que incentive y reconozca socialmente el rol de las APP”.¹¹⁸

Además, en Chile la orientación o la motivación altruista en torno a la conservación se aprecia claramente en las comunidades de conservación, las áreas protegidas indígenas y las APP de organizaciones ambientales y prácticamente todas las medianas y pequeñas APP. Sin embargo, “no ocurre lo mismo con algunas APP de gran tamaño y visibilidad impulsadas por empresas que buscan mejorar su imagen o cumplir con las exigencias de la certificación forestal, o por personas adineradas que ven en la conservación una buena oportunidad de hacer negocios”.¹¹⁹

Sobre su importancia, las APP son fundamentales para lograr una efectiva conservación y protección de los humedales, como asimismo para la protección de la biodiversidad. Las APP, pueden, en definitiva, generar “un círculo virtuoso entre crecimiento económico y protección ambiental”.¹²⁰

Se ha mencionado, además, que a fin de lograr la meta establecida en la Estrategia Nacional de Biodiversidad (lograr la protección de un 10% de todos los ecosistemas relevantes para el año 2010), “las APP deben obligatoriamente convertirse en un componente central del sistema nacional de conservación, dado que la gran mayoría de los sitios prioritarios para la conservación ya identificados están en manos privadas”.¹²¹ Cabe destacar que el que estos terrenos estén en manos privadas difi-

117 Ídem.

118 Íbidem, p. 18.

119 Ídem, p. 18.

120 SEPÚLVEDA, Claudia. Áreas privadas protegidas y territorio: la conectividad que falta. *Revista Ambiente y Desarrollo*, Vol. XVIII, N° 2-3-4, 2002, p. 119.

121 Sepúlveda, Claudia y Villarroel, Pablo. *Servicios ecosistémicos...*, op. cit., p.16.

culta su incorporación al SNASPE, pudiendo tardar varios años (requieren convertirse en terrenos estatales).¹²²

Por otra parte, en relación a las APP que contengan humedales, está, por ejemplo, el Proyecto Karukinka, en Tierra del Fuego, el cual no solo contiene diversos bosques, sino que incluye diversos ecosistemas que incluyen humedales, cuya conservación está a cargo de Goldman Sachs, una organización financiera internacional, en alianza con la ONG Wildlife Conservation Society. También está la Laguna Conchalí, sitio Ramsar, como revisamos páginas atrás, humedales que es conservado por la Minera Los Pelambres. También está el Salar de Huasco, otro Sitio Ramsar, como un humedal altoandino, iniciativa de la cual participan la Municipalidad de Pica, CONADI, Minera Doña Inés de Collahuasi y la ONG Centro de Estudios del Desarrollo. Además, están los humedales costeros de la Región del Bío-Bío, protegidos por la Compañía Siderúrgica Huachipato.¹²³ Si bien estos son ejemplos de conservación privada que incluyen humedales, debemos tomar en cuenta que la mayoría es fruto de compensaciones ambientales derivadas del SEIA.

Finalmente, en relación a propuestas para incentivar la APP, Jaime Ubilla señala que a fin de “facilitar el proceso de declaración, y de reducir la discrecionalidad administrativa”¹²⁴ es aconsejable la existencia de: una designación pública de áreas prioritarias (un Plan Nacional de Conservación de la Biodiversidad), la que “envuelve simplemente la indicación del carácter prioritario de las áreas designadas y no genera obligaciones ni restricciones, sino más bien la posibilidad de obtener la declaración pública de APP”¹²⁵ y por otra parte un “Plan Nacional de Manejo” de las áreas prioritarias, en la cual “se indiquen los principios básicos de los sistemas de manejo aplicables a las distintas categorías de áreas prioritarias”.¹²⁶

Por eso, su propuesta es llevar a cabo un proceso de designación pública ya mencionado, crear la figura jurídica de un derecho real de conservación que el titular del dominio podrá transferir a terceros,¹²⁷ el crear incentivos y desincentivos que permita al titular del predio y a terceros

123 Al respecto, ver: *ibidem*, pp. 251-253.

124 UBILLA FUENZALIDA, Jaime. “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 1, 2003, p. 78.

125 *Ídem*.

126 *Ídem*. Sobre diversos instrumentos de regulación privada utilizados en el derecho comparado en torno a la conservación privada, ver: *ibidem*, pp. 76-78.

127 Los derechos reales de conservación dicen relación con “derechos reales que recaen sobre un predio y que ceden a favor de una persona natural o jurídica (servidumbre personal), que imponen restricciones al ejercicio del dominio sobre el predio, y que eventualmente establecen acciones obligatorias al titular del predio o incluso al titular del derecho real, con el objeto de proteger o conservar, en distintos grados, los recursos naturales existentes en tal predio”. *ibidem*, p. 79.

negociar la constitución de este derecho, y por último, crear los incentivos al titular del predio (o al titular del derecho real) para que maneje adecuadamente o ecológicamente el predio.¹²⁸ Este derecho real de conservación permite, entre otras cosas: lograr la conservación de biodiversidad a un menor costo, dado que no es necesario realizar la adquisición total del predio. Además, por las características propias de los derechos reales, sus efectos se aplican a los futuros titulares del predio, permitiendo la transferibilidad, del predio. Permite la continuación del uso, goce y disposición por parte del titular del predio, entre otros.¹²⁹

Otra propuesta dice relación con aumentar la coordinación entre las distintas APP, junto con buscar un reconocimiento formal de su estatus de protección y además buscar la redefinición de las categorías de protección, la priorización de los ecosistemas y la incorporación de nuevas áreas protegidas.¹³⁰

También hay que tomar en cuenta que “no se ha ofrecido una propuesta clara que permita abordar el siguiente hecho: en Chile ya existe una gran cantidad de áreas protegidas privadas, sin mediar incentivos de ningún tipo, lo que es reflejo de la elevada disposición a conservar de ciertos actores privados”.¹³¹

Otra propuesta es que “suelen localizarse en sitios de belleza escénica que no necesariamente son los más prioritarios desde una perspectiva ecológica”.¹³² Es por esto que “se hace evidente que más que constituir áreas protegidas aisladas, la fuerza de las APP será aprovechada cuando se logren articular las iniciativas aisladas de hoy en día, para formar conjuntos de redes territoriales que permitan proteger superficies significativas de ecosistemas prioritarios”.¹³³

En cuanto a incentivos, Claudia Sepúlveda señala que “en América Latina las políticas más efectivas han demostrado ser aquellas que combinan las rebajas y exenciones de los impuestos territoriales con incentivos fiscales de mayor peso -tales como exenciones o rebajas de los impuestos a los ingresos y subsidios directos-, el acceso a fondos con-

128 Ibídem, p. 89.

129 Ibídem, p. 80.

130 SIERRALTA, Leonel et al., *Liderazgo del sector privado*, op. cit., p. 255. Además, sobre la coordinación entre distintas APP, ver: SEPÚLVEDA, Claudia. *Áreas privadas protegidas...*, op. cit., passim. Sobre reconocimiento formal, ver también: OCDE y CEPAL, *Evaluaciones de desempeño ambiental*. Chile, op. cit., pp. 113-114.

131 SIERRALTA, Leonel et al., *Liderazgo del sector privado*, op. cit., pp. 257-258.

132 SEPÚLVEDA, Claudia. *Áreas privadas protegidas...*, op. cit., p. 120.

133 Ídem. *tegidas y territorio: la conectividad que falta*. *Revista Ambiente y Desarrollo*, Vol. XVIII, N° 2-3-4, 2002, p. 119.

cursables, programas de capacitación y asistencia técnica y medidas de apoyo para la creación de mercados asociados a la conservación”.¹³⁴ Finalmente, la OCDE menciona que “a pesar de las buenas intenciones de sus propietarios, hasta ahora las áreas protegidas por el sector privado han realizado un aporte limitado a la protección de la naturaleza”.¹³⁵ Es por esto que “para que las iniciativas privadas destinadas a crear áreas protegidas representen un aporte real a la conservación de la naturaleza, es necesario que se integren mejor con las iniciativas del gobierno”.¹³⁶

VI.- CONVENCIÓN RAMSAR Y SU APLICACIÓN EN CHILE

Como hemos visto, nuestro país aprobó esta Convención a través del Decreto Ley N° 3.485 de 27 de septiembre de 1980. Con fecha de 27 de julio de 1981 se procedió a depositar el Instrumento de Adhesión ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.¹³⁷ Finalmente, se procedió a la promulgación y publicación en el Diario Oficial de la “Convención Ramsar”, a través del Decreto Supremo N° 771 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha de 11 de noviembre de 1981, rigiendo desde entonces como Ley de la República.

A continuación analizaremos la actuación de Chile desde 1981 en torno a la protección y conservación de los humedales en el ámbito de esta Convención. Para llevar a cabo esto se realizará una revisión paralela tanto de su actuación en el ámbito internacional como nacional, dado que ambos campos se complementan y permiten comprender mejor la actuación de nuestro país. Este análisis tomará como base la fecha y actuación de Chile en las “Conferencias de las Partes Contratantes” de la Convención de Ramsar, para luego señalar los avances en el plano nacional desde el fin de la respectiva Conferencia hasta la realización de la siguiente.

A su vez, dividiremos la actuación de Chile en cuatro períodos. El primero comprende los años desde 1980 hasta 1993, y se caracteriza por un bajo nivel de actividad. El segundo período comprende los años de 1993 hasta el año 1996, de alta actividad. El tercer período va desde el año 1996 hasta 2004, de baja actividad. Finalmente, el cuarto período, de 2004 a 2009 es de alta actividad. Entendemos por “actividad” las accio-

134 *Ibidem*, p. 122.

135 OCDE y CEPAL, Evaluaciones de desempeño ambiental. Chile, op. cit., p. 113. El destacado es del original.

136 *Ibidem*, p. 114. El destacado es del original.

137 Según señala el Decreto Supremo N° 771, de 11 de noviembre de 1981.

nes encaminadas a lograr una efectiva protección de los humedales por parte de las autoridades.

A.- Primer período: 1980 - 1993

En estos años Chile participa en cuatro Conferencias de las Partes Contratantes (1980, 1984, 1987 y 1990), y en el ámbito nacional se destaca el hecho de que aprueba la Convención de Ramsar y se designa el primer humedal a fin de ser incluido en la "Lista".

1) Primera Conferencia de las Partes Contratantes (1980)

Esta COP se realizó en Cagliari, Italia, entre el 24 y 29 de noviembre de 1980, antes de que nuestro país ratificara la Convención de Ramsar. Sin embargo, nuestro país asistió de todas formas, en calidad de "Observador".¹³⁸

Casi un año después de realizada esta Conferencia, en julio de 1981, Chile declaró Santuario de la Naturaleza al humedal localizado en Valdivia (denominado como "Carlos Anwandter), como ya revisamos.

Reunión Extraordinaria de la Conferencia de las Partes Contratantes en París, Francia, el 3 de diciembre de 1982.

Fruto de esta Reunión Extraordinaria se confeccionó un Protocolo que estableció un procedimiento para enmendar la Convención. Se conoce como "Protocolo de París" y entró en vigor en 1986. En nuestro país es Ley de la República desde el 24 de febrero de 1987.¹³⁹

138 Aunque ya en septiembre del mismo año había aprobado la Convención a través del D.L. 3.485. Asistió, representando a Chile, el Dr. Roberto Schlatter, actual Director del Instituto de Zoología de la Universidad Austral de Chile. Proceedings of the 1st Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?z_n=ramsar&cp=1-31-58-134^19649_4000_2__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. Además, destacamos de esta Conferencia que nuestra delegación señalara que era necesario que los humedales que proponían los países en desarrollo debiesen estar legalmente protegidos, antes de incluirlos en la "Lista" (en un sentido similar se pronunciaron las delegaciones del Reino Unido y de Dinamarca). Creemos que esto es bastante razonable, dado que los humedales, al contar con cierta protección a nivel nacional, aumentan su protección y reconocimiento al adquirir un status internacional. Pero recalamos esto de que "aumentan" su protección, es decir, no basta con que estén inscritos en la "Lista" y es necesario que ya cuenten con una protección efectiva a nivel nacional.

139 La Junta de Gobierno aprobó este Protocolo el 9 de octubre de 1984. A su vez, el Instrumento de Ratificación se depositó el 14 de febrero de 1985 ante el Director General de la Convención. Finalmente, a través Decreto 971, publicado en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1987, dicho Protocolo pasó a ser Ley de la República.

2) Segunda Conferencia de las Partes Contratantes (1984)

Esta COP se realizó en Groningen, Países Bajos, entre el 7 y el 12 de mayo de 1984.¹⁴⁰ Chile ahora participa como "Parte Contratante", ya que en 1981 la Convención Ramsar pasó a ser Ley de la República, como vimos. Además, en esta Conferencia Chile menciona que existe un plan para crear un nuevo sistema de parques nacionales, que extenderá la protección a los humedales.¹⁴¹

Faltando poco para la realización de la tercera COP, nuestro país ratificó y publicó (24 de febrero de 1987) el "Protocolo de París", como se analizó previamente.

3) Tercera Conferencia de las Partes Contratantes (1987)

Esta Conferencia se realizó en Regina, Canadá, entre el 27 de mayo y el 5 de junio de 1987.¹⁴² Asimismo, en una Reunión Extraordinaria de la Conferencia de las Partes Contratantes, celebrada en el mismo lugar, el 28 de mayo de 1987, Chile participó en la adopción de las "Enmiendas de Regina", que establecieron un Comité Permanente, una Secretaría Permanente y algunos cambios en torno a las atribuciones de la Conferencia de las Partes. En un nuestro país estas enmiendas rigen como Ley de la República desde el 1 de mayo de 1994.¹⁴³

Entre la tercera y cuarta COP no se lleva a cabo ninguna acción significativa en torno a la protección y conservación de los humedales en el ámbito nacional.

140 Asistió, representando a Chile, Roberto Schlatter y C.A. Ruiz (como jefe de la delegación), Primer Secretario de la Embajada de Chile en los Países Bajos. List of Participants in the 2nd Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-133^19647_4000_2__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

141 Proceedings of the 2nd Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-133_4000_2__#plen1 [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. Se refiere a las leyes N° 18.348 (que crea CONAF), y N° 18.362 (que crea el SNASPE). Por otra parte, en esta Conferencia, Roberto Schlatter (quien ya había participado en la primera COP), es electo de forma unánime como uno de los dos Vice-Presidentes de la Conferencia, propuesto por España y secundado por la delegación de Noruega. Esto es un reconocimiento bastante interesante, dado que esta es la primera Conferencia a la que Chile asiste como Parte Contratante.

142 Asistió, representando a Chile, Roberto Schlatter. Participants in the 3rd Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-132^19645_4000_2__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. Dado que en la Reunión Extraordinaria se había creado el "Comité Permanente", se procedió a elegir a las Partes Contratantes que serán parte de dicho Comité. Nuevamente Chile tiene un rol relevante, dado que es electo en representación de la región Sudamericana, propuesto por Surinam y secundado por España (en la segunda COP Chile obtuvo una de las dos vicepresidencias). Conference Report of the 3rd Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-132_4000_2__#plen1 [Fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

143 Su análisis se llevará a cabo más adelante.

4) Cuarta Conferencia de las Partes Contratantes (1990)

A pocos meses del retorno de la democracia en Chile, se realizó esta COP en Montreux, Suiza, entre el 27 de junio y el 4 de julio de 1990.¹⁴⁴

Es interesante destacar que Chile, en su Informe Nacional enviado a la Oficina de la Convención de Ramsar, menciona que temen que las autoridades no aprecien la importancia de la Convención de Ramsar, y que además no pueden asegurar más humedales salvo que se obtenga mayor apoyo financiero a fin de reclutar un equipo que elabore políticas sobre los humedales en conjunto con CONAF.¹⁴⁵ Es curiosa la primera aseveración, dado que por una parte es una muestra de gran honestidad, pero al mismo tiempo las personas que asisten a las COP van en representación del país respectivo y no a nombre propio, por lo que el discurso de “no apreciación” de la Convención, sería una especie de autoinculpa de nuestro país. Esto es importante, porque debemos recalcar que la Convención de Ramsar es un Tratado Internacional, que rige como Ley en nuestro país, por lo tanto las autoridades están obligadas a aplicar esta normativa, y no descuidar su incumplimiento amparándose en una mayor o menor “apreciación” de ésta.

En un sentido similar, Chile en esta COP menciona que es fundamental que los países en desarrollo reciban apoyo técnico a fin de implementar las políticas sobre humedales para convencer a las autoridades sobre el valor de los humedales, y convencer además a la conciencia pública sobre la necesidad de llevar a cabo investigación sobre los humedales.¹⁴⁶ Reitero que me parece curioso el

144 Asistió, representando a Chile, Roberto Schlatter. Participants in the 4th Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-131*19643_4000_2__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. En esta COP, se menciona que en Chile las autoridades están pensando en incluir el humedal “Carlos Anwandter” dentro del SNASPE, y que a pesar de que no es parte aun, hay tres guardias de CONAF que vigilan este humedal. Por otra parte, en las nuevas elecciones para el Comité Permanente, Chile menciona el avance que se ha llevado a cabo en reuniones informales en la región sudamericana (llamada luego región Neotropical). Además menciona que es tiempo que otro país asuma la representación de Chile en la región, y se sugiere el nombre de Venezuela (dado que en las mencionadas reuniones informales este país ha generado consenso), junto con Uruguay como el representante alternativo, quienes finalmente son electos. Nuevamente, la delegación de Surinam hace su aporte, señalando que apoya el trabajo realizado por la delegación chilena en su calidad de miembro del Comité Permanente y agradece de forma personal a Roberto Schlatter por su distinguido trabajo. Conference Report of the 4th Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-131_4000_2__#plen1 [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

145 COP4 DOC. C.4.18, Review of implementation of the Convention [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-131*19640_4000_2__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

146 Ídem.

poco valor que se le da a la Convención, como si no rigiese como Ley de la República. ¿Cada vez que se dicte alguna ley habrá que vencer a las autoridades sobre su contenido a fin de que procedan a aplicarla?, ¿será quizás que esto se da más bien en leyes de carácter ambiental? Creo que falta recalcar el carácter de Ley de diversos Tratados Internacionales, especialmente de aquellos de carácter ambiental, dado que da la impresión que se piensa que son meros “acuerdos”, o “recomendaciones” para las autoridades y no prescripciones y obligaciones dirigidas a éstas.

Finalmente, en esta COP se crea el “Registro de Montreux”, que se define como “la principal herramienta de la Convención para llamar la atención sobre los sitios en los que se ha producido, se está produciendo o pueden producirse cambios negativos en las características ecológicas y que, por consiguiente, necesitan que se preste una atención prioritaria a su conservación. El Registro se mantendrá dentro de la Base de Datos de Ramsar y será objeto de revisiones continuas”.¹⁴⁷ Cabe destacar que sólo se puede incluir un Sitio en este Registro si se cuenta con la aprobación de la Parte Contratante correspondiente.¹⁴⁸ Además, los sitios que estén en este Registro pueden beneficiarse de la Misión Ramsar de Asesoramiento (misión de carácter técnico) que la Secretaría de Ramsar emplea a fin de buscar soluciones y asesorar a las autoridades correspondientes.¹⁴⁹

Este primer período se caracteriza por una alta participación a nivel internacional y una baja actividad a nivel nacional. Lo primero se debe en parte, creemos, al interés propio de los participantes más que de las autoridades del país, como lo fue el caso de Roberto Schlatter, quien tuvo un gran protagonismo en las Conferencias. En el caso nacional, la baja actividad se comprueba por el hecho de que en 14 años sólo se incluyó un humedal en la “Lista”, junto con la aprobación del Protocolo de París, en el año 1987.

B.- Segundo Período: 1993 - 1996

Este es un período de alta actividad, donde Chile participa en dos COP. Además, el Poder Ejecutivo envía una reforma de la Convención al Con-

147 Lineamientos para el funcionamiento del Registro de Montreux [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-36-37^20983_4000_2__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

148 Aunque “la Oficina [de Ramsar], tras haber recibido información de organizaciones asociadas, otras ONG internacionales o nacionales u otros organismos interesados, sobre cambios perjudiciales, actuales o posibles en un sitio Ramsar podrá elevar a la Parte Contratante en cuestión esta información y preguntar si el sitio debería ser incluido en el Registro de Montreux”. En: Ídem.

149 Secretaría de la Convención de Ramsar (2006). Manual..., op. cit., p. 62.

greso Nacional (1993), aprobándose en 1995. Por otra parte, se crea el Comité Nacional de Humedales (1994), y en 1996 se inscriben nuevos sitios en la "Lista".

El 12 de mayo de 1993, el Poder Ejecutivo ingresa un Proyecto de Ley al Congreso Nacional para adoptar las reformas de 1987 (Enmiendas de Reginal) de la Convención de Ramsar.

1) Quinta Conferencia de las Partes Contratantes (1993)

Esta Conferencia se realizó en Kushiro, Japón, entre el 9 y 16 de junio de 1993.¹⁵⁰ Sobre la incorporación de las Enmiendas de Reginal, Chile señala que las autoridades están tratando de hacer que su aceptación se vuelva efectiva (ya las enviaron al Congreso). Además, se menciona que el Santuario Carlos Anwandter está próximo a ser parte del SNASPE, administrado por CONAF. Se agrega que no hay una clara conciencia nacional acerca de la importancia de los humedales. Junto a lo anterior se menciona que a pesar de que una Política Nacional sobre los Humedales aun no ha sido formulada, el interés de CONAF en aceptar la responsabilidad para la administración de la Convención y para designar nuevos sitios Ramsar es muy positivo. Sin embargo, se menciona (tal como se señaló en el Informe Nacional anterior), que si no hay más apoyo financiero hacia CONAF, no se podrán designar nuevos sitios y la Política Nacional sobre Humedales no podrá ser desarrollada.¹⁵¹

En el Informe Nacional enviado a la 5° COP, nuestro país señala que "existe un Comité Nacional de Humedales creado en 1994 en el cual participa una serie de organismos públicos, una Universidad y una ONG. Entre los primeros se encuentran: Ministerio de Relaciones Exteriores, Servicio Agrícola y Ganadero, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Dirección General de Aguas, Comisión Nacional de Riego, Servicio Nacional de Pesca y Corporación Nacional Forestal. La Universidad Austral y el Comité Nacional Pro Defensa de Flora y Fauna (ONG) completan los participantes. Se reúne periódicamente para abordar asuntos relacionados con la Convención, así como también aquellas materias propias de los

150 Asistieron: Gonzalo González (CONAF), Cecilia Mackenna [Jefa de delegación, por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, DIPESP] y Roberto Schlatter [Universidad Austral de Chile, Instituto de Zoología]. Conference Report of the 5th Meeting of the Conference of the Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-130*19639_4000_2__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

151 Actas de la 5a. Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-130_4000_2__#plen1 [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

humedales nacionales”.¹⁵² Es decir, ya desde el año 1994 funciona este Comité, el cual será oficializado tiempo después. Lo que queremos destacar, sin embargo, es que en la actualidad el Comité Nacional de Humedales no contempla la participación de alguna ONG, sino que sólo de organismos gubernamentales, lo cual pone en duda su real efectividad e independencia. Esto último especialmente si se detectan irregularidades o es necesario formular ciertas críticas. Creemos que difícilmente podrían hacerlo si es un organismo más que técnico, netamente político.

Por otra parte, en 1995 se aprueban las reformas a la Convención de Ramsar, conocidas como “Enmiendas de Regina”. El 12 de mayo de 1993 el Poder Ejecutivo ingresó a través de un Mensaje el Acuerdo a ser aprobado por ambas ramas del Congreso Nacional en relación a las reformas ya mencionadas. Sobre su tramitación destacamos el Informe evacuado por la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana, del 17 de mayo de 1994. Allí se menciona que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha informado que hay otros sitios que ameritan su incorporación en la “Lista”. Tales son: el lago Chungará (aun no es postulado como Sitio Ramsar), el salar de Surire (fue incorporado en 1996), el complejo de lagunas Miñiques-Miscanti (aun no es postulado como Sitio Ramsar), los salares de la Puna de Atacama (no especifican cuáles), el complejo salar de Maricunga-Laguna Santa Rosa (la Laguna Santa Rosa sí es Sitio Ramsar, desde 1996), el estero Yali (fue incorporado en 1996), la laguna Torca (aun no es postulado como Sitio Ramsar) y la bahía Lomas (es Sitio Ramsar desde el 2004). Por tanto, de los humedales mencionados, al 2009, cuatro han sido incorporados como Sitios Ramsar, mientras que los otros cuatro ni siquiera han comenzado el proceso de postulación como Sitio Ramsar.¹⁵³

Continuando con el análisis de estas reformas, en la discusión en la sala de la Cámara de Diputados, el 7 de junio de 1994, el Diputado René Manuel García le consulta al Diputado informante (Carlos Dupré) en qué situación quedaría el lago Budi, dado que -señala-, se ha peleado enormemente para que se considere dentro de las áreas protegidas, que es una aspiración de la zona que este lago tenga una protección especial. Sin embargo, el Diputado Carlos Dupré señala que en la lista que le envió el Ministerio de Relaciones Exteriores (que revisamos) no aparece dicho lago. Es por esto

152 7° Informe Nacional, op. cit.

153 Boletín N° 982-10 [en línea] <http://www.camara.cl> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

que tanto el Diputado Dupré como el Diputado García le solicitan al Presidente de la Cámara (Jorge Schaulsohn) que la Cámara le solicite al Ministerio de Relaciones Exteriores que lo incorpore como Sitio Ramsar. Ante esto es que se envía un respectivo oficio sobre el tema. Además, se aprueba por unanimidad el proyecto de acuerdo (las reformas).¹⁵⁴

Por su parte, en la discusión en la sala del Senado, el 5 de julio de 1995, donde es Senador informante Beltrán Urenda, el Senador Antonio Horvath destaca la importancia de los humedales para la supervivencia y mantención de la diversidad de las aves acuáticas y de otros sistemas ecológicos, dado que constituyen una fuente de alimentos para toda el área aledaña a los ríos, lagos y mares. Por otra parte, propone a los parlamentarios obtener de la CONAF y de la CONAMA la recuperación de áreas que se deseen proteger para incorporarlas a la "Lista".¹⁵⁵

2) Sexta Conferencia de las Partes Contratantes (1996)

Esta Conferencia se realizó en Brisbane, Australia, entre el 19 y 27 de marzo de 1996. Chile menciona que está "elaborando una política nacional sobre humedales, en virtud de la cual se crearía un Comité Nacional de Humedales. Y preveía designar cinco sitios de tierras altas, gracias a la financiación del Fondo para la Conservación de los Humedales, y quizás otros tres sitios boscosos y uno en la Isla de Pascua". Sobre la creación del Comité, debe especificarse que si bien ya existe desde 1994, a la fecha de envío de dicho Informe Nacional, aun no se ha oficializado. Además, se menciona que este Comité fue muy activo cuando lo establecieron, pero no se ha reunido recientemente.¹⁵⁶

Por otra parte, cabe destacar que la WWF (ONG) "señaló que el río Cruces de Chile podía verse amenazado por un cambio en sus características ecológicas debido a que se había previsto instalar una papelería aguas arriba, para la cual sería necesario introducir árboles de especies exóticas. El WWF instó a que la cuestión se estudiase más a fondo y se anulase ese proyecto industrial".¹⁵⁷ En un sentido similar se pronunció nuestro país, y además agregó que aun cuando la tecnología empleada puede asegurar un funcionamiento limpio, la explotación del bosque nativo y la reforestación con especies exótica puede afectar el nivel de agua del Río Cruces.

154 Legislatura 329, Sesión 4, martes 7 de junio de 1994, pp. 324-236. Cámara de Diputados.

155 Legislatura 331, Sesión 12, miércoles 5 de julio de 1995. Senado.

156 Ídem.

157 Ídem.

Añade que nuestro país ha cambiado la categoría de protección de Carlos Anwandter de Santuario a Reserva Nacional.¹⁵⁸

Por otra parte, nuestro país menciona que ha creado el Parque Nacional Nevado de Tres Cruces, el cual incluye varios humedales de gran importancia. Por su parte se señala que la CONAF es miembro fundador del Grupo para la Conservación de Flamencos Altoandinos (GCFA), creada oficialmente en diciembre de 1996, e integrada además por Argentina, Bolivia y Perú.¹⁵⁹

Al poco tiempo de la realización de la sexta COP, el 2 de diciembre de 1996, Chile incorpora seis humedales como Sitios Ramsar: el Salar de Surire (15.858 hectáreas), el Salar de Huasco (6.000 hectáreas), el Salar de Tara (5.443 hectáreas), el Sistema Hidrológico de Soncor (5.016 hectáreas), el Complejo lacustre laguna Negro Francisco y laguna Santa Rosa (62.460 hectáreas), y el humedal El Yali (520 hectáreas). Entre ellos destaca el "Complejo lacustre", el Sitio Ramsar de mayor extensión en nuestro país a la fecha.

C.- Tercer período: 1996 - 2004

Este es un período de baja actividad, que se resume por la mera participación de Chile en dos COP, fundamentalmente.

1) Séptima Conferencia de las Partes Contratantes (1999)

Esta Conferencia se realizó en San José, Costa Rica, entre el 10 y

158 Sin embargo, hay un error, dado que el humedal aun mantiene la categoría de Santuario, por lo que más que hablar de un "cambio" en la categoría, habría que hablar de "se ha agregado" al humedal una nueva categoría de protección. En efecto, ahora el humedal forma parte del SNASPE, es Santuario y es Sitio Ramsar. Por otra parte, Chile recibió (luego de las solicitudes hechas en 1990 y 1993) apoyo económico en 1991 para la "re-delimitación, implementación, y estudios acuáticos abióticos para el sitio Ramsar cerca de Valdivia", y en 1993 para el "establecimiento de sitios Ramsar en la región de los Andes en el norte de Chile" (este apoyo vino de la Wetland Conservation Fund). Pero de todas formas Chile considera que a fin de cumplir con todas las obligaciones impuestas cuando se convirtió en Parte Contratante de la Convención de Ramsar, aun necesita ayuda económica, dado que el gobierno enfrenta otras prioridades más urgentes (pobreza, educación, salud). Se necesita ayuda de forma especial para el entrenamiento de profesionales y técnicos, así como para el desarrollo de algunos proyectos prioritarios. También se ha señalado que es necesaria la decisión política para promover recursos legales y métodos a fin de implementar los principios de conservación y uso racional de humedales. Ver: Ídem.

159 Ver: Ídem. El GCFA "nace de la urgente necesidad de establecer estrategias, programas y proyectos conjuntos a nivel de la sub región de la Puna, para la conservación de los ecosistemas de humedales, actualmente bajo presión por la intensificación de los procesos de desertificación (sequías prolongadas) y el aumento del desarrollo productivo a través del emplazamiento de obras industriales (minería y poliductos fundamentalmente) y el turismo no controlado entre los principales". Información disponible en: <http://www.flamencosandinos.org/> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

el 18 de mayo de 1999.¹⁶⁰ Nuestro país menciona que ha establecido un Comité Nacional de Humedales de carácter intersectorial encargado de liderar el proceso de la Estrategia Nacional para la Conservación de Humedales. Esta estrategia propondrá los arreglos institucionales y será sometido próximamente a la aprobación del Consejo de Ministros (recordemos que este Comité data desde 1994). A su vez, menciona que el examen de la legislación y las prácticas se llevará a cabo en el contexto de la fijación de una estrategia de humedales.¹⁶¹ Esto da la impresión de que Chile ha estado un tanto inmóvil en torno a la protección de los humedales, siempre esperando la Estrategia Nacional, como si no hubiese nada que hacer si no está la Estrategia.

Chile adoptó su “Política de Recursos Hídricos” en el año 1999,¹⁶² y al año siguiente adopta una Política Nacional sobre Humedales, que recién a finales del 2005 será aprobada de forma oficial.

2) Octava Conferencia de las Partes Contratantes (2002)

Esta Conferencia se realizó en Valencia, España, entre el 18 y 26 de noviembre de 2002.¹⁶³ El Informe Nacional enviado por nuestro país a la oficina Ramsar es bastante pobre, se excusan demasiado en “falta de financiamiento” y las respuestas tienden a ser bastante breves, además de estar incompleto y con variadas faltas de ortografía. A continuación comentaremos extractos del informe que son relevantes.

Sobre humedales en los planes de estudio se pregunta en el Informe Nacional si “hay en su país módulos relacionados con los humedales en los planes de estudio de todos los niveles de enseñanza, comprendidos la enseñanza terciaria y los cursos de for-

160 Asistió, como Jefe de delegación, E. Schott Stolzenbach [Encargado de Negocios de la Embajada de Chile en Costa Rica], Francisco J. Mendoza Escalas (CONAF), Nancy Céspedes [Dirección de Medio Ambiente del Ministerio de Relaciones Exteriores], Claudio Cunazza (CONAF). Participants in Ramsar COP7: Contracting Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-83^17726_4000_0_ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

161 Report of the 7th Meeting of the Conference of the Parties [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-83^19194_4000_0_ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

162 Política Nacional de Recursos Hídricos [en línea] http://www.dga.cl/otros/documentos/Politica_Recurso_Hidricos.pdf [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

163 Asistieron: Nancy Céspedes [Jefa de delegación], de la Dirección de Medio Ambiente del Ministerio de Relaciones Exterior; Iván Luis Benoit Contesse (CONAF), Juan Torres-Mura (Museo Nacional de Historia Natural); Andrés Camano Moreno (Minera Escondida), Jorge Roberto Cuche Carvajal (Empresa CONOLOG); Yerko Vinina Leiva (Birdlife Internacional); Arquímedes Jesús Vásquez Poma (ONG Pueblos Indígenas). Ramsar COP8 - Participants List [en línea] http://www.ramsar.org/pdf/cop8/cop8_participants_i.pdf [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

mación especializada”. La respuesta es “no”, y como justificación se menciona que “se está trabajando un proyecto de difusión, educación y concienciación sobre humedales con financiamiento de la Oficina Ramsar. Estará listo a mediados de 2002”.¹⁶⁴

Respecto a los planes de manejo, es interesante analizar lo que se menciona en el Informe Nacional, dado que se menciona que sí existen para todos los sitios Ramsar en Chile, pero luego se menciona que sólo cuatro de los sitios Ramsar en ese entonces (eran 7) cuentan con dichos planes (se menciona que se está preparando un plan de manejo para el sitio Ramsar El Yali). Nada se menciona respecto del sitio Ramsar de Valdivia y del Salar de Huasco.¹⁶⁵ Es preocupante que no hayan establecido un plan de manejo para el sitio Ramsar de Valdivia, dado que ya en 1996 una ONG internacional había advertido a Chile sobre los posibles cambios ecológicos por la instalación de una papelera.

Finalmente, en el Informe se señala que sí existe una base de datos sobre los humedales nacionales, y que está disponible para ser utilizada como referencia por todos los Ministerios e interesados. Sin embargo, se señala que no se puede consultar en Internet.¹⁶⁶

D.- Cuarto Período: 2004 - 2009

Este período es de mayor actividad, y se inicia en el año 2004, con un hecho positivo y otro negativo.

Así, en el año 2004, Chile incorpora dos nuevos humedales como Sitios Ramsar: la Laguna Conchalí (34 hectáreas), administrada por privados; y Bahía Lomas (58.946 hectáreas). De esta forma Chile aumenta de 7 a 9 humedales como Sitios Ramsar.

Sin embargo, a finales de 2004 se producirá un hecho de mucha gravedad, dado que un humedal que contaba con tres tipos de protección jurídica fue contaminado por la acción de una empresa papelera (Celco-Arauco), al verter una gran cantidad de RILES en las aguas que formaban parte de este humedal.¹⁶⁷ Nos referimos al humedal “Car-

164 8° Informe Nacional (primera parte) de Chile a la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención de Ramsar. [En línea] <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

165 8° Informe Nacional (segunda parte) de Chile a la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención de Ramsar. [En línea] <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

166 Ídem.

167 Sobre este caso consultar a modo ejemplar la siguiente bibliografía: GARCÍA, Julio, HENRÍQUEZ, Ingrid y RAMÍREZ, Daniella. Caso CELCO: una falla multisistémica. *Revista de Derecho Ambiental*. Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. N° 2, 2006, pp. 141-166. DURÁN, Valentina. Comentario a la sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia. *Revista de Derecho Ambiental*, op. Cit., pp. 268-275.

los Anwandter”, que cuenta con la protección legal de “Santuario de la Naturaleza”, perteneciente a la normativa del Consejo de Monumentos Nacionales; en segundo lugar, es parte del SNASPE, administrado por CONAF; y en tercer lugar, es un Sitio Ramsar, vale decir, está inscrito en una “Lista” a nivel internacional, respaldado por un tratado internacional.

Este caso comienza en 1995, cuando Celco-Arauco se sometió voluntariamente a una evaluación de impacto ambiental (dado que a la fecha no se había dictado el reglamento respectivo señalado en la Ley N° 19.300, por lo que el sistema de impacto ambiental no estaba vigente), siendo aprobado el 30 de mayo de 1996. Sin embargo, diversas ONG y grupos de personas interpusieron un recurso de protección en contra de la COREMA por estimar que la resolución que aprobó el proyecto Celco-Arauco era ilegal y arbitraria.¹⁶⁸ Dos meses antes, sin embargo, la ONG WWF había advertido al Estado de Chile sobre el peligro que involucraba la instalación de una empresa papelera cerca de un humedal que era Sitio Ramsar, en el marco de la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención de Ramsar, como revisamos.

Dicho recurso, que había sido patrocinado por el abogado Fernando Dognac, fue rechazado tanto en la Corte de Apelaciones de Valdivia como por la Corte Suprema, en 1997.¹⁶⁹ En definitiva, la planta entró en funcionamiento en el año 2004, pero “a los pocos meses, registró paralizaciones, clausuras y procesos de sanción, y le fueron aplicadas varias multas. Su operación fue públicamente cuestionada por diversos sectores que la acusaron de la contaminación del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, ubicado en el Río Cruces, provocando la muerte y migración de aves acuáticas, junto con la muerte de la vegetación que constituía su alimento”.¹⁷⁰ Y es más, un informe de la Universidad Austral de Chile señaló como responsable a Celco-Arauco del daño ambiental en el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter.

Por otra parte, en el año 2008, “transcurridos más de cuatro años desde el inicio de dicho desastre existen antecedentes que permiten sostener que el Santuario del Río Cruces no presenta señales de recuperación”.¹⁷¹ Se acusa, en definitiva, a las autoridades porque “no han implementado ninguna acción concreta para la recuperación del ecosistema”.¹⁷²

168 GARCÍA, Julio, HENRÍQUEZ, Ingrid y RAMÍREZ, Daniella. Caso CELCO..., op. cit., pp. 142- 143.

169 *Ibidem*, p. 143.

170 *Ibidem*, p. 144.

171 Acción por los Cisnes (ONG). Carta enviada al Secretario General de la Convención de Ramsar, 23 de junio de 2008, p. 1. [En línea] http://www.accionporloscisnes.org/documentos/documentos_apc/CARTA_A_RAMRSAR_POR_CASO_CELCO_24_junio_2008.pdf [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

172 *Ídem*.

Además, sobre el informe de la Universidad de Chile del año 2008, que exime a Celco-Arauco de su responsabilidad en la contaminación al humedal de Valdivia, es deficitario, dado que la hipótesis formulada por Víctor Marín, acusa Acción por los Cisnes, “sólo cuenta con una fundamentación teórica y no fue sometida a pruebas empíricas de su valor explicativo”,¹⁷³ por lo que este último informe presenta “escaso valor tanto científico como práctico, además de graves sesgos y vacíos en las fuentes de información empleadas”.

De este caso nos preocupa observar que si a un humedal con múltiples protecciones jurídicas se le logra contaminar tan fácilmente, qué quedará para aquellos que no cuentan con protección jurídica alguna. Este caso, además, nos debe hacer reflexionar sobre el compromiso de nuestras autoridades con los tratados internacionales, especialmente aquellos que versan sobre temas medioambientales.

Cabe hacer presente que durante el año 2006 se incorpora el humedal de Valdivia al “Registro de Montreux”, que fue a petición de una ONG y que luego el Gobierno de Chile aceptó.

1) Novena Conferencia de las Partes Contratantes (2005)

Esta Conferencia se realizó en Kampala, Uganda, entre el 8 y 15 de noviembre de 2005.¹⁷⁴ En esta reunión Chile informó sobre sus esfuerzos por elaborar políticas y estrategias nacionales de conservación de los humedales y establecer vínculos estrechos con los sectores público y privado.¹⁷⁵

Chile menciona, además, que está estudiando la ampliación del sitio Ramsar Humedal El Yali, de 520 hectáreas a unas 10.000 hectáreas, aproximadamente. También se señala que “se está actualizando el inventario nacional de humedales”, que nuestro país no tiene manglares, y que no hay humedales de montaña, sólo altoandinos. Por su parte, en relación a los humedales en los planes de estudio, se señala que: “se ha incorporado al currículo escolar

173 Ibídem, p. 2.

174 Asistieron, Juan Pablo Contreras (Jefe de Delegación), de CONAF; Miguel Stutzin Schottlander (SAG); y Jorge Valenzuela, del Departamento Medio Ambiente. Ministerio de Relaciones Exteriores. Ramsar COP9 - Participants List http://www.ramsar.org/pdf/cop9/cop9_participants.pdf [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

175 Además, Chile hizo constar en el acta su opinión de que independientemente de la importancia cultural de los humedales, el objetivo principal de Ramsar es la conservación de las características ecológicas de los humedales como hábitat para la fauna y flora. En Chile existen humedales que figuran en la lista de Ramsar que no tienen ningún valor cultural especial asociado a los mismos, pero que tienen una gran importancia ecológica.

el conocimiento y valoración de los ecosistemas, incorporando a los humedales como un ecosistema más”.¹⁷⁶

En resumen, este Informe Nacional es muy breve en explicaciones, casi todo lo que se pregunta se responde con un escueto “sí” o, “no”, y está incompleto.

A fines del 2005 el Consejo Directivo de CONAMA aprobó la “Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales en Chile”, que como vimos, data del año 2000.

En su Introducción señala que “al adherir a la Convención, el país compromete su participación y asume responsabilidades en torno a la protección de los humedales”.¹⁷⁷ En efecto, nuestro país ha adquirido responsabilidades no sólo respecto de aquellos humedales que han sido inscritos en la “Lista”, sino que respecto de todos los humedales de nuestro territorio nacional.

A continuación se señala como Objetivo General el “promover la conservación de los humedales prioritarios de Chile y de sus funciones y beneficios en un marco de desarrollo sustentable”.¹⁷⁸ Queremos destacar que el se promueva la conservación de los “humedales prioritarios” no implica un descuido del resto de los humedales en el país, en consonancia a las obligaciones internacionales que tiene Chile.

A continuación mencionaremos los aspectos más importantes de los seis Objetivos Específicos que se mencionan en esta Estrategia. Junto a dichos Objetivos se mencionan diversas “Líneas de acción” para llevar a cabo éstos. Los Objetivos Específicos son:¹⁷⁹

- a) Desarrollar una conducta de valoración ambiental, económica, social y cultural de los humedales. Aquí se busca desarrollar una “conciencia ecológica”. Se busca “conocer y evaluar permanentemente la percepción de la comunidad sobre los humedales” (1.1), pero no se señala cómo, con qué regularidad, etc.; se busca asegurar la inclusión de contenidos curriculares

176 Ramsar - La 9ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-82^17232_4000_2__ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. En otro aspecto, se menciona que “se hizo un programa de concienciación de autoridades públicas referido a la importancia de los humedales y a la necesidad de protegerlos. Actividad financiada por Ramsar, a través de humedales para el futuro”.

177 CONAMA, Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales en Chile, op. cit., p. 7. El destacado es nuestro.

178 Ibídem, p. 11.

179 Los Objetivos Específicos se encuentran en: Ibídem, pp. 13-26.

relacionados con humedales (1.2), esto ya se habría realizado, según revisamos; en cuanto a la difusión de información (1.3) no se señala a través de cuáles medios, que tipo de información, etc.; en relación a desarrollar programas de capacitación dirigidos a funcionarios públicos (1.4), tampoco se menciona a quién, quién los dirige, qué se enseñará específicamente, etc. Hay otras líneas de acción, pero que son bastante similares a las anteriores y de formulación bastante general, lo que conlleva cierta incertidumbre en torno a su aplicación.

- b) Incrementar el conocimiento sobre los humedales. Se refiere al conocimiento más bien técnico sobre los humedales en nuestro país, junto con “contar con criterios y parámetros que permitan categorizar a los humedales de acuerdo a su prioridad de conservación y de esta manera, poder utilizar adecuadamente los escasos recursos con los que normalmente se cuenta”. Entre sus líneas de acción se mencionan la confección y mantenimiento de un catastro nacional de humedales y su clasificación (2.1), el cual se viene recomendando desde las primeras COP, pero que a la fecha aun no existe. En otras palabras, ya se van a cumplir 20 años desde la incorporación de la Convención de Ramsar como Ley de la República en nuestro país y aun no se confecciona un catastro. Además, se menciona que “el Comité de Humedales decidirá los parámetros a considerar para evaluar la nominación de un humedal como ‘Humedal Prioritario’”. Por otra parte, se menciona la elaboración de un registro de especialistas e instituciones nacional e internacionales relacionadas con los humedales (2.3), pero a la fecha no está disponible. Se señala, también, la elaboración e implementación de un sistema de seguimiento de los humedales (2.5). Esto es de gran importancia, aunque al parecer poco se ha avanzado al respecto. Finalmente, se agrega el desarrollo de un sistema nacional de información sobre humedales (2.7), lo que, sin embargo, no está disponible. En definitiva, son propuestas muy interesantes, pero que lamentablemente no han cobrado más vida de la que actualmente tienen en diversos folletos de difusión.
- c) Implementar un marco de acción legal e institucional para lograr la conservación y uso sostenible de los humedales. Entre sus líneas de acción destacamos la creación de un Comité Nacional de Humedales (3.1). Sin embargo, este Comité data de 1994, pero se oficializó recién el 2 de febrero de 2006, para el día internacional de los humedales. Este Comité está integrado por 16 organismos gubernamentales, pero ninguna ONG, a diferencia del Comité de 1994. A la fecha, la labor de este Comité ha sido prácticamente nula. Además, se señala que se evalua-

rán todas las normas jurídicas relacionadas con los humedales (3.2). El nivel de avance de esto es desconocido. Por su parte, se habla de crear, si amerita, un cuerpo legal específico sobre los humedales (3.3). Fuera de un Proyecto de Ley presentado por parlamentarios (que analizaremos más adelante), no se conoce ningún otro proyecto en dicho sentido.

- d) Promover la participación del sector privado, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas, pueblos originarios y comunidad en general en la conservación y uso sustentable de humedales. Es curioso este Objetivo, dado que en el organismo coordinador de los humedales no se encuentra representada la sociedad civil, dado que sólo hay participación gubernamental, por lo que la aplicación de dicha Estrategia Nacional quedará supeditada a intereses meramente políticos. En sus líneas de acción se menciona el crear y actualizar una base de datos de acceso público (4.1), relacionado con lo dispuesto en el punto 2.3, que, sin embargo, tampoco está disponible. Las otras líneas de acción son bastante generales, lo que da cuenta que se contempla poca participación por parte de la sociedad civil en la protección y conservación de los humedales.
- e) Desarrollar e implementar instrumentos de planificación y gestión participativa para la conservación y uso sustentable de los humedales prioritarios. No queda muy claro cuáles serían los humedales prioritarios, pero en la línea de acción 5.1 se menciona que son "aquellos que sean representativos de la biodiversidad en sus distintos niveles y que caractericen ambientes o condiciones específicas". Además, se busca identificar y proponer la designación de nuevos sitios Ramsar (5.5). Esto se ha plasmado en la nueva propuesta de humedales a inicios del año 2009. También se menciona que se busca desarrollar mecanismos de apoyo técnico para la planificación y gestión de humedales por parte de los municipios (5.8). Esto sería muy importante a fin de descentralizar el manejo del Comité de Humedales, y darle más realce a la actividad de la sociedad civil en torno a los municipios. Asimismo es importante lo de "incorporar los mecanismos de planificación de los humedales en el desarrollo de los instrumentos de planificación territorial, a nivel comunal, regional y nacional". (5.9). Pero al respecto no se observan mayores avances. Se contempla, además, contar "con un sistema de valoración ambiental, de cada uno de los humedales que podrían ser intervenidos o deteriorados por el desarrollo de algún proyectos (sic), especialmente aquellos que deben ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales (SEIA)" (5.10). Es un objetivo bastante ambicioso y amplio, pero falta dar

a conocer públicamente esta valoración, a fin de determinar si se ha cumplido o no con esto.

- f) Reforzar la participación de Chile en el quehacer internacional y obtener los apoyos externos necesarios para el logro de esta estrategia nacional. Se contempla la participación en instancias internacionales relacionadas con los humedales (6.1). Esto ya se realiza, pero lo que falta es que los Informes Nacionales sean de mayor calidad y que se les de mayor difusión. Es importante lo de “generar las capacidades y los mecanismos de acción necesarios para cumplir las resoluciones emanadas de la Conferencia de las Partes de la Convención Ramsar y de otras instancias de convocatoria” (6.4). Para cumplir esto, sin embargo, sería necesario darle mayor publicidad a la participación de Chile en estas Conferencias, y junto a esto informar mejor a las autoridades respecto de la obligatoriedad en torno a la aplicación de la Convención de Ramsar.

Como conclusión, creemos que este documento es una mera enunciación de principios, dado que las “líneas de acción” son muy generales y vagas¹⁸⁰. Recordemos, además, que durante varios años las autoridades estaban un tanto inmóviles esperando la confección de esta Estrategia, pero en verdad no señala nada que no se haya señalado en las COP, por lo que es injustificada la falta de actividad. Creemos que falta detallar más las líneas de acción, publicar toda la información que se tenga sobre humedales y velar por su actualización periódica. Además, es necesario que las autoridades señalen aquello que ya se ha cumplido y aquello que falta por cumplir.

En este contexto, el 20 de diciembre de 2006 tres senadores de diferentes partidos políticos, Guido Girardi (PPD), Antonio Horvath (RN) y Alejandro Navarro (PS)¹⁸¹ presentaron un Proyecto de Ley sobre protección de humedales.¹⁸²

Dicho proyecto señala, entre sus fundamentos, que Chile “no cuenta con ningún instrumento jurídico especialmente destinado a su protección [de los humedales]”. Lo cual es cierto, dado que se lleva a cabo por medios indirectos, como lo es la protec-

180 Además, yerran en el cálculo de hectáreas de los Sitios Ramsar (pp. 7 y 8), dado que al 2005 no eran 160.154 hectáreas, sino que 159.154 hectáreas.

181 A la fecha de la presentación del Proyecto de Ley, el Senador Alejandro Navarro militaba en el Partido Socialista, al cual renunció el 7 de noviembre de 2008.

182 Posteriormente, el 9 de enero de 2007, se dio cuenta del proyecto y pasó a la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales. [en línea] <http://sil.senado.cl> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

ción de humedales a través de "Santuarios" o incluyéndolos en el SNASPE. Por tanto, un instrumento jurídico nacional específico no existe. Pero sí existe un instrumento que rige como Ley de la República y que deriva de una Convención Internacional, como lo es incluir humedales como Sitios Ramsar. Sin embargo, para la creación de estos Sitios no depende la sola voluntad de nuestro país, sino que debe ser aprobado por la Oficina de esta Convención, cumpliendo con diversos requisitos, como ya revisamos.

Además, el Proyecto propone agregar un Título VI nuevo denominado "De los Humedales" al Código de Aguas, incorporando cinco nuevos artículos. En su primer artículo (55 A) define humedales, lo cual no nos parece necesario, dado que "humedal" se encuentra definido en la Convención de Ramsar, que rige como Ley de la República en nuestro país. Más adelante se señala que "se catastrará y declarará todas aquellas áreas consideradas humedales de importancia nacional e internacional" (55 B), lo cual ya se está llevando a cabo por la CONAMA, definido en su Plan de Acción (2005), por lo que no constituye una novedad. Ahora bien, la diferencia radica en que se le da un realce mayor a esta tarea, dado que de enunciarla en un Plan de Acción, podría estar estipulada a futuro en una Ley. Por tanto, si bien reconocemos es un avance, no es lo más urgente, dado que ya se está confeccionando. Diferente sería si en este Plan no se estipulara nada al respecto.

El artículo 55 C señala que "las zonas afectas serán prioritariamente destinadas a la preservación de la vida silvestre y sus recursos naturales y la intervención humana en ellas será previamente autorizada por la autoridad competente según corresponda". Esto no es necesario repetirlo, dado que aquellos humedales que están en el SNASPE y/o con la categoría de Santuario, ya cuentan con esta restricción. Por su parte, el artículo 55 D señala que "los proyectos o actividades que afecten humedales deberán en todo caso someterse a evaluación ambiental vía estudio de impacto ambiental en conformidad a la ley 19.300". Este artículo es interesante, dado que respecto de aquellos humedales que no cuentan con ningún tipo de protección jurídica, ahora se establece que los proyectos o actividades que los afecten deberán someterse a un estudio de impacto ambiental. Por otra parte, si un humedal está protegido por la categoría de Santuario o es parte del SNASPE, de exigirse comúnmente una declaración de impacto ambiental, ahora se exigiría un estudio de impacto ambiental, aumentando el nivel de cuidado de estos ecosistemas.

Por otra parte, el artículo 55 E agrega que “en los humedales declarados sitios Ramsar de acuerdo a los criterios de la Convención Internacional de Humedales no podrán ejecutarse actividades industriales”. Al respecto, debemos recordar que tanto la Ley N° 17.288 (que establece la categoría de Santuarios), como la citada Ley N° 18.362 (que crea el SNASPE), también contemplan esta prohibición, pero la diferencia estriba en que incluyen excepciones, por lo que eventualmente se podrían autorizar este tipo de actividades. Por otra parte, la Convención de Washington, en su artículo 3 dispone que “las riquezas existentes en ellos [en los Parques Nacionales] no se explotarán con fines comerciales”. Por tanto, este artículo viene a reafirmar en cierta forma lo contenido en un tratado internacional, clarificando una situación que a veces se puede tornar un tanto confusa (en torno a la pregunta de si a un caso concreto rige o no lo establecido en la Convención de Washington o si priman las leyes nacionales).¹⁸³

En definitiva, creemos que este Proyecto buscaba avanzar en los objetivos que consigna la Convención de Ramsar, especialmente en torno a la conservación de todos los humedales en el país. Sin embargo, sólo son particularmente interesantes dos artículos (55 D y 55 E), pero que sin un aumento de presupuesto a CONAF, difícilmente podrán ser cumplidos. Por tanto, si bien este proyecto de ley es un avance, creemos que como tarea primaria está el utilizar lo que ya existe en nuestro país en torno a la protección y conservación de los humedales, y luego de esto concentrarse en una Ley sobre humedales, si lo amerita.¹⁸⁴

2) Décima Conferencia de las Partes Contratantes (2008)

Esta Conferencia se realizó en Changwon, República de Corea, entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2008.¹⁸⁵ Para esta COP el Informe Nacional se simplifica bastante (el Comité Permanente así lo estimó). Sin embargo, el documento enviado por Chile a la

183 Nos inclinamos por optar la Convención de Washington por las mismas razones señaladas con motivo del análisis de la vigencia o no de la Ley N° 18.348.

184 A pesar de esto, recomendamos ciertas medidas que deben ser establecidas por Ley, pero que miran a cuestiones específicas y cuya realización es factible (ver conclusiones).

185 Asistieron: Nancy CÉSPEDES (Jefa de Delegación), Coordinadora Nacional Convención Ramsar, Dirección de Medio Ambiente, Antártica y Asuntos Marítimos, del Ministerio de Relaciones Exteriores; Mario Andrés AHUMADA CAMPOS (SAG); Raúl F. CAMPUSANO DROGUETT (CONAMA); Alejandra FIGUEROA FERNANDEZ (CONAMA). Además, asistió Mauricio VALIENTE OLIVARES (de la ONG CODEFF), Andrés CAMAÑO MORENO (Celulosa Arauco y Constitución S.A.); Héctor LAGUNAS BELTRAN, Luciano MALHUE GONALEZ y Juan Carlos PALMA IRARRAZAVAL (Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi). Ramsar COP10 - Participants List [en línea] http://www.ramsar.org/pdf/cop10/cop10_participants_09.pdf [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

Oficina de Ramsar está incompleto y tiene muchas faltas de ortografía, lo que da cuenta del poco interés de nuestro país por la confección de estos documentos.

En cuanto al contenido del Informe, ante la pregunta: “¿cuáles han sido las principales dificultades en la aplicación de la Convención?”, se responde que falta una “única institución ambiental a cargo de la implementación de acciones de conservación, monitoreo y [seguimiento ambiental] de humedales”.¹⁸⁶ Esto es interesante porque ya desde 1994 existe el Comité Nacional de Humedales. Además, la verdadera dificultad en la aplicación de la Convención de Ramsar es la falta de voluntad política, dado que nuestro país sí cuenta con los instrumentos necesarios para avanzar hacia una protección efectiva de los humedales.

Sobre la posible postulación de nuevos humedales, se señala que “se está trabajando en la elaboración de las Fichas para tres sitios Ramsar altoandinos, a saber: ‘Pujsa’, ‘Aguas Calientes IV’ y ‘Complejo Lacustre Lagunas Bravas y Salares de Piedra Parada y Pedernales’. La intención es constituir una red de Sitios Ramsar altoandinos, basada en: 1) la conservación de sitios prioritarios para la reproducción y alimentación de las poblaciones de flamencos (andino y James), y 2) establecer sistemas de monitoreo integrales del sistema de humedales altoandinos. Asimismo, se planteará la ampliación de los sitios Ramsar Salar de Tara y del Sistema Hidrológico Soncor”.¹⁸⁷ Hoy, tanto Pujsa como Aguas Calientes IV son Sitios Ramsar.

Por otra parte, en el Informe se señala que se formuló y actualmente se encuentra en ejecución el Plan de Gestión Integral para el Sitio Ramsar Carlos Anwandter, el cual se encuentra incluido en la Lista de Montreux.¹⁸⁸ Además, se menciona que “la comunicación y el intercambio de comunicación entre organismos competentes se focaliza a través del Comité Nacional de Humedales y las mesas de trabajo de humedales de los Comités Regionales de Biodiversidad, instancias que están bajo el marco”.¹⁸⁹ Finalmente, Chile deseaba que las cuestiones de los humedales y el cambio climático y de los humedales y las industrias extractivas figuraran entre las prioridades regionales.¹⁹⁰ Esta es una cuestión loable, sin lugar a dudas, pero primero debemos empezar por casa.

186 10º Informe Nacional de Chile a la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención de Ramsar [en línea] www.ramsar.org/pdf/cop10 [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

187 Ídem.

188 Sin embargo, en: Acción por los Cisnes (ONG). Carta..., op. cit., dicen que no ha sido así.

189 10º Informe Nacional, op. cit.

190 10ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención sobre los Humedales [en línea] http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-31-58-127*19392_4000_2_ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

De esta Conferencia surge una Declaración, cuyo título completo es: "Declaración de Changwon sobre el bienestar humano y los humedales".¹⁹¹ En la primera parte (denominada: ¿Por qué debería usted leer y utilizar esta declaración?), se menciona que "el bienestar humano depende de los muchos beneficios que los ecosistemas proporcionan a las personas, algunos de los cuales provienen de la existencia de unos humedales sanos" (p. 1). Además, se menciona que esta no es una "declaración más", dado que la finalidad es dirigirse a un público más amplio que el de la Convención de Ramsar y además se proponen medidas positivas y prácticas (p.2). En definitiva, esta Declaración "pone de relieve medidas positivas para garantizar el bienestar humano y resultados en materia de seguridad en el futuro" en torno a cinco epígrafes temáticos prioritarios y en dos áreas clave de mecanismos de aplicación transversales, que son los siguientes (p. 2):

- a) Agua y humedales.** Se señala que "la degradación y pérdida de humedales es más rápida que la de otros ecosistemas, tendencia que se está acelerando debido a modificaciones importantes en el uso de la tierra¹⁹², el desvío de cursos de agua y el desarrollo de infraestructuras. Entre 1.000 y 2.000 millones de personas de todo el mundo cada vez tienen menos acceso al agua dulce, lo que a su vez afecta negativamente a la producción de alimentos, la salud humana y el desarrollo económico, y puede provocar un aumento de los conflictos sociales" (p. 3). Es por esto que se reitera el llamado a proteger y usar racionalmente los humedales, dado que "los humedales son la única fuente de agua a la que tenemos fácil acceso" (p. 4).
- b) Cambio climático y humedales.** Debemos recordar que "muchos tipos de humedales desempeñan un importante papel en el secuestro y almacenamiento de carbono" (p.4). En vista de esto es muy importante que "los gobiernos incorporen la gestión del agua y los humedales en estrategias eficaces dirigidas a afrontar el cambio climático a nivel nacional" (p.4).
- c) Medios de subsistencia de las personas y humedales.** Se menciona que "la degradación de los humedales afecta a los medios

191 Declaración de Changwon [en línea] http://www.ramsar.org/cop10/cop10_changwon_spanish.pdf [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

192 En nuestro país inclusive hay legislación que perjudica a los humedales. En efecto, según menciona el 7º Informe Nacional enviado por Chile a la Oficina de la Convención de Ramsar: "existe legislación que fomenta la desecación de suelos húmedos y con mal drenaje denominados ñadis, para lo cual no es preciso someterse al SEIA. De hecho, el Código de Aguas admite la carencia de normas referente a la conservación y protección de recursos hídricos". 7º Informe Nacional, op. cit. Ver también, Centro de Ecología Aplicada Ltda., y CONAMA. Protección y manejo... op. cit., p. 4.

de subsistencia y exacerba la pobreza” (p. 5), por lo que “el manejo sostenible de los humedales debe contar con el apoyo de los conocimientos indígenas y tradicionales, el reconocimiento de las identidades culturales asociadas a los humedales, la custodia promovida por incentivos económicos y la diversificación de la base de apoyo de los medios de subsistencia” (p. 5).

d) Salud de las personas y humedales. Se señala que “los humedales son importantes debido a sus beneficios para la salud y también como lugares que las personas pueden visitar en busca de educación, recreación, ecoturismo, experiencias espirituales y culturales o sencillamente para disfrutar de su belleza natural” (p. 5). Es por esto que las “interrelaciones de los ecosistemas de humedales y la salud humana deben constituir un elemento clave de las políticas, los planes y las estrategias nacionales e internacionales” (p. 5).

e) Cambios en el uso de la tierra, biodiversidad y humedales. Se menciona que “las decisiones sobre cambios en el uso de la tierra deben integrar conocimientos adecuados del espectro de beneficios, y de sus valores, que los humedales proporcionan a las personas y a la biodiversidad” (p. 6).

Por su parte, se señalan dos mecanismos transversales para lograr aplicar estas cinco temáticas:

a) Planificación, toma de decisiones, finanzas y economía. Recomiendan que “la importancia de los humedales en la ordenación del territorio debe reconocerse plenamente” (p. 6), junto con señalar que “los análisis de costo-beneficio deben ser lo bastante amplios para reflejar el valor económico de los humedales” (p. 7), para finalmente mencionar que “la financiación adecuada y sostenible para la conservación y el uso racional de los humedales es esencial” (p. 7).

b) Intercambio de conocimientos y experiencias. Se considera que “es necesario mejorar urgentemente la información básica sobre la extensión global y la caracterización de los humedales” (p. 7) y que las organizaciones con intereses compartidos en materia de datos, información y conocimientos deben intensificar sus esfuerzos para tratar de dotarse de enfoques comunes, armonizados y accesibles (p. 7).

A principios de febrero de 2009, el Gobierno de Chile presentó a la Oficina de Ramsar los documentos necesarios a fin de que se incluyan cuatro nuevos humedales como Sitios Ramsar. Estos son: Salar de Pujsa,

Aguas Calientes, los sectores de Soncor y Aguas de Quelana. Además, se planea aumentar la protección en el Salar de Tara.¹⁹³ Al cabo de seis meses, el 14 de agosto de 2009, dos de estos humedales propuestos fueron incorporados como Sitios Ramsar (Pujsa y Aguas Calientes), aumentando de esta forma de 9 a 11 humedales bajo protección internacional. Además, de 159.154 hectáreas, se pasó a 192.080 hectáreas.¹⁹⁴

Por otra parte, en febrero de 2009 se señaló que el humedal Rocuant-Andalién podría ser el primero en el país en ser declarado Área de Interés Internacional de Conservación de Aves por la ONG Birdlife International.¹⁹⁵

Finalmente, el 1 de julio de 2009, el Senado aprobó por unanimidad un proyecto de acuerdo presentado por los senadores Alejandro Navarro, Nelson Ávila, Carlos Ominami y Guillermo Vásquez, en el cual se le solicita a la Ministra del Medio Ambiente, a la CONAMA y a la DGA que actualicen el inventario nacional de humedales y que se lleve a cabo un sistema de monitoreo y seguimiento ambiental que facilite las prioridades de conservación de estos ecosistemas.¹⁹⁶

VII.- A MODO DE CONCLUSIÓN: PROPUESTAS

El análisis sobre los humedales realizado en páginas anteriores tiene por objetivo dar cuenta del estado de protección y conservación de los humedales en nuestro país. Junto con esto, se busca elaborar una serie de propuestas que permitan una mejor protección de estos ecosistemas. Estas son las siguientes:

Para comenzar, debemos tener en consideración que entre un 66% y un 77% de los humedales de nuestro país están protegidos a través del SNASPE, por lo que es necesario comenzar por recomendaciones hacia este Sistema, dado que alberga a más de la mitad de los humedales en Chile. Cabe destacar que los humedales en el SNASPE no están protegidos con una categoría especial, sino que simplemente están al interior de un Parque Nacional, Reserva Nacional, o de un Monumento

193 El Mercurio, cuerpo C, 7 de febrero de 2009.

194 Al respecto, ver: http://www.ramsar.org/cda/ramsar/display/main/main.jsp?zn=ramsar&cp=1-26-76^23989_4000_0_ [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

195 El Mercurio, cuerpo C, 25 de febrero de 2009.

196 Ver: http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20090701/pags/20090701213436.html [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010]. Ver además, Legislatura 356, sesión 93, del día martes 10 de marzo de 2009, en donde se presenta el Proyecto de acuerdo mencionado. A los pocos días de esto (el 17 de marzo de 2009) el senador Alejandro Navarro reiteró el llamado a un seguimiento ambiental de los humedales, entre otras cosas. Ver: http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20090317/pags/20090317103103.html fecha de consulta: 10 de marzo de 2010. En cuanto a su aprobación, revisar: Legislatura 357, sesión 30, del día miércoles 1 de julio de 2009.

Natural. Por tanto, no existe una especial atención a estos ecosistemas. Para subsanar esto es necesario realizar una revisión periódica de estos humedales (al menos una vez por año), emitiendo un informe a la Comisión Nacional de Humedales. Este Comité, a su vez, deberá remitir a CONAF las preguntas, críticas, felicitaciones, sugerencias u otros comentarios que deriven de dicho informe. Es decir, es necesaria una retroalimentación permanente sobre el estado de los humedales del SNASPE entre CONAF y la Comisión. Además, estos reportes debiesen ser publicados en una página web dedicada sólo a los humedales. Asimismo, se podría reformar la Ley N° 18.362 (crea SNASPE) a fin de igualar las multas con las establecidas en la Ley N° 17.288 (sobre Monumentos Nacionales). En efecto, mientras que en la primera las multas llegan hasta las 50 UTM, en la segunda las multas llegan hasta las 500 UTM.

Respecto al restante porcentaje de humedales (entre el 34% y el 23%), hay que tomar en cuenta que algunos de estos ecosistemas están protegidos en alguna de las diversas categorías de protección ya revisadas. Inclusive, algunos humedales están al interior de APP. Por tanto, las medidas que se pueden proponer dicen relación con esta condición: en primer lugar, fomentar la creación de APP (las propuestas se mencionaron en páginas previas); en segundo lugar, darle un mayor realce a los "Sitios Ramsar", estableciendo multas de más de 500 UTM en caso de contaminación de estos humedales; en tercer lugar, buscar la designación de estos humedales como Santuarios (de esta forma se convierten en "Áreas de Protección Oficial", debiendo someterse al Sistema de Evaluación Ambiental quienes deseen intervenir estos ecosistemas. Además, se contemplan multas en caso de contaminación o destrucción de estos Santuarios). La ventaja de esta protección radica en la rapidez en su tramitación y que pueden designarse sitios privados. Una vez realizado esto, se recomienda incluirlos en el SNASPE con la categoría de Reservas Naturales, dado que de las categorías estipuladas en la Ley N° 18.362, es la que mejor protege a los humedales, según revisamos. En cuarto lugar, se debe favorecer de forma urgente la protección de los humedales de la zona central de nuestro país, dado que a pesar de ser un hotspot, muy pocos humedales han sido incluidos en el SNASPE o bajo otra categoría de protección.

Finalmente, como medidas más generales, es indispensable difundir y publicar (preferentemente en un sitio web especialmente habilitado) toda la información relativa a los humedales. Es necesario aumentar el presupuesto a CONAF. Además, hace falta mayor voluntad política en torno a la protección de estos ecosistemas, favoreciendo, por ejemplo, una mejor coordinación entre los distintos organismos de gobiernos, entre aquellos que participan de las COP de la Convención de Ramsar y mejorar la comunicación con ONG nacionales e internacionales.

EL ROL DE LOS MONUMENTOS NATURALES EN LA FUNCIÓN SOCIAL AMBIENTAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

María Teresa Queirolo Finkelstein*

I.- BREVE REFERENCIA A LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL

El derecho de propiedad se encuentra reconocido y garantizado a nivel constitucional en el artículo 19 N° 24, siendo la disposición más extensa de nuestra Carta Fundamental, en palabras del propio José Luis Cea Egaña, quién ha afirmado que la extensión es paralela a la complejidad del estatuto que asegura.¹

El mencionado artículo consta de once incisos; donde los primeros cinco refieren al estatuto constitucional general, vale decir, principios y disposiciones comunes aplicables al dominio sobre cualquier clase de bienes; los cuatro siguientes aluden a la propiedad minera, para concluir con un inciso destinado a la propiedad de los derechos sobre las aguas.

La disposición citada señala: *“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de uti-

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Andrés Bello sede Viña del Mar. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica de Uruguay. Candidata a Master en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica de Uruguay. Profesor ayudante Sociedad y Estado, Teoría de la Constitución y Derechos Fundamentales, Universidad Andrés Bello sede Viña del Mar.

¹ CEA EGAÑA, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, II, Ediciones Universidad Católica de Chile (Santiago, 2002), p. 521.

alidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión...”.

La disposición en estudio no define el derecho de propiedad, pues tal definición se encuentra en los artículos 582² y 583³ del Código Civil.

La Constitución chilena, al igual que sus homónimas española, alemana y la mayoría de los textos constitucionales pertenecientes al ámbito del derecho continental, crean una configuración propia del derecho de propiedad, distinta de la contenida en los códigos civiles decimonónicos. Este nuevo concepto de propiedad viene a significar una pérdida del señorío pleno o absoluto del propietario, puesto que ahora, y precisamente en virtud de la función social que tiene la propiedad, las facultades de goce y disposición del titular -que antes tenían una tutela casi ilimitada- serán amparadas por el ordenamiento jurídico, en la medida que estén en concordancia con ciertos intereses predeterminados por el propio texto constitucional y que son considerados superiores al interés individual del propietario. Esos intereses superiores hacia los que debe estar orientada la propiedad son los ya mencionados: intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Cabe determinar entonces cómo se configura hoy la propiedad constitucional. Al respecto, podemos señalar, siguiendo a Evans de la Cuadra, que la Constitución Política de 1980 refundió el dominio privado protegido pero limitado de la Constitución de 1925 y el dominio que cumple una función social de 1967, que refiere a la reforma constitucional de ese año que faculta al legislador para imponer a la propiedad limita-

2 Art. 582. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce se llama mera o nuda propiedad.

3 Art. 583. Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

ciones y obligaciones destinadas a asegurar su función social y hacer el dominio accesible a todos⁴. Lo anterior se debe a que la propiedad privada, particularmente de los medios de producción, no tiene un aspecto de derecho fundamental de corte individual solamente, sino que se la reconoce, además, para responder a una necesidad económica⁵ y es posible sostener que *“la tutela de la propiedad sirve primariamente al sistema económico y sólo secundariamente a los intereses personales de los individuos”*.⁶ Con esto no se quiere desconocer que la propiedad sea un derecho fundamental en nuestro sistema jurídico, sino sólo destacar la función que cumple dentro del sistema económico. Lo anterior resulta obvio, si partimos de la base que nuestra Constitución establece un orden económico de libre mercado, tal orden es imposible de impulsar y llevar a la práctica, si no se reconoce el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes.

Se hace imprescindible, llegado a este punto, el analizar el contenido esencial del derecho de propiedad, para ello abordaremos la tesis sustentada por don Andrés Bordalí,⁷ quien sostiene que el contenido esencial del derecho de propiedad puede ser abordado desde una noción material o absoluta, o bien, desde una noción relativa.

La tesis material o absoluta -proveniente del derecho alemán- propone que los derechos fundamentales tienen un círculo interno, que se puede describir también como absoluto, estable e inalterable. Dicho en otras palabras, esta posición postula que los derechos fundamentales tienen un contenido esencial, el que vendría a ser el núcleo o círculo interno del derecho, claramente diferenciado de un contenido accidental que sería la periferia o elemento exterior del derecho fundamental.⁸

Así podemos inferir que el contenido esencial constituye un límite impuesto al legislador o en su caso a la administración, respecto de las normas dictadas por delegación legislativa o para la aplicación de las leyes, quienes no podrán alterar el contenido mínimo de los derechos fundamentales. Cabe preguntarse ¿Quién determina el contenido míni-

4 EVANS DE LA CUADRA, Enrique, Los Derechos Constitucionales, II, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición (Santiago, 1986), p. 377.

5 DUGUIT, León, Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón, Edeval (Valparaíso, 1987) p. 130, traducción de Carlos Posada.

6 MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, La Función Social del Derecho de Propiedad en la Teoría de Luhmann en El Sistema Económico en la Constitución Española, XV Jornadas de Estudio, Vol. I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia (Madrid, 1994), p. 827.

7 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental, en Revista de derecho (Valdivia, 1998), Vol. 9, p.153-172.

8 GAVARA, Juan Carlos, Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en La Ley Fundamental de Bonn, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1994), p. 227.

mo de los derechos fundamentales? y ¿Cómo se debe determinar dicho contenido mínimo? Con respecto a quién, no puede ser otro sino el juez el que determine el contenido del derecho fundamental que permanecerá tras la limitación, siendo ésta una de las principales críticas a esta posición. En lo que refiere al cómo, es de toda lógica sostener que debe hacerse desde y conforme a la Constitución y al bloque constitucional de derechos, vale decir, una interpretación axiológica y teleológica de la Constitución. Esta tesis material ha sido recogida por la doctrina chilena y por el Tribunal Constitucional.

Desde los tiempos de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se viene señalando que la esencia del derecho de propiedad se refiere a aquellos elementos sin los cuales el derecho de propiedad no existe o se transforma en algo diferente. De este modo, el Tribunal Constitucional chileno ha dicho *“que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial”*⁹. Surge la interrogante acerca de ¿Que es consustancial al derecho de propiedad? Debemos responder que son las facultades de usar, gozar y disponer, por ser los elementos que tradicionalmente configuran a este derecho. Así podemos concluir que el derecho de propiedad se afecta en su esencia cuando se priva, se perturba o amenaza alguna de estas facultades. Sin embargo, tratándose de la propiedad constitucional, faltaría además un elemento, que es la función social, pues hasta aquí sólo estaríamos aludiendo a la propiedad liberal, es así porque la propiedad posee una utilidad o rentabilidad económica para su titular, pero es también una contribución al bienestar general, incluido el bienestar económico de la comunidad.

En este mismo sentido, la tesis relativa se ha inclinado por señalar que el contenido esencial de los derechos apunta a regular la intervención del legislador sobre los derechos fundamentales, de acuerdo a criterios como la racionalidad de dicha intervención, o su proporcionalidad, o incluso, la igualdad. El Tribunal Constitucional alemán también ha recogido este planteamiento en algunas sentencias.

En lo que refiere al principio de racionalidad, se trata de averiguar *“si la carga que supone la medida legislativa en el derecho fundamental es racional”*¹⁰. El principio de proporcionalidad, que ha sido expresamente acogido en algunos fallos, indica que la intervención legislativa sobre un derecho fundamental *“no debe representar una carga excesiva para los afectados”*,¹¹ mientras que el principio de igualdad prohíbe en la inter-

9 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 245 y 246 de fecha 02 de diciembre de 1996. Requerimiento formulado por diversos Senadores y Diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 1 de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales.

10 GAVARA, Juan Carlos, Ob. cit. pp. 299-300.

11 Ibidem, p. 309

vención de los derechos fundamentales medidas discriminatorias. Estos principios no suponen ningún contenido material previo del derecho fundamental, sino solamente una manera de justificar o fundamentar una decisión y de esta forma controlar los posibles excesos que cometa el legislador o la administración sobre los derechos de los ciudadanos.

II.- LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO AMBIENTAL

Históricamente, la función social de la propiedad no ha sido tema exclusivo del derecho constitucional, la iglesia católica también ha reparado en ella, encíclicas como *Rerum Novarum* de 1891 en que el Papa León XIII cuestionaba la función instrumental que tiene el dominio o cuando en 1931 el Papa Pío XI se refiriera a la función social de la propiedad, dan fe de ello. De esta función se había ocupado León Duguit, quien escribió que el propietario no es un árbitro libérrimo del destino de sus bienes, porque tiene la obligación de hacerlos cumplir la función social que es inherente al tenedor de la riqueza.¹²

La función social de la propiedad no fue definida por el constituyente ni por el legislador, sin embargo podemos definirla como *“el empleo o uso racional de la propiedad en armonía con los intereses colectivos”* (Evans de la Cuadra) o bien, como *“el resultado de la compatibilidad entre el derecho de propiedad y el Bien Común”* (Molina Guaita).

Cea Egaña citando a Alfonso Banda, señala que la función social puede ser definida como el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro. Dicha función conjuga, por ende, la seguridad jurídica con la evolución y reforma que exige el progreso humano en sociedad.¹³

En la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 245 y 246 de diciembre de 1996¹⁴ se lee que *“la función social de la propiedad significa que esta tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad”*. La Constitución de Weimar de 1919, en su artículo 153 inciso final disponía: “la propiedad obliga. Su uso debe estar igualmente al servicio del interés general”, para hacer notar que

12 DUGUIT, León, Ob. Cit. p. 129.

13 BANDA VERGARA, Alfonso citado por CEA EGAÑA, José Luis, Ob. Cit. p. 535.

14 Ob. Cit. (N° 9).

el dominio además de conferir derechos impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad, puede decirse que constituyen la función social de la propiedad. A este respecto, Juan Francisco Delgado De Miguel afirma que *“la función social es desarrollada por la propiedad como institución, pero es la propiedad derecho subjetivo la que mediante el ejercicio del mismo actualiza la función social bajo formas y modos diversos, modos y formas que no afectan de otro lado ni pueden comprometer la unidad misma del concepto de propiedad”*. Agrega que, en cuanto a los principios en los que se inspira, son fundamentalmente dos: *“el principio de solidaridad, del bien común por un lado, y el principio del uso más adecuado de las cosas conforme a su naturaleza. El primero dirigido por criterios de alteridad a las relaciones con los demás individuos; el segundo, dirigido con criterios de utilidad a las relaciones con los demás a través de la cosa”*.¹⁵

La función social del dominio presenta dos aspectos que son distintos y que es necesario recalcar para advertir adecuadamente su verdadero alcance en relación con el derecho de propiedad: el primero es la función social vista desde la perspectiva del titular del derecho, mientras que el segundo aspecto, es concebirla desde el punto de vista del Estado, de la sociedad organizada. Debido a lo anterior, la función social se ha ampliado, pues en realidad obliga a tres cosas: a usar la cosa racionalmente de acuerdo con su propia naturaleza; a usar la cosa en relación con el interés colectivo y a soportar todos los cambios que el ordenamiento jurídico experimente en razón de limitaciones u obligaciones inspiradas en la función social del dominio.¹⁶

La función social permite al legislador establecer límites y obligaciones inherentes al ejercicio de las facultades esenciales del dominio, más no lo faculta para privar o despojar la propiedad a su titular, pues la función social tiene un ámbito de aplicación preciso, que no implica que la propiedad sea en sí misma una función social, ya que es inaceptable invocar dicha función para encubrir reales usurpaciones de alguna de sus facultades, si el legislador incurre en tal vicio viola la Constitución y tal acto adolecería de nulidad de derecho público, nulidad que por cierto es insubsanable.

Las limitaciones a la propiedad son generalmente prohibiciones de hacer algo, como lo sería la prohibición de talar bosques o la extracción desmesurada de recursos naturales, mientras que las obligaciones, imponen al titular del derecho el deber de hacer algo. Es imprescindible

15 DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, Derecho agrario ambiental. Propiedad y Ecología, Editorial Arazandi S.A. (Pamplona, 1992), pp. 64-66.

16 EVANS DE LA CUADRA, Enrique, Ob. Cit., pp. 449-450.

ble agregar que el derecho de propiedad no existe o no se concibe sin dichas limitaciones y obligaciones, aun cuando éste nazca y se ejerza prescindiendo de ellas, empero es inconstitucional y éticamente inadmisibles que el legislador imponga restricciones o cargas que no se deriven de la naturaleza intrínseca de las facultades de uso, goce y disposición.

Es conveniente tener presente que *“es la función social –no la ley– la que delimitará el contenido del derecho de propiedad privada, es decir, la que define la sustancia y contenido del derecho mismo, delimitación que habrá de efectuarse con la forma jurídica de ley. No se trata de un principio general del Derecho que atempera, desde el exterior, sus manifestaciones originariamente ilimitadas, sino que constituye, por el contrario, un elemento intrínseco e interior, el espíritu interno de la propiedad, siendo por consiguiente el que da la medida y las dimensiones a la estructura propietaria”*.¹⁷

Adelantábamos anteriormente las causales que conforman la función social, las cuales son taxativas, pero de gran amplitud, a saber: los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Nos centraremos en dilucidar sólo éste último, por constituir la causal que atañe al tema del presente trabajo.

La doctrina ha señalado que la conservación del patrimonio ambiental refiere a la preservación de la flora y fauna, previendo al mismo tiempo una explotación moderada de los recursos naturales. Esta causal debemos coordinarla necesariamente con el Art. 19 N° 8 de la Carta Fundamental, que regula el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, particularmente con su inciso segundo que señala que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medioambiente. Estos derechos serán siempre la libertad para desarrollar una actividad económica y el derecho de propiedad. Las limitaciones que deriven de la función social, no dan lugar a indemnización alguna, siempre que ellas no afecten la esencia del derecho ni importen privar a su titular de alguno de los atributos del dominio, pues en tal caso estaríamos frente a una expropiación.

La Corte Suprema ha señalado que la conservación del patrimonio ambiental a que alude la Constitución, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida, se refiere tanto a la atmósfera, a la tierra y sus aguas, como a la flora y fauna, todo lo cual

17 BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario. Editorial Civitas S.A., primera edición [Madrid, 1988], p.64.

conforma la naturaleza con su sistema ecológico de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven.

Ciertamente hoy, es la propia Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300, en su Art. 2 letra b), la que define el concepto de conservación del patrimonio ambiental, manifestando que ésta es: *“El uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”*, nos quedaremos con esta definición no sólo por ser la más autorizada, es decir, la legal, sino que también porque según lo previsto en el Art. 1 de la ley 19.300, el contenido del derecho al medio ambiente se regula por las disposiciones de la propia ley.

La conservación del patrimonio ambiental es una tarea que, desde luego, importa a toda la sociedad organizada y a cada uno de sus integrantes, pero, en la que el Estado, como única organización revestida de autoridad y poder suficiente, tiene deberes y funciones conducentes a la protección medio ambiental y a la preservación de los recursos naturales, de manera de permitir que ellos sean susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos.

Es evidente que en esta labor de cuidado y mantención del medio ambiente en que la Constitución reconoce un derecho de las personas, se incluye la garantía de que todo el ordenamiento jurídico colocará sus potestades al servicio de esta exigencia, reconociendo no sólo un derecho humano fundamental, sino que al mismo tiempo, impone deberes que deben cumplir el Estado y sus órganos. En efecto, en el inciso primero del Art. 19 N° 8, al mismo tiempo que se reconoce este derecho humano básico de vivir en un medio ambiente incontaminado, se encomienda al Estado dos tareas importantísimas: velar porque el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea vulnerado, y tutelar la preservación de la naturaleza. El deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza *“apunta a cuidar que la naturaleza no sea destruida. No es que las personas tengan derecho a que la naturaleza sea preservada, sino que la naturaleza misma es acreedora a un trato cuidadoso, contrario a la depredación de los recursos renovables y los no renovables”*.¹⁸

18 CEA EGAÑA, José Luis, Ob. Cit., p. 141.

III.- LOS MONUMENTOS NATURALES: CASO PARTICULAR DE LA ARAUCARIA ARAUCANA

Un monumento natural es un área generalmente reducida, caracterizada por la presencia de especies nativas de flora y fauna o por la existencia de sitios geológicos relevantes desde el punto de vista escénico, cultural, educativo y/o científico.¹⁹

La convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, de 12 de octubre de 1940 definió monumento natural como *“las regiones, los objetos o las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta. Los monumentos naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable, excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas e inspecciones gubernamentales”*.

Esta Convención fue aprobada por el Congreso Nacional y se dispuso su cumplimiento como ley de la República en virtud de la dictación del Decreto Supremo N° 531 de 23 de agosto de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Para cumplir con las finalidades impuestas por éste tratado, se dictó el decreto supremo N° 43 del 3 de abril de 1990 -luego de una sucesión de decretos supremos- perteneciente al Ministerio de Agricultura, en el que se declaraba como Monumento Natural a la Araucaria Araucana, allí se determinó su inviolabilidad y prohibición absoluta de tala, salvo en los casos excepcionales en que ello es permitido de acuerdo a las disposiciones del propio tratado.

El decreto N° 43 estableció que la declaración de Monumento Natural de dicha especie afectará a cada uno de los pies o individuos vivos, cualquiera sea su estado o edad, que habiten dentro del territorio nacional. Ampliándose así, las prohibiciones de tala y explotación de dichos árboles, a todo el territorio de la República, puesto que los anteriores decretos no incluían a las especies de todo el territorio nacional. Por otra parte, se señala que el aprovechamiento de los árboles muertos sólo podrá efectuarse previo plan de manejo aprobado por la Corporación Nacional Forestal, el que deberá contemplar la obligación de reforestación a más tardar en la temporada de plantación inmediatamente siguiente a la del aprovechamiento, a una densidad mínima de mil plántulas de Araucaria por hectárea.

19 Al respecto la Corporación Nacional Forestal.

Éste decreto obliga a la administración a adoptar medidas conducentes a impedir la explotación de Araucarias, imponiendo gravámenes a los propietarios de predios en los que éstas se encuentren, limitando e incluso privando del ejercicio de una o más de las facultades que otorga el dominio.

Una cuestión importante respecto a las medidas que debe adoptar la administración, es determinar si éstas son dictadas en conformidad con la normativa constitucional, para luego precisar el efecto de éstas sobre el derecho de propiedad; pues veremos que las restricciones que implican estas medidas, no sólo generan una depreciación del valor comercial de las propiedades debido a la imposibilidad de explotar comercialmente los predios sino que además se ven menguadas las facultades de gozar y disponer de las especies declaradas monumento natural.

Sin duda, la prohibición de talar y explotar éstas especies arbóreas constituye una verdadera privación del derecho de propiedad que no da lugar a indemnización alguna. Estaríamos en condiciones de afirmar que dicho decreto sería expropiatorio, pues de acuerdo a nuestra Constitución, se está privando al o los propietario(s) de facultades esenciales del dominio. En éste sentido, debemos entender por expropiación *“el acto de la autoridad administrativa, fundado en una ley que lo autoriza, en virtud del cual priva del dominio, del bien sobre el cual recae ese derecho o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, con sujeción a un procedimiento legalmente determinado y previo pago de la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado al expropiado”*.²⁰

En honor a la verdad, debemos decir -siempre y cuando no fluya de perogrullo- que el aludido decreto no discute el derecho de propiedad de los dueños de esas especies boscosas ni tampoco impone una privación absoluta de aquellos atributos esenciales del dominio, puesto que no cabe duda que los dueños de propiedades donde existen Araucarias no han sido privados de la totalidad de las facultades de gozar y de disponer en alguna medida del bien inmueble. La prohibición de talar, explotar y comercializar esta especie forestal no impide otras formas de goce ni tampoco implica un gravamen absoluto para el propietario que le impida enajenar su propiedad incluyendo en la enajenación la transferencia de bosques de Araucarias.

Diversos autores, entre los que se cuenta Alfonso Banda no están de acuerdo con la tesis expuesta, pues consideran que no se trataría real-

20 CEA EGAÑA, José Luis, Ob. Cit., p. 5.

mente de una expropiación, aduciendo - al parecer de quien suscribe - meras razones formales, las cuales estarían encubriendo verdaderas expropiaciones, que a mayor abundamiento resultan manifiestamente vulneratorias de la Constitución, pues no sólo no se cumple con las etapas expropiatorias sino que además no se otorga indemnización alguna. En éste sentido Banda ha señalado *“no es dable calificar dichas restricciones impuestas al dominio como una verdadera expropiación. En efecto, no se trata, formalmente hablando, de una expropiación, pues no concurren los elementos que constituyen y distinguen el acto privativo del dominio denominado expropiación. Ello, por cuanto no se ha despojado totalmente del derecho de propiedad a su titular, a través de la aplicación del sistema expropiatorio establecido, ya que no se dispone el desconocimiento de su derecho sobre las especies arbóreas que se trata de proteger de su destrucción y desaparecimiento, ni se hace referencia a que se le está privando del suelo en que ellas habitan, pues el decreto sólo impone la prohibición de explotar, cortar y comerciar la especie araucaria”*.²¹

Podemos concluir al respecto lo siguiente: en primer lugar, el hecho de que no sea una expropiación formalmente hablando, no hace más que confirmarnos que se trata de verdaderas expropiaciones encubiertas, en las que esquivando las etapas expropiatorias, se puede evitar la obligación de indemnizar, y, en segundo lugar, que aunque no se lo despoje del dominio del bien, cuando la imposibilidad de ejercer alguna de las facultades esenciales del dominio, implica a todas luces, una privación del derecho de propiedad, esa privación debiera ser siempre indemnizada, pues no sólo se vulnera el derecho de propiedad sino que también hay una conculcación del derecho a la igualdad ante las cargas públicas, ya que a pesar de que nos parece muy loable la prohibición, no es equitativo soportar esa medida sin ser indemnizados por el Estado, surgiendo así la responsabilidad extracontractual del Estado, por actos lícitos.

IV.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN.

La dictación del mencionado decreto supremo, que algunos pudieran calificar de arbitrario o incluso de ilegal, sin perjuicio de que no sea tal, produce una serie de efectos jurídicos. Aquí nos centraremos particularmente en el análisis del daño que efectivamente se causa al administrado y en la consecuente obligación de indemnizar que asume

21 BANDA VERGARA, Alfonso, Medio Ambiente y Función Social del Dominio, en Revista de derecho (Valdivia, 1998), Vol. 9, p.55-86.

o debiese asumir el Estado. En este mismo orden de ideas, la Constitución, en su Art. 38 inciso 2° al mencionar las Bases Generales de la Administración del Estado contempla el principio de la responsabilidad extracontractual, en los siguientes términos: *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*. Osvaldo Oelckers ha dicho *“la responsabilidad supone la existencia de daños y que estos deban ser compensados por alguien. Ello quiere decir que no basta que existan los actos administrativos, sino que implica la producción de sus efectos”*.²²

El Tribunal Constitucional, en el fallo que ya hemos tenido oportunidad de citar, señaló que la Constitución de 1980 ha establecido la responsabilidad del Estado como un principio general que aparece claro en diversas disposiciones constitucionales. A continuación procede a citar los artículos 6 y 7 del Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad, agregando que *“de estos artículos se concluye que los órganos del Estado cualquiera que sea su actividad tienen responsabilidad si infringen la Constitución”*.²³

El interés general como argumento esgrimido por la administración no es suficiente para determinar la legalidad de un acto administrativo, ya que se tiende a sobrevalorar exageradamente el señalado interés. La autoridad podría con sus actos, llegar a imponer sacrificios desproporcionados y graves a los particulares. Los límites inseparables al ejercicio del poder público no permiten tal sacrificio y no es jurídicamente aceptable la conclusión de validez prácticamente automática del acto de la administración por el solo hecho de pretender que éste lleva involucrado un propósito de interés general.

Debemos hacer presente que no siempre el interés general justifica absolutamente el acto haciéndolo válido, especialmente si se genera una desproporción entre este interés general que se alcanzará y la dimensión de intereses privados que se sacrificarán, debido a que en ciertos casos, estos últimos pueden ser mayores, y de ser así no se estaría realizando el pretendido bien común. Tal como señaláramos en el epígrafe anterior respecto del decreto supremo N° 43, en lo que refiere a las limitaciones que éste impone a los titulares del derecho de propiedad en cuyos predios existan Araucarias, cuando dichas limitaciones hayan vulnerado de tal forma el derecho, que implique una verdadera

22 OELCKERS CAMUS, Osvaldo, Actos administrativos ilícitos y responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, XIII, [Chile, 1990], p. 157.

23 Ob. Cit., considerando 36°.

privación y no sólo una mera limitación en aras del cumplimiento de su función social.

Lo anterior se traduce no sólo en consideraciones equitativas sino que además requiere de justificaciones jurídicas, pues al parecer la posibilidad de que el Estado sea conminado a reparar los perjuicios patrimoniales causados y derivados de su actuación, cuando con ella se ha perjudicado el ejercicio de derechos al punto en que las restricciones constituyen significativas privaciones, es una realidad. En este caso, se han dañado los derechos en su esencia, está plenamente fundada una obligación de resarcimiento del daño provocado al afectado. Es por ello que, en igual sentido, Barnés aludiendo a la Constitución Española sostiene que *“siempre que se altere o disminuya el contenido esencial, cualquiera sea su alcance, se dará lugar a indemnización. Así lo determina el artículo 33.3 de la referida Constitución para toda privación. Mientras que por el contrario, la delimitación legal del contenido no será indemnizable, en virtud del artículo 33.2 de la misma”*. De este modo en el concepto constitucional de expropiación debemos comprender cualquier género de privación o alteración lícita del contenido esencial del derecho de propiedad, sea cual sea la forma como este se presente o manifieste en la norma o disposición de la autoridad administrativa que resuelva sobre delimitaciones o restricciones de las facultades dominicales. Así, entonces, *“si por hipótesis, el régimen estatuido por el legislador, por genérico que fuera, vulnerase el contenido esencial habría de ser calificado de expropiatorio si concurren las causas del artículo 33.3 y de inconstitucional si no estuvieren presentes”*.²⁴

A pesar de que hemos señalado que en el decreto no se señala literalmente que lo que se está resolviendo sea una expropiación y que aun cuando no se cumplan las exigencias formales del acto expropiatorio, estamos en condiciones de afirmar que se trataría de una expropiación, puede concluirse que el titular del derecho afectado no debe soportar la privación de su derecho sin que nazca de dicha actuación para él, al menos, una posibilidad de ser indemnizado por lo que ha perdido. Por lo tanto corresponde determinar la relación existente entre la función social y la expropiación para resolver el tema de la indemnización.

De un lado se sitúa la función social, cuyas determinaciones no son indemnizables por cuanto arrojan el estatuto normal de cada exteriorización del derecho, mientras que, de otro, opera el instituto expropiatorio. El problema, sin duda, estriba en señalar el límite en el cual encontramos la separación entre ambos institutos, función social y expropiación,

24 BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, Ob. Cit., p. 377.

problema que evidentemente no es nada sencillo de solucionar en la práctica, pero que, de acuerdo a lo explicado, encuentra su respuesta en el contenido substancial inafectable del derecho de dominio.²⁵

Forzadamente debemos concluir, en virtud del análisis efectuado, que en sentido literal estricto, técnicamente no estamos en presencia de un verdadero acto expropiatorio, en los términos expresados por la Constitución. Sin embargo, cuando se despoja al propietario de lo substancial de su derecho, cuando se afecta el derecho en su esencia, no cabe referirse a limitantes provenientes del cumplimiento del fin social de la propiedad, sino que lisa y llanamente a una expropiación que, disfrazada o no, debe dar lugar a una indemnización. En este sentido, habrá expropiación siempre que no se respete el contenido esencial del derecho de propiedad.²⁶

Al tenor de lo que hemos señalado hasta este momento, parece relevante mencionar uno de los fallos más famosos que se conozca al respecto, en que se resolvió la procedencia de la acción indemnizatoria planteada por el propietario afectado, quien accionó y obtuvo la indemnización por parte del Fisco de Chile, aduciendo que, el acto administrativo que lo privó de la explotación de la especie declarada monumento natural, es una limitación al dominio de tal naturaleza, que afecta el derecho en su esencia. Aludimos al Fallo "*Comunidad Galletué con Fisco*",²⁷ en el que la Corte Suprema, entre sus fundamentos expresa que en el decreto supremo referido,²⁸ la naturaleza de la prohibición que impone, no tiene el alcance de una expropiación, por cuanto no contiene un desconocimiento del derecho dominical que corresponde a sus titulares ni se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer con entera libertad del bien objeto de dicho derecho; y que la prohibición impuesta de cortar, explotar y comerciar dicha especie arbórea no implica una prohibición de toda otra forma de goce o disposición de la cosa, pues el dueño podría sin ningún obstáculo enajenar los bosques en conjunto con el terreno donde crecen y que en definitiva sólo se trataría de una limitación fundada en una ley que la autoriza, y todo ello acorde con el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la Constitución. Considera el Supremo Tribunal que el referido precepto de la Carta Fundamental en lo relativo a las limitaciones del dominio nada estatuye en cuanto a la procedencia de indemnización, pero como

25 Ibidem, pp. 384-385.

26 Ibidem, p. 373.

27 Sentencia de la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo, causa "Comunidad Galletué con Fisco" en Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXI, N° 3, segunda parte, sección quinta, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1984), pp. 181-189.

28 Decreto Supremo N° 29 del Ministerio de Agricultura de 1976, el cual fue reemplazado por el actual Decreto Supremo N° 43 de 1990.

no la rechaza, concluye que ella debe acogerse a pesar del defecto de encuadramiento a que alude la sentencia.

Sin embargo, lo destacable de esta sentencia, alude a que: *“la procedencia de la acción de cobro de perjuicios, tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendidos los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no hay ley concreta que resuelva el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar también que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades o la administración o incluso por el propio legislador las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies.”*²⁹ Agrega la Corte, que para demostrar que la acción de cobro de perjuicios es justa y equitativa se consignaron ciertos hechos jurídicos, los cuales además no fueron rebatidos, a saber:

- 1.- Que el predio Galletué, enclavado en la cordillera de los Andes, de 1800 hectáreas de extensión, admite como única explotación económica factible la forestal y dentro de ella, casi en forma exclusiva, la de la especie denominada Araucaria Araucana.
- 2.- Se había desarrollado en el predio Galletué una costosa infraestructura (caminos, aserraderos, organización, etc.) con la finalidad de explotar los bosques de Araucaria y algo de Coigüe y desde el 16 de abril de 1976, fecha en que se publicó el Decreto Supremo N° 29, los propietarios demandantes paralizaron la explotación de los bosques de su predio, en circunstancias de que habían estado explotando la Araucaria por más de 10 años, con un total de 1.200.000 pulgadas, con aprobación de la autoridad respectiva.

*“La prohibición del Decreto Supremo N° 29, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para los propietarios de Galletué, que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que lo sopor-ten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y de la justicia.”*³⁰

El fallo recientemente expuesto tiene una gran trascendencia en la solución del problema que venimos planteando, puesto que en él se reconoce que el intento de obtener una indemnización en una situación como aquella no carece de todo fundamento, al contrario, tiene una sólida sustentación no sólo en principios jurídicos como la equidad, sino

29 Ob. Cit. (N° 27), considerando 9°.

30 Ibidem, considerando 11°.

que por aplicación directa de normas expresas de la Constitución, las que nos conducen a la conclusión de que de actuaciones de esta naturaleza nace la responsabilidad del Estado y el consecuente deber de indemnizar.

Ciertamente, la prohibición que existe respecto de la Araucaria, es plausible y oportuna para la preservación de la naturaleza; deber de tutela ineludible del Estado. Sin embargo, no es menos cierto que si ella causa daños y perjuicios que afectan a los propietarios, se justifica que ellos sean compensados por el ente estatal conforme a los citados principios de equidad y justicia a que alude el fallo.

Para reafirmar la conclusión de la responsabilidad estatal y la consecuente obligación indemnizatoria del Estado, debemos agregar que esa compensación no sólo cabe justificarla desde parámetros de equidad y justicia, sino que doctrinariamente se ha fundado por algunos en razones igualitarias y aunque se base en medidas que no estén plenamente identificadas como atentatorias a la esencia del derecho.

En efecto, se ha sostenido que del mismo principio de igualdad constitucional podrían hacerse derivar pretensiones indemnizatorias, en la medida en que se impusiera un sacrificio especial y singular que no contraviniera el contenido esencial de la propiedad, sino que por obra del artículo 19 N° 2 de la Constitución que prohíbe un tratamiento desigual.

Se trata de una indemnización, que en definitiva, viene a reparar un detrimento patrimonial producido por la inequidad y con el propósito justamente de restituir el principio de "justicia distributiva" que pudiere haber sido dañado.³¹

Si la actividad lícita de cualquiera de los órganos del Estado provoca un perjuicio, aunque éste no esté descrito en la Carta Fundamental, se genera un daño que debe ser resarcido totalmente, a fin de que quien lo haya experimentado sea restituido al estado en que se encontraba con anterioridad a sufrirlo. Ello, porque se trata de una igualdad que se rompe y que es indispensable restaurar para reponer el principio de justicia en las relaciones humanas, principio de interdicción de toda arbitrariedad, que es, uno de los valores fundamentales sobre los que descansa nuestro sistema constitucional.

31 BANDA VERGARA, Alfonso, Op. Cit. p. 76.

V.- CONCLUSIÓN

Del análisis realizado en el presente artículo podemos extraer las siguientes conclusiones: el derecho de propiedad constitucional debe ejercerse de conformidad al interés general, pues así se desprende de su función social, siendo la conservación del patrimonio ambiental, una de sus manifestaciones, en virtud del propio texto de la Constitución. La función social es consubstancial al dominio, lo que implica a menudo, intrusiones por parte del legislador y/o de la administración en el ejercicio del derecho, las que se manifiestan a través de limitaciones, que a su vez, pueden ser prohibiciones u obligaciones que no dan derecho a una indemnización para el propietario, puesto que el derecho en cuestión las admite, en la medida que no constituyan privaciones a éste o a alguna de sus facultades esenciales.

Señalamos también, que existe un límite de intrusión por parte del legislador o la administración, el cual está dado por el contenido esencial del derecho, que en el caso de la propiedad, está conformado por los atributos de uso, goce y disposición.

El legislador está facultado para establecer algunas restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos, con el único propósito de proteger al medio ambiente. Como indicásemos en la oportunidad correspondiente, estos derechos serán siempre la libertad para desarrollar una actividad económica y la propiedad. Sin embargo, estas restricciones no pueden alcanzar una magnitud tal, que hagan ilusorio su ejercicio, no es ese el sentido que se le debe reconocer a la función social, pues no se le ha autorizado al legislador para que pueda afectar el derecho de propiedad en su esencia. No es aceptable que por la vía de las limitaciones del dominio inspiradas en su función social, se llegue a la privación del derecho o de cualquiera de las facultades o atributos esenciales.

Si en virtud de limitaciones u obligaciones impuestas al dominio, se produce una vulneración del derecho en su esencia, ello necesariamente debe traducirse en una indemnización para el propietario, quien no está obligado a soportar una carga más allá de lo razonable, sufriendo en su patrimonio el detrimento que ello implica y sin retribución por parte del Estado por el daño que efectivamente se le ocasione.

Siempre que no se respete el contenido mínimo o esencial del derecho de propiedad habrá expropiación, y consecuentemente con ello, una indemnización para el propietario afectado. El fundamento de la obligación de indemnizar, lo encontramos en razones de equidad y justicia distributiva, ya que de esta forma se logra reestablecer el imperio del

derecho, que se encontraba en una situación de desequilibrio o desigualdad, producto de la actuación del Estado. Pero además, podemos encontrar fundamentos de derecho que justifican tal obligación indemnizatoria, en normas de la propia Constitución, como los artículos 1, 5, 6 y 7, que integran el capítulo de Bases de la Institucionalidad; el artículo 38, inciso segundo, etc. En efecto, la Constitución descansa sobre la base del establecimiento de la responsabilidad estatal por sus actuaciones y ello lo extraemos del examen y análisis de las normas ya mencionadas, pero más específicamente de las normas atinentes al dominio y sus garantías, pues establece el principio "nadie puede verse privado de su propiedad ni de los atributos esenciales de que está dotada ésta, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, otorgando al expropiado el derecho para cobrar al Estado todos los perjuicios sufridos debido al daño patrimonial que se haya causado con esa privación".

EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN

Ignacio Carvajal Gómez*

I.- INTRODUCCIÓN

En la actualidad, Chile cuenta con una economía basada, principalmente, en la extracción, explotación y aprovechamiento de sus recursos naturales y biodiversidad, siendo los sectores más fuertes el minero, el agrícola, el forestal y la pesca.

No obstante, es claro que hoy existe un creciente reconocimiento nacional e internacional, respecto de la gran necesidad de involucrarse en la conservación del medio ambiente. Consecuencia de aquello, las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país se traducen en mercados más exigentes y rigurosos, desde un punto de vista ambiental, para las exportaciones de nuestras materias primas y productos.¹ Además, nuestro país ha ingresado recientemente a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) por lo que, como miembro, deberá fortalecer las capacidades y estándares de gestión en los ámbitos económico, social, educacional y, por cierto, también en lo ambiental.

Más aún, es fundamental considerar la extraordinaria riqueza natural, biodiversidad (incluyendo un gran número de especies vegetales y animales endémicas y/o que se encuentran en vías de extinción) y la mundialmente reconocida belleza de los paisajes de las regiones de nuestro país, sobre todo cuando recién comenzamos a descubrir y desarrollar nuestro enorme potencial turístico.

Resulta evidente que si queremos mantener un desarrollo sustentable en el tiempo así como realizar un adecuado uso de nuestros recursos naturales, en beneficio de las actuales y futuras generaciones, es tiempo de adoptar las medidas que sean necesarias para alcanzar tan importantes objetivos.

* Abogado Universidad Adolfo Ibáñez. Miembro de Fiscalía de Medio Ambiente (FIMA).
1 RODAS, Mauricio; "Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile"; División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos de la CEPAL (ONU), Santiago de Chile, diciembre de 2003. [En línea] <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/19765/lcl2038e.pdf> [consulta 10 de marzo de 2010].

Para materializar esta ambiciosa meta, es preciso corregir las deficiencias de nuestro actual sistema de conservación ambiental, y superar la falta de los incentivos adecuados para implementar políticas y proyectos exitosos en esa dirección.

Sin duda alguna, uno de los aspectos más relevantes a considerar en este sentido es la falta de instrumentos legales idóneos para promover y garantizar la protección privada del patrimonio ambiental y la biodiversidad de nuestro país. Al no encontrar una solución clara a esta situación en nuestro ordenamiento jurídico, los especialistas han estudiado las experiencias extranjeras más exitosas en la materia en orden a identificar figuras que, adaptadas a nuestra realidad, constituyan herramientas útiles para fomentar efectivamente la conservación ambiental privada en Chile. Esto último, es precisamente lo que se pretende hacer mediante la creación de un Derecho Real de Conservación en nuestro país, figura que será el tema central de nuestro trabajo.

II.- CUESTIONES PREVIAS

A.- La conservación ambiental en Chile y las principales críticas del actual sistema nacional de conservación

En nuestro país, la conservación ambiental se inició a finales del siglo XIX mediante actividades de protección promovidas por el Estado. Luego, a comienzos del siglo XX, se impulsó el desarrollo de una institucionalidad para la conservación de la flora y la fauna, y la Ley de Bosques de 1925 (con su modificación de 1931) incorporó la figura de los Parques Nacionales de Turismo, creándose en 1926 el Parque Nacional "Vicente Pérez Rosales" que es el más antiguo de Chile.

Más tarde, en 1967, Chile ratificó la Convención de Washington para la protección de la Flora, Fauna y de las Bellezas escénicas Naturales de los países de América (Decreto Supremo N° 531 del 4 de octubre de 1967) y adoptó las categorías de protección internacionalmente reconocidas: Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales. Posteriormente, en el año 1972, se creó la Corporación Nacional Forestal (CONAF) que pasó a administrar las áreas protegidas estatales. Sin embargo, no fue sino hasta la dictación de la Ley 18.362 del año 1984 que se realizó un gran avance al crear el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (desde ahora, también "SNASPE").²

Finalmente, con la promulgación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de 1994 (a partir de ahora, también "LBGMA"), primero, se amplió el concepto de Áreas Silvestres Protegidas a múltiples figuras de protección de espacios naturales (terrestres y marinas) que se encuentran vigentes en Chile y que son dependientes de diferentes organismos públicos; y, segundo, el Estado asume el compromiso de fomentar e incentivar la creación de Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada (desde ahora, también "APP", "ASPP" o "ASPPP"), las que están afectas a igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al SNASPE³.

Si bien es cierto no es posible desconocer la positiva evolución que ha tenido nuestro país en materia de conservación ambiental, el actual sistema aún debe superar diversos obstáculos que evidencian una situación de mucho riesgo para nuestro patrimonio ambiental y biodiversidad. Las principales críticas que se le hacen al SNASPE son:

- 1) La deficiente representatividad de los bienes del patrimonio natural y cultural del país en el sistema de áreas protegidas, y su inequitativa distribución a lo largo y ancho de Chile. Si bien es cierto cubre aproximadamente el 19% de la superficie terrestre del país, lo que a primera vista puede parecer bastante, es preciso tener presente que: a) El 84% de las zonas protegidas se ubican en las regiones de Aysén y de Magallanes; b) En las regiones centrales, desde la V de Valparaíso a la VIII del Bío-Bío, el área total protegida es menor a un 10%, y cada una tiene un tamaño que, en general, no permite sustentar poblaciones viables de mamíferos de tamaño mediano y grande; c) Las regiones de Coquimbo, del Maule y Me-

3 En la actualidad, existe una amplia gama de categorías de áreas protegidas, entre ellas: Las categorías del SNASPE (Reserva Nacional, Reserva de Regiones Vírgenes, Parque Nacional, Monumento Natural), pero también las Reservas Forestales, Parques Nacionales de Turismo (Ley de Bosques), las de la Ley de Monumentos Nacionales (Santuario de la Naturaleza, Monumentos Históricos, Zonas Típicas o Pintorescas), las de la Ley de Pesca (Parques y Reservas Marinas), las Destinaciones con fines de conservación y uso sustentable del Ministerio de Bienes Nacionales, las Zonas o Centros de Interés Turístico, las Zonas de Conservación Histórica, los sitios RAMSAR, los acuíferos que alimentan vegas y bofedales en la Región de Tarapacá y Antofagasta del Código de Aguas, y las Áreas Marino y Costero Protegidas. Se sumarán a estas categorías las que aporta el Reglamento de Áreas Protegidas Privadas, cuando éste entre en vigencia, y otras áreas protegidas que resguardan la Biodiversidad de actividades sectoriales específicas (las definidas por el Reglamento de ASPP: Área Privada de Preservación Estricta, Parque Natural Privado, Monumento Natural Privado y Reserva Natural Privada). CONAMA; Antecedentes para una política nacional de áreas protegidas, página 10. [En línea] www.conama.cl/portal/1301/articles-32917_areas_protegidas.doc [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010]; CORREA M., Eduardo, Exposición en Power Point "Ejecución de proyectos en Áreas Protegidas: ¿Cuánta protección y cuánto desarrollo?", IV Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Chile, Junio de 2008. [En línea] http://www.derecho.uchile.cl/cda/formulario_jornadas/pdf/PPT/E.Correa.pdf [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010]; Sistema Nacional de Conservación, ONG "Parques para Chile". [En línea] http://www.parquesparachile.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=70&temid=97 [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

tropolitana tienen menos del 1% de su territorio dentro del sistema, en circunstancias de que se trata de zonas de alta diversidad y endemismo del ecosistema mediterráneo, y uno de los 25 hotspots identificados a nivel mundial por su valor de biodiversidad global y su alto grado de amenaza;⁴ d) Presenta un déficit en la protección de ambientes dulceacuícolas y de aguas continentales en general (lagunas, glaciares, humedales, estuarios, cursos de agua, etc.); e) Existe una incompleta protección de ambientes marinos y marinos costeros [actualmente sólo se cuenta con 0,75% de la superficie del Mar Territorial bajo protección, claramente no están protegidos numerosos ecosistemas marino costeros y ninguno más allá de las 5 millas cercanas a la costa.]; y f) Tiene un insuficiente protección del patrimonio cultural en las áreas protegidas.⁵

- 2) Debilidades en su marco legal, que se manifiestan en: a) La ausencia de regulaciones respecto a determinadas categorías o vacíos normativos en relación a determinadas situaciones conflictivas, que impiden asegurar la adecuada gestión de las áreas protegidas en los diferentes espacios (Por ejemplo, todavía no ha entrado en vigencia un Reglamento para las APP); b) Limitaciones jurídicas para el monitoreo, control y vigilancia de las áreas protegidas públicas y privadas (Por ejemplo, se limita demasiado la capacidad fiscalizadora de los guardaparques); c) La inexistencia de una visión sistémica de conjunto para regular las áreas protegidas en términos jurídicos; y d) Lentitud en la adecuación de normativas internas para implementar los compromisos adquiridos por el Estado de Chile en los tratados internacionales en el ámbito de la protección del patrimonio natural - cultural.⁶
- 3) Diversos problemas institucionales, administrativos, operacionales y financieros. Existen varios, pero los más preocupantes son: a) Mecanismos limitados para facilitar la administración de las áreas protegidas en espacios privados y fiscales; b) El escaso desarrollo de la investigación en el ámbito de las áreas protegidas; c) Un bajo nivel de conciencia pública y en los tomadores de decisiones políticas sobre la importancia de la biodiversidad, las áreas protegidas y el patrimonio ambiental en general; d) Escaso desarrollo de la

4 Los hotspots son sitios o puntos geográficos de valor mundial por su destacada biodiversidad, que consideran al mismo tiempo un importante grado de endemismo con una preocupante situación de amenaza. El hotspot "Chilean Winter Rainfall-Valdivian Forests" ("Bosques Chilenos Templados Valdivianos y de Lluvia Invernal") cubre 39.714.200 hectáreas de la parte centro norte de Chile y el borde oeste de Argentina, desde la costa del Océano Pacífico a la cumbre de los Andes. Este hotspot comprende alrededor de un 40% del territorio chileno continental e incluye las islas de San Félix y San Ambrosio y el Archipiélago de Juan Fernández. [en línea] www.biodiversityhotspots.org [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

5 CONAMA, Antecedentes para una política nacional de áreas protegidas, op. cit., páginas 12 y 13.
6 Ibid., páginas 15, 16 y 17.

capacitación y formación de recursos humanos e institucionales en el ámbito de las áreas protegidas; e) Una institucionalidad ambiental que no garantiza la prevención de amenazas en las áreas protegidas públicas; f) Los trámites ante la autoridad administradora del sistema pueden resultar tediosos, extensos y lentos; g) Existencia de un gran número de figuras, distintas de las categorías consideradas en el SNASPE, que constituyen áreas protegidas vigentes en Chile, dependientes de diferentes organismos públicos y respecto de las cuales no existe mucha claridad ni mecanismos estandarizados de administración y manejo; h) Incompatibilidad casi absoluta con el desarrollo de actividades de diversa índole en las zonas protegidas; i) Falta de continuidad y conectividad entre las diversas áreas protegidas a lo largo del territorio nacional, lo que dificulta bastante su administración y fiscalización; j) Insuficiente gestión del conocimiento sobre áreas protegidas (experiencia, información, articulación, investigación, etc.); k) Falta de uniformidad de criterios en la aplicación de la normativa ambiental y sobre áreas protegidas entre las instituciones con competencia en el tema; y l) Insuficiencia presupuestaria (los recursos asignados para el financiamiento de áreas protegidas públicas a nivel local, regional y nacional no alcanzan para su debida mantención).

- 4) Las APP no son un elemento central dentro del SNASPE, no obstante su enorme importancia para la conservación ambiental del país. Si consideramos los problemas que enfrenta el SNASPE y que gran parte de los bienes inmuebles de nuestro país (específicamente de las áreas protegidas) son de propiedad privada, es evidente que las APP pueden aportar mucho para superar las deficiencias e insuficiencias del sistema. Lamentablemente, la actual situación de las APP en Chile no es nada alentadora.

Las principales barreras que enfrentan las APP en Chile, son: a) La ausencia de aportes financieros externos que contribuyan a sostener el esfuerzo de conservación que realizan los privados en estas áreas del territorio nacional⁷; b) La débil capacidad de los gestores para realizar una conservación efectiva; c) Los vacíos legales que impiden asegurar una conservación de largo plazo y

7 En Chile las APP son emprendidas en su mayoría por personas naturales, de forma individual o agrupadas en distintas figuras, legales o informales (Por ejemplo, las comunidades de conservación). Los primeros registros del Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente (CIPMA) detectaron que el 65% de los gestores de APP correspondían a este perfil. A su vez, los resultados del proyecto FMAM de CIPMA en la Décima Región confirmaron que las personas naturales abarcan cerca del 66% del total de propietarios de APP, sobresaliendo los propietarios rurales para quienes la conservación es una actividad complementaria a los usos productivos tradicionales, tales como la agricultura, la ganadería y la extracción o manejo forestal.

tener certeza jurídica frente a determinadas situaciones; y d) La ausencia de herramientas e incentivos adecuados para promover su creación y garantizar su protección.

B.- La Estrategia Nacional de Biodiversidad y la necesidad de herramientas legales adecuadas para la protección del patrimonio ambiental y la biodiversidad del territorio nacional.

Tomando en consideración las críticas al SNASPE, la gran relevancia que tienen las áreas protegidas para nuestra riqueza ecológica y el desarrollo de nuestro país, y el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes (Tratados de Libre Comercio y la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1994), nuestro gobierno ha promovido una serie de iniciativas (de corto y largo plazo) destinadas a alcanzar una mayor y mejor protección del patrimonio ambiental y la biodiversidad del territorio nacional, entre las cuales nos referiremos a la *Estrategia Nacional de Biodiversidad y su Plan de Acción de País para la Implementación de la Estrategia Nacional de Biodiversidad*.

Entre los años 2000 y 2002 la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) llevó adelante un proceso de identificación de sitios prioritarios para la conservación ambiental en nuestro país; posteriormente, en diciembre de 2003, fue aprobada por el Consejo de Ministros la denominada *Estrategia Nacional de Biodiversidad* y, en abril de 2005, ocurriría lo mismo con el *Plan de Acción de País para la Implementación de la Estrategia Nacional de Biodiversidad*⁸. Ambos documentos son una respuesta a los compromisos internacionales adoptados por el Estado de Chile al ratificar la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1994.⁹

Así, al establecer sus "Objetivos específicos", la *Estrategia Nacional de Biodiversidad* establece que "Se propondrán acciones que apunten a la supervivencia en el largo plazo de la biodiversidad representativa en el ámbito de los ecosistemas, especies y genes del país, comenzando con

8 Los textos de la "Estrategia Nacional de Biodiversidad" y el "Plan de Acción de País para la Implementación de la Estrategia Nacional de Biodiversidad 2004-2015: Propuestas de país para avanzar mancomunadamente en la conservación y uso sostenible del patrimonio natural". [En línea] <http://www.inia.cl/recursosgeneticos/descargas/EstrategiaNacionalBiodiversidad.pdf> (La Estrategia) y http://www.inia.cl/recursosgeneticos/descargas/PlanAccionPais2004_2015.pdf (El Plan de Acción) [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

9 Este tratado internacional surgió de la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992, y ha sido ratificado por 172 países. Mediante este documento los Estados firmantes se comprometen a invertir la curva de descenso global que experimenta la diversidad biológica en el mundo, para lo cual una de sus disposiciones urge a los Estados firmantes a crear una red de áreas protegidas que permita poner bajo alguna categoría de protección a lo menos un 10% de la superficie de los ecosistemas relevantes a nivel nacional antes del año 2010. La puesta en práctica de este tratado se ha visto entorpecida porque algunos países clave, no lo han ratificado. Chile, por su parte, sí lo ha ratificado, se encuentra vigente y constituye ley de la República (DS 1963, del 6 de mayo de 1995).

el establecimiento, al menos, de la protección del 10% de la superficie de cada uno de los ecosistemas relevantes antes del 2010”, lo que se relaciona estrechamente con el resguardo de las áreas protegidas.¹⁰ Este eje director se encuentra también reflejado en varias acciones específicas del *Plan de Acción para la Implementación de la Estrategia Nacional de Biodiversidad (2004 - 2015)*, siendo una de sus iniciativas más relevantes la de generar una Política Nacional de Áreas Protegidas que integre y articule las políticas sectoriales, considerando los componentes terrestres y acuáticos en ámbitos privados y públicos, e incluyendo tanto las categorías oficiales como otras figuras de protección vigentes en nuestro país.¹¹

Para alcanzar las ambiciosas metas fijadas por tales documentos, se necesita, primero, invertir una gran suma de dinero en este sentido;¹² y, segundo, implementar los instrumentos e incentivos necesarios para poder garantizar la protección efectiva de nuestro patrimonio ambiental y biodiversidad.

Para estos efectos será preciso, además, que las APP desempeñen un papel fundamental, complementando sus esfuerzos con los realizados por el sector público. Lo anterior, se justifica debido a que, como ya hemos señalado en puntos anteriores, un gran porcentaje de los bienes raíces de nuestro país son de propiedad privada (muchos de los cuales corresponden a *sitios prioritarios registrados*) y porque, aún cuando no existen los estímulos suficientes, existe un importante número de dueños privados interesados en proteger sus inmuebles que no han podido o han decidido no hacerlo porque nuestra legislación no les proporciona las herramientas adecuadas ni suficientes para aquello.¹³

10 CONAMA, Estrategia Nacional de Biodiversidad, op. cit, página 15.

11 CONAMA, Plan de Acción para la Implementación de la Estrategia Nacional de Biodiversidad (2004 - 2015), op. cit., páginas 32 a 36.

12 Algunas estimaciones realizadas hablan de alrededor de 100 a 160 millones de dólares, es decir entre 20 y 30 veces el presupuesto operacional del año 2005. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) - Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): Environmental Performance Reviews, Chile, 2005, página 108.

13 Las APP han evidenciado un incremento en el país desde comienzos de los años 90. Es por ello que la Estrategia Nacional de Biodiversidad para la Ecorregión de los Bosques Mediterráneos y su correspondiente Plan de Acción, así como la Política Nacional de Áreas Protegidas elaborada por la CONAMA, admiten el aporte estratégico que las APP están destinadas a cumplir. No obstante, a la fecha, el país carece de instrumentos relevantes de política pública que promuevan o al menos reconozcan el aporte de las iniciativas de conservación privadas. (SEPÚLVEDA L., Claudia y VILLARROEL V., Pablo: "Servicios Ecosistémicos y Financiamiento de la Conservación Privada en Chile", en Revista Ambiente y Desarrollo, volumen XXII N° 1, Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente [CIPMA], 2006, p. 16).

Aunque no existen registros oficiales, diversos estudios de organizaciones no gubernamentales han intentado dimensionar la magnitud del fenómeno de la conservación privada en Chile. El primer catastro de APP fue realizado por el Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente [CIPMA] en 1997, contándose entonces 39 emprendimientos de conservación de tierras privadas. Por su parte, una investigación llevada a cabo igualmente por CIPMA detectó en el año 2001 alrededor de 50 APP sólo en la X Región, siendo ellas en su gran mayoría de tamaño

Por el contrario, si revisamos la normativa de algunos de los países desarrollados podremos comprobar que éstos sí incluyen diversos instrumentos no sólo para promover la conservación ambiental privada sino también para permitir a quienes desarrollan proyectos o actividades que afectan los recursos naturales, mitigar, reparar y/o compensar sus impactos en el medio ambiente.¹⁴

Por todo lo expuesto, ha sido necesario mirar hacia el extranjero en busca de herramientas adecuadas que una vez adaptadas a nuestra realidad e implementadas permitan alcanzar las metas de conservación ambiental que nuestro país se ha propuesto a corto y largo plazo.

C.- La experiencia extranjera en materia de conservación ambiental privada y su influencia en nuestro país

En el derecho comparado existe una muy variada gama de instrumentos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, que han influenciado a Chile en esta materia. A continuación, revisaremos aquellas que tienen mayor importancia en relación al objeto de nuestro estudio.

1) Estados Unidos de América

Dentro de la gran variedad de herramientas de conservación ambiental privada estadounidense (Los derechos reales de conservación, la declaración pública de áreas protegidas privadas, los convenios de manejo, los incentivos fiscales, etc.), todas las cuales han contribuido a hacer de ésta un fenómeno progresivo y exitoso, nos avocaremos al estudio de los derechos reales de conservación, en general, y de las *servidumbres de conservación o ecológicas*, en particular.

pequeño y mediano. (SEPÚLVEDA L. Claudia: Conservación Privada en la Región de Los Lagos: Lecciones y Desafíos para una Institucionalidad Propia, en Revista Ambiente y Desarrollo, volumen XVIII N° 1, Centro de investigación y Planificación del Medio Ambiente [CIPMA], 2002, p. 42). Más recientemente, se ha calculado que hay sobre 500 iniciativas privadas de conservación en Chile, abarcando una superficie total cercana a 1.700.000 hectáreas lo que equivale, aproximadamente, al 11% de las áreas incluidas en el SNASPE. CONAMA, Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada [En línea] <http://conama.cl/portal/1301/article-34627.html> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

14 CONAMA, Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, publicado por el Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 30 de enero de 2003, páginas 6 a 16. [En línea] <http://146.83.16.130/cda/2005/documentos/archivos/Informe%20Final%20CONAMA%20ASPP.pdf> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

a) Conservation Easements

En la actualidad, nuestro país vive una situación que tiene varias similitudes con lo sucedido en Estados Unidos hace tres décadas atrás cuando prácticamente cualquier forma de protección de la naturaleza que se llevaba a cabo en ese país la realizaba el Estado (éste es aún el caso en gran parte de Latinoamérica), hasta que un grupo reducido de individuos y propietarios privados se interesaron en la posibilidad de actuar por sus propios medios para manejar armónicamente sus bienes raíces desde el punto de vista de la conservación ambiental, muchos de los cuales tenían un enorme valor ecológico y una gran importancia para todo el país. El trabajo conjunto de tales privados y el gobierno estadounidense permitió crear un instrumento legal denominado “*conservation easement*” (*servidumbre de conservación o ecológica*)¹⁵ para asegurar la conservación ambiental de tales terrenos, pero sin perder de vista la protección de los derechos de los propietarios de los bienes raíces. Luego, con el fortalecimiento del movimiento ambiental y la multiplicación de los *land trusts*¹⁶ en Estados Unidos (cuyo número se ha duplicado en los últimos 20 años llegando a más de 1.500 organizaciones), las *conservation easements* han tenido una aplicación constante y progresiva que ha hecho posible la protección de varios millones de hectáreas de tierras norteamericanas y ha reportado un impresionante aumento de la conservación ambiental practicada por privados, manteniendo su gran éxito hasta nuestros días.

Según el Environmental Law Institute, en el marco legal estadounidense la *servidumbre* es “una concesión para utilizar terrenos que le da el derecho a una persona para hacer uso de la tierra que es propiedad de otra persona, o para restringir el uso de la tierra que se somete a la *servidumbre*”; y la *conservation easement* es “un acuerdo legal por parte voluntaria del dueño que limita el uso de una propiedad con el fin de conservar los recursos naturales”.¹⁷ Bajo el sistema legal de los Estados

15 Si bien a esta figura se le conoce como *servidumbre de conservación o ecológica*, se trata de un derecho real distinto a las *servidumbres tradicionales* (prediales) y presentan características muy particulares que desarrollaremos en el punto III de este trabajo, cuando analicemos el proyecto de ley que pretende crear un derecho real de conservación en Chile.

16 *Land Trusts*: Son entidades públicas o privadas de caridad (beneficencia) cuyo objetivo es la conservación, con un mínimo de socios activos, de capital de respaldo, entre otras varias exigencias establecidas por la ley estadounidense.

17 COPE, Joanna; “*Servidumbres Ecológicas en Latino América: El pensamiento convencional*”, versión original enero de 2004 (actualizada en septiembre de 2005), página 5. [En línea http://www.fosonline.org/Site_Documents/Grouped/SEPA-final-espaa%F1ol22sep2005.pdf] [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010]

Unidos, una servidumbre puede ser de dos tipos: *appurtenant* o *in-gross*.¹⁸

Una *servidumbre ecológica appurtenant*, es aquella en la que existe un predio sirviente en el que se limitan las actividades de uso de la tierra a favor del predio dominante para proteger los valores de conservación o servicios ambientales dentro de la propiedad.¹⁹

En cambio, una *servidumbre ecológica in-gross* es aquella en que el dueño de la propiedad restringe las actividades de uso de la tierra para proteger los valores naturales del sitio. Como en este caso no existe un predio dominante, la servidumbre ecológica se hace a favor de un titular (holder) y usualmente quien desempeña este papel es un Land Trust o una agencia conservacionista pública autorizada para manejar y hacer respetar el acuerdo.²⁰

En cualquiera de sus dos variantes, corresponden a derechos reales que recaen sobre un predio determinado, que imponen restricciones al ejercicio del dominio sobre igual predio, y que eventualmente establecen obligaciones de hacer al dueño del predio o incluso al titular de la servidumbre ecológica, con el objeto de proteger o conservar los recursos naturales existen-

18 La servidumbre *appurtenant*, es un contrato que se firma entre dos propietarios distintos, que requiere de dos predios diferentes denominados predio dominante y predio sirviente, y donde el predio sirviente impone restricciones en el uso de su terreno a favor del predio dominante. La autorización de monitorear y vigilar el cumplimiento del contrato es de responsabilidad del predio dominante. En Latinoamérica, una táctica común es establecer la legitimidad de una ONG como tercero en la relación contractual para que se haga cargo de las responsabilidades de un Land Trust.

La servidumbre *in-gross*, es un contrato que se firma entre un propietario y un titular apropiado (Por ejemplo: ONG o agencia gubernamental habilitadas). Como en ésta sólo se involucra a un bien inmueble, el titular es responsable de monitorear y vigilar el cumplimiento de las estipulaciones del acuerdo. En este caso, las actividades o restricciones se hacen a favor de la sociedad ya que generalmente se dirigen hacia la protección de objetos del interés general.

Si bien ambas tipos de servidumbres ecológicas han sido figuras utilizadas a lo largo de los años, después de la aprobación del "Uniform Conservation Easement Act" una porción importante de los acuerdos firmados en los Estados Unidos son servidumbres *in-gross*. Por el contrario, en Latino América donde la aplicación de esta herramienta es muy reciente la servidumbre *appurtenant* es por lejos la que más se ha utilizado.

19 Generalmente, en la práctica, las dos propiedades son adyacentes la una a la otra; sin embargo, este no es un requerimiento legal, por lo que dependerá de cada caso.

20 Land Trust, es una "organización no-gubernamental (ONG) cuya misión o parte de esta es la de trabajar activamente en la conservación de tierras asumiendo transacciones directas y asistiendo en ellas - principalmente en la adquisición o aceptación de donaciones de propiedades o servidumbres ecológicas" [en línea] www.lta.org [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010]. Este término se origina en los Estados Unidos, pero se usa también en Latino América para referirse a ONG's que son propietarias de terrenos o de derechos sobre terrenos.

tes en el predio, reportando un beneficio a la sociedad en general.²¹

Junto con el esfuerzo privado para la constitución de las conservation easements, en este país se han establecido programas públicos en favor de muchas comunidades para la compra de servidumbres. En muchos casos, los fondos públicos son entregados directamente a los dueños agricultores en pago por constituir la servidumbre.

b) Remainder interest (interés post mortem)

Adicionalmente, el Derecho estadounidense contempla una segunda figura que, no obstante no es una servidumbre de conservación, sí es importante tener presente pues se identifica con una lógica similar a la de esta figura al generar también un derecho real de conservación. Se denomina *Remainder interest* (*interés post mortem*)²² y consiste en una donación hecha por el dueño de un terreno a una organización de caridad (beneficencia) con fines de conservación (Land Trust), bajo la condición de hacerse efectiva una vez muerto el propietario que hace la donación. Sólo una vez que se verifique dicha condición la propiedad del predio pasa al Land Trust. Es importante establecer el *fin de conservación*²³ en la constitución de esta donación condicionada, a fin de impedir cualquier acción del propietario que pueda afectar las características que la justificaron.²³

2) Reino Unido

La Unión Europea no contempla, entre sus normativas comunitarias, las servidumbres ecológicas u otras figuras que generen derechos reales con fines de conservación, a diferencia de lo ocurre en el Reino Unido.

21 La legislación de los Estados Unidos contempla la posibilidad de que las servidumbres de conservación comprendan obligaciones de hacer para el propietario del inmueble. Parece altamente recomendable que las servidumbres ecológicas puedan tener este contenido positivo, pues ello permite incorporar un valor adicional a este derecho real que viene a constituir un mecanismo de incentivo al cumplimiento del fin de conservación que persigue la institución. Estas obligaciones positivas bien pueden relacionarse directamente con el desarrollo de servicios ambientales, de modo que, por ejemplo, el cumplimiento con la obligación conlleve el desarrollo de una actividad sustentable en el predio. (UBILLA, Jaime, La conservación Privada de la Biodiversidad y el Derecho, Revista de Derecho Ambiental N° 1, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2002.).

22 Los fines de conservación son un requisito común con las servidumbres y otros títulos que habilitan para obtener los beneficios tributarios establecidos taxativamente en el código del ramo. Este propósito de conservación abarca un interés recreacional, científico y escénico, entre otros.

23 SMALL, Stephen; "Preserving Family Lands: Book I, Essential Tax Strategies for the Landowner"; Second Edition, 1992; Landowner Planning Center; página 35.

La legislación británica contempla el derecho real de servidumbre, pero al igual que el resto de las legislaciones europeas se mantiene en la figura tradicional, sin eliminar las restricciones propias del instrumento para aplicarlas a la conservación. Lo que sí han desarrollado exitosamente en este sentido, es una institución denominada *covenants* cuyos lineamientos generales pasaremos a revisar ya que por su gran amplitud y flexibilidad resulta sumamente interesante de considerar.

El *covenant* es “un acuerdo, convención o promesa entre dos o más partes (una de las cuales debe tener el derecho a disponer de un bien inmueble en el caso que se aplique sobre tierras a conservar), estipulada en un contrato escriturado, en que una de las partes se compromete con la otra a una obligación de hacer o no hacer”.²⁴

Admite diversas clasificaciones: Sujeto a condición o pura y simple; afirmativa (obligación de hacer) o negativa (obligación de no hacer); expresa o tácita (presumida por la ley de las palabras de un contrato); general o específica; principal o accesorio; y *real (en cuanto sigue a la propiedad independiente de su titular)* o personal.

Se establecen en beneficio de una organización pública o privada competente en materia de conservación, que será su titular (Por ejemplo, la English Nature, la Autoridad de Parques Nacionales o ciertas ONG - Trusts).

Existe plena libertad de las partes para acordar las características de este derecho, pudiendo constituirse como un derecho real o una obligación personal, a perpetuidad o a un plazo fijo, etc. Además, la gran amplitud y flexibilidad de esta figura hace posible que se pueda constituir para garantizar: la posesión de un predio a una persona; un derecho a paso (similar a servidumbres de paso); con fines recreacionales, científicos, culturales, históricos o de conservación en general; entre otros. Todavía más, pueden pactarse a plazo fijo, renovable en el tiempo o a perpetuidad, y dependerá de la voluntad expresa de las partes si los derechos y obligaciones derivados del *covenant* siguen al predio independiente de sus propietarios o de cualquier transferencia o transmisión de derechos sobre él.

Las características finales de cada *covenant* son diseñadas por el acuerdo entre el dueño de la propiedad y la organización propietaria del *covenant* (titular). Se inscriben en el Registro de Propiedad y vinculan a los propietarios subsiguientes, tal como una servi-

24 CONAMA, Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, op. cit., páginas 8 y 9.

dumbre tradicional, pero a perpetuidad. En la práctica, es tal su éxito que se incorporan como derechos y obligaciones en contratos de venta o arrendamiento, en la donación de la propiedad o en el testamento que la transmite.²⁵

Por último, en cuanto a los incentivos financieros (tributarios) para el propietario se cuenta con que la baja del valor del terreno por las restricciones ambientales que genera una baja del impuesto de sucesión. Adicionalmente, si la institución favorecida con el covenant es una organización de caridad o beneficencia (trust), ésta puede emitir un certificado de donación utilizable por el propietario para disminuir su impuesto a la renta. Finalmente, la diferencia entre el valor con o sin covenant de la propiedad incide en el impuesto territorial a pagar por el inmueble.

3) Latinoamérica

Nos interesa resaltar algunos aspectos relacionados con la aplicación de las *servidumbres de conservación o ecológicas* en la región del mundo en la cual está situado nuestro país.

En consideración el enorme éxito que tuvo su aplicación y la rápida difusión por el territorio norteamericano, esta herramienta de conservación ambiental fue aplicada por primera vez en América Latina en el año 1992, en San Ramón de Tres Ríos (Costa Rica), por medio de la denominada "Iniciativa para la Conservación de Tierras Privadas de Centro América", desarrollada bajo la coordinación de la ONG Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (CEDARENA), llegándose a negociar más de 35 en América Central y México durante los últimos años.

Luego, en julio de 1999, se constituyó la primera servidumbre ecológica de América del Sur, en el Ecuador, entre la Fundación Jatun Sacha y la Corporación Health and Habitat en las Cabañas Aliñahui, y hoy la idea de implementar esta herramienta crece poco a poco en la región.²⁶

25 Generalmente, si el covenant está incluido en un contrato de venta, se tratará de un derecho de efectos restrictivos para el adquirente. En cambio, si se utiliza en un contrato de arrendamiento, pueden estipularse obligaciones de hacer de cargo del arrendatario.

26 La práctica de esta herramienta en Latinoamérica es todavía muy reciente. Sólo algunas ONG's latinoamericanas dedicadas a la conservación han implementado esta herramienta en propiedades privadas, aunque se debe tomar en cuenta que las estrategias para proteger tierras privadas en la región recién comienzan a ser aplicadas. Los mecanismos que han funcionado, principalmente, en los Estados Unidos no se transfieren con tanta facilidad a la realidad latinoamericana y esto es especialmente cierto en el caso de la servidumbres ecológicas. Así, no obstante el gran interés, entusiasmo y arduo trabajo de ciertas ONG's para promoverla en toda Latinoamérica, por diversas razones (políticas, financieras, sociales y culturales) no han adquirido aún la fuerza necesaria y esperada.

La servidumbre ecológica en Latinoamérica ha sido comúnmente definida como “un gravamen real sobre un bien inmueble (predio sirviente) que limita la realización de ciertas actividades de desarrollo de dicho bien, con el fin de mantener los servicios ambientales que este brinda a otro inmueble (predio dominante)”;

y que se constituyen en forma voluntaria, generalmente, mediante contrato suscrito por escritura pública entre los dos propietarios de dichos bienes inmuebles.²⁷

En otras palabras, para adaptar esta figura a nuestra región se ha optado generalmente por las servidumbres ecológicas de tipo *appurtenant*, existiendo muy pocas servidumbres ecológicas *in-gross* como la constituida en Guatemala por la ONG Fundaeco.

Además, el Environmental Law Institute ha identificado la aplicación de diferentes técnicas en la región: a) La propiedad del predio dominante bajo una ONG (que aumenta la seguridad para el cumplimiento del contrato); b) La firma de contratos en terrenos no colindantes (cuando la servidumbre se basa en una relación funcional, por ejemplo si los terrenos comparten un hábitat prioritario para la protección de aves); c) Servidumbres recíprocas (ambos terrenos que forman parte de la servidumbre son a la vez predio dominante y sirviente, con restricciones dirigidas a conservar los atributos naturales de cada propiedad); d) La propiedad del predio dominante bajo dominio público (cuando se trata de terrenos que están dentro de un área protegida por el Estado o cercanos a la misma); e) Servidumbre internacional (La ONG mexicana Pronatura A.C. creó la primera y hasta la fecha única registrada, en la frontera de México con Estados Unidos, limitando los usos de la tierra en la propiedad a favor del predio dominante ubicado en Estados Unidos.²⁸

Además de los beneficios ambientales, existen ventajas que hacen este mecanismo bastante atractivo tanto para los propietarios como para las ONG: a) La flexibilidad de la herramienta; b) El carácter privado del acuerdo sin obligación de involucrar al gobierno; y c) La posibilidad de proteger objetos de conservación a perpetuidad o por un extenso periodo de tiempo.

Las desventajas más importantes que se aprecian y que complican su uso en la región son: a) Las limitaciones legales bajo la aplicación tradicional de la servidumbre; b) La falta de títulos de

27 CONAMA, Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, op. cit., página 5.

28 Ibid., páginas 9 a 12.

propiedad privada claros; y c) La falta de incentivos fiscales y de otro tipo para los propietarios (la diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos).

En Ecuador, Costa Rica, Paraguay y Chile se estudia la creación de una nueva legislación que permita incentivar exitosamente la implementación de esta herramienta conforme a las distintas realidades de cada país²⁹.

III.- EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN EN CHILE

En atención a todo lo antes expuesto, a la gran necesidad que existe en nuestro país de implementar herramientas adecuadas para promover una mayor y mejor conservación ambiental privada, y en respuesta a la gran demanda que existe en relación a nuevas fórmulas que permitan concretar este objetivo en la práctica, se está tramitando actualmente un proyecto de ley que busca crear un derecho real de conservación para Chile. A continuación analizaremos los aspectos que, a nuestro parecer, resulta más relevante considerar en relación a esta iniciativa.

A.- Generalidades del proyecto de ley ingresado al Congreso Nacional

El día 17 de abril de 2008 ingresó al Congreso Nacional, por moción parlamentaria,³⁰ un proyecto de ley que tiene por objeto crear y regular el derecho real de conservación en Chile (a partir de ahora, también “el proyecto de ley”).³¹

29 En los Estados Unidos existen diversos incentivos financieros para promover las conservation easements, siendo el principal una reducción en el valor de la propiedad afectada lo que determina una reducción considerable en los impuestos para el dueño, pero debido a diversos factores derivados de las especiales características de la región esto no resulta muy llamativo en América Latina. Hasta la fecha se han probado incentivos de diversa índole: 1) Económicos (subsidios, beneficios tributarios, etc.); 2) No económicos, como la seguridad en su tenencia, la protección en contra de invasiones o el apoyo técnico, científico y legal; 3) Pago de servicios ambientales como el secuestro de carbono y la protección de fuentes de agua; y 4) Donaciones de la filantropía privada. Como cada servidumbre ecológica es distinta, y las realidades y necesidades de cada país latinoamericano son diferentes, deberán estudiarse con cuidado y determinar los que resultan más conveniente para cada caso.

30 La moción parlamentaria, fue presentada por los diputados Eugenio Bauer (UDI), Jorge Burgos (DC), Edmundo Eluchans (UDI), Carlos Montes (PS), Alberto Robles (PRSD), Carolina Tohá (PPD) y Patricio Vallespín (DC).

31 De este proyecto se dio cuenta el día 17 de abril de 2008, radicándose en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Con fecha 18 de Junio de 2009, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia solicitó el acuerdo de la Corporación para que el proyecto fuera visto en primer lugar por la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente y luego por la Comisión de Constitución, con el objeto de adelantar en su estudio, lo que fue acordado. El proyecto no ha sido objeto de urgencias y, actualmente, está siendo tramitado en el Congreso Nacional conforme al proceso de formación de la ley contemplado por la Constitución Política de la República. [En línea] www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=MINUTAS&prmCOM [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010]

Esta iniciativa nace de la propuesta realizada por la organización no gubernamental The Nature Conservancy (TNC)³² la que, contando con la asesoría jurídica de abogados chilenos, elaboró un anteproyecto que fue acogido por un grupo de diputados de diferentes bancadas y que, con algunas modificaciones, finalmente se convirtió en la moción parlamentaria por medio de la cual se ingresó el proyecto de ley al Congreso Nacional.

A continuación, revisaremos los aspectos más relevantes del proyecto de ley sobre el derecho real de conservación, el que a esta fecha se encuentra aún en tramitación.³³

El proyecto de ley define el derecho real de conservación, en los siguientes términos: "El Derecho Real de Conservación consiste en una limitación al dominio que se constituye voluntariamente con la finalidad de contribuir a conservar el ambiente en beneficio de la comunidad en su conjunto, cuyo ejercicio y protección quedan especialmente entregados a una persona jurídica determinada en calidad de titular y en virtud de la cual se imponen ciertos gravámenes al bien raíz afectado". Y agrega, además, que: "Se denomina, por consiguiente, inmueble o bien raíz afectado a aquel que sufre la limitación; y titular, a la persona jurídica distinta del dueño a la cual quedan especialmente entregados el ejercicio y la protección del Derecho Real de Protección".³⁴

Además, el proyecto expresa que tendrán vigencia, en lo que no lo contradigan, las definiciones contenidas en las letras a), b), c), II), p), q), r), y s) del artículo 2° de la Ley n° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

32 The Nature Conservancy (TNC), es considerada una de las organizaciones de conservación más importantes del mundo, dedicada a proteger las tierras y aguas ecológicamente más importantes para la naturaleza y las personas del planeta. Actualmente, cuenta con más de 1 millón de miembros, tiene oficinas en todo Estados Unidos y en más de 30 países del mundo, fue fundada en el año 1951 y desde entonces ha protegido más de 119 millones de acres de tierra y 5.000 kilómetros de ríos en todo el planeta, opera más de 100 proyectos de conservación marina a nivel mundial, participa en estudios sobre cambio climático, etc. Desde 1997 colabora con sus socios en Chile, dirigiendo sus esfuerzos hacia la conservación privada de una porción significativa de la biodiversidad en riesgo del país, especialmente la ubicada en la Cordillera Costera Valdiviana (Bosque Templado Lluvioso), los Andes de Chile central y los hábitats costero-marinos en las ecorregiones marinas de Humboldt y Chiloé.

33 Debe tenerse presente, que la experiencia indica que la tramitación de una ley puede durar varios años (más si no tiene urgencia), es muy poco probable que el proyecto de ley sea aprobado en los mismos términos en que fue ingresado y, más aún, no existe certeza de que éste se transforme finalmente en ley de la República. Nuestro análisis tendrá como referencia el documento denominado "Boletín 5823-07: Establece derecho real de conservación", que corresponde al texto del proyecto de ley (ingresado al Congreso Nacional con fecha 17 de abril de 2008). [En línea] www.jorgeburgos.cl/5823-07.doc[fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

34 Artículo 2 del proyecto de ley. Debemos observar que se asimila bastante más a la definición y estructura de la servidumbre ecológica in-gross que a la appurtenant, aunque como veremos presenta características muy particulares que permiten adaptarla a la realidad chilena y le dan su propia identidad frente a éstas.

B.- Características y otros aspectos relevantes en relación al Derecho real de conservación.

Teniendo presente que se trata de un derecho real, y en consideración a lo prescrito por los artículos 576 y 577 del Código Civil, podemos sostener que se trata de un "bien incorporal" que "se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona"; esto es, lo tiene el titular en relación al inmueble o la parte de éste que resulta afectada, sin importar quién es el dueño, y es oponible "erga omnes" por lo que se puede exigir y hacer valer respecto o en contra de cualquier persona.

El derecho real de conservación tiene naturaleza inmueble, es distinto e independiente del dominio del bien raíz afectado en todo o en parte, oponible a terceros y puede ser transferido, gravado o enajenado, sin perjuicio de que las partes pueden acordar algo distinto en el contrato constitutivo.³⁵

Por otro lado, es inseparable del inmueble o de la parte de éste que afecta, e indivisible. Por regla general, se extenderá tanto a los inmuebles por adherencia y destinación, como aumentos y mejoras, a menos que en el contrato constitutivo se excluyan algunos o todos.

En cuanto a la constitución de este derecho, es importante destacar que *ésta se produce de manera absolutamente voluntaria* cuando se cumplen los requisitos exigidos por la ley a estos efectos. Para constituir válidamente el derecho real de conservación será necesario celebrar el contrato constitutivo que servirá de título para solicitar la inscripción conservatoria. Es mediante esta última que el derecho real de conservación se adquirirá, mantendrá y probará, y sólo desde la fecha de ésta existirá, generará efectos y será oponible a terceros, siendo requisito, prueba y garantía del derecho. Esto último tiene importancia también en relación a la doctrina del título y el modo de adquirir que rige entre nosotros en relación a la adquisición de los derechos reales.

Su objeto o finalidad es "contribuir a conservar el ambiente", no en beneficio exclusivo del titular sino de la comunidad en su conjunto. Ahora bien, el concepto de conservación ambiental o del ambiente del proyecto de ley es bastante amplio y comprende *el resguardo, mantención, restauración y protección de zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés no sólo ambiental sino también histórico, cultural, científico o arqueológico*. No obstante, para evitar abusos y tener claridad en este

35 Este tema será desarrollado más adelante, cuando estudiemos el contrato constitutivo del derecho real de conservación y, específicamente, la autorización para transferir, gravar o enajenar a que se refieren los artículos 10 y 13 del proyecto de ley.

caso, se exige una declaración formal de una autoridad pública que certifique o compruebe el cumplimiento de dichos estándares y, además, en caso de discrepancia primarán las regulaciones especiales que esas zonas, lugares o inmuebles tuvieren.³⁶

En cuanto a los titulares del derecho real de conservación, el proyecto de ley establece que su ejercicio y protección quedan entregados sólo a las personas jurídicas señaladas taxativamente por éste.³⁷

En relación a la duración del derecho real de conservación, ésta será la que se hubiere convenido en el contrato constitutivo, que podrá ser perpetua, y que siempre se contará desde la inscripción conservatoria de éste. En todo caso, no podrá ser inferior a veinte años y si nada se dice o si se estipula un término inferior durará precisamente veinte años. El plazo podrá renovarse o prorrogarse, con las mismas solemnidades de la constitución y también se podrá prever en el contrato constitutivo la renovación tácita del plazo.

Por otro lado, el proyecto señala taxativamente cuáles son las causales por las que termina el derecho real de conservación para despejar de así toda duda al respecto.³⁸

36 El texto del artículo 4 del proyecto de ley, define lo que debe entenderse por conservación ambiental o del ambiente: "... la elaboración y aplicación de todos los actos, políticas, planes, programas, estrategias, diseños, proyectos, gestiones, medidas, deberes, obligaciones, restricciones, normas o actividades que tengan alguno de los siguientes objetos o finalidades: 1.- Promover o asegurar la biodiversidad; 2.- Preservar o conservar la naturaleza, el patrimonio ambiental, uno o más ecosistemas o hábitats, o determinadas especies animales o vegetales; 3.- Proteger el ambiente, evitar su contaminación o deterioro, o repararlo en su caso; 4.- Procurar el uso y aprovechamiento racional y sostenible de los recursos naturales; 5.- Crear, fomentar, tutelar o mantener áreas silvestres protegidas, conforme a lo previsto respecto de éstas en la Ley n° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; 6.- Proveer determinados servicios ambientales o ecosistémicos efectivos; o 7.- Resguardar, mantener, restaurar o proteger zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés ambiental, histórico, cultural, científico o arqueológico, que hayan sido declarados así por las autoridades públicas competentes, sólo en cuanto sea conciliable con las respectivas regulaciones especiales a las que estén sujetos, las que prevalecerán en caso de discrepancia".

37 Conforme al texto del artículo 5 del proyecto de ley: "Sólo podrán ser titulares del derecho real de conservación las siguientes personas jurídicas: 1.- El Ministerio de Bienes Nacionales; 2.- La Comisión Nacional el Medio Ambiente; 3.- La Corporación Nacional Forestal, CONAF; 4.- Las Municipalidades; o 5.- Las Corporaciones y Fundaciones constituidas con sujeción al Título XXXI del Libro I del Código Civil, que tengan como objeto o fin exclusivo la conservación, preservación, promoción o protección del ambiente, la naturaleza, la biodiversidad o las áreas silvestres protegidas; o la contribución y el fomento a la educación, investigación, capacitación o formación de conciencia sobre la ecología, el cuidado del ambiente y los recursos naturales; o el manejo, control, restauración, protección o mantención de zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés ambiental, histórico, cultural, científico o arqueológico, que hayan sido declarados así por las autoridades públicas competentes".

38 El texto del artículo 20 del proyecto de ley establece que: "El derecho real de conservación únicamente termina por: 1.- Expiración del plazo; 2.- Revocación por fraude, resuelta judicialmente con arreglo al artículo 18 (del mismo proyecto de ley); 3.- Declaración judicial de terminación, conforme a lo prescrito en el artículo anterior [artículo 19 del proyecto de ley "Extinción de las partes"]; 4.- Expropiación a que sea sometido el inmueble afectado, de acuerdo a lo prescrito por la Constitución y la ley; y 5.- Las demás causales que la ley disponga o que se pacten en el contrato constitutivo.

C.- El Contrato Constitutivo: Concepto, características y efectos

Se denomina *contrato constitutivo, el acuerdo de voluntades celebrado* "... entre el dueño del bien raíz que se pretende afectar y el titular, en el cual se contenga la descripción del derecho real de conservación y de los gravámenes que se imponen al dominio del inmueble, y en que se determine el pacto con las prerrogativas y obligaciones de las partes".³⁹

Debido a que el derecho real de conservación se constituye voluntariamente, el contrato constitutivo resulta determinante porque serán las partes contratantes las que, sobre la base de un contenido mínimo ordenado por la ley y en virtud del principio de la libertad contractual, fijen el tenor y la amplitud de sus derechos y obligaciones, conformando así un estatuto vinculante que deberá acatarse de buena fe. Sin perjuicio de esto, el proyecto de ley contempla una serie de disposiciones imperativas y prohibitivas distribuidas en su articulado, que tienen por finalidad velar por la certeza jurídica y la buena fe en todas las etapas de la contratación, a las que nos referiremos más adelante en el este trabajo.

El contrato constitutivo debe ser otorgado por escritura pública, expresar el acuerdo de voluntades entre el dueño del inmueble afectado y el titular destinado a constituir voluntariamente el derecho real, y comprender ciertas menciones que se consideran esenciales.⁴⁰ Por otro lado, puede celebrarse a título gratuito u oneroso, y las partes podrán incluir libremente en él otras estipulaciones, siempre que no sean contrarias a los preceptos legales o reglamentarios que sean aplicables.⁴¹

En un mismo contrato se podrán abarcar dos o más derechos reales de conservación diversos, o uno solo sobre varios bienes raíces a la vez,

39 Artículo 6 del proyecto de ley.

40 Artículo 8 inciso 1 del proyecto de ley, que se refiere a las "menciones esenciales" del contrato constitutivo", establece lo siguiente: "El contrato constitutivo deberá contener a lo menos las siguientes enunciaci3nes:

1.- Individualizaci3n completa del propietario del inmueble y del titular; 2.- Identificaci3n clara y precisa del o de los bienes raíces que queden afectados, con sus correspondientes deslindes. En el caso de afectarse sólo parcialmente un inmueble, deberá señalarse una delimitaci3n detallada de la parte afectada; 3.- Indicaci3n del o de los gravámenes que recaigan sobre el dominio del inmueble con miras a la conservaci3n del ambiente, de acuerdo a lo establecido en el artículo anterior; 4.- Duraci3n que se hubiere convenido respecto del derecho real, que podrá ser perpetua, y que siempre se contará desde la inscripci3n conservatoria realizada conforme al artículo siguiente. En ningún caso podrá ser inferior a veinte años, y si nada se dice o si se estipula un término inferior, durará precisamente veinte años. El plazo podrá renovarse o prorrogarse, con las mismas solemnidades de la constituci3n. También se podrá prever en el contrato constitutivo la renovaci3n tácita del plazo; 5.- Si se celebra a título gratuito, o a título oneroso por un valor inferior al 5% del avalúo fiscal vigente del inmueble, se deberá dejar constancia de la resoluci3n judicial que haya conferido al propietario la autorizaci3n requerida; y 6.- Si el derecho se constituye a favor de dos o más titulares, o si el o los bienes raíces afectados son de dos o más dueños, se deberá puntualizar en el contrato lo que compete a cada uno en particular".

41 Artículo 8 inciso 2 del proyecto de ley.

o sobre una parte específica de un inmueble. También podrá pactarse un derecho real a favor de dos o más titulares; y, en este caso, si no se contiene designación de cuota sobre el derecho entre los diversos titulares, habrá acrecimiento. En todo caso, a su otorgamiento deben comparecer, simultáneamente, todos los propietarios de los inmuebles y los titulares que correspondan.⁴²

En cuanto a los *efectos del contrato constitutivo (derechos y obligaciones de las partes contratantes)*, deberá estarse a lo estipulado en él por las partes, pero sin perder de vista lo establecido por el proyecto de ley al respecto, lo que deberá ser siempre observado por éstas y que pasamos a revisar a continuación:

1) **Derechos (facultades prerrogativas) del titular del derecho real de conservación**

- a) Interponer todas las acciones judiciales y recursos administrativos, y deducir todas las solicitudes, reclamaciones y demás arbitrios que la ley le franquee, para garantizar la conservación ambiental del inmueble afectado frente a cualquiera y ejercer su derecho real de conservación libre de perturbaciones;
- b) Reclamar ante el juez de letras con competencia en materia civil de la respectiva comuna o agrupación de comunas en que se sitúe el bien raíz afectado, en procedimiento sumario, en caso de que cualquier persona, incluso el dueño del inmueble afectado, perturbe, amenace, menoscabe, desconozca o transgreda de alguna forma el derecho real de conservación, con el objeto de que la autoridad judicial decrete todas las medidas conducentes para poner fin al agravio. Si por la situación del inmueble hubiese dos o más jueces competentes en razón del territorio, la acción se podrá intentar ante cualquiera de ellos;
- c) Exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones legales y contractuales del propietario del inmueble afectado que se deriven del derecho real de conservación y, en su caso, demandar las indemnizaciones que procedan, ante el juez y según el procedimiento descrito anteriormente. En ningún caso el dueño podrá ser obligado a incurrir en gastos o pagar indemnizaciones que en total excedan del valor comercial del bien raíz o de la parte afectada, según la tasación que formule un perito;
- d) Celebrar y ejecutar todo acto o contrato orientado directamente a la conservación ambiental en el bien raíz, en cuanto se ajuste al contrato constitutivo;

42 Artículo 5 del proyecto de ley.

- e) Acceder al inmueble afectado e inspeccionarlo, en tanto no ocasiona molestias excesivas al dueño y, en su caso, conforme a las condiciones que se hubieren acordado en el contrato constitutivo;
- f) Prestar o no su consentimiento al dueño en el caso del artículo 13 del proyecto de ley (“Autorización para transferir, gravar o enajenar”); y
- g) Los demás que la ley u otras normas aplicables consagren a su favor.

2) **Derechos del dueño del inmueble afectado**

- a) Exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones legales y contractuales del titular que se generen del derecho real de conservación y, en su caso, solicitar las indemnizaciones que procedan;
- b) Demandar la declaración judicial de caducidad del derecho real de conservación para el actual titular, conforme a lo prevenido artículo 15 del proyecto de ley (“Demanda de caducidad para el actual titular”);
- c) Dar o no su autorización al titular en la hipótesis del artículo 13 del proyecto de ley (“Autorización para transferir, gravar o enajenar”);
- d) Los demás que esta Ley u otras normas aplicables le reconozcan.⁴³

3) **Gravámenes al dominio.**

Sin perjuicio de que las partes pueden agregar otros, en el contrato constitutivo se deben incluir, en todo caso y por todo el tiempo de duración del derecho real de conservación, gravámenes asumidos por el dueño del inmueble afectado, que consistan en una o más de las prohibiciones, restricciones u obligaciones que a continuación se señalan:

- a) Prohibición de destinar el inmueble a un giro residencial, comercial, turístico, industrial, de explotación agrícola, forestal, minera o de otro tipo;

43 “Derechos [facultades prerrogativas] del titular del derecho real de conservación” y “Derechos del dueño del inmueble afectado”, se refieren al contenido de los artículos 11 y 12 del proyecto de ley.

- b) Restricción del uso del suelo, sin perjuicio de lo dispuesto en los instrumentos de planificación territorial aprobados por la autoridad correspondiente;
- c) Restricción del tránsito al inmueble, en cuanto no impida o dificulte el ejercicio de las servidumbres que lo graven ni el acceso a los bienes nacionales de uso público;
- d) Obligación de contratar servicios de mantenimiento, limpieza, descontaminación, restauración, reparación o resguardo respecto del bien raíz de manera continua;
- e) Obligación de permitir al titular hacerse cargo de la mantención, limpieza, descontaminación, restauración, reparación, resguardo, administración o explotación del bien raíz afectado, mediante el desarrollo de un plan de manejo destinado a la conservación ambiental;
- f) Obligación de permitir al titular supervisar la ejecución de un plan de manejo acordado en el contrato constitutivo, llevado a cabo por el propietario o por un tercero, con miras al aprovechamiento o explotación de los recursos naturales del inmueble afectado dentro del marco de un uso sostenible de los mismos, o a alguna de las actividades previstas en el número 5 anterior; o
- g) Cualquier otra obligación, sea de dar, hacer o no hacer, o cualquier restricción lícita, cuyo objetivo inequívoco sea la conservación ambiental en el inmueble, que el propietario del bien raíz afectado y el titular consientan.

Todos los gravámenes deberán tener como propósito directo la conservación del ambiente, se deberán acordar y cumplir de buena fe, y no podrán ir en contra de las leyes y reglamentos pertinentes.

Además, las partes podrán fijar montos para las obligaciones pecuniarias que acuerden, convenir plazos para el cumplimiento de los distintos gravámenes que se impongan, etc.; pero no les será posible diferir el nacimiento del derecho real de conservación para después de su inscripción ni establecer ninguna otra modalidad a estos efectos.⁴⁴

44 Artículo 7 del proyecto de ley.

D.- Mecanismos de control, resguardos y sanciones

Además de los derechos y obligaciones garantizados a las partes, el proyecto de ley contiene ciertas disposiciones imperativas y prohibitivas, así como sanciones para el caso de su incumplimiento, que tienen por objeto garantizar la certeza jurídica y la buena fe en el cumplimiento del contrato constitutivo y las normas legales aplicables. A continuación revisaremos las más importantes:

- 1) **Formalidades de constitución del derecho real de conservación y sanciones en el caso de incumplimiento.** Ya hemos estudiado que para *constituir válidamente el derecho real de conservación* el proyecto de ley exige la celebración de un contrato constitutivo por escritura pública y la inscripción conservatoria de este título en el Registro de Hipotecas y Gravámenes correspondiente. La primera, es un antecedente escrito y público del acuerdo de voluntades (del titular y el dueño del inmueble afectado) que permite solicitar la inscripción conservatoria respectiva; y, la segunda, reviste tal importancia que no sólo es una formalidad ad solemnitatem (solemnidad) sino que, a su vez, una formalidad de prueba y de publicidad.

El proyecto de ley no ha establecido una sanción expresa para el caso que las partes no otorguen el contrato por escritura pública, pero en nuestra opinión, conforme al espíritu de sus disposiciones, lo que debería ocurrir en la práctica es que el Conservador de Bienes Raíces no procedería a inscribir el título hasta que éste sea otorgado adecuadamente. Puede resultar adecuado considerar una reforma del proyecto de ley en este sentido, de manera de no dejar espacio a dudas en este caso.

En relación a la inscripción, el proyecto de ley señala que una vez celebrado el contrato constitutivo el titular del derecho real de conservación queda facultado para solicitar la inscripción conservatoria correspondiente, lo que deberá realizar dentro de los 60 días hábiles contados desde la fecha de celebración del contrato constitutivo, en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces en cuyo territorio esté situado el inmueble. Si éste no requiere la inscripción dentro del plazo indicado, el contrato constitutivo se entenderá resciliado de pleno derecho y el dueño podrá demandar al titular la indemnización de los gastos o perjuicios que le hubiere irrogado⁴⁵.

45 Artículo 9 del proyecto de ley.

- 2) **Menciones esenciales del contrato constitutivo.** Si bien es cierto el proyecto de ley tampoco contempla una sanción expresa para el evento que no se cumpla con todas las "menciones esenciales", en nuestra opinión, lo que debería ocurrir en la práctica, tras una correcta interpretación de sus disposiciones, es que el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, al comprobar la falta de una o más de las enunciaciones aludidas, no inscribirá el título hasta que se salven dichas omisiones. Hasta que aquello no ocurra el derecho no se constituirá y, en consecuencia, no surtirá ninguno de sus efectos, lo que es muy grave ya que no producirá las consecuencias jurídicas que se tenían en mente al momento del otorgamiento del contrato constitutivo.
- 3) **Prohibición de autocontratación.** Los directores, presidentes, administradores, gerentes, jefes, ministros, subsecretarios, alcaldes, concejales y, en general, toda persona o autoridad que represente legal o convencionalmente al titular o que tenga facultades de administración o dirección en la respectiva persona jurídica, estarán impedidos de aprobar, celebrar o llevar a cabo actos, contratos, negociaciones u operaciones con el titular (en su calidad de tal) en que tengan interés patrimonial directo, ya sea por sí o como representantes de otro, salvo que la ley los autorice.⁴⁶

La infracción a este artículo dará derecho a demandar, por cualquier persona, la nulidad de Derecho Público a que alude el artículo 7 inciso 3, de la Constitución Política de la República, o bien la nulidad relativa conforme al Código Civil, según la naturaleza del correspondiente acto, contrato, negociación u operación.⁴⁷

- 4) **Autorizaciones especiales.** Estas se exigen en 3 casos:
- a) Si las partes pretenden otorgar el contrato constitutivo a título gratuito, o a título oneroso por un valor inferior al 5% del avalúo fiscal vigente del inmueble, el dueño deberá requerir autorización judicial previa, la que se tramitará, con conocimiento de causa, conforme a las disposiciones generales que establece el Código de Procedimiento Civil para los actos judiciales no contenciosos. Si con la constitución del derecho no se viola o burla

46 Se presume que existe ese interés cuando en su aprobación, celebración o ejecución deba intervenir dicho representante personalmente, o su cónyuge o sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta hasta el segundo grado y los colaterales hasta el cuarto grado inclusive, o las sociedades, empresas o instituciones en las cuales sea gerente, director, presidente o administrador, o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un cinco por ciento o más de su capital, o las personas a las que aquél represente [Artículo 14 del proyecto de ley].

47 Artículo 14 del proyecto de ley.

ninguna norma legal, el juez deberá necesariamente conceder la autorización.⁴⁸

- b) Se podrá pactar libremente en el contrato constitutivo, con miras a la conservación del ambiente, que en caso de que el propietario pretenda celebrar una venta, cesión, donación, comodato o arrendamiento, o bien constituir un usufructo, fideicomiso, hipoteca o servidumbre predial voluntaria, o bien realizar cualquier otro acto de promesa, enajenación, disposición o gravamen sobre todo o parte del inmueble afectado, aquél deberá solicitar previamente el consentimiento del titular o del juez, en su caso, conforme al procedimiento establecido por el proyecto de ley a estos efectos.⁴⁹
- c) De la misma manera, las partes podrán acordar que el titular que pretenda efectuar cualquiera de los actos señalados en la letra anterior respecto del derecho real de conservación, requerirá el consentimiento del dueño del bien raíz afectado. Será aplicable a este caso lo expuesto en el literal precedente, en lo que sea pertinente, incluyendo el procedimiento contemplado por el proyecto de ley para la autorización judicial en caso de rechazo o falta de pronunciamiento del propietario y los casos en que no se requiera el asentimiento de éste.⁵⁰

- 5) Demanda de caducidad en contra del actual titular.** El proyecto de ley establece que cualquier persona jurídica, de Derecho Público o Privado, que tenga interés en la conservación ambiental, podrá requerir judicialmente que se declare la caducidad de un derecho real de conservación para su actual titular, en caso de que: a) El dueño del inmueble o el titular incumplieren gravemente sus obligaciones; b) Por causa imputable a alguno de ellos el bien raíz afectado se encontrare notoriamente abandonado, deteriorado o contaminado; o c) El inmueble afectado presente signos manifiestos de no estarse respetando el derecho real de conservación, según los términos establecidos en la ley o estipulados en el contrato constitutivo.

El tribunal competente podrá permitir al titular eximirse de la sanción siempre y cuando se comprometa a dar cumplimiento a sus obligaciones, o a exigirlo de parte del dueño del inmueble afectado, o bien a adoptar las medidas correctivas que se ordenen en la sentencia, según el caso, dentro del plazo que le fije prudencial-

48 Artículo 6 del proyecto de ley.

49 Artículo 13 del proyecto de ley.

50 Ídem.

mente; pero, si transcurrido éste el titular no ha satisfecho estas condiciones, se podrá informar de ello dentro del mismo proceso judicial y solicitar que se declare sin más trámite la caducidad. En el evento de declararse la caducidad para el actual titular se designará un nuevo titular, de conformidad al procedimiento establecido por el propio proyecto de ley a estos efectos, que tendrá que ceñirse a los mismos términos y condiciones estipulados en el contrato constitutivo, a menos que acuerde con el dueño del bien raíz afectado modificar dicho estatuto, con sujeción a las mismas formalidades de la constitución.⁵¹

- 6) Formalidades en casos de transferencia o cambio de titular del derecho real de conservación.** Para que la transferencia a cualquier título del derecho real de conservación sea válida, el respectivo acto o contrato deberá celebrarse o constar por *escritura pública* y, asimismo, deberá practicarse la correspondiente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces y la anotación al margen de ésta.

No se requerirá dicho acto o contrato si la transferencia o cambio de titular se verifica por orden judicial o de la autoridad pública competente, en cuyo caso la resolución o el acto respectivos serán considerados como títulos translaticios. Además, en estos casos, la misma resolución deberá disponer que sea inscrita como título translaticio del derecho real de conservación y, también, que se deje constancia de esa circunstancia al margen de la respectiva inscripción del derecho real de conservación, con indicación del nuevo titular. Si así no se hiciere en el fallo, el nuevo titular, dentro de 60 días hábiles desde su notificación, podrá pedirla en el mismo litigio que el juez ordene la inscripción y anotación.

De igual manera, si el derecho real de conservación cambiase de titular por otro motivo, o si fuese modificado de cualquier otra forma, el titular deberá requerir la inscripción del título translaticio o de la modificación, así como la anotación marginal a que alude el párrafo anterior, en su caso, dentro de 60 días hábiles. Si no las solicita dentro de este plazo, el cambio o modificación quedará sin efecto por el solo ministerio de la ley.⁵²

51 Si se declara la caducidad para el actual titular, el tribunal designará a cualesquiera de las personas jurídicas que, según el proyecto de ley, pueden ser titulares para que asuma la titularidad del derecho real de conservación respectivo. La entidad correspondiente deberá expresar en el mismo juicio su aceptación o rechazo, dentro de un plazo de 20 días hábiles desde su notificación. En caso de rechazo o si no se pronuncia dentro de tal término, el tribunal nombrará a otra persona de las referidas en el artículo 5 del proyecto de ley, la que deberá responder en la misma forma y plazo. Si esta última persona también se negare a ser titular o no se manifestare dentro de aquel plazo, lo será de pleno derecho el Ministerio de Bienes Nacionales (Artículo 15 del proyecto de ley).

52 Artículo 10 y 13 del proyecto de ley.

- 7) **Disolución o extinción del titular o titulares.** El proyecto de ley también regula qué ocurre en el evento de la disolución o extinción, por cualquier causa, del o los titulares del derecho real de conservación en cuyo caso pasará a serlo, por la sola disposición de la ley, el Ministerio de Bienes Nacionales; el que podrá, a su vez, transferir dicho derecho a cualesquiera de las demás entidades expresadas como posibles titulares del derecho.

Lo anterior no regirá si se hubiese designado en el contrato constitutivo, para el caso de disolución o extinción del titular original, a aquel que le sucederá, siempre que este último corresponda a alguna de las personas jurídicas habilitadas, por el proyecto de ley, para ser titulares del derecho real de conservación.

Si el propietario del bien raíz afectado no estuviera de acuerdo con el nuevo titular o si quisiera ponerle fin al derecho, podrá reclamar judicialmente ante el tribunal competente conforme el procedimiento establecido por el proyecto de ley. En este caso, podrá el juez competente, mediante resolución fundada, designar en su reemplazo a cualquier otra persona jurídica de las habilitadas por el proyecto de ley para ser titular o bien poner término al derecho si hallare mérito bastante en los motivos expuestos por el dueño para ello y que sean debidamente probados.

Debe tenerse presente, que siempre que asuma un nuevo titular éste se regirá íntegramente por el contrato constitutivo, a menos que acuerde su modificación con el dueño del inmueble afectado, cumpliendo las mismas formalidades exigidas para la constitución del derecho.⁵³

- 8) **Fallecimiento, disolución o extinción del dueño del bien raíz afectado.** Si se produjera uno de estos acontecimientos, por cualquier motivo, subsistirán hasta la terminación del derecho real de conservación todas las prerrogativas y obligaciones que se hayan pactado en el contrato constitutivo, pudiendo hacerse valer frente al correspondiente heredero, legatario, cesionario, adquirente o a cualquier tercero que deba responder por su cumplimiento. También puede ocurrir que uno o más herederos del propietario del inmueble afectado hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario, pero incluso en este escenario los herederos conjuntamente o el albacea, en su caso, deberán seguir satisfaciendo tales obligaciones, de acuerdo a lo previsto en el contrato constitutivo,

53 Artículo 19 del proyecto de ley.

54 Artículo 19 del proyecto de ley.

con cargo a la parte de los bienes de la sucesión que sea necesaria. La única forma en que los sujetos obligados pueden excusarse es acreditando razones de manifiesta justicia, que deberán ser calificadas por el juez competente.⁵⁴

- 9) **Sanción contra el fraude.** Consiste en que si el dueño del bien raíz afectado constituye el derecho real de conservación, ya sea a título gratuito u oneroso, con la sola intención de perjudicar o defraudar a sus acreedores, herederos, legatarios o alimentarios, o al Fisco, o bien a otros terceros que tengan o ejerzan derechos reales o personales sobre o respecto del inmueble, el afectado podrá entablar una acción judicial en su contra, para que el juez ordene revocar el derecho real de conservación, solicitar la cancelación de la inscripción correspondiente y, de ser procedente, obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados. Para que la demanda sea acogida, ante el tribunal y por el procedimiento establecido por el proyecto, se deberá acreditar la mala fe del propietario del inmueble afectado y el daño ocasionado.⁵⁵

Con esta sanción se busca velar porque el derecho real de conservación se constituya de buena fe y exclusivamente para el fin para el cual se le pretende crear: contribuir a conservar el ambiente, en beneficio de la comunidad en su conjunto.⁵⁶

- 10) **Terminación del derecho real de conservación.** En caso de producirse la terminación del Derecho Real de Conservación, por cualquiera de las causas legales, se extinguirán todos los derechos y obligaciones tanto del dueño del inmueble afectado como del titular, ya sea que tengan su fuente en la ley (proyecto de ley) o el contrato constitutivo.

Sin perjuicio de lo anterior, si existieran devoluciones o restituciones pendientes podrán reclamarse aplicando, en lo que sean procedentes, las reglas sobre las prestaciones mutuas de los artículos 904 a 915 del Código Civil.⁵⁷

- 11) **Cancelaciones por término del derecho real de conservación.** Si ocurre la terminación del derecho real de conservación, por cualquier causal legal, se deberá practicar la cancelación de la res-

55 En este caso, la mala fe consiste en el conocimiento efectivo del perjuicio o fraude y se presumirá cuando se demuestre fehacientemente que la constitución ha tenido la sola finalidad de eludir la eficacia de un derecho de usufructo, uso o habitación, de una servidumbre activa, de una prenda, hipoteca u otras garantías, de una declaración de bien familiar, o de otros derechos reconocidos legalmente.

56 Artículo 18 del proyecto de ley.

57 Artículo 20 del proyecto de ley.

pectiva inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes. Tal cancelación tendrá que efectuarse en virtud de orden judicial o de la autoridad pública competente, o de solicitud de quien corresponda dentro de un plazo de sesenta días hábiles desde la fecha de terminación, según cada caso. La terminación del derecho sólo se hará efectiva una vez realizadas todas las cancelaciones pertinentes, pero éstas producirán efecto retroactivo a la fecha en que hubiese operado la causal de que se trate.

Adicionalmente, en el caso en que se haya acordado que es necesaria la autorización para transferir, enajenar o gravar estudiada, deberá cancelarse la inscripción de la exigencia de autorización pactada, en el respectivo Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar⁵⁸.

12) Prevalencia frente a la ejecución de garantías. En caso de que el derecho real de conservación, o uno o más inmuebles por naturaleza, por adherencia o por destinación que estén afectados conforme a este proyecto de ley, o una parte de éstos, sean objeto de la ejecución o realización de una prenda, hipoteca u otra garantía, de cualquier fecha, que recaiga sobre ellos, subsistirá plenamente el derecho real de conservación, en los términos concertados en el contrato constitutivo, ya sea frente al acreedor, el nuevo adquirente o cualquier tercero. No se podrán exigir mejoramientos de una garantía que vayan en desmedro del derecho real de conservación.⁵⁹

13) Reglas sobre el acogimiento simultáneo al régimen de Área Silvestre Protegida. No debe perderse de vista que el titular del derecho real de conservación podrá acogerse simultáneamente, sí procede, al régimen de Áreas Silvestres Protegidas reconocido en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.⁶⁰ Esto resulta bastante lógico, pues el objetivo que existe detrás de la creación del derecho real de conservación es promover y garantizar la conservación ambiental, específicamente la privada.

Sin perjuicio de aquello, el proyecto de ley establece que aún cuando el titular se haya amparado en el régimen aludido, se mantendrán vigentes todos los derechos y obligaciones establecidos por el proyecto de ley, los que en caso de conflicto prevalecerán sobre los preceptos de la LBGMA.

58 Artículo 21 del proyecto de ley.

59 Artículo 17 del proyecto de ley.

60 Artículos 34, 35 y 36 de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, ubicados en el Párrafo 4° ("De las normas de calidad ambiental y de la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental"), Título II ("De los instrumentos de gestión ambiental").

- 14) Legislación supletoria.** Finalmente, el proyecto de ley establece que en lo no previsto en su texto ni en el contrato constitutivo se aplicarán supletoriamente al derecho real de conservación los artículos 826, 828, 829 y 830 del Código Civil, disposiciones relativas a las servidumbres prediales o simplemente servidumbres.⁶¹

E.- El derecho real de conservación frente a la Constitución Política de la República de Chile

Si revisamos nuestra Constitución Política, podremos comprobar que sus disposiciones contienen fundamentos jurídicos favorables a la creación de un derecho real de conservación en el ordenamiento jurídico chileno. Aquello resulta especialmente claro de la lectura de los siguientes artículos de nuestra Ley Fundamental:

- 1) Artículo 19 N° 8:** “La Constitución asegura a todas las personas: (N° 8) El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

La Constitución Política de la República obliga al Estado a proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a preservar la naturaleza, de manera tal que la aprobación de una

61 Artículo 2 inciso 3 del proyecto de ley. Es preciso aclarar, que si bien se ha utilizado la institución de las servidumbres prediales o simplemente servidumbres como base para la construcción jurídica del derecho real de conservación que se pretende crear en Chile, este último se ha revestido con características muy particulares y ha dado lugar a una figura jurídica nueva que tiene importantes diferencias con las servidumbres tradicionales. En primer lugar, la servidumbre predial presenta una lógica y una finalidad muy diversas a las del derecho real de conservación, lo que deriva necesariamente de la relación entre dos o más predios, unos dominantes y otros sirvientes, que existen en las primeras. El derecho real de conservación, en cambio, si bien es cierto limita el dominio de un bien raíz, no favorece a otro inmueble determinado, como ocurre con la servidumbre predial, sino a la comunidad en su conjunto. Es posible afirmar, pues, que al constituir un derecho real de conservación se beneficia, directa o indirectamente, a todos los miembros de la sociedad, debido a que con ello se protege el ecosistema y biosfera, lo que resulta positivo tanto para las generaciones actuales como para las venideras. En segundo lugar, el ejercicio y la protección del derecho real de conservación quedan especialmente encomendados a una persona jurídica, que es su titular, quien puede exigir su cumplimiento. En otras palabras, el beneficio que se reporta por el derecho real de conservación es a favor de toda la comunidad, pero para efectos del ejercicio y protección del derecho ésta es representada por una persona jurídica determinada, que sólo puede ser de aquellas expresamente autorizadas por la ley para asumir esa responsabilidad. Por el contrario, en el caso de las servidumbres prediales el titular de este derecho real puede ser cualquier persona (natural o jurídica), con tal que cumpla con los requisitos legales necesarios para su constitución, asumiendo además su ejercicio y protección. Finalmente, el derecho real de conservación se constituye de manera voluntaria, es decir, a diferencia de otras figuras como la servidumbre legal, es el dueño de un bien raíz quien decide acordar una limitación de su derecho de propiedad sobre éste, con el objeto de aplicarlo a la conservación ambiental. (“Boletín 5823-07: Establece derecho real de conservación”, op. cit., páginas 5 y 6. [En línea] www.jorgeburgos.cl/5823-07.doc [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

ley sobre el derecho real de conservación sería una importante vía para dar cumplimiento a estos deberes constitucionales del Estado chileno, y a la obligación constitucional que le exige respetar y promover aquel derecho fundamental conforme al artículo 5 inciso 2 de la misma normativa. Además, siendo el propio artículo 19 N° 8 el que autoriza a imponer forzosamente restricciones específicas a ciertos derechos o libertades con fines ambientales, con mayor mérito todavía podrá limitarse el derecho de propiedad cuando así lo decide voluntariamente el dueño.

Cabe considerar también, que existen otras garantías constitucionales, como el derecho a la vida (artículo 19 N° 1) y el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9), que tienen una estrecha relación con la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 y cuya lógica permite concluir que la implementación de nuevas herramientas de conservación ambiental resulta positivo y recomendable no sólo para proteger nuestro patrimonio ambiental y biodiversidad sino también para mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional.

- 2) **Artículo 19 N° 24:** En su inciso 1, dicha norma establece: “La Constitución asegura a todas las personas: (N° 24) El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”. De la lectura de este precepto constitucional se desprende que el derecho real de conservación, en cuanto bien incorporal que es, estará protegido jurídicamente como objeto del derecho de propiedad.

A continuación, en su inciso 2, esta norma prescribe que la función social del dominio, que autoriza a imponer limitaciones u obligaciones al dueño, admite entre sus causales justificantes los intereses generales de la Nación y la conservación del patrimonio ambiental. Nótese que estas limitaciones y obligaciones son propias e inherentes al derecho de propiedad y, por esa razón, no conllevan una indemnización. Por lo tanto, con mayor razón será lícito que el mismo dueño decida restringir voluntariamente su derecho de dominio.

De conformidad a lo prescrito por las disposiciones constitucionales anteriores, es posible concluir que la Carta Fundamental chilena expresa un claro espíritu a favor de la conservación ambiental. De esta manera, si la Constitución autoriza al Estado a limitar, en determinados casos, el derecho de propiedad, con mayor razón será válido al dueño limitar su propiedad voluntariamente.

Todo lo antes expuesto, permite sostener que la implementación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico es plenamente coherente con los preceptos de nuestra Carta Fundamental.⁶²

F.- Modificaciones legales necesarias para la incorporación del derecho real de conservación a nuestro ordenamiento jurídico.

La eventual creación del derecho real de conservación hará necesaria una discreta, pero indispensable reforma en nuestra actual legislación civil. En este sentido, el proyecto de ley contempla la modificación de ciertas disposiciones del Código Civil Chileno y del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, buscando de esta forma garantizar una adecuada y armónica incorporación de lo que sería un nuevo derecho real en nuestro ordenamiento jurídico.⁶³

-
- 62 Documento "Establece derecho real de conservación: Boletín N° 5823-07" (proyecto de ley), op. cit., páginas 4 y 5.
- 63 El artículo 23 del proyecto de ley, establece:
"Introdúcense las siguientes reformas:
1.- Modifícase el Código Civil según lo que se prescribe a continuación:
a) En el artículo 393, después de la palabra "censo", añádese la frase ", derecho real de conservación".
b) En el artículo 395, agrégase en su inciso 2°, a continuación del punto final ni patea a ser seguido, esta oración: "Lo mismo se aplicará respecto del derecho real de conservación."
c) En el artículo 577:
i) En su inciso 2°, entre la palabra "activas" y la coma que le sigue, añádese la siguiente frase: ", el de conservación".
ii) Agrégase el siguiente inciso 3°: "El derecho real de conservación se rige por leyes especiales".
d) En el artículo 732:
i) En el numeral 2°, suprímese la letra "y" después del punto y coma.
ii) En el numeral 3°, reemplázase el punto final por "; y".
iii) Agrégase un nuevo numeral 4° del siguiente tenor: "4° Por el derecho real de conservación, que se somete a leyes especiales."
e) En el artículo 1721, en su inciso 1° añádese, después de la palabra "censos", lo que sigue: ", derechos reales de conservación".
f) En el artículo 1749, intercálase el siguiente inciso 5°, pasando los actuales incisos 5°, 6°, 7° y 8° a ser 6°, 7°, 8° y 9°, respectivamente: "El marido requerirá también autorización de la mujer para constituir un derecho real de conservación sobre un inmueble social".
g) En el artículo 1754, incorpórase en su inciso 1°, a continuación de la coma, la siguiente oración: "ni constituir un derecho real de conservación sobre ellos".
h) En el artículo 2498, incorpórase el siguiente inciso 3°: "No podrá adquirirse por prescripción el derecho real de conservación."
2.- Modifícase el Reglamento de/ Registro Conservatorio de Bienes Raíces en la siguiente forma:
a) En el artículo 32, en su inciso 2° agrégase, después de la palabra "servidumbres", lo que sigue: ", los derechos reales de conservación".
b) En el artículo 52:
i) En el numeral 1°, entre la palabra "inmuebles" y la coma que le sigue, incorpórase la siguiente frase: ", el título translativo del derecho real de conservación".
ii) En el numeral 2°, entre la palabra "vitalicio" y la coma que le sigue, agrégase la siguiente frase: ", la constitución del derecho real de conservación".

G.- Medidas que se recomienda adoptar para una implementación exitosa de esta herramienta en nuestro país

Una cosa es que la figura que se pretende crear reúna, en cuanto instrumento legal, los requisitos necesarios para promover la conservación ambiental privada en Chile, pero otra cosa muy distinta es que, en la práctica, su eventual implementación en nuestro país llegue a ser exitosa.⁶⁴

Para que aquello ocurra, debemos hacernos cargo de la mayor desventaja y obstáculo que presenta la utilización de esta figura en Latinoamérica, en general, y en Chile, en particular: *la falta de incentivos adecuados para su creación, difusión y mantención en el tiempo*. Esto significa que se adopten las medidas que sean necesarias para que, en caso de llegar a ser ley de la República, los propietarios privados se interesen en crear derechos reales de conservación en sus inmuebles de relevancia ambiental para nuestro país, y que dicho fenómeno se masifique y sea sostenible en el tiempo.

A continuación, revisaremos diversos instrumentos que pueden servir para incentivar, en este sentido, a los propietarios de las APP en Chile:

- 1) **Instrumentos fiscales directos.** Estos comprenden, en general, aquellos mecanismos que afectan los costos y beneficios de los agentes económicos de forma directa. Dentro de éstos, nos interesa destacar dos: los instrumentos tributarios y los subsidios.

Instrumentos tributarios

Nuestro actual ordenamiento jurídico contempla algunos instrumentos tributarios con el fin de promover la creación de las APP, los que por diversas razones han resultado insuficientes o inadecuados respecto de éstas, por lo que parece recomendable evaluar la creación de otros nuevos destinados a incentivar un eventual derecho real de conservación y/o la reforma de los vigentes en relación a las APP. Nos referiremos específicamente a dos: las exenciones tributarias y las deducciones tributarias.

64 No existe consenso dentro de la comunidad conservacionista en relación a qué es una servidumbre ecológica "efectiva". Para algunos su éxito depende de su poder jurídico, por lo que si su contrato es respetado y puede defenderse legalmente éste es eficaz. Otros, enfatizan el valor biológico de los atributos naturales que están dentro de un terreno y el método utilizado para identificar ese valor). Finalmente, otras corrientes de opinión dicen que para evaluar el éxito de una servidumbre ecológica debe estarse a si logra su perpetuidad como la medida más válida de su éxito. En nuestra opinión, más allá de la doctrina que se siga al respecto lo fundamental, a estos efectos, es determinar si la servidumbre ecológica logra concretar su objetivo esencial o consecuencia deseada; es decir, si ésta sirve como método o herramienta para la protección de la diversidad biológica del lugar donde se utiliza (COPE, ob. cit., páginas 16 y 17).

a) Exenciones tributarias⁶⁵

Debe tenerse presente que dentro de los beneficios tributarios contemplados para las áreas silvestres protegidas del SNASPE, las exenciones tributarias han sido contempladas *por su condición de bien fiscal y no por la condición de ser un área silvestre protegida propiamente tal*.⁶⁶ Sería recomendable que esta situación sea corregida a fin de darle estabilidad y seguridad jurídica a los beneficios que se implementan⁶⁷. Esto es muy relevante si recordamos que una gran cantidad de nuestras tierras

65 Exenciones tributarias: Consisten en la eliminación total o parcial de los impuestos que deben pagar los ciudadanos del Estado por distintos hechos gravados como bienes, ingresos, rentas y desarrollo de actividades específicas.

Las exenciones deberán afectar los impuestos, a los que puede ser más sensible o tener mayor elasticidad la respuesta sobre la conservación de las áreas protegidas. Algunas de las alternativas a utilizar son la exención del impuesto territorial, del impuesto a la renta, del impuesto sobre las herencias, o impuesto al valor agregado.

Estas también pueden aplicarse a la "creación de áreas protegidas" y adicionalmente a las actividades sustentables que se realicen en el área en cuestión.

En Costa Rica, los Refugios de la Vida Silvestre Privada Nacional están exentos de impuestos territoriales, y los propietarios de áreas protegidas privadas que las administran con fines de conservación se encuentran exentos de impuestos territoriales y de los que gravan los activos de capital (Asset taxes). En el caso de Brasil, los propietarios de áreas declaradas reservas privadas se encuentran exentos del pago de impuestos territoriales que gravan la propiedad rural y, además, gozan de prioridad para el otorgamiento de donaciones de parte del Fondo Ambiental Nacional. Por su parte, Irlanda contempla una exención del impuesto territorial limitado a los predios cuyo dominio pertenece a organizaciones de caridad reconocidas, negándose a personas naturales. Y, finalmente, en el Reino Unido en general se otorga una exención del impuesto a la sucesión solo a terrenos reconocidos por la autoridad ambiental (English Nature) como SSSI (designación pública de carácter científico) y en los cuales se logró y aplica un acuerdo de manejo. (Ibid., Informe "Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada" (CONAMA), página 29).

66 Conforme al artículo 35 de la Ley 19.300 (LBMGA), las APP están afectas a igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al SNASPE. Las exenciones tributarias de que goza el SNASPE y que actualmente se encuentran vigentes, son las siguientes:

a. Exención del 100% del Impuesto territorial. La Ley de Impuesto Territorial y sus modificaciones posteriores, contiene cláusulas de exención de contribuciones para las áreas silvestres protegidas. En ella se establece que las exenciones de contribuciones tendrán efecto desde el 1° de enero siguiente a la fecha en que las propiedades cumplan las condiciones de la franquicia.

b. Exención del Impuesto de Primera Categoría. El fisco está exento del Impuesto de Primera Categoría contenido en la Ley de la Renta.

c. Exención del Impuesto Global complementario. Esta exención se refiere a que los predios destinados a áreas silvestres protegidas privadas no serán considerados para el cálculo del Impuesto Global Complementario.

d. Exención del Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. Los terrenos destinados a áreas silvestres protegidas privadas no se computarán para los efectos de la Ley de Impuesto sobre Herencia, Asignaciones y Donaciones, en virtud de lo señalado en el artículo 18 n° 5 y n° 6 de la Ley 16.271 del 10 de julio de 1965, que expresa lo siguiente: Art. 18. "Estarán exentas del impuesto que establece esta ley las siguientes asignaciones y donaciones: 5° Aquellas cuyo único fin sea la beneficencia, la difusión o el adelanto de la ciencia en el país; y 6° La destinada exclusivamente a un fin de bien público y cuya exención sea decretada por el Presidente de la República". Conforme a esta disposición, el Presidente de la República deberá dictar un Decreto Supremo que declara expresamente exentas de este pago las áreas silvestres privadas por considerarse destinadas a un fin de bien público. CONAMA, Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, op. cit., páginas 67 y 68).

67 GARCÍA, Diego, VILLARROEL, Pablo "Las áreas silvestres protegidas de propiedad privada en la legislación chilena" - Pág. 26 - Revista Ambiente y Desarrollo - Dic. 1998 - Vol. XIV N° 4.

son de dominio privado y que el derecho real de conservación que se pretende crear en Chile busca precisamente incentivar la conservación ambiental privada, principalmente, en tal categoría de áreas.

Además, las exenciones tributarias vigentes a la fecha en materia de APP *se refieren a los predios y no a las actividades económicas que en ellos puedan realizar sus dueños*, lo que tiene especial importancia para el caso del Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto a la Renta.⁶⁸

Creemos adecuado estudiar la conveniencia de una exención tributaria en relación al desarrollo de actividades que involucren los recursos naturales del inmueble privado (en el que se ha constituido el derecho real de conservación) y que tengan por fin la conservación ambiental, lo puede promover la creación de este tipo de derechos.

b) Deduciones tributarias

Consisten en imputar el monto que cualquier persona física o jurídica utilice para la conservación (aún cuando no sea propietario de un predio) a los impuestos que tiene que pagar, hasta un límite porcentual y por un período de tiempo máximo. En consecuencia, el sistema de deducción de impuestos como incentivo para la creación y manejo de áreas privadas protegidas se aplica tanto al particular que dona dinero como tierras (o derechos reales sobre ellas) a las organizaciones públicas o privadas de conservación. Además, pueden existir deducciones tributarias para los propietarios de áreas protegidas privadas que sean declaradas por el gobierno y que cuenten con un plan de manejo.⁶⁹

Deducciones tributarias en el Impuesto a la Renta.

En nuestra legislación tributaria existen ciertas normas jurídicas que benefician al donante, bajo diversos supuestos, pero que no resultarían aplicables a los privados que quieran intervenir en la conservación ambiental de áreas silvestres privadas mediante la figura del derecho real

68 El Director del Servicio de Impuesto Internos, ante la consulta que realizó el Director Ejecutivo de CONAMA sobre el tratamiento tributario al que están afectas las denominadas "Áreas Silvestres Protegidas del Estado" que indica la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, respondió en Ordinario N° 2298 del 25 de junio de 2002 lo siguiente: "Cúmpleme señalar que las actividades económicas que en ellas se desarrollan, se sujetarán en todo a la tributación normal que establecen las leyes impositivas vigentes". CONAMA, Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, op. cit, página 68.

69 Ídem, página 30.

de conservación.⁷⁰ Lo que resulta rescatable de ellas, son las fórmulas legales adoptadas por el legislador para incentivar las donaciones en cada caso, lo que podría permitir desarrollar modelos de instrumentos tributarios que fomenten las donaciones en relación al derecho real de conservación y el flujo de fondos privados hacia el financiamiento de la conservación de áreas silvestres protegidas.

En el contexto de un derecho real de conservación podemos imaginar, al menos, dos posibles escenarios que involucren donaciones: 1) Una persona realiza una donación de dinero o especies al eventual titular del derecho real de conservación con el objeto de conseguir beneficios tributarios, ese titular recibe tales aportes del donante y los destina a la constitución del derecho real de conservación, y finalmente el propietario del inmueble (APP) quien a través del contrato constitutivo a título oneroso (por ejemplo, una compraventa) constituye este derecho; y 2) Un propietario de un inmueble (APP) que constituye un derecho real de conservación por medio de un contrato constitutivo a título gratuito (es decir dona este derecho) a favor del titular.

70 Actualmente, en el país existe una diversidad de textos legales que tratan el tema de las franquicias tributarias por concepto de donaciones, que contemplan diversos requisitos y condiciones tanto para el donante como para el donatario. Las franquicias tributarias pueden ser en algunos casos una deducción a la base imponible (base de cálculo) del impuesto y en otros como un crédito a los impuestos, o una combinación de ambos. En todas las disposiciones legales en cuanto a las donaciones es importante evaluar la condición jurídica del contribuyente. Por ejemplo, si es persona natural o no, si es persona jurídica y de qué tipo (sociedad anónima o de responsabilidad limitada, fundación o corporación sin fines de lucro, etc.) o si ya está acogido a exenciones del Impuesto de Primera Categoría como es el caso de las plantaciones forestales bajo el DS 4363 de 1931 Ley de Bosques anterior a DL 701 de 1974.

Las normas a que hemos aludido, sistematizadas en grupos, son las siguientes:

1) Donaciones efectuadas que constituyen un crédito en contra de los impuestos: La ley faculta a los contribuyentes a efectuar donaciones, que permiten rebajarlas como un crédito contra los impuestos de primera categoría o global complementario respectivamente, en tres casos: 1) Artículo 69 de la Ley N° 18.681/87; 2) Artículo 8 de la Ley n° 18.985/90; y 3) la del Artículo 3 de la Ley 19.247 D.O. 15.9.93 [Ver detalle de estas disposiciones y su efecto tributario en la Circular N° 24, del Servicio de Impuestos Internos].

2) Donaciones efectuadas que se pueden rebajar como gasto de la renta líquida imponible de primera categoría. La ley autoriza a rebajar como gasto necesario para producir la renta líquida imponible de primera categoría las siguientes modalidades de incentivos: Artículo 31 número 7° de la Ley de la Renta; para donaciones efectuadas con el propósito de realizar programas de instrucción básica o media gratuitas, técnica, profesional o universitaria, privada o fiscal; artículo 47 del Decreto Ley [DL] N° 3063, sobre rentas municipales, que beneficia a establecimientos municipalizados o traspasados posteriormente a terceros, ya sean educacionales, hogares estudiantiles, establecimientos que realizan prestaciones de salud, centros de atención a menores, entre otros; y Ley N° 18.899, sobre donaciones efectuadas a favor de la Fundación Teresa de los Andes.

3) Donaciones efectuadas que se pueden rebajar como una combinación de crédito y gasto de la renta imponible de primera categoría.

Como una combinación de ambos regímenes especiales de incentivos encontramos la Ley N° 18.985 (con la modificación de la Ley N° 19.247), para donaciones en beneficio de universidades e institutos profesionales estatales o particulares, reconocidos por el Estado, bibliotecas públicas, y corporaciones y fundaciones sin fines de lucro cuyo objeto exclusivo sea la investigación, desarrollo y difusión de la cultura y el arte. Asimismo, También se contempla un régimen mixto de beneficios tributarios para las donaciones en beneficio de universidades, establecido en el artículo 69 de la Ley N° 18.681, en combinación con el artículo 31 número 7 de la Ley de la Renta.

Por otro lado, debemos considerar que el donante y donatario, en los casos expuestos, no pueden ser cualquier persona (dueño del inmueble y titular del derecho real de conservación) y, además, que el objeto donado puede ser dinero o especies en el caso [1], y un derecho, el derecho real de conservación, en el caso [2].

Conforme a lo anterior, nos parece interesante analizar la posibilidad de contemplar deducciones tributarias en el impuesto a la renta, a favor del donante, por concepto de donaciones, en el contexto de la constitución de un derecho real de conservación.

Deducciones tributarias en el Impuesto Territorial y el Impuesto a la Herencia.

Otras dos fórmulas a evaluar, utilizadas en el extranjero respecto de las servidumbres de conservación, son las deducciones en relación al Impuesto Territorial y el Impuesto a la Herencia.

La primera, consiste en una disminución del avalúo fiscal del bien. Esta disminución encontraría justificación en que el predio perdería valor comercial al estar sujeto al gravamen del derecho real de conservación y determinaría un menor monto a pagar como impuesto territorial, dado que este tributo se calcula sobre el avalúo fiscal.

En la segunda, en cambio, si un particular es dueño de un predio gravado con un derecho real de conservación al momento de morir, su heredero podría gozar de una disminución o deducción del valor de la propiedad sobre el cual se aplica o calcula el Impuesto a la Herencia.⁷¹

Subsidios ⁷²

En relación a la conservación ambiental privada, en el derecho comparado se contemplan dos tipos: directos e indirectos.

Los *subsidios directos del Estado*, que pueden traducirse en pagos por servicios ambientales y que pueden consistir en dinero que se entrega a aquellos propietarios de tierras privadas que suscriban un contrato en que se comprometen a proteger todo o parte de sus predios. Y los sub-

71 De acuerdo a una reciente reforma a la legislación tributaria de los Estados Unidos, el heredero que se encuentre en la situación descrita podrá gozar de una disminución del valor de la propiedad sobre el cual se aplica el impuesto a la herencia (adicional a la disminución de valor del predio experimentada por la imposición de la servidumbre de conservación) de hasta un 40% con un tope fijado para cada año, si se cumple con las exigencias establecidas en dicha modificación.

72 Subsidio [concepto]: "1 m. Prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada", Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

sidios indirectos del Estado, por ejemplo tasas de interés de préstamos de instituciones públicas que se otorgan a proyectos de conservación o a fundaciones de conservación y que resultan más convenientes que las normales.⁷³

Estimamos especialmente interesante de considerar los *subsidios indirectos*, ya que recordemos que en Chile la figura del derecho real de conservación implica un contrato constitutivo, es decir un acuerdo privado entre el propietario particular y el titular (no siendo obligatoria la intervención de órganos del Estado).

2) Instrumentos financieros directos. Se trata de fórmulas utilizadas para apoyar el financiamiento de los particulares y promover la conservación ambiental privada. Si se utilizan de manera adecuada podrían incentivar a los propietarios privados para que constituyan derechos reales de conservación sobre sus inmuebles; y proporcionar, a su vez, dineros o fondos que permitan su financiamiento (constitución, mantención y cumplimiento) tanto en relación al titular como a los dueños del bien raíz.

En derecho comparado, entre otros, destacamos los siguientes: Pagos por servicios ambientales, créditos blandos, microcréditos, fondos ambientales y fondos de compensación. Si bien todos son bastante interesantes y pueden, en teoría, ser aplicados en Chile, nos interesa referirnos especialmente al primero de ellos.⁷⁴

73 CONAMA, Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, op. cit., páginas 32 y 33.

74 En relación a los demás, debemos tener presente lo siguiente:
 - Créditos blandos: Un crédito es la cesión temporal del uso de un capital (dinero), al final de cuyo período el usuario debe devolverlo a su propietario, pagando además un precio por el usufructo del mismo (tasa de interés). Estos créditos se conceden a aquellos propietarios que protejan sus tierras y financian las actividades sustentables que produzcan beneficios económicos a los dueños de dichos terrenos. Se les denomina "blandos" por las facilidades de pago del crédito con respecto a las condiciones vigentes en el mercado financiero en el momento de adquirir el préstamo, ya sea a través de una menor tasa de interés por unidad de tiempo, un mayor plazo para pagar, más años de gracia o la combinación de las anteriores. Existen diversos ejemplos, en Chile y el extranjero, de agencias gubernamentales (Créditos para la agricultura ofrecidos en Chile por el INDAP) o cooperativas de desarrollo que ofrecen este tipo de financiamiento, las que, normalmente, se orientan a la superación de la pobreza a través de la autogestión de micro o pequeñas empresas. Estas instancias perfectamente podrían orientarse hacia el financiamiento de actividades sustentables y coherentes con el financiamiento de los costos envueltos en el manejo de áreas privadas protegidas, materializándolas tanto desde organizaciones estatales como privadas.
 - Programas de microcréditos: Consiste en programas de crédito en que se otorgan facilidades a aquellos interesados que establezcan restricciones al uso de sus tierras para conservar. Las entidades que conceden los préstamos pueden ofrecer beneficios para el pago del crédito consistentes en tasas de interés bajas.
 En México, la ONG Pronatura ha elaborado un estudio para analizar la implementación de microcréditos comunitarios que ofrecen préstamos para actividades de conservación cuando los propietarios voluntariamente acceden a imponer limitaciones en sus propiedades. Podría desarrollarse esta figura, tanto a través de programas estatales como privados, de ma-

3) El pago por servicios ambientales (servicios ecosistémicos)⁷⁵

Estos pagos por los servicios ambientales provistos por las áreas protegidas se pueden establecer para compensar los beneficios ambientales y los costos de mantención de tales áreas. Tienen la virtud de reconocer

nera de ayudar especialmente a los propietarios privados pequeños y medianos de nuestro país.

- Fondos ambientales: Los fondos ambientales normalmente se generan por medio de donaciones sujetas a exenciones o deducciones de impuestos. Los fondos ambientales reciben, a su vez, donaciones internacionales y por esa vía se benefician de estructuras tributarias favorables de terceros países.

Ejemplos: El gobierno mexicano contribuyó con U\$10 millones al Fondo de Conservación Mexicano, el que también recibió donaciones de USAID y GEF (Global Environment Facility); y, por su parte, el gobierno de Estados Unidos decidió descontar U\$50 millones de la deuda que Madagascar sostenía con éste, imponiendo como condición que el gobierno de Madagascar destinara una cantidad equivalente al 25% de la deuda condonada a la creación de un fondo para la conservación de biodiversidad.

Podrían contemplarse fondos ambientales especiales, o destinar una parte de estos, al financiamiento de créditos o programas destinados a contribuir a la creación de áreas protegidas privadas, exigiendo como requisito para postular a la obtención de tales dineros acreditar la celebración de un contrato constitutivo o la constitución de un derecho real de conservación.

- Fondos de compensación: Esta es una especie de fondo ambiental y comprende mecanismos de compensación que se denominan "bancos de mitigación" en que los agentes contaminantes deben pagar dinero con el objeto de compensar los impactos negativos ambientales que generen en sus proyectos. Los fondos obtenidos por dichos pagos son utilizados para adquirir otras tierras en que se reducirán los impactos negativos o para la adquisición de servidumbres ecológicas en hábitats que se consideren importantes desde un punto de vista ambiental. Posteriormente, estas tierras "restauradas" pueden ingresar al "banco" donde se les asigna un valor para que puedan ser objeto de transacciones con otros agentes contaminantes que deban compensar la pérdida de hábitats en sus tierras.

Un importante ejemplo de aplicación de este instrumento es lo que ocurre en Estados Unidos. En este país los agentes contaminantes deben hacer "pagos de mitigación" para compensar la contaminación que generen. Los fondos obtenidos se destinan a la protección de hábitats críticos y a reducir la contaminación. Asimismo, algunos estados tienen normas que regulan los "bancos de humedales". De esta forma, se pretende mitigar los impactos sobre los humedales y protegerlos con el propósito de compensar sus futuras degradaciones. Estos humedales se consideran "bancos", donde adquieren el carácter de créditos con un valor económico cuantificable y son susceptibles de transarse con el fin de compensar la pérdida de humedales o hábitats en otros lugares. Cabe observar que en forma previa a la venta de humedales, los terrenos en que se encuentran ubicados se sujetan a ciertas restricciones con respecto a su uso.

En Chile, podría considerarse la creación de fondos de compensación destinados a contribuir al aumento y protección de las APP, así como a la difusión del derecho real de conservación como instrumento legal a estos efectos.

(Ibid., Informe "Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada" (CONAMA), páginas 29 a 35).

75 Los servicios ambientales o ecosistémicos: Son todos aquellos bienes y servicios generados por la estructura y procesos de un ecosistema, y que satisfacen de manera directa o indirecta distintas necesidades humanas. En otras palabras, son constituyentes fundamentales del bienestar humano a través de sus funciones de soporte (ciclaje de nutrientes, formación del suelo, producción primaria), provisión (alimentos, agua, madera, fibras), regulación (climática, de inundaciones, purificación del agua) y culturales (dimensiones educativa, recreativa, estética y espiritual). (SEPÚLVEDA LUQUE, Claudia y VILLARROEL VENTURINI, Pablo; "Servicios ecosistémicos y financiamiento de la conservación ambiental en Chile"; Revista Ambiente y Desarrollo de CIPMA, Santiago, 2006, página 19. [En línea] http://www.cipma.cl/RAD/2006/1_sepulveda-villarroel.pdf [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

y proteger el valor económico de los servicios que proveen los ecosistemas.⁷⁶

Esta herramienta presenta especial importancia respecto de una modalidad particular de APP conocida como *comunidades de conservación*, que consisten en una agrupación de personas naturales que se asocian con el propósito expreso de conservar lugares naturales de especial valor y que es una de las figuras más representativas de lo que se ha denominado la “fórmula chilena” de la conservación ambiental privada.⁷⁷ Estas APP basan su existencia en el aporte directo de recursos financieros que realizan las personas y familias asociadas, y que les permite cubrir tanto los costos de la compra de predios como los costos para su protección permanente. A cambio de estos aportes monetarios, los miembros reciben como principal retribución el derecho a usufructuar de la infraestructura e instalaciones recreativas habilitadas en los parques de propiedad comunitaria. En la mayoría de los casos, también se les permite edificar viviendas de veraneo en zonas especialmente destinadas a tal efecto.

Del conjunto de mecanismos potenciales para capturar retribuciones por la provisión de servicios ecosistémicos, el más relevante, tanto desde la perspectiva de las innovaciones que suponen como de su contribución a los objetivos de conservación, es el *derecho real de conservación*. Sostenemos esto, porque un derecho real con tan especiales características permitiría, en relación a estas APP: 1) Que los objetivos y actividades de protección de la biodiversidad y servicios ambientales (el compromiso de mantener su provisión en el tiempo y su retribución económica) queden inscritos en los títulos de dominio, garantizando así su cumplimiento y estabilidad en el tiempo; 2) Que se amplíen los servicios ecosistémicos de las APP hacia nuevos usuarios (internamente dentro de la comunidad y externamente a otros propietarios); y 3) Que se resuelva adecuadamente la necesidad de su financiamiento aumentando los aportes que estas reciben y que les permiten cumplir sus objetivos.

76 Son ejemplos de aplicación de este instrumento: La transferencia de fondos que realiza la Ciudad de Nueva York a las comunidades de Catskill Mountains por los costos de mantención de un ecosistema que provee de agua a la ciudad. Asimismo, en Costa Rica se ha implementado un acuerdo entre el Ministerio de Medio Ambiente y una empresa de cítricos, en virtud del cual esta última se beneficia de las aguas del río existentes en el área de conservación ubicada en terrenos adyacentes a la propiedad de la compañía, para lo cual debe realizar los pagos por servicios ambientales prestados. CONAMA, Estudio de instrumentos económicos para incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, op. cit., página 33).

77 Estas APP pueden ser definidas como parques de propiedad comunitaria y acceso restringido en los que se combina la conservación con el uso recreativo. Su tamaño fluctúa entre las 90 y las 35 mil hectáreas y sus miembros van, aproximadamente, desde 4 a 62, localizándose principalmente en las regiones de La Araucanía y Los Lagos.

Al fortalecer las bases culturales de la “fórmula chilena”, promoviendo su reconocimiento social y su contribución efectiva a las metas nacionales de protección de la biodiversidad, se realizaría un relevante aporte para superar varias de las principales barreras que actualmente enfrenta la conservación privada en Chile.

Los servicios ecosistémicos y su enorme importancia para las APP de nuestro país (ya se trate de comunidades de conservación o cualquier otra modalidad de éstas), es sin duda alguna un instrumento financiero directo que promovido con inteligencia incentivaría la constitución de derechos reales de conservación.

4) Instrumentos fiscales y financieros indirectos. Servicios.

A este último grupo corresponden todos aquellos instrumentos que otorgan facilidades a los agentes económicos particulares para la conservación de tierras, y que a diferencia de los instrumentos directos en especie o en dinero (que consisten en insumos y/o bienes finales para estimular la conservación) comprenden servicios que se desarrollan mediante la asistencia y apoyo de personal capacitado hacia los propietarios de tierras en las diferentes áreas requeridas.

Entre ellos cabe mencionar: a) Capacitación y entrenamiento en terreno; b) Asistencia técnica y legal; c) Certificaciones; d) Programas de promoción de servicios ambientales; y e) Programas de educación.⁷⁸

La experiencia internacional, en general, y la latinoamericana, en particular, muestran que las políticas de fomento para las APP más efectivas son aquellas que consideran una combinación de incentivos de distinta naturaleza, lo que en nuestra opinión también beneficiaría al éxito de la implementación de un derecho real de conservación en Chile debido a la estrecha relación y dependencia que existe entre ellas, y que se justifica porque un es el objeto de protección y el otro uno de las herramientas más adecuadas para garantizar la conservación privada de ésta (conservación ambiental).

78 No desarrollaremos uno a uno estos instrumentos, pues se entienden por si mismos. Todos son de una importancia clave para promover la utilización del derecho real de conservación y, consecuentemente, la conservación ambiental privada en nuestro país. La principal razón para ello, es que en Chile la gran mayoría de sus gestores (sobre todo los pequeños y medianos propietarios de APP) son personas naturales sin la educación, los conocimientos apropiados (económicos, científicos, técnicos, legales, etc.) y la experiencia necesaria para contribuir adecuadamente a la consecución de las metas nacionales en materia de protección del patrimonio ambiental y la biodiversidad de nuestro país.

IV.- CONCLUSIONES

Hemos estudiado nuestro actual sistema de conservación ambiental e identificado sus falencias, revisamos diversas herramientas de conservación ambiental utilizadas exitosamente en el derecho comparado (que han influenciado a nuestro país en la materia); y, finalmente, analizamos en detalle el proyecto de ley que pretende crear un derecho real de conservación en Chile, proponiendo varios instrumentos (fiscales y financieros) que permitirían su implementación exitosa en Chile.

De acuerdo a lo comprobado mediante este trabajo, el objetivo principal de implementar un derecho real de conservación en nuestro país es contar con una importante herramienta para incentivar la creación de las APP, pero también integrar de manera efectiva a los propietarios privados y a la comunidad en general al proceso de conservación ambiental de nuestro país, en miras al cumplimiento de nuestras metas en esta materia.

En nuestra opinión, la figura contemplada por el proyecto de ley reúne, teóricamente, los elementos necesarios para cumplir con tal finalidad y puede traer consecuencias muy positivas, de diversa índole, para Chile. Sostenemos esto, por las siguientes razones:

A.- El derecho real de conservación propuesto por el proyecto de ley (instrumento creado principalmente a partir de las servidumbres de conservación estadounidenses y adaptado a nuestra realidad) es una herramienta simple e innovadora que permitiría dar un impulso trascendental a la conservación ambiental en Chile, proporcionaría un marco jurídico idóneo para promover y garantizar la protección privada del patrimonio ambiental y la biodiversidad de nuestro país, y serviría de plataforma de inversión en ecología para interesados actuales y futuros.

Una de las grandes virtudes de esta figura es que ha logrado identificar las motivaciones de los principales actores de nuestra sociedad en relación a la conservación ambiental y las necesidades ambientales de nuestro país, lo que ha quedado plasmado en sus características como institución y las disposiciones ya estudiadas del proyecto de ley.

Especial mención merecen, en este sentido, los siguientes aspectos de esta figura:

- 1) Es una institución que deja atrás la lógica de la imposición pues tiene lugar por iniciativa del propio dueño del inmueble afectado, quien decide limitar su derecho de propiedad sobre éste con fines de conservación ambiental;

- 2) Al separar los atributos del derecho de dominio, distintos tipos de derechos (el de propiedad y el real de conservación) recaerían sobre un mismo bien inmueble o la parte de éste que resulte afectada sin alterar la titularidad del derecho de propiedad de tal bien raíz, lo que no sólo motivaría el tráfico de los derechos reales de conservación sino que también contribuiría al desarrollo de un mercado para los servicios ecosistémicos;⁷⁹
- 3) Tratándose de un derecho real, gozaría de una fuerte protección legal y existiría la posibilidad de proteger objetos de conservación a perpetuidad o por un periodo prolongado de tiempo;
- 4) Su gran flexibilidad y amplitud como instrumento permitiría que las partes fijen sus derechos y obligaciones, según las necesidades especiales de cada caso, en un contrato constitutivo;
- 5) El marcado carácter igualitario de esta figura que se encontraría al alcance de todo tipo de propietario privado (grandes, medianos y pequeños), lo que aportaría de manera importante al desarrollo económico, social, cultural y ambiental del país (la conservación ambiental privada es hoy ampliamente reconocida no sólo como una manera de proteger medio ambiente sino que también como una alternativa relevante para la planificación financiera que debiera estar disponible para personas naturales y jurídicas.);
- 6) El carácter privado del acuerdo sin obligación de involucrar a los órganos estatales, lo que evitaría lentas y engorrosas tramitaciones ante autoridades públicas y permitiría representar de mejor forma las necesidades ambientales de nuestro territorio nacional y los intereses de las partes involucradas;
- 7) Con esta figura se beneficia no sólo a la comunidad en su conjunto (conservación ambiental) sino también a los propietarios privados (que mantendrán el dominio y posesión del inmueble pudiendo manejarlos de manera ambientalmente sostenible y desarrollar otras actividades no restringidas en éste) y a los titulares del derecho real de conservación (quienes contarán con los resguardos

79 Al crearse un instrumento que puede ser valorizado económicamente, como el derecho real de conservación, surgen mercados especiales en los cuales se valora y transa el capital natural de los recursos, que sin tal estructura jurídica no serían considerados, aprovechados ni protegidos adecuadamente. Estos son los llamados "mercados verdes", que comprenden el tráfico comercial de los derechos reales de conservación y los acuerdos económicos en relación a los servicios ambientales. Así, se hace posible que distintos agentes económicos, tales como los propietarios, las ONG's y el Estado, entre otros, participen de estos mercados, y fijen precios que reflejen los costos de oportunidad, y la valorización de los bienes y servicios implicados en tales operaciones.

jurídicos necesarios que garanticen sus derechos en la relación jurídica con el dueño del inmueble afectado); y

- 8) Permite complementar de una manera efectiva los esfuerzos públicos de conservación con los del sector privado (dueños particulares), sumando además el gran aporte de organizaciones especializadas en materia ambiental (titulares) que velarán por el correcto cumplimiento de las obligaciones y gravámenes del propietario en relación al inmueble afectado.⁸⁰

B.- Las especiales características del derecho real de conservación, los derechos y obligaciones de las partes (legales y contractuales), así como los mecanismos de control, resguardos y sanciones contemplados por el proyecto de ley promueven la seguridad jurídica, la estabilidad del derecho real de conservación en el tiempo, y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, lo que presenta especial importancia frente a determinadas situaciones conflictivas (Por ejemplo: La muerte, disolución o extinción de alguna de las partes del contrato constitutivo; las constitución de concesiones mineras, derechos de aguas de terceros o expropiaciones; etc.).

C.- La Constitución Política de la República de Chile contiene, en varios de sus preceptos, un claro espíritu a favor de la conservación ambiental y permite que el propietario de un bien inmueble pueda limitar voluntariamente su derecho de dominio con fines de conservación ambiental, legitimando de esta manera la creación de un derecho real de conservación (en los términos estudiados) en Chile.

D.- La eventual implementación de este nuevo derecho real a nuestro ordenamiento jurídico sólo requeriría de la dictación de una ley (por medio de la cual se crea y regula la figura) y modificaciones menores a nuestra legislación civil (Código Civil y Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces), lo que resulta bastante simple y práctico.

E.- Si bien estimamos que esta herramienta no es capaz, por sí sola, de solucionar todos los actuales problemas del SNASPE, sí reconocemos en ella un instrumento de conservación ambiental privada muy relevante que puede ser un gran aporte para mejorar y superar algunas de sus falencias e insuficiencias, pudiendo además constituir un importante referente para la futura creación de otros instrumentos idóneos

80 No obstante al titular no le compete una labor de ejecución directa, tendrá siempre a lo menos un deber de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones del dueño, dado que el primero es precisamente la persona en que la sociedad ha depositado su confianza para esa finalidad, y si no es diligente podrá ser sustituido de conformidad a lo establecido por el proyecto de ley. [Boletín N° 5823-07 "Establece derecho real de conservación", op. cit., página 6].

que, al igual que éste, sirvan de complemento a las políticas públicas, contribuyendo a la conservación ambiental y desarrollo económico de nuestro país.

La creación de un derecho real de conservación en Chile permitiría entregar a las APP el rol preponderante y estratégico que es necesario que desempeñen en relación al SNASPE y la conservación ambiental de nuestro país. También permitiría integrarlas adecuadamente al desarrollo del país, aprovechando el enorme potencial que existe en ellas, especialmente en relación al sector turístico (proyectos eco-inmobiliarios, eco-turismo, turismo tradicional, desarrollo de mercados de servicios ecosistémicos, etc.).⁸¹

Creemos que sólo el complemento entre políticas públicas adecuadas, reformas necesarias al SNASPE, la creación de un derecho real de conservación y la implementación de los incentivos fiscales y financieros requeridos permitirían que Chile pueda cumplir efectivamente sus metas en materia de protección del patrimonio ambiental y la biodiversidad.

En este desafío es imprescindible sumar el esfuerzo de una amplia gama de actores públicos y privados, incluyendo todos los niveles de autoridades de gobierno e instituciones estatales, organizaciones no gubernamentales, el sector privado y propietarios particulares, en proyectos cooperativos que ayuden, en definitiva, a proteger los recursos naturales y los hábitats de la vida silvestre, con el fin de preservarlos para las generaciones futuras, mediante un modelo de desarrollo sostenible.

Debemos aprovechar que hoy existen, en nuestro país, las condiciones económicas, políticas y culturales necesarias, que han generado una conciencia nacional respecto a la necesidad de dar prioridad a los temas energéticos y ambientales, creando de esta manera un entorno inmejorable para abordar estos tópicos de tanta importancia para el presente y futuro de Chile y el mundo. Si aprovechamos seriamente estas circunstancias a través de mecanismos concretos y adecuados, como el derecho real de conservación, nuestro país puede asumir una posición de liderazgo e innovación en estas materias entre los países de Latinoamérica y del resto del mundo, mejorar notoriamente su imagen internacional en estas áreas, y cosechar importantes beneficios económicos y sociales.⁸²

81 Lo anterior, no deja de ser importante considerando que, según las estimaciones, tan sólo las áreas protegidas por el Estado contribuyen anualmente en cerca de US\$ 2.500 millones a la economía nacional, vía la provisión de diversos servicios ecosistémicos, como el turismo. Recién comenzamos a descubrir y desarrollar la enorme ventaja comparativa que tenemos como país gracias a nuestro extraordinario patrimonio ambiental y biodiversidad. (SEPÚLVEDA LUQUE, Claudia y VILLARROEL VENTURINI, Pablo op. cit., páginas 20 y 21).

82 "Boletín N° 5823-07 "Establece derecho real de conservación", op. cit., páginas 1 a 4.

COBERTURA DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL

Joaquín Vial Marín*

I.- INTRODUCCIÓN**

El rápido desarrollo de la civilización en el mundo ha traído consigo grandes avances que han implicado notables beneficio en distintas áreas. Nuevas y grandes industrias han permitido la creación de diferentes productos que han facilitado la vida y el crecimiento de las economías de distintos países. Lamentablemente, este desarrollo no fue desde un principio realizado con una conciencia ambiental ya que, en ciertos casos, no se conocían los efectos de algunas actividades. Los últimos años han demostrado las negativas consecuencias de la anterior falta de cuidado del medio ambiente, trayendo consigo nuevas leyes destinadas a la protección ambiental. Estas leyes han especificado lo que es considerado daño al medio ambiente y las responsabilidades derivadas de éste, implicando una mayor preocupación y cuidado.

La existencia de la posibilidad de cometer estos daños ha implicado que quienes realizan actividades potencialmente riesgosas opten por asegurarse y así evitar tener que realizar cuantiosas indemnizaciones al dañar a terceros, o bien al tener que reponer el medio a su condición inicial. Chile no se ha quedado atrás, creando nuevas normativas destinadas a cuidar el medio ambiente, pero sí refleja un claro subdesarrollo en materia de cobertura de seguros, siendo ésta existente pero muy reducida.

A lo largo de esta tesis se intentará hacer un análisis de la situación actual en Chile en materia de cobertura de seguros de responsabilidad civil en materia ambiental. Para ello, se comenzará analizando la dinámica de un seguro de responsabilidad en cuanto a su cobertura, deteniéndonos en la materia asegurada, la cobertura temporal, las exclu-

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez.

** Abreviaturas: CGL: Comprehensive General Liability, luego llamado Comercial General Liability. Seguro de responsabilidad Civil General de Empresa en E.E.U.U.; CERCLA: Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act. Ley general de responsabilidad y compensación ambiental; EPA: Environmental Protection Agency. Agencia de protección medioambiental; PRP's: Potential Responsible Parties. Agentes potencialmente responsables; EIL: Environmental Impairment Liability. Seguro de responsabilidad ambiental; SEIA: Sistema de evaluación de impacto ambiental; SAP: Solicitud autorización provisoria.

siones y finalmente cómo se deben interpretar las pólizas de seguros de responsabilidad civil. Dentro de este capítulo a su vez se analizará la distinción entre daño al medio ambiente y daño por contaminación. Todo esto en base principalmente a la experiencia europea, puesto que ha sido ahí donde ha existido un mayor desarrollo en materia de seguros medio ambientales.

En el segundo capítulo nos detendremos en la cláusula de exclusión presente en el seguro de responsabilidad civil general de Estados Unidos, analizando la historia de la cláusula y su alcance. Luego, en el tercer capítulo, se desarrollará la situación presente en Chile en materia de seguros, comenzando por la cobertura existente en relación al daño al medio ambiente para luego finalizar con la cobertura en materia de responsabilidad civil por contaminación. Para ello, se tomarán las pólizas generales depositadas en el mercado de seguros chileno. A su vez, en este último capítulo, se hará un breve análisis de la posibilidad de cubrir estos riesgos por medio del reaseguro o bien contratando directamente en el extranjero seguros de responsabilidad civil por contaminación.

II.- LA COBERTURA DEL RIESGO DE RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL

A.- Determinación de la cobertura en el seguro

1) Materia Asegurada

La finalidad primordial del seguro de responsabilidad civil es prevenir y eventualmente hacerse cargo de las afectaciones patrimoniales, que de no existir el seguro, tendría que sufrir el asegurado en caso de serle atribuida la responsabilidad civil. Para poder llevar a cabo esta finalidad, las compañías de seguros ofrecen una cobertura, es decir, aquello por lo que pueden responder.

En otras palabras, la cobertura se puede entender como *“...un enunciado o en una descripción o en la denominación de los riesgos cubiertos o asumidos por el asegurador, lo que presupone que no se halla garantizado por el contrato de seguro todo aquello que no está enunciado afirmativamente como cubierto”*.¹ Dentro de esta globalidad se encuentra la materia asegurada, es decir la materia por la que el seguro se obliga cubrir en el contrato en particular y aquello por

1 STIGLITZ, Rubén S., Derecho de seguros, Abeledo- Perrot, 4ª edic., Buenos Aires, 2004, p. 226, Tomo I.

lo que no se obliga, es decir las exclusiones. Para ello conviene determinar lo que es el riesgo y luego las características que debe tener el daño para que el Seguro de Responsabilidad Civil Ambiental sea efectivo.

El riesgo es la “posibilidad de sufrir un daño a consecuencia del ejercicio por parte de terceros de reclamaciones fundadas o infundadas de responsabilidad civil”.² Por tanto, el riesgo asegurable es aquel que amenaza a un interés que es asegurable, siempre que exista un hecho en virtud del cual se incurra real o presuntamente en responsabilidad, exista la reclamación de un tercero perjudicado, la declaración de responsabilidad y el daño mismo al asegurado, es decir el gasto en la indemnización y la defensa.³

Para que exista cobertura no solo tiene que darse la figura del riesgo sino también debe haberse provocado un daño a un tercero. Los daños que pueden ser cubiertos por este tipo de pólizas son los daños ocasionados a las personas, su salud, o a sus bienes, producto de una actividad que causó daños al medio ambiente.⁴ En otras palabras, la cobertura engloba daños a las personas o sus bienes ocasionados por medio de la contaminación.⁵ Al determinar la cobertura, las pólizas de este tipo de seguros (también denominados seguros de responsabilidad civil por contaminación) definen el concepto de contaminación y así delimitan qué acciones pueden generar la obligación de indemnizar. Como ejemplo, en España, una cláusula de una póliza de este tipo de seguro expone:⁶

“Contaminación: A los efectos de este contrato de seguro, se considera Contaminación la introducción o dispersión de materias en la tierra, el agua o el aire, que produzcan en la calidad de dichos medios un deterioro que resulte peligroso o dañino. En consecuencia, no se entiende por contaminación, otros hechos o efectos no comprendidos en la definición, tales como:

El fuego la explosión u otro aumento violento de temperatura o presión. Sin embargo, sí queda comprendida en la definición la eventual introducción o dispersión de materias o sustancias que se produzca a consecuencia de dichos hechos y que se ajuste a la descripción dada en el párrafo inicial de la misma.

2 CALZADA CONDE, María Ángeles, El seguro de responsabilidad civil, Aranzadi, Navarra, p. 37.

3 Ibid.

4 ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, El seguro de responsabilidad civil por daño al medio ambiente, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 175.

5 Elemento que se analiza posteriormente con mayor detención.

6 ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, Op. Cit. p. 179

Los ruidos, campos electromagnéticos o cualquier otra manifestación de la energía ya se transmitan por ondas, radiaciones o cualquier otra forma.

Contaminación asegurada: Aquella contaminación en la que concurran los siguientes requisitos:

Que sea directamente atribuible a la Actividad asegurada y se origine en alguno de los centros en los que se desarrolla la actividad asegurada.

Que se produzca de forma accidental y aleatoria; es decir, que sea extraordinaria y que no se haya causado de forma intencionada o prevista y consentida, como una consecuencia normal de la actividad asegurada o de la posesión de instalaciones o equipos.

Que tenga carácter repentino, entendiéndose como repentina aquella contaminación que cumpla estas dos condiciones:

A. que se demuestre el momento en que ha comenzado la emisión causante de la contaminación, y

B. que, desde el momento en que ha comenzado dicha emisión, hasta que se descubre fehacientemente la existencia de la contaminación causada por la misma, transcurre un período no superior a 120 horas.

En consecuencia, no se considerará contaminación asegurada aquella que no cumpla alguno de los requisitos anteriores, entendiéndose que no tiene carácter repentino la contaminación de la que no pueda demostrarse cuándo ha comenzado la emisión que la ha causado o que, pudiendo demostrarse, dicha emisión haya comenzado más de 120 horas antes del momento en que se descubre fehacientemente la existencia de dicha contaminación.⁷

Una vez determinado el riesgo y definido lo que se comprenderá como daño, las pólizas limitan este riesgo, ya que como indica Stiglitz "no es razonable suponer que el asegurador se halle dispuesto a amparar todos los riesgos que, eventualmente, puedan afectar el patrimonio del asegurado....."⁸ Por lo general, la limita-

7 Estados Unidos ha experimentado una notable evolución en materia de seguros de responsabilidad civil en materia de contaminación, donde en un comienzo los daños al medio ambiente se cubrían por medio de pólizas de seguros de responsabilidad civil en general, pero luego nacieron las pólizas cuyo fin específico es la protección frente a la responsabilidad generada por daños al medio ambiente, más conocidas como EIL (Environmental Impairment Liability).

8 STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., Seguro contra la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, 2ª edic., Buenos Aires, 1994, p. 284.

ción del riesgo que posteriormente conferirá la definitiva cobertura, se realiza desde una doble perspectiva: causal y temporal. La primera perspectiva dice relación con los hechos que dan lugar a la indemnización; y la segunda trata del período de vigencia del contrato y desde cuándo éste será efectivo. Por tanto, la cobertura viene dada por hechos positivos que el asegurador decide responder, y aquellas indicaciones negativas denominadas exclusiones a la cobertura. A continuación revisaremos la delimitación del riesgo desde una perspectiva causal y temporal.

2) Riesgos no asegurables

Al iniciar este capítulo indicábamos que el riesgo era la posibilidad de sufrir un daño. A esta definición por tanto le es inherente la noción de incertidumbre, desprendiéndose así la incapacidad de cubrir aquellos daños causados por dolo, es decir de manera intencionada. La cobertura de un hecho realizado dolosamente por el asegurado rompería toda la lógica de este tipo de contrato puesto a que la ocurrencia dependería netamente de él y el seguro de responsabilidad cubre daños por hechos ajenos a su voluntad. Además, sería poco favorable e inaceptable para la sociedad la existencia de un respaldo pecuniario a la responsabilidad generada por actuaciones valoradas negativamente.

En relación a las actuaciones culpables, éstas también pueden moldear la cobertura en función al grado de culpa. Dentro de los grados de culpabilidad ha dado pie a grandes discusiones el de culpa grave, radicando la discusión en si es posible o no equiparar éste grado al dolo. Frente a esta discusión, en derecho comparado, se han dado dos posturas: la primera equipara el dolo a la culpa grave, quedando excluida por tanto la culpa grave de la cobertura, y la segunda sostiene que son dos conceptos inequiparables. Por un lado, se sostiene que los conceptos son equiparables debido a que el grado de culpa es de tal magnitud que es muy difícil determinar efectivamente que el autor no quería provocar el daño.⁹ Sin embargo, para que los dos conceptos sean equiparables la culpa grave ha de poseer "...una magnitud caracterizada por la desmesura y la infrecuencia. No basta que se trate de actos que puedan contener una fuerte dosis de descuido o inadvertencia respecto de las diligencias requeridas por el caso; es necesario que se trate de actos que se den excepcionalmente en el medio en que se desenvuelve la relación aseguradora".¹⁰ Por el otro lado se afirma que

9 MAZEAUD, H y L.-TUNC, A., Tratado teórico y práctico de las responsabilidades civil delictual y contractual, Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1962, p.62, Tomo II.

10 BARBATO, Nicolás H., Culpa grave y dolo en el derecho de seguros, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 147.

el dolo es un acto intencionado y la culpa por muy grave que sea carece de intencionalidad, es decir de malicia, siendo entonces un error equiparar los conceptos.

Esta materia ha dado lugar a ciertas problemáticas debido al posible abuso por parte de las aseguradoras al determinar la cobertura. La eficacia del seguros puede afectarse a tal extremo que éste pasaría a ser un seguro de daños por "caso fortuito", tergiversando la naturaleza del contrato de seguro de responsabilidad civil. Si bien los extremos dan lugar a conflicto, es sensato reglar los niveles de culpa para efectos de la cobertura para así evitar que la cobertura ampare actuaciones claramente negligentes. Un ejemplo de exclusión, de una póliza de seguros española, en función a la culpa grave del asegurado reza así: "Incumplimiento conocido por el asegurado o que no podía ser ignorado por el mismo, de la normativa obligatoria aplicable a la actividad asegurada, tanto en materia medioambiental, como en cualquier otra materia".¹¹

Junto con este tipo de exclusiones existen algunas fundadas en la mera culpa que hace difícil su justificación y dan lugar a los negativos efectos que mencionábamos más arriba, un claro ejemplo es el siguiente: "Omisión de cierre de válvulas, grifos, compuertas, o mecanismos con similares funciones".¹² Como se puede ver, el grado de culpabilidad para determinar la existencia o no de la cobertura es determinante a la hora de contratar el seguro, ya que como bien interroga Mercedes Subiri de Salinas "¿Para qué quiero un seguro de responsabilidad civil que cubre el riesgo de mi actividad si en caso de que yo cometa un error no me va a cubrir?",¹³ pregunta clave para sostener la discusión frente a las condiciones de culpa que ofrece el asegurador para cubrir el riesgo.

También cabría dentro de esta clasificación de riesgos inasegurables, la responsabilidad penal o administrativa. En estos casos sí se estaría cubierta la posible indemnización derivada de un delito, pero en ningún caso la sanción, por razones evidentes cuya explicación no empece a este trabajo. Otro riesgo inasegurable es el daño propio del asegurado, debido a que el asegurado no genera responsabilidad frente a sí mismo. Un caso abordado por la legislación española, que merece especial atención debido a su peculiar naturaleza es aquel de los daños causados a los empleados del asegurador. En este caso la cobertura incluye este tipo de daños causados a los empleados siempre que sean causados en

11 ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes. Op. Cit., p. 231.

12 Ibid.

13 Ibid.

forma repentina, no por exposición continua ya que en tal hipótesis cabría dentro de las enfermedades profesionales. En el seguro de responsabilidad civil por daño al medio ambiente la noción de asegurado es amplia considerando a los trabajadores como asegurados. Según eso, un daño provocado al asegurado no daría lugar a indemnización puesto a que cabría dentro de la clasificación de daño propio, por tanto para que se active la cobertura, se tendría que lograr mediante pacto expreso la inclusión de los trabajadores a la cobertura del seguro. La razón de la inclusión es simplemente la protección de un interés superior, la salud de los trabajadores.¹⁴ Los daños provocados por supuestos de fuerza mayor tampoco son asegurables puesto a que al supuesto responsable le es imposible prevenir la ocurrencia de los hechos dañinos.

En materia de seguros de responsabilidad civil ambiental las exclusiones también engloban materias acordadas por la aseguradora y el asegurado, es decir, si bien pueden ser riesgos asegurados las partes optan por no hacerlo. Bajo este tipo de exclusiones nos encontramos con riesgos ya cubiertos por otros seguros haciendo ineficaz la existencia de seguros de responsabilidad civil por daño al medio ambiente. Es el caso, por ejemplo, de los seguros nucleares obligatorios que de ocurrir el siniestro éste ya estaría cubierto por el seguro obligatorio dejando sin utilidad al seguro de responsabilidad civil ambiental.

3) Cobertura Temporal

La cobertura también responde a criterios de temporalidad, puesto a que ésta radica en ciertos hechos que han de ocurrir dentro de un período de tiempo prefijado en el contrato de seguro. La hipótesis regular se configura cuando el hecho y el reclamo ocurren durante el período de cobertura prefijado, pero hay otros casos que merecen especial observación.

En un principio, los aseguradores se veían obligados a responder por daños que eran reclamados con suma posterioridad al término del contrato de seguro, generando “una cierta incertidumbre con lo que se dificultaba sus previsiones financieras y la posibilidades de reaseguro”.¹⁵ En respuesta a esta problemática, surgen las llamadas cláusulas “claims made” cuya función era fijar la cobertura a hechos ocurridos y reclamados durante el período de vigencia del contrato de seguro. La reacción frente a ello no fue

¹⁴ Ibid, p. 227.

¹⁵ Ibid, p. 234.

menor, siendo las cláusulas declaradas nulas por el Tribunal Supremo Español. La complicada pugna entre ese tribunal supremo y las compañías aseguradoras dio lugar al nacimiento del art 73 párrafo dos de la LCS en 1995, amainando la discusión logrando un punto medio. A partir de este año la normativa española establece la posibilidad de que la compañía responda cuando los reclamos tomen lugar con posterioridad al término del período de cobertura, siempre que se reclame dentro de un año. De igual forma, se admitió la cobertura de la responsabilidad generada por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia del contrato, pero reclamados durante la vigencia de éste. Como vemos, ambas cláusulas son limitativas y determinan la cobertura en un plano temporal, no de hechos como analizamos más arriba.

En materia de seguros de responsabilidad civil por daño medioambiental, la determinación del carácter temporal se hace un tanto más compleja, debido a que es difícil comprobar el nexo causal. A su vez, el nacimiento del daño propiamente tal puede ser lento y surgir con bastante posterioridad al acto. Es por ello que las cláusulas relativas a la cobertura temporal suelen ser más elaboradas y cuidadosas en este tipo de seguro. A continuación esbozaremos una cláusula de delimitación temporal de la cobertura del pool español de riesgos por daño al medio ambiente con posterioridad a 1995:

“se consideran comprendidos dentro del período del seguro los siniestros en los que se cumplan estas tres condiciones:

- 1ª Que la primera manifestación constatable de la contaminación se haya producido dentro del período del seguro. Se entiende por primera manifestación el momento en que se descubra por primera vez la existencia de una contaminación, tanto si entonces se considera peligrosa o dañina como si no es así.*
- 2ª Que el comienzo de la emisión causante de la contaminación o bien el comienzo de la situación de riesgo inminente de contaminación sea identificado y se demuestre que ha ocurrido con posterioridad a la entrada en vigor del seguro.*
- 3ª Que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro del período de seguro o dentro del plazo de los dos años a contar desde la terminación del mismo.*

Por reclamación se entiende cualquiera de los hechos siguientes:

- La iniciación de un procedimiento judicial o administrativo o bien un requerimiento formal y por escrito contra el asegurado, como presunto*

responsable de un daño por contaminación amparado por la póliza, o contra el asegurado por igual motivo.

- *La declaración por el asegurado al asegurador de la existencia de una contaminación, del hecho causante de una contaminación o bien de una situación de riesgo inminente de contaminación.*

Por consiguiente quedan fuera del período de cobertura las responsabilidades:

- *Que tengan su origen en circunstancias o hechos no identificados o que se hayan originado antes de la fecha de efecto del seguro.*
- *Que resulten de supuestos de contaminación manifestados por primera vez después de extinguido el seguro.*
- *Que sean consecuencia de reclamaciones formuladas una vez transcurridos dos años desde la extinción del seguro.*

A efectos de la delimitación temporal de la cobertura, se considera la fecha del siniestro la de la primera manifestación constatable de la contaminación. En el caso de que un siniestro dé lugar a varias reclamaciones, se considerará como fecha del siniestro la de la primera manifestación constatable de la existencia de contaminación que originó la primera reclamación”¹⁶.

La cláusula de la póliza descrita arriba es bastante celosa a la hora de determinar los elementos temporales. En relación al tiempo no admite cobertura a sucesos ocurridos con anterioridad a la vigencia del contrato, pero sí la cobertura de hechos ocurridos durante la vigencia de éste pero reclamados ex post siempre que esto ocurra dentro de dos años luego del término de vigencia del contrato.

En cuanto a qué se entenderá por reclamo es también específica, indicando lo que será reclamo en forma taxativa. La delimitación temporal toma gran relevancia a la hora de contratar el seguro y su estudio ha de ser acabado para así poder estar efectivamente seguro frente a reclamos de terceros.

La interpretación de una póliza se debe realizar teniendo presente qué actividad es la portadora del potencial riesgo y durante qué período se realizará. Como vimos más arriba, la contaminación es el elemento que produce el daño por tanto al enfrentarse a la póliza se habrá de prestar total atención a la contaminación que

¹⁶ Ibid, p. 238.

la aseguradora está dispuesta a reconocer como asegurable (en caso de que ocasione un daño a un tercero que luego alegue la correspondiente indemnización) y si calza con la actividad que el asegurado realiza. El segundo elemento a considerar cuando se realiza la interpretación es el tiempo de cobertura. Para ello, hay que estudiar si la aseguradora está dispuesta a aceptar riesgos que han ocurrido en el pasado pero que aún no han sido reclamados, o bien cuál es el período de aceptación de reclamos que surjan con posterioridad al término del contrato.

La cobertura en el seguro de responsabilidad civil ambiental toma forma al estudiar la materia asegurada. Esta viene dada por aquello que la compañía está dispuesta a responder que se determina por medio de lo que ella entienda por contaminación, que es aquello que causa un deterioro al medio ambiente pero que abarca no sólo eso sino también consecuencias dañinas a la salud y a la propiedad de terceros. La delimitación del riesgo en los seguros de responsabilidad civil ambiental se determina por medio de dos perspectivas, causal y temporal. La primera otorga todos aquellos supuesto bajo los cuales el seguro se activa y a su vez aquellos por los que no admite cobertura. Los casos en que el seguro no asume responsabilidad pueden ser debido a intencionalidad en el daño o bien, debido a que las partes optan por no asegurar ciertas causas. Desde el punto de vista temporal la cobertura será efectiva según lo pactado en el correspondiente contrato.

4) Interpretación de Pólizas

La práctica interpretativa surge en aquellos casos en que el contenido de la póliza no es claro, haciendo difícil la determinación del sentido y alcance de ésta. Debido a esta problemática que conlleva conflictos entre las partes, surgen criterios de interpretación que zanján este tipo de discusiones. Sin embargo, cabe recordar que en materia de seguros el intérprete no busca determinar la voluntad común de las partes reflejada en las condiciones del contrato, puesto a que éstas son presentadas más bien unilateralmente, así, "...la predisposición unilateral del contenido impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento...".¹⁷

El decreto con fuerza de Ley 251 sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio, indica en su artículo

17 STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de seguros*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 63, Tomo II.

tercero que las compañías tienen la obligación de ser claras en la redacción de las pólizas y que en caso de que exista duda acerca del alcance de determinada disposición, prevalecerá la interpretación que favorezca al asegurado. Por otro lado el Código Civil en su artículo 1566, sobre la interpretación de los contratos establece que las cláusulas ambiguas dictadas por una de las partes se interpretarán en contra de quien las dictó.

En materia de seguros, debido a ser éste un contrato de adhesión, la interpretación de las pólizas en caso de falta de claridad acerca de su alcance, serán interpretadas beneficiando al asegurado, gracias al artículo tercero del DFL 251 y al artículo 1566 del Código Civil.¹⁸

El seguro de responsabilidad civil ambiental también debe ser interpretado según las reglas anteriormente expuestas. En este tipo de seguros, las exclusiones juegan un rol sumamente importante ya que de ellas depende la efectividad o no de la cobertura. La interpretación de las exclusiones debe realizarse de manera estricta o declarativa, es decir que la exclusión se limita a lo dispuesto en ella. En caso de que exista duda acerca del alcance de la exclusión, el asegurador estará obligado a cubrir, esto debido a la regla general de interpretación a favor del asegurado.

La interpretación permite en caso de conflictos, poder determinar el verdadero alcance del contenido del contrato. Las condiciones generales, al igual que en los contratos de adhesión, vienen predeterminadas, ampliando la posibilidad de la comisión de abusos por parte de las compañías aseguradoras. Es por ello, que en ciertos casos, como los analizados más arriba, la interpretación favorece al asegurado. Sin embargo, cabe recordar que la especial buena fe que impera en los contratos de seguros, limita también

18 a) Incompatibilidad entre condiciones particulares y generales: Regla de la prevalencia. En aquellos casos en que se manifiestan incompatibilidades entre las condiciones generales y las particulares, por regla general se resuelve el dilema a favor de las particulares. Las condiciones particulares buscan modificar una condición general, en forma acordada por las partes. A su vez, cabe recordar, que las condiciones generales vienen predeterminadas, en cambio las particulares son acordadas teniendo en cuenta el contrato en cuestión. En definitiva, frente a la disyuntiva se resuelve a favor de la cláusula particular, debido a que su finalidad es modificar las condiciones generales, denotando por tanto, la verdadera intención de los contratantes.

b) Condiciones generales ambiguas, oscuras o faltas de claridad: Regla contra preferentum. Frente a este tipo de cláusulas, la interpretación ha de ser realizada de manera tal que sea el asegurador quien asume el riesgo derivado de la ambigüedad. La razón de esta solución, viene dada por el hecho de que es el asegurador quien se encuentra en la condición apropiada para fijar de manera precisa la amplitud de sus obligaciones. De esto se deriva que el contenido literal de las condiciones ha de ser claro, no dando espacio a ambigüedades y en caso de ello, será el asegurador quien habrá de sufrir las consecuencias. En definitiva, una clara redacción implica una interpretación literal.

el uso abusivo por parte del asegurado a la hora de interpretar las pólizas.

B.- El riesgo de responsabilidad civil ambiental

Al hablar de daño al medio ambiente, nace una distinción crucial en función al objeto del daño. Si éste es causado al medio ambiente en sí mismo, el daño es medio ambiental, también llamado daño ecológico o ecológico puro, y se activa por tanto la obligación de repararlo, que es exigible por la administración.¹⁹ En cambio, los daños que toman lugar como consecuencia del daño ambiental en la integridad física de la persona, su salud o sus bienes son considerados daños por contaminación, generando responsabilidad civil y son alegados por los particulares, "todo menoscabo sufrido por personas o administraciones públicas, causados como consecuencia del ejercicio de las actividades con incidencia ambiental, siempre que se produzca a través de un elemento del medio ambiente, actuando éste como medio transmisor de los efectos de la acción dañosa".^{20 21}

En un comienzo en Europa, primaba la responsabilidad civil en relación al daño al medio ambiente, es decir, las acciones de responsabilidad se activaban cuando la consecuencia del daño afectaba la propiedad. Posteriormente el criterio para la atribución de responsabilidad crece, ampliando el espectro de causas que generan responsabilidad, haciendo del medio ambiente un sujeto poseedor de derechos teniendo como defensor al Estado.

La situación actual toma lugar gracias a la implementación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo que entró en vigencia el pasado 2007. En ella queda sumamente clara la distinción mencionada más arriba, indicando que los daños, reconocidos en sus anexos, son daños al medio ambiente y es el Estado quien los alega o bien en ciertos casos los particulares, y los daños ocasionados por éstos a la personas son alegados por las reglas de la responsabilidad civil. La Directiva es clara al afirmar en su artículo 3.3 que "sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos".

19 En Chile la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, reconoce distintas acciones de reparación, reconociendo la existencia de aquellas acciones de indemnización ordinaria, restringida a la persona afectada, y las acciones ambientales que son aquellas que buscan reparar el medio ambiente dañado y puede ser ejercida por persona natural o jurídica o bien por la administración [art 53 Ley N° 19.300].

20 VINAIXA MIQUEL, Mónica., La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, p. 35.

21 ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes. Op. Cit., p.169

La responsabilidad medio ambiental ha tomado un carácter reparador, buscando por tanto devolver al medio ambiente a su situación previa a acaecido el menoscabo. Con la Directiva, "no se pretende reparar daños personales, ni perjuicios patrimoniales, ni menoscabos de derechos subjetivos de las personas, sino que el objetivo es la protección del medio ambiente y los recursos naturales concebidos como un valor en sí mismos, con autonomía y al margen por tanto de cualquier idea de titularidad patrimonial que pudiera verse afectada".²²

Sin embargo la Directiva no excluye del todo la responsabilidad civil ya que reconoce la posibilidad que se genere por daños ocasionados al medio ambiente, pero no puede ser invocada para reparar el daño, "... la Directiva no reconoce legitimación para reclamar ni siquiera en el supuesto en que el daño afecte recursos privados. Así, por ejemplo, un ganadero cuyas reses enfermen a consecuencia de la contaminación causada por una instalación industrial vecina deberá seguir acudiendo a los causes tradicionales de la responsabilidad civil, sin que la directiva le proporcione ningún medio para que reclame al responsable para que este repare el daño".²³

Como se puede notar, la Directiva esboza todos los posibles daños que dan lugar a la responsabilidad, legitimando a la administración para que alegue su reparación, y en caso de que los daños generen responsabilidad civil, los particulares los podrán alegar por la vía de ésta. Bajo esta dinámica, podría darse el supuesto de que el daño, si bien es causado al medio ambiente, genere a su vez daños al patrimonio de una persona generando una doble indemnización. En España, este escenario no es cubierto ya que la nueva Ley de responsabilidad ambiental señala en su artículo 5.2 "los particulares afectados a que se refiere el artículo anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en que tales daños queden reparados por la aplicación de esta Ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reparar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda".

Cabe concluir, que el daño al medio ambiente puede generar responsabilidad desde dos perspectivas. En primer lugar cuando éste es ocasionado al medio sin que genere consecuencias dañinas para los particulares, el estado es quien debe hacer efectiva la responsabilidad al

22 ESTEVE PARDO, José., *Ley de responsabilidad medioambiental*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 21.

23 ALBERT RUDA, González., "Las relaciones entre la responsabilidad ambiental conforme a la directiva 2004/35/CE y la responsabilidad civil", en PIGRAU SOLÉ, Antoni (Coordinador) *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*, Ministerio Español del Medio Ambiente, 2006, p. 94.

particular que la ocasionó, obligándolo a reparar el daño ocasionado o bien a tomar las medidas preventivas necesarias para evitarlo. En segundo lugar, cuando el daño se materializa en contaminación afectando la salud o los bienes de las personas, genera responsabilidad civil.

La regulación a nivel mundial es sin embargo bastante nueva reconociendo el daño al medio propiamente tal desde hace no mucho tiempo. En definitiva, la atención se podría decir ser más ecocéntrica que antropocéntrica, puesto a que en materia de responsabilidad por daño ambiental a nivel comparado es éste el que prima.

La distinción es relevante para efectos del mercado asegurador puesto a que las compañías deben estar en condiciones de cubrir dos tipos de daños distintos; uno al medio ambiente y otro a la propiedad y salud derivados de la contaminación. Frente a esta distinción, o bien se elabora un seguro que esté en condiciones de hacerse cargo de daños ambientales o se diseña un seguro cuya finalidad sea la responsabilidad civil ambiental por contaminación. También puede ser factible la elaboración de un seguro relacionado directamente con la temática ambiental y por tanto hacerse cargo de ambos tipos de daños.

En definitiva el reconocimiento de dos tipos de daños aumenta las posibilidades de riesgo exigiendo por tanto un mayor desarrollo al mercado asegurador en materia de coberturas.

III.- EVOLUCIÓN DE LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL EN ESTADOS UNIDOS

A.- La exclusión de la contaminación en el seguro de responsabilidad civil general de empresa (CGL)

En este capítulo se analizará la cláusula de exclusión total de daño por contaminación presente en el seguro de responsabilidad civil general de empresa en Estados Unidos. La finalidad de este capítulo es mostrar la evolución que presentó la cobertura de los seguros de responsabilidad civil generales en materia de contaminación y las causas que llevaron a una cobertura sumamente disminuida en materia de daño ambiental.

Es importante el análisis de esta cláusula en particular, debido a que su historia demuestra claramente el camino de la cobertura, partiendo en los seguros de responsabilidad general hasta llegar a los seguros de responsabilidad ambiental propiamente tales debido a los inconvenien-

tes que presentaba hacerse cargo de este tipo de daños. Finalmente, el capítulo refleja la problemática enfrentada por las compañías de seguros, dada por el surgimiento de leyes protectoras del medio ambiente, a la hora de tener que responder civilmente por daños ocasionados mediante contaminación.

El capítulo es importante puesto a que demuestra que la presencia de una normativa ambiental protectora del medio ambiente, daría lugar a más escenarios de responsabilidad, implicando cuantiosas indemnizaciones que las compañías no están en condiciones de pagar.

No sólo ello, la experiencia de Estados Unidos es argumento para prevenir problemas de similar naturaleza en Chile en caso de que no se modifique la oferta presentada por los seguros que abordan esta materia. Como se verá en el capítulo siguiente, Chile ofrece solo dos cláusulas adicionales al seguro de responsabilidad civil general, que trata de hacerse cargo la responsabilidad por contaminación. Si bien existen cláusulas adicionales, son confusas y pueden presentar las mismas problemáticas que se dieron hace años atrás en Estados Unidos en cuanto a si era o no efectivo el seguro bajo ciertos supuestos.

A pesar de ser los escenarios diametralmente opuestos, ya que Chile opta por aumentar la cobertura al seguro de responsabilidad Civil general, y Estados Unidos opta por quitar la cobertura por medio de la cláusula de exclusión total de daño por contaminación, sostenemos que ninguno de los dos caminos es viable. La solución es el seguro destinado únicamente a la responsabilidad civil por contaminación, y evitar la problemática presentada por un seguro lleno de exclusiones que impide ver lo más importante, la inclusión del riesgo, cuestión permitida por un seguro destinado al efecto, el seguro de responsabilidad civil por contaminación.

B.- Origen de la cláusula de exclusión total de daño por contaminación

Una elaborada discusión se ha sostenido en torno a la extensión de esta cláusula en los tribunales norteamericanos, existiendo variados argumentos en relación al verdadero alcance de la cláusula. Por un lado están aquellos que sostienen que la cláusula es sumamente extensa y que por tanto el seguro en ningún caso responde por daños causados a terceros por medio de la contaminación, y por el otro ciertos sectores son reacios a tolerar esta postura debido a que entonces se perdería el sentido de un seguro de responsabilidad civil y correspondería responder por ciertos tipos de contaminación.

En un principio, antes de 1966, el seguro de responsabilidad civil general de empresa, CGL, ofrecía cobertura por accidentes que causaban daños corporales o a la propiedad de un tercero. Sin embargo, el término accidente no venía definido en la póliza, por tanto se le había dado una interpretación de tal forma que englobaba como accidentes aquellos daños ocasionado por medio de la contaminación. La ausencia de definición dio lugar a que en 1966 las compañías de seguros se juntaran y cambiaran "accidente" por "ocurrencia", definiéndola como "un accidente, incluyendo la exposición perjudicial a condiciones, que resulten, durante el período de la póliza, en daño corporal y a la propiedad que no fue esperado ni planeado desde el punto de vista del asegurado".²⁴

A pesar de este cambio terminológico, las cortes seguían considerando aquellos daños ocasionados por medio de la contaminación como cubiertos por el CGL. Paralelamente, en Estados Unidos, se modificó el Acta de Aire Limpio (Clean Air Act), imponiendo ciertas obligaciones que buscaban mejorar las condiciones del medio ambiente.²⁵ A comienzos de los ochenta, se promulgó la Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental, CERCLA, que trajo consigo la creación de una serie de órganos especializados en el resguardo del medio ambiente y también la creación de un fondo para implementar los planes de descontaminación (*Superfund*).

Dentro de los nuevos órganos se encuentra la EPA que organiza los planes de descontaminación y es autorizada para ejercer acciones contra las PRP`s, que son los "propietarios actuales o pasados de los sitios generadores de contaminación o contaminados".²⁶

Uno de los cambios radicales que trajo esta norma y que transformó el sistema asegurador hasta la fecha, fue la creación de un sistema de responsabilidad objetiva por daño al medio ambiente. Esto debido a que hasta antes de la implementación de esta ley las pólizas aseguraban responsabilidades civiles generales causadas específicamente por accidentes, pero no preveían cobertura para garantizar la contaminación gradual, u otros tipos de daños reconocidos por la nueva Ley. En este contexto, la EPA comienza a accionar contra los PRP`s quienes recurrían sin vacilar a las aseguradoras, no encontrándose éstas preparadas para cubrir las multas o compensaciones que exigía la autoridad.

24 KENNETH S, Abraham, Insurance Law and regulation, Foundation Press, New York, 2000, pg. 479.

25 Ibid.

26 PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco A. Algunas Consideraciones en Torno al Seguro Ambiental: Panorama Comparado y Situación Dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental Vigente en Chile. Rev. derecho (Valdivia). [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. [fecha de consulta: 15 de marzo de 2010]

C.- Sentido de la cláusula de exclusión total de daño por contaminación

El nacimiento de este tipo de normativas preocupadas del medio ambiente provocó inquietud entre las compañías de seguros, ya que según las pólizas basadas en la ocurrencia de siniestros, las pólizas de responsabilidad civil habituales (CGL) tendrían que cubrir por daños a terceros derivados de perjuicios al medio ambiente, que no habían sido considerados en el cálculo de las primas.

Producto de este paulatino aumento de demandas, nace la cláusula de exclusión por contaminación en el CGL, "previando un inminente aumento en reclamos por pérdidas por daño ambiental, y concientes de la amplia cobertura de daño por contaminación de la póliza (CGL), la industria aseguradora comenzó en 1970 la creación y regulación de una cláusula de exclusión de daño por contaminación".²⁷ Finalmente luego de la introducción de diversas cláusulas que buscaban excluir este tipo de daños surge, en 1985, la cláusula de exclusión total de daño por contaminación (*absolute pollution exclusion*).

Si bien existe una cláusula que excluye este tipo de daños en el seguro de responsabilidad civil general (CGL), aún existe contienda acerca del alcance de esta cláusula. Desde una perspectiva se argumenta con fundamentos históricos y prácticos en cuanto a la cláusula, afirmando que ésta no fue creada para excluir de la cobertura todo tipo de daños ocasionados a terceros por medio de la contaminación, y prácticos por cuanto de interpretarse así, entonces se perdería la finalidad del seguro de cobertura general. Al otro lado de la trinchera, nos encontramos con un asegurador más bien exégeta, que basándose en el lenguaje de la cláusula se rehúsa a cubrir.²⁸ La situación sería más simple si no cons-

27 Corte Suprema de New Jersey. Citada en: KENNETH S, Abraham. Op. Cit. pg. 479.

28 En *American State Insurance Co. v. Koloms*. Citada en: Kenneth S, Abraham. Op. Cit. pg. 472. El 17 de Septiembre de 1990 la caldera de un centro comercial emitió monóxido de carbono causando daño a la gente que trabajaba en el edificio, producto de haber inhalado estos gases tóxicos. En vista de ello, procedieron a demandar al dueño del edificio alegando que la causa de su enfermedad había sido el gas originado por la falta de mantenimiento de la caldera. Frente a las quejas, los dueños del departamento hicieron uso de su seguro de responsabilidad civil (CGL) y se comunicaron con la aseguradora. La solicitud del asegurado fue rechazada por la aseguradora ya que según ésta, gracias a la cláusula de exclusión de daños por contaminación, estaba exenta de la obligación de indemnizar. La exclusión de la póliza de seguro afirmaba que el seguro no sería aplicable a: "Daño corporal o a la propiedad proveniente de la descarga, dispersión, liberación o escape de contaminantes efectiva, presunta o por la amenaza de ella: A) En o desde recintos que posee arriendo u ocupa....", definiendo contaminante como: "cualquier sólido, líquido, gas irritante térmico o contaminante, incluyendo humo, vapor, hollín, gases, ácido, alkali, químicos y basura". El argumento de la aseguradora se basaba principalmente en la definición de "contaminante" en la cláusula de exclusión, ya que ésta englobaba perfectamente al monóxido de carbono "...de acuerdo a su significado directo, la emisión de monóxido de carbono constituye la liberación de un gas irritante o contaminante". El asegurado, en cambio, sostuvo que la exclusión de la póliza de seguro (CGL) era ambigua, siendo la exclusión aplicable a aquellos daños ocasionados por contaminación a nivel industrial, es decir a gran escala. Según el asegurado tanto la cláusula original de

taran ambas partes con una extensa jurisprudencia a lo largo del país que aún no ha sido capaz de uniformar un criterio. Debido a la discusión expuesta, las compañías de seguros, para evitar problemas, afinaron el lenguaje de las pólizas indicando específicamente la cobertura en los casos relativos a la contaminación. Una cláusula de exclusión sensible a esta problemática indica:

“Daño corporal o a la propiedad proveniente de la descarga, dispersión.... de contaminantes ya sea efectiva, presunta o su amenaza:

a) En o desde cualquier recinto, sitio o localidad que es o era, en cualquier momento, poseída, ocupada, arrendada o prestada por cualquier asegurado. Sin embargo este párrafo no se aplica a:

i) Daño corporal si tiene lugar en un edificio y es causado por humo, gases, vapor hollín, proveniente del equipo utilizado para calefaccionar el edificio”²⁹

La elaboración de este tipo de cláusulas amaina la problemática, puesto a que indica claramente que no cubrirá los daños corporales o a la propiedad causados por la contaminación señalando las excepciones a la exclusión, que es lo que efectivamente reduce el problema.

De haber existido una cláusula como la expuesta más arriba, el caso citado se hubiese resuelto rápidamente, ya que la cláusula es clara al indicar que la exclusión no es aplicable a, en este caso, los daños provocados por el equipo para calentar el edificio. La cláusula de exclusión además se encarga de los daños provocados por líquidos utilizando la misma estructura que la ya expuesta: “En o desde cualquier recinto, sitio o ubicación en la cual cualquier asegurado, contratista o subcontratista trabajando directamente o en representación del asegurado que estén realizando operaciones si los contaminantes son ingresados al recinto, sitio o ubicación en conexión con tales operaciones por el asegurado, contratista o subcontratista. Sin embargo este subpárrafo no se aplica a:

exclusión de 1970 como la posterior de 1985 buscaban proteger a las aseguradoras de costos de limpieza ordenados por el estado. Pero en este caso los daños habían sido causados por materiales que no eran considerados como contaminación en el sentido tradicional. Además, en caso de extender el contenido de la exclusión a casos como éste, se anularía el sentido de la CGL. En definitiva, la cláusula según el asegurado ha de tener un alcance limitado ya que su origen histórico fue exclusivamente para resguardar a las aseguradoras de tener que lidiar con cuantiosas indemnizaciones por contaminación medio ambiental.

El caso en análisis fue resuelto a favor del asegurado. La corte tomó la decisión fundándose primordialmente en la historia de la cláusula cuyo origen no fue excluir todo tipo de daños ocasionados por medio de la contaminación, sino más bien aquellos daños ocasionados por contaminación tradicional concluyendo que la liberación accidental de monóxido de carbono no constituía el tipo de contaminación ambiental contemplada en la cláusula.

29 Ejemplo de póliza CGL en KENNETH S, Abraham. Op. Cit. p. 396.

- i) Daño corporal o a la propiedad proveniente del escape de combustibles, lubricantes, u otros líquidos necesarios para realizar las funciones eléctricas, hidráulicas o mecánicas normales....”³⁰

Este tipo de cláusulas específicas determinan la excepción a la exclusión, es decir por aquellos casos en que a pesar de haber sido causado el daño por medio de contaminantes la compañía sí va a responder. Este avance en la especificación de las cláusulas de exclusión ha evitado conflictos en relación a la cobertura, permitiendo que el asegurado a la hora de contratar en vez de hacer uso de un CGL, utilice un seguro cuya función es específicamente el daño ambiental como son los EIL. En definitiva el CGL no está diseñado para cubrir los daños por contaminación en general, pero sí puede responder en ciertos casos por daños a terceros que serían las excepciones a la cláusula de exclusión por contaminación.

Como bien se pudo apreciar a lo largo de este capítulo la posibilidad de que un seguro de responsabilidad civil general se hiciera cargo de daños por contaminación es fruto de conflicto. Si bien se lograron desarrollar cláusulas que zanjaran los problemas relativos al alcance de ésta, el mayor logro de la problemática fue el nacimiento de los seguros destinados únicamente a cubrir la responsabilidad civil por daño ambiental.

La acalorada discusión en cuanto a la cobertura y la aplicabilidad de esta cláusula debido a su naturaleza, creemos que se librará en Chile de no existir una modificación a la situación actual. Chile en materia de seguros de responsabilidad civil por daño ambiental ofrece dos cláusulas adicionales cuyo motor fue dar cobertura a esta materia. Si bien esa fue la intención, creemos que su naturaleza dará pie a la misma discusión de Estados Unidos puesto a que, paradójicamente, se asimila más a la cláusula de exclusión total de daño por contaminación que a una verdadera cláusula adicional. Por tanto, la relevancia de apuntar la evolución y la situación hoy en día en Estados Unidos, está en prevenir que una cláusula adicional, en vez de un genuino seguro de responsabilidad civil por daño ambiental, se haga cargo de esta materia y así evitar la problemática respecto de la cobertura.

30 Ibid.

IV.- COBERTURA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN CHILE

En Chile la temática de protección medio ambiental no había tomado lugar sino hasta la entrada en vigencia de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, es por ello que el camino hacia los seguros de Responsabilidad Civil por Daño Ambiental recién comienza. A continuación se hará un análisis de la situación actual en la materia, los seguros disponibles y la cobertura de seguros por daño medio ambiental como de responsabilidad civil por daño ambiental.

A.- Materia Asegurada

La Ley N° 19.300 establece en su artículo 10 una serie de actividades susceptibles de producir un impacto medio ambiental que deberán, debido a sus características, someterse a un control de impacto ambiental obligatorio. El titular del proyecto o actividad, para poder dar inicio a ésta, en análisis por el SEIA, deberá presentar un estudio de impacto ambiental. En caso de que el titular requiera comenzar la actividad sin tener que esperar la evaluación del estudio, podrá hacerlo siempre que presente una póliza de seguro que cubra el riesgo por daño al medio ambiente (Art. 15 Ley N° 19.300). Esta autorización provisoria es un acto administrativo dictado por la autoridad ambiental que esté conociendo el Estudio de Impacto Ambiental determinado.³¹

Para lograr esta autorización el titular deberá elevar una solicitud de autorización provisoria (SAP) con una serie de requisitos siendo uno de ellos la póliza de seguros, entendida en este caso por el profesor Eduardo Astorga como "...una figura sui generis, que transgrediendo el principio preventivo tiene por finalidad habilitar al titular para dar comienzo a la ejecución, sin que la evaluación haya terminado su calificación mediante una resolución administrativa".³²

El seguro solicitado, es un seguro de garantía cuya finalidad es asegurar la reparación del medio ambiente "...la póliza garantiza, hasta el monto asegurado, el fiel cumplimiento por parte del afianzado de su obligación de reparar el daño al medio ambiente.....".³³

La cobertura ofrecida por este seguro de garantía obligatorio es bastante reducida debido a que se extiende solo a aquellas actividades

31 PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco A., Op. Cit.

32 ASTORGA JORQUERA, Eduardo., Derecho Ambiental Chileno Parte General, Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 163.

33 Artículo 109, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Texto refundido fijado por el artículo N°2 del D.S. N°95 de 2001, de MINSEGPRES.

comprendidas en la SAP. Por lo tanto, el seguro no sería aplicable a daños provocados por actividades que no digan relación con la solicitud de autorización, "Si se presentare otro tipo de eventualidades dañosas o catastróficas, escaparían del sistema cubierto por la póliza y se cubrirían por el sistema extracontractual contenido en la Ley (acción ambiental) o en derecho común (indemnización de perjuicios) con algunos efectos de sanciones administrativas. En definitiva la compañía aseguradora respalda hasta el monto de los daños previstos en la SAP....".³⁴

B.- Delimitación temporal

La delimitación temporal se extiende por 120 días, que es el tiempo estipulado para que la administración se manifieste acerca del estudio de impacto ambiental; en caso de que este período se extienda, la cobertura temporal se extenderá por el mismo tiempo. La suspensión de los 120 días, hará que la cobertura también se mantenga vigente por este período.³⁵ La normativa también reconoce un período extraordinario de cobertura en su artículo 109 letra b, en el que indica que el plazo para denunciar el hecho dañoso "no podrá ser inferior a seis (6) meses contados desde que expire la vigencia de la póliza", según esto se podría dar a entender que la cobertura se extiende a hechos que se pueden revelar con posterioridad al término de vigencia de la póliza.³⁶

El seguro que reconoce y que en ciertos casos exige la Ley es un seguro de garantía, que asegura el pago de los daños ocurridos antes de que se apruebe el informe. No es por tanto un seguro de responsabilidad civil, sino más bien un seguro de garantía por daño ambiental derivado de la actividad que esté en análisis y que es autorizada por medio de la autorización provisoria.

La naturaleza del denominado seguro ambiental nos permite concluir que en rigor éste no es un seguro ambiental ya que busca tan solo garantizar que en caso de daños al medio ambiente, durante la evaluación del proyecto, se pague a la administración. Lo antedicho se puede concluir debido a la cobertura temporal y a que los daños que este seguro cubre se limitan a aquellos derivados exclusivamente de la actividad autorizada por la autorización provisional.

C.- Cobertura de responsabilidad civil por contaminación

La responsabilidad civil derivada de daños por contaminación puede ser cubierta por medio de cláusulas adicionales a los seguros de respon-

34 ASTORGA JORQUERA, Eduardo, Op. Cit., p.163

35 Artículo 109 letra f. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

36 PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco A. Op. Cit.

sabilidad civil general, ya que el mercado de seguros chileno no contempla pólizas de seguros destinados a la cobertura de responsabilidad civil por contaminación.

Actualmente existen dos pólizas de seguros de responsabilidad civil general (POL 197008³⁷ y POL 191086³⁸ modificada por res .044 de 27.03.92.) que poseen dos cláusulas adicionales (CAD197009³⁹ y CAD197010⁴⁰). Las dos pólizas de responsabilidad civil poseen exclusiones en materia de contaminación. Como vemos estas exclusiones no serían problemáticas gracias a sus respectivas cláusulas adicionales que analizaremos más adelante.

La póliza POL 197008, en su artículo tercero numera todos aquellos riesgos que son excluidos de la cobertura de la póliza. En el número 3.11 comienza con la exclusión en materia de contaminación indicando que no serán cubiertas:

- “3.11 *Lesiones corporales o daños a cosas causados por la acción progresiva o gradual de vibraciones, humo, polvo, hollín, vapor u otros fenómenos similares sin perjuicio de la exclusión 3.12 siguiente.*
- 3.12 *La responsabilidad por lesiones corporales o daños a cosas causados, directa o indirectamente, por cualquier perturbación del estado natural del aire, de las aguas, sean terrestres, marítimas o subterráneas, del suelo, del subsuelo y, en general, del medio ambiente, tales como las provocadas por:*
- 3.12.1 *Emisiones, vertidos, inyecciones, depósitos, fugas, descargas, escapes, derrames o filtraciones de agentes contaminantes*
- 3.12.2 *Radiaciones, ruidos, vibraciones, olores, calor, modificaciones de la temperatura, campos electromagnéticos o cualquier otro tipo de ondas.*
- 3.12.3 *Humos tóxicos o contaminantes originados por incendio o explosión.*
- 3.12.4 *y en general cualquier responsabilidad causada por agentes contaminantes o que se traduzca en una contaminación del medio ambiente”.*

Bien se puede apreciar que la póliza es precavida para evitar cubrir daños ocasionados por medio de la contaminación, prueba expresa de

37 POL 197008. Res. 211 del 17/07/1997. Asociación de Aseguradores de Chile A.G. Póliza de Responsabilidad Civil.

38 POL 191086 Res. 236 del 31/12/1991. Compañía de Seguros Generales Euroamérica S.A. Póliza de responsabilidad civil. Modificada por Res. N44 de 27/03/1992.

39 CAD 197009. Res. 211 del 17/07/1997. Asociación de Aseguradores de Chile A.G. Cobertura de responsabilidad Civil por contaminación, adicional a Póliza de responsabilidad civil POL 197008.

40 CAD 197010. Res.211 del 17/07/1997. Asociación de Aseguradores de Chile A.G. Cobertura de responsabilidad civil por contaminación asimilada N.M.A. 1685. Lloyd's Non Marine Association.

ello es el número 3.12.4 que excluye todo tipo de contaminación causada por agentes contaminantes. La cláusula de exclusión es total y no reconoce excepciones como la cláusula de exclusión total de daño por contaminación en el CGL, donde si bien se excluía la cobertura por contaminación se hacían excepciones a ella limitando por tanto el alcance de la exclusión.

En Chile la estrategia fue distinta ya que se optó por elaborar una cláusula adicional a este seguro para dar cobertura a este tipo de daños. Es el caso de la cláusula adicional 197010, poseedora de sólo dos incisos, en la que se hace alusión justamente al artículo 3 número doce indicando que sí cubrirá en aquellos casos en que la polución haya ocurrido en forma inesperada y de forma repentina, "se deja constancia que tal exclusión no será aplicable a las lesiones corporales ni a daños materiales a las cosas cuando la filtración, polución o contaminación sea causada por un suceso repentino, no intencionado e inesperado ocurrido durante la vigencia de este seguro".⁴¹

La idea de la cláusula adicional es extender la cobertura en la póliza de responsabilidad civil general a aquellos casos en que exista responsabilidad derivada por contaminación.

La cláusula adicional 197009, más extensa y compleja que la 197010 comienza enumerando las condiciones que se tienen que dar para que opere el seguro.⁴²

Las condiciones requeridas son bastante específicas y restringen el alcance de la cobertura en relación al hecho y a su lugar de ocurrencia, siendo éste accidental y aleatorio y que se genere la contaminación en el lugar acordado, que no sea consecuencia de los procesos y que sea ajeno a la voluntad y previsión del asegurado, previniendo dolo e incentivando acciones de prevención del asegurado.

Merece especial atención, por su carácter limitativo, la letra e) en relación al período de manifestación. Como indica la letra, la manifestación ha de darse dentro de 72 horas, excluyendo todas aquellas manifestaciones tardías, que en materia medioambiental pueden darse.

41 CAD 197010. Res.211 del 17/07/1997. Asociación de Aseguradores de Chile A.G. Cobertura de responsabilidad civil por contaminación asimilada N.M.A. 1685. Lloyd's Non Marine Association.

42 Estas son: a) Que el hecho generador de la contaminación ocurra en la ubicación indicada en las Condiciones Particulares; b) Que se trate de un hecho accidental, aleatorio y de carácter extraordinario; c) Que el hecho no sea una consecuencia normal de los procesos que se desarrollan en la instalación asegurada; d) Que el hecho generador sea ajeno a la voluntad y previsión del asegurado; y e) Que los efectos perjudiciales al Medio Ambiente se manifiesten en forma repentina o concomitante, esto es, que sus signos, manifestaciones o indicios se produzcan por primera vez dentro de las 72 horas siguientes al comienzo de la emisión, vertido, inyección, depósito, descarga, escape, derrame, o filtración del agente contaminante.

La condición en análisis poco precisa al no considerar todos aquellos proyectos o actividades nuevos en los que se trabaja con elementos poco estudiados y por tanto de efectos desconocidos. Si el hecho no va a ser consecuencia normal de los procesos, pues entonces cómo saber el tiempo en que tomaría la manifestación de los efectos contaminantes.

La cobertura temporal también exige una serie de requisitos.⁴³ Se establece la cobertura indicándose cuando debe haber ocurrido el acontecimiento, la manifestación y la reclamación. Como vemos la cobertura ya viene condicionada puesto a que no admite acontecimientos con anterioridad a la vigencia del seguro, cuestión un tanto problemática ya que en materia de contaminación pueden darse supuestos en que no se sepa ni se esperen futuras manifestaciones contaminantes. Las primeras dos letras, como podemos notar, más que adicionar supuestos y aportar a una efectiva cobertura, ya son restrictivas.

Finalmente la cláusula adicional 197009 en su artículo tercero expone una serie de exclusiones a la cobertura adicionada, lo cual parece bizarro puesto a que esta cláusula adicional nace producto del excesivo nivel de exclusión existente en el seguro de responsabilidad civil. La cláusula comprende 13 números siendo algunos bastante amplios impidiendo a ciertos mercados la posibilidad de hacer uso de un seguro de responsabilidad civil.

Este adicional no cubre:

“3.1 Responsabilidades por daños y perjuicios:

- a) *que tengan el carácter de ciertos o de previsible ocurrencia en la actividad llevada a cabo en la instalación asegurada, así como los originados en defectos conocidos;*
- b) *originados por la mala utilización consciente o bien por falta o defecto de mantenimiento, reposición o reparación de las instalaciones, sus partes integrantes y elementos de las mismas; y*

43 En su número 2.1. se señala que la cobertura solamente amparará aquellos siniestros que cumplan las siguientes condiciones:

- a) El acontecimiento causante de la contaminación no debe haberse originado con anterioridad a la fecha de vigencia del seguro.
- b) La primera manifestación constatable de la contaminación ha de registrarse dentro del período de vigencia del seguro.
- c) La reclamación de los perjudicados por el resarcimiento de los daños ha de formularse durante el período de vigencia de la póliza o bien dentro del plazo de dos años a contar desde la extinción del contrato de seguro.

Por consiguiente, no estarán cubiertas las responsabilidades :

- Que tengan su origen en acontecimientos o circunstancias sobrevenidos con anterioridad a la fecha de vigencia de la póliza.
- Que resulten de supuestos de contaminación manifestados por primera vez con anterioridad a la vigencia de la póliza o bien con posterioridad a la fecha de extinción del contrato de seguro.
- Que sean declaradas con ocasión de reclamaciones formuladas después de transcurridos dos años a contar desde la fecha de extinción del contrato de seguros.

- c) *resultantes del incumplimiento por parte del Asegurado de su obligación de evitarlos, por conocer la existencia de un hecho capaz de originar contaminación.*
- 3.2 *Responsabilidades por daños causados a cualesquiera bienes, muebles o inmuebles, que sean actualmente o hayan sido poseídos, ocupados, arrendados o utilizados por el Asegurado, o que estén o hayan estado bajo cuidado, custodia o control a cualquier título.*
- 3.3 *Responsabilidades por la producción, manipulación, preparación, tratamiento, transporte, almacenaje, eliminación o gestión de residuos tóxicos y peligrosos.*
- 3.4 *Responsabilidades por daños resultantes de la normal explotación de la instalación asegurada, que no sean originados por un hecho accidental, aleatorio y extraordinario, así como los que se deriven de emisiones o vertidos que se encuentren dentro de los niveles máximos permitidos por la autoridad en el momento en que se produjeren.*
- 3.5 *Responsabilidades por daños genéticos causados a personas, animales o plantas, o bien los originados por la utilización de organismos genéticamente modificados.*
- 3.6 *Responsabilidades por daños resultantes de la denominada lluvia ácida.*
- 3.7 *Daños causados por actividades desarrolladas fuera de las ubicaciones indicadas en las condiciones particulares.*
- 3.8 *Responsabilidades causadas por residuos, radiaciones, vibraciones, olores, campos electromagnéticos o cualquier tipo de ondas.*
- 3.9 *Reclamaciones por modificación de la capa freática, sobreexplotación de acuíferos o explotación ilegal de aguas.*
- 3.10 *Responsabilidades por daños causados:*
- a) *por los productos, materias o animales después de su entrega a terceros, tales como distribuidores, minoristas, consumidores o usuarios, o bien por su abandono, y*
 - b) *a los trabajadores del asegurado por agentes contaminantes.*
- 3.11 *Reclamaciones por daños a bienes naturales, físicos o nacionales de uso público, por falta de disfrute de un medio ambiente adecuado o bien aduciendo otro concepto que no sea el puro valor de reposición o reparación, atendiendo al procedimiento más viable en términos de costo- beneficio de conformidad al dictamen de peritos con respecto a la*

valorización de los bienes dañados y de los perjuicios realmente acreditados, según se definen en la póliza.

- 3.12 *Perjuicios que no sean consecuencia directa de los daños personales o materiales sufridos por el reclamante de dicha pérdida y cubiertos por este seguro.*
- 3.13 *Responsabilidades resultantes de una contaminación gradual, entendiéndose por tal aquella cuyos signos externos o indiciarios se perciban por primera vez después de 72 horas a contar desde el comienzo de la emisión, vertido, inyección, depósito, fuga, descarga, escape, derrame o filtración del agente contaminante”.*

De la sola lectura se puede notar el excesivo número de exclusiones siendo algunas de gran amplitud, o bien redactadas de manera poco específica, pudiendo traer conflictos a la hora de definir el alcance de la cobertura. Las exclusiones se encargan de reducir de manera tal la cobertura que quitan todo tipo de efectividad al seguro.

El fin del seguro es justamente poder responder en aquellos casos en que ha existido un error, ya sea de mantenimiento, bien de reparación, etc. Los seguros justamente se resguardan frente a la excesiva negligencia o bien del dolo, pero están dispuestos a responder frente a errores del asegurado, ya que es justamente por ello que existen los accidentes.

Lo expuesto refleja la reticencia por parte de las compañías aseguradoras a hacerse cargo frente a este tipo de problemáticas, obligando a aquellos que quieran asegurarse frente a riesgos de daños por contaminación utilizar otras formas que analizaremos más adelante.

De lo expuesto, no queda más que concluir que la cláusula adicional no es un aporte a la tranquilidad del asegurado ya que no lo protege frente a una serie de escenarios. Si bien fue redactada para aumentar el espectro de cobertura, de la lectura de ella es difícil determinar efectivamente qué es lo que cubre.

A pesar de que la cláusula adicional 197010 indica que cubrirá en caso de que “suceso repentino, no intencionado e inesperado”, en la cláusula 197009 inserta un límite temporal de 72 horas impidiendo la cobertura por contaminación gradual que es un tipo importante de contaminación existente. En definitiva la cláusula adicional es poco práctica ya que más que incluir, excluye, reflejando por tanto la nimia intención del sector asegurador de hacerse cargo de este tipo de riesgos.

Frente a este escenario lo más sensato sería elaborar un seguro destinado al efecto, cuya naturaleza sea compatible con la obligación de

hacerse cargo de este tipo de daños. El hecho de que el medio para causar el daño sea el medio ambiente implica un estudio mucho más acabado acerca de las condiciones que imperarán en la póliza de responsabilidad civil por daño al medio ambiente. Por tanto, una cláusula adicional a un seguro cuya especialidad no es directamente este tipo de cobertura, termina en un conglomerado de restricciones y condiciones que hacen difícil la interpretación y el conocimiento de qué es lo que efectivamente el seguro asegura.

Las cláusulas adicionales analizadas más arriba debiesen ser reemplazadas por seguros propiamente tales destinados a este tipo de cobertura. El ficticio (en Chile) seguro de responsabilidad civil por daño al medio ambiente debiese indicar las actividades dispuestas a cubrir que abordará, los casos frente a los cuales sí está en condiciones de responder y a su vez si dispondrá de respaldo por daños netamente ambientales.

Un seguro que parte indicando lo que va a cubrir y dando ciertos parámetros para la cobertura, genera un efecto de confianza y respaldo, a diferencia de aquel que comienza dando condiciones y un extenso listado de lo que no va a cubrir.

D.- Posibilidades para cubrir el riesgo de responsabilidad civil ambiental

Al estudiar las pólizas presentes hoy en día en materia de cobertura por responsabilidad civil por contaminación o bien por daño al medio ambiente, vimos que en Chile si bien existe cobertura por medio de la cláusula adicional, ésta es más bien engorrosa y carente de espíritu de cobertura. La cláusula, como pudimos ver, en vez de adicionar cobertura la excluía. Bajo este escenario poco favorable, haremos el intento de presentar una forma alternativa para cubrir los riesgos derivados del daño al medio ambiente sin tener que utilizar las condiciones generales ofrecidas por el mercado asegurador chileno.

1) Reaseguros

Una forma de llevar a cabo la cobertura de este tipo de riesgos será por medio de los reaseguros. El reaseguro es un contrato de seguros en el que actúan dos compañías aseguradoras; la primera asegura a un asegurado (aseguradora directa) y la segunda (reaseguradora) asegura a la aseguradora directa. En este contrato el riesgo es entonces "el nacimiento de una deuda en el patrimonio

del asegurador-reasegurado como consecuencia del cumplimiento del contrato de seguro celebrado por él con su asegurado”.⁴⁴

Esta es la noción tradicional del contrato de reaseguro, pero hoy existen figuras que derivan de la estructura base de este tipo de contrato que permitirán dar cobertura a los riesgos de responsabilidad ambiental, es el caso del “*fronting*”. Por medio de esta figura, la compañía aseguradora actúa tan solo como intermediario de la compañía reaseguradora quien es la que efectivamente estaría cubriendo los riesgos. Por tanto, por medio del *fronting*, una empresa chilena podría contratar con una aseguradora en Chile, que actúe como intermediario, “*fronting company*”, pero que derive los riesgos a una compañía en el extranjero que efectivamente se haga cargo de éstos.

Al parecer en el extranjero la toma de conciencia por el daño al medio ambiente, reflejada en la dura legislación de responsabilidad ambiental, ha sido más severa o a lo mejor más aplicada en la práctica, puesto a la amplia elaboración de seguros que se hacen cargo de esta materia.

La compañía de seguros canadiense Liberty Mutual Insurance Company, dentro de sus productos, ofrece pólizas relativas al daño ambiental. En una sección dedicada exclusivamente a la responsabilidad ambiental expone distintas coberturas. Entre ellas, ofrece cobertura de responsabilidad por contaminación, responsabilidad de contratistas por contaminación, contaminación derivada de servicios profesionales, y finalmente responsabilidad por daños a terceros derivada del almacenamiento en estanques. Todas las modalidades de cobertura se hacen cargo tanto de los daños provocados a terceros en su salud como en su propiedad, y también responden frente a los costos de reparación del medio ambiente, es decir de daño puramente ambiental.⁴⁵

Enviro Pro Uk, ofrece también cobertura relativa al medio ambiente. Dentro de ella, se ofrece cobertura por daños a terceros causados por la contaminación, costos de limpieza del medio dañado, contaminación por transporte y daño al medio ambiente histórico como nuevo, tanto accidental como gradual. Dentro de las exclusiones se encuentran las penas y multas, daño intencional y de conocimiento previo.⁴⁶

44 SANCHES CALERO, Fernando y otros., Ley de contrato de seguro, Aranzadi, 3ª edic., Navarra, 2005, p. 1589.

45 LIBERTY MUTUAL INSURANCE COMPANY [En línea] <http://www.liucanada.com> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2010].

46 AIG U.K. [En línea] http://www.aiguk.co.uk/EnviroPro-UK_354_73270.html [fecha de consulta: 15 de marzo de 2010].

La compañía de seguros Zurich, también brinda una amplia gama de seguros relativos al medio ambiente. Entre los distintos tipos de cobertura se encuentra el EIL destinado a cubrir aquellos daños corporales, a la propiedad y los costos de limpieza, alegados por terceros. Dentro del tipo de entidades que utilizan este seguro se encuentran, entre otros, colegios, universidades, minas y laboratorios. Esta aseguradora, también ofrece seguros por los daños ocasionados en la prestación de servicios profesionales, por actos, omisiones o errores durante la prestación de éstos, sin perjuicio de diversos otros seguros relativos a la responsabilidad ambiental.⁴⁷

Finalmente, entre otras compañías, Mapfre también tiene pólizas al efecto que cubren indemnizaciones y reparaciones del daño a los elementos naturales, como personales, y a su vez la reparación por los daños materiales.⁴⁸

El mercado asegurador fuera de Chile ofrece seguros destinados específicamente a cubrir los riesgos en materia de responsabilidad civil ambiental, sin utilizar seguros de responsabilidad civil general. De esto se puede concluir un mayor avance en la materia.

Como pudimos ver, una de las formas de asegurarse frente al riesgo que es materia de este trabajo es por medio del reaseguro, gracias a la existencia de seguros en el extranjero que están diseñados para abordar estas materias. Otra forma de asegurarse será directamente en el mercado transfronterizo, punto que analizaremos en el apartado siguiente.

2) Contratación de seguros en el extranjero

Otra forma que haría posible llevar a cabo la cobertura de este tipo de daños, ambientales como de contaminación, es por medio de la contratación de seguros en el extranjero reconocida en el D.F.L. N° 251 de 1931. Este cuerpo legal en su artículo cuarto inciso primero indica que sólo podrán asegurar riesgos en Chile las compañías de seguros que sean sociedades anónimas Nacionales. La excepción a esta regla viene dada en el inciso segundo, recientemente modificado por la Ley de Mercado de Capitales II, donde afirma y admite la contratación de seguros con compañías de origen extranjero, siempre que Chile mantenga vigente "un tra-

47 ZURICH N.A. [En línea] http://www.zurichna.com/environmental_liability_insurance.htm [fecha de consulta: 15 de marzo de 2010].

48 MAPFRE SEGUROS [En línea] <http://www.mapfre.com/seguros/es/empresas/productos/seguros-responsabilidad-civil-contaminacion.shtml> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2010].

tado internacional en el que se haya permitido la contratación de seguros de transporte marítimo internacional, aviación comercial internacional y mercancías de tránsito de ese país...”.

A su vez, la Ley indica en su artículo cuarto inciso tercero, que cualquier persona jurídica o natural podrá contratar con el extranjero, libremente, cualquier clase de seguros salvo aquellos de carácter obligatorio.

No es difícil apreciar la característica flexibilidad de la Ley en cuanto a la contratación de seguros fuera del país. Por tanto, al no existir dentro, habrá que buscar fuera las fórmulas existentes para cubrir los riesgos que hemos tratado a lo largo de este trabajo.

V.- CONCLUSIÓN

La conciencia por el medio ambiente ha llevado a una serie de países a elaborar legislaciones ambientales que indican los diversos tipos de daños y los regímenes de responsabilidad. A consecuencia de ello, se han creado seguros destinados a resguardar las posibles responsabilidades. En Chile, si bien se han creado normas cuyo objeto es el medio ambiente, no se ha dado el paso siguiente, es decir, a los seguros. Hoy no existe en Chile una póliza de seguros de responsabilidad civil ambiental que busque directamente respaldar estos riesgos. Existen tan solo dos cláusulas adicionales a un seguro de responsabilidad civil general, que como vimos a lo largo del trabajo, no demuestra un interés en asumir este tipo de riesgos.

En vistas de ello, la contratación ha de ser en el extranjero, por medio de un reaseguro, o bien se debe crear una póliza de similares características a las que existen afuera. Las pólizas existentes hoy en el extranjero buscan asumir estos riesgos indicando expresamente las materias que están dispuestas a cubrir y bajo que condiciones. Si la situación en Chile, en materia de oferta de seguros de responsabilidad civil ambiental, no sufre una modificación sustancial, existirán similares consecuencias a las ocurridas en Estados Unidos en relación al seguro CGL. Existirá discusión acerca de la cobertura, debido a que la cláusula contiene muchas exclusiones, y finalmente la contienda se habrá de resolver en tribunales, perdiendo la finalidad del seguro, cubrir determinados riesgos.

Chile presenta cierto retraso en materia de seguros de responsabilidad civil por daño al medio ambiente, al igual que antes en materia de

legislación ambiental en comparación con el extranjero. Pero así como logró hacerse cargo, en los últimos años, de elaborar una legislación ambiental, es de esperar que lo haga respecto al desarrollo de la cobertura de seguros por responsabilidad civil ambiental.

TRIBUTOS AMBIENTALES PARA PROMOVER LA CALIDAD DE LAS AGUAS

FUNDAMENTOS PARA SU APLICACIÓN Y PRESUPUESTOS PARA SU EXISTENCIA

José Ignacio Saavedra Cruz*

Paula Madariaga Leiva**

I.- INTRODUCCIÓN

El agua es un recurso natural, único, finito e indispensable para todo organismo viviente y para la mayoría de las actividades económicas y productivas del hombre.¹ Por lo mismo, el cuidado y la gestión de las aguas debiera ser una prioridad en toda sociedad, ya que, de ella depende no sólo el bienestar material y espiritual de las personas, sino que además la propia subsistencia del ser humano.

Sin embargo, la realidad demuestra que la disponibilidad y la calidad de las aguas se han visto afectadas negativamente principalmente por factores de origen antrópico, en especial producto del desarrollo de actividades económicas que presionan continuamente los recursos hídricos, mediante la sobreexplotación y la contaminación, hasta llegar a niveles en que la naturaleza no es capaz de regenerar y depurar sus componentes por sí sola.

En Chile, el acelerado crecimiento económico y demográfico experimentado en las últimas décadas ha provocado una creciente utilización de las aguas para distintos fines, con la consecuente disminución de la oferta natural de agua y el deterioro progresivo de la calidad de los principales cursos de aguas, en especial de tipo superficial.²

* Abogado, Universidad de Chile. Magíster (c) en Derecho, mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Ayudante de Derecho del Medio Ambiente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

** Abogado, Universidad de Chile. Magíster (c) en Derecho Tributario, Universidad de Chile. Ayudante de Clínica Jurídica Tributaria, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1 BARQUEA Roxana, LARRAÍN Sara; POLANCO Rodrigo y URQUIDI Juan Carlos, "Glaciares Chilenos. Reservas Estratégicas de Agua Dulce para la Sociedad, los Ecosistemas y la Economía", Programa Chile Sustentable y Sociedad Nacional de Agricultura, Chile, 2006, página 11.

2 URRUTIA Ignacio, Gestión Pública de Recursos Hídricos: Normas de Calidad de Agua. En: Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 2006, página 235.

Si bien la cantidad y la calidad de las aguas están íntimamente relacionadas, en este trabajo sólo nos abocaremos al problema del deterioro de la calidad de las aguas terrestres,³ no sólo por razones de tiempo y extensión, sino además debido a que el tema de disponibilidad de las aguas ya ha sido tratado en trabajos anteriores.⁴ Cabe hacer presente que este trabajo no está orientado al problema de la contaminación de las aguas marítimas, puesto que, por sus características propias merece un estudio aparte.⁵ No obstante, es preciso señalar que la calidad de las aguas terrestres afecta indefectiblemente la calidad de las aguas marítimas, debido al desemboque de los sistemas fluviales en el océano.

Si bien, en los últimos años en nuestro país se ha avanzado considerablemente en el tratamiento de las aguas residuales urbanas,⁶ aún existen serios problemas de calidad de las aguas en lagos, ríos y aguas costeras principalmente producto del vertimiento de residuos industriales, mineros, forestales y de otras fuentes difusas, como la agricultura intensiva y la acuicultura.

La situación es distinta a lo largo del país, tanto respecto de la disponibilidad del recurso hídrico como de las sustancias contaminantes que lo degradan, por lo cual como se plantea a lo largo de este trabajo, se requieren instrumentos regulatorios flexibles, que se puedan adecuar a las distintas realidades.

En el norte, existen altas concentraciones de metales pesados mineros. En la zona central, los contaminantes se componen principalmente de productos químicos (fertilizantes y pesticidas) producto de la agricultura

3 Según el artículo 1 del Código de Aguas, las aguas se dividen en marítimas y terrestres, aplicándose dicho cuerpo normativo sólo a las aguas terrestres. El artículo 2 dispone que las aguas terrestres son superficiales o subterráneas, siendo las primeras aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y, las segundas, las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.

4 Véase: SAAVEDRA José Ignacio. "Las Aguas como Bien Nacional de Uso Público: Bases para un cambio regulatorio que promueva un uso sustentable", en Justicia Ambiental-Revista de Derecho Ambiental de Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), N° 1, 2009, Chile.

5 La contaminación de las aguas marítimas tiene fuentes que se diferencian respecto de la contaminación de las aguas continentales, como por ejemplo, la contaminación por hidrocarburos producida por la navegación. "En el caso de Chile, se debe mencionar además el importante papel que cumple el océano como receptor de contaminantes, ya que recibe, sin intervención de los sistemas fluviales, aproximadamente un 25% de los residuos domésticos, prácticamente el 100% de los residuos industriales líquidos (RIL) de la industria pesquera y otras descargas industriales de ciudades del norte del país, de Valparaíso y Viña del Mar, y de la zona de Concepción". SALAZAR Carlos. Reporte de Investigación: Situación del los Recursos Hídricos en Chile, 2003, página 69. [En línea] <http://www.thirdworldcentre.org> [fecha de consulta: 30 de enero de 2010]

6 Según lo informa la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la cobertura nacional de tratamiento de aguas servidas, al año 2008, era de un 82,6%. [En línea] <http://www.siss.cl/articulo-3683.html> [fecha de consulta: 1 de abril de 2010]

ra. En el sur, existe presencia de químicos y desechos orgánicos provenientes de la acuicultura y la industria forestal.⁷

Frente al problema de la contaminación, la política ambiental pasa a ser la respuesta para revertir o para impedir que se llegue a ella. En este ámbito, los instrumentos de gestión ambiental surgen como las herramientas que tiene el tomador de decisión para alterar los procesos sociales (técnicos, económicos, legales, culturales, etc.) de manera tal de cumplir con los objetivos de la política.⁸

La necesidad de adoptar medidas para proteger el recurso hídrico, se reconoció en la "Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable",⁹ partiendo de la base de que el recurso agua, en calidad y cantidad adecuada, constituye un elemento esencial del medio ambiente, y, a la vez, un prerequisite fundamental para el desarrollo sustentable.¹⁰

En este sentido, aún cuando la Administración Pública cuenta con amplia gama de posibilidades orientadas a corregir el comportamiento individual de los distintos agentes del deterioro ambiental,¹¹ en nuestro país la política ambiental se ha plasmada casi por completo en la sola

- 7 OCDE, (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos) y CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), Evaluaciones del Desempeño Ambiental, 2005, Chile, página 69. La situación producida en el norte del país por el mal manejo de los residuos ha significado una situación de riesgo permanente tanto para el entorno natural como para la salud de las personas -especialmente las poblaciones aymará, atacameña y comunidades campesinas, ubicadas en la cabecera de los ríos o alrededor de las cuencas donde se desarrolla la actividad minera. Se han suscitado problemas graves en Copiapó, río Elqui, Chañaral y la zona del Aconcagua. Las cuencas hidrográficas más afectadas son las de menor caudal y, por lo tanto, con menos capacidad de autopurificación, características que corresponden a la zona comprendida desde el extremo Norte hasta la Región Metropolitana. Esta situación se agrava debido a la escasa disponibilidad del recurso y a la gran magnitud que se extrae para satisfacer los diversos usos. Sin embargo, otras cuencas de mayor caudal son seriamente afectadas a causa de su cercanía con las zonas más densamente pobladas, donde se producen las mayores descargas de residuos domiciliarios. Es el caso de las cuencas de los ríos Copiapó, Elqui, Aconcagua, Maipo/Mapocho, Rapel, Maule, Bío-Bío, Valdivia, Toltén y Bueno, para citar algunos. En los territorios mapuches de la VIII a IX Región y en la zona norte de la Patagonia, lagos como el Villarrica, Calafquén, Riñihue y Llanquihue muestran estados mesotróficos con degradación del hábitat, pérdida de biodiversidad y de belleza escénica, con la consiguiente disminución del turismo. En este caso, los principales agentes contaminantes provienen de sustancias químicas utilizadas en la agricultura y en la industria forestal. En definitiva, todas las cuencas del país presentan algún grado de contaminación. BRAVO Patricia, AEDO M. Paz y LARRAÍN Sara. Agua: ¿Dónde Está y de Quién Es?, Programa Chile Sustentable, 2004, Chile, página 53.
- 8 O'RYAN Raúl y ULLLOA Andrés. Instrumentos de Regulación Ambiental en Chile. En: O. Sunkel (editor), Sustentabilidad Ambiental del Crecimiento Económico Chileno, 1996, página 287. Basados en el mismo documento, se pueden distinguir principalmente tres grupos de instrumentos de gestión ambiental: 1. Mecanismos disuasivos y persuasión (educación ambiental, presión social, negociación, acuerdos voluntarios, etc.); 2. Regulación directa (normas de calidad, normas de emisión, permisos, autorizaciones, etc.); y, 3. Instrumentos económicos (tributos, permisos de emisión transables, subsidios, cuotas de extracción, etc.).
- 9 La "Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable" fue aprobada por el Consejo de Ministros de la Comisión Nacional del Medio Ambiente el 9 de enero de 1998.
- 10 URRUTIA Ignacio, op. cit., páginas 235 y 236. La "Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable" fue aprobada por el Consejo de Ministros de la Comisión Nacional del Medio Ambiente el 9 de enero de 1998.
- 11 AZQUETA Diego, Introducción a la Economía Ambiental, Mc Graw Hill, 2002, página 239.

dictación de normas legales, esto es: regulación directa, basada en el comando y control.¹²

En particular, en materia de control de la contaminación de las aguas, la preponderancia de la regulación directa se manifiesta en su máximo esplendor, pero a diferencia de las regulaciones aplicables a otros componentes ambientales, en materia de aguas existe una mayor complejidad para su aplicación efectiva, ya que, al existir una dispersión normativa y un cúmulo de organismos sectoriales competentes se presentan mayores dificultades para su cumplimiento y fiscalización.¹³

Por otra parte, el uso de instrumentos de gestión ambiental de regulación directa no ha servido para cumplir a cabalidad los objetivos ambientales perseguidos, lo cual se evidencia en el estado actual de las aguas de muchos ríos y lagos a lo largo del país, según lo constatan diversos estudios técnicos.¹⁴

A su vez, tal como está planteada la normativa aplicable en materia de control de la contaminación de las aguas no se da pleno cumplimiento al principio del Derecho Ambiental "El que contamina, paga", punto que será tratado más adelante con mayor profundidad. Nuestra legislación tampoco reconoce el valor económico del uso de las aguas, en especial

12 La regulación directa, conocida también como comando y control, consiste en la dictación de leyes y normas obligatorias que llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento. Según Azqueta, el elemento esencial que caracteriza la imposición de una normativa es que alteran, reduciéndolo, el conjunto de opciones al que se enfrentan los agentes económicos, puesto que, determinadas actividades ya no son legalmente viables. AZQUETA Diego, op. cit., página 239. En efecto, como señala Bermúdez, la clasificación en instrumentos directos e indirectos, depende de si el logro de la finalidad de protección ambiental es inmediato, como en el caso de una prohibición del uso de un determinado producto, o pasa sólo por el incentivo o desincentivo de una actividad o conducta de los ciudadanos para el logro de tal fin, como sucede en el caso de los tributos ambientales. BERMÚDEZ Jorge, Fundamentos del Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2007, página 139.

13 En Chile, en materia de calidad de las aguas terrestres son competentes los siguientes organismos públicos: Dirección General de Aguas (DGA), Autoridad Sanitaria, Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR) y Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA).

14 Para un análisis del estado de la calidad de las aguas a nivel nacional consultar: OCDE y CEPAL, op. cit.; SALAZAR Carlos, op. cit., página 69; y las siguientes publicaciones del Programa Chile Sustentable: "Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad" y "Agua: ¿Dónde Está y de Quién Es?", ambos documentos publicados en 2004, disponibles en <http://www.chilesustentable.net>. Un estudio acerca de la contaminación agrícola en la zona central de Chile se encuentra en: BONILLA Carlos, CANCINO José y DONOSO Guillermo. Contaminación de los Recursos Hídricos en la Zona Central de Chile, disponible [en línea] <http://www.unesco.org.uy/phi/libros/VIJornadas/B28.pdf> [fecha de consulta: 18 de mayo de 2010].

los valores asociados a los servicios ambientales del agua¹⁵ y sus ecosistemas, es decir, se desconoce el valor del “no uso”.¹⁶

Entonces, resulta cuestionable si la contaminación de las aguas debe ser “controlada” únicamente por medio de regulación directa, o si, por el contrario, resulta conveniente explorar otras vías para acometer esta ardua tarea. Al respecto, es preciso señalar que los instrumentos económicos utilizados en la regulación ambiental chilena han tenido una utilización muy incipiente,¹⁷ siendo inexistentes en materia de aguas.

En razón de lo expuesto, surge el interés de investigar en estas áreas inexploradas, especialmente, en un tipo de instrumento específico: los tributos ambientales para promover la calidad de las aguas.

Primeramente, se partirá analizando el concepto de contaminación, para continuar luego con una breve exposición de las nociones básicas de los tributos ambientales. Luego, el presente trabajo se dividirá en dos partes centrales. En la primera parte, se elaborarán las bases económicas, jurídicas y sociales que justifican la aplicación de tributos ambientales para promover la calidad de las aguas. En la segunda parte, se analizará cuales son los presupuestos básicos para que se puedan aplicar los tributos ambientales y, si éstos son factibles de prosperar en Chile. Adicionalmente, con el objeto de tener un panorama general sobre el tema, se examinará brevemente la experiencia comparada para tener una idea global acerca de algunos casos de aplicación en el extranjero. Finalmente, se esbozará una propuesta general de cómo se debiese enfocar el tema en Chile, lo cual tiene por única finalidad plantear lineamientos generales y no desarrollar aspectos específicos de la propuesta.

15 Se puede definir servicios ambientales como “aquellos derivados directamente de elementos de la naturaleza y cuyos valores y beneficios pueden ser económicos, ecológicos o socioculturales, y que inciden directamente en la protección y el mejoramiento del medio ambiente, propiciando una mejor calidad de vida de los habitantes”. Definición extraída de Decreto Ejecutivo N° 31176 del 22 de abril de 2003, Reglamento de Creación de Canon Ambiental por Vertidos, Costa Rica. Véase otra definición en nota al pie de página N° 58.

16 Los temas de valoración económica de las aguas, servicios ambientales del agua y falta de reconocimiento legal de usos del agua, se han desarrollado en un trabajo anterior de uno de los autores. Véase SAAVEDRA José Ignacio, op. cit.

17 O'RYAN Raúl y ULLOA Andrés, op. cit., página 309.

II.- NOCIONES BÁSICAS DE LOS TRIBUTOS AMBIENTALES

Antes de poder comenzar a analizar a los tributos ambientales resulta útil responder las siguientes interrogantes: ¿qué es un tributo?, ¿qué es un tributo ambiental?, ¿cuáles son sus principales características? y ¿cuáles son los tipos de tributos ambientales?

En general, a nivel doctrinal, se sostiene que los tributos consisten en “una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público”.¹⁸

Ahora bien, la definición específica de tributo ambiental no es un aspecto pacífico en la doctrina. En efecto, diversos autores señalan que este aspecto es uno de los problemas fundamentales a la hora de discutir sobre los requisitos y contenido de este tipo de instrumentos.¹⁹

Al efecto, puede distinguirse un concepto amplio y uno restringido²⁰ de tributos ambientales, nosotros optaremos por el concepto amplio definiendo los tributos ambientales como: “aquellos instrumentos de política económica ambiental consistentes en el pago de carácter obligatorio que deben realizar al sector público los agentes que emitan sustancias contaminantes o desarrollen actividades con impacto en el medio ambiente”.²¹

Una de las características esenciales de los tributos ambientales es su carácter de extrafiscalidad, esto es, aquellos tributos que no solo tienen un fin recaudatorio, que en último término parece inseparable de todo tributo, sino que tienen un fin extrafiscal²² (adicional), en este caso, la protección del medio ambiente.

Los tributos permiten diversas clasificaciones, las que se aplican también a los tributos ambientales. La más común de ellas es la que dis-

18 GIULIANI Carlos. Derecho Financiero, Tomo I, Argentina, 1962, página 255.

19 Véase MARTÍN Federico. Desarrollo Sostenible y Huella Ecológica, Netbiblio, 2004. [En línea] <http://books.google.cl/books?id=tLGJMcI60C&lpg=PP1&pg=PP1#v=onepage&q&f=false> [fecha de consulta: 1 de abril de 2010] páginas 205 y 206; y VILLAR Marta, Desarrollo Sostenible y Tributos Ambientales, N° 107, 2003, páginas 123-137. [En línea] <http://idea.uch.ceu.es/Portals/8/Articulos/05-villar.pdf> [fecha de consulta: 1 de abril de 2010].

20 El concepto restringido implica necesariamente que, además de ser establecidos con una finalidad de protección del medio ambiente, los recursos obtenidos a través de la recaudación de los mismos sea destinado a este fin.

21 MARTÍN Federico, op. cit., páginas 205 y 206.

22 YAGÜE Isabel. Impuestos Verdes Autonómicos vs Principios Tributarios del Ordenamiento Español. En: Observatorio Ambiental, N° 2, España, 1999, página 333.

tingue entre impuestos, tasas y contribuciones. Si bien todos corresponden a una prestación exigida a favor del Estado, se diferencian entre ellas en que el impuesto²³ no implica una contraprestación específica, a diferencia de la tasa,²⁴ en tanto que las contribuciones corresponden a beneficios derivados de la realización de una obra pública. Como señala Tulio Rosenbuj, “a veces la diferencia entre impuesto y tasa o canon está en el destino de los ingresos: el impuesto es un ingreso presupuestario sin afectación particular. En el caso del canon o tasa, los ingresos se afectan a fines específicos”.²⁵ Normalmente estos fines específicos en el caso de la tasa consistirán en la preservación del medio ambiente.

La aplicación de un tributo requiere la ejecución de un hecho generador, previsto de manera previa en la ley. Es por ello que se necesita la cuantificación numérica del hecho gravado a fin de aplicar el tributo. Tratándose de tributos ambientales, esta cuantificación normalmente se referirá a los niveles de contaminación o a un equivalente que corresponda al beneficio que obtenga el agente (sujeto pasivo del tributo) con la utilización de un recurso natural, en este caso las aguas, sustituyéndose el concepto tradicional de capacidad contributiva, por el de “capacidad contaminante”²⁶ o capacidad de uso de un recurso natural o servicio ambiental.

En este contexto, resulta útil recordar la clasificación de los impuestos entre fijos y variables. El impuesto fijo, corresponde a: una suma concreta, en tanto que el variable es difiere en atención a diversos factores, que pueden ser la base imponible en caso que el impuesto sea variable proporcional, o la tasa, que se incrementará positiva o negativamente en función de la base imponible, caso en el cual el impuesto será progresivo.²⁷

Las clasificaciones enunciadas pueden ser utilizadas para diseñar un tributo ambiental que mejor responda a su finalidad de protección del medio ambiente, lo que dependerá esencialmente de los recursos na-

23 Conforme a Gastón Jesé los impuestos corresponden a: “una prestación pecuniaria exigida por vía de autoridad, a título definitivo y sin contrapartida, con el objeto de financiar el gasto público.” Citado en MEZA Bárbara y IBACETA David, *El principio Constitucional de Legalidad en Materia Tributaria*, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2007, página 78.

24 MEZA Bárbara y IBACETA David define la tasa como una: “prestación pecuniaria exigida por vía de autoridad, a título definitivo, con una contraprestación directa, graficada en el servicio que el Estado debe prestar, y que puede consistir en la utilización privativa o el aprovechamiento del dominio público; la producción de un servicio público o la realización de una actividad administrativa; por el cual se ha gravado con la tasa y que interesa personalmente al obligado, servicio que puede ser efectivo o potencial.” *Op. cit.*, páginas 87 y 88.

25 ROSENBUJ Tulio. *Los Tributos y la Protección al Medio Ambiente*. Marcia Pons Ediciones Jurídicas S.A., España, 1995, página 91.

26 ROSENBUJ Tulio, *op. cit.*, página 77.

27 MEZA Bárbara y IBACETA David, *op. cit.*, página 82.

turales protegidos y las zonas específicas que se trate. Al efecto, la experiencia comparada es variada, según se expondrá brevemente en el apartado 5 del presente documento.

III.- FUNDAMENTOS PARA SU APLICACIÓN

A.- Económicos

El agotamiento de los recursos naturales y la degradación del medio ambiente tienen efectos económicos directos, sin embargo, estos efectos adversos no siempre representan costos para el explotador o contaminador.²⁸

Por cierto, la producción de bienes y servicios cuyos procesos degradan el medio ambiente implican una pérdida de bienestar general y la imposición de costos sociales. En términos económicos, estos efectos colaterales se denominan externalidades²⁹ negativas.³⁰

Un tipo de externalidad negativa recurrente es aquella que se produce a causa del deterioro o menoscabo de las aguas. Ciertamente, la presencia de contaminantes no sólo afecta a los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas del cauce afectado, sino que, también a otros usuarios de las aguas, como por ejemplo aquellos que usan las aguas para fines recreativos o turísticos.³¹ Al mismo tiempo, las cargas contaminantes en las aguas afectan a la biodiversidad, especialmente

28 KAUFMANN Jorge. Política Tributaria e Impuestos Ecológicos en Chile. Revista Ambiente y Desarrollo, Volumen XIII, N° 3, 1997, Chile, página 14 [En línea] http://www.cipma.cl/RAD/1997/3_Kaufmann.pdf [fecha de consulta: 30 de marzo de 2010]

29 El concepto de externalidades, se refiere a los efectos externos que sufren una o varias personas por acciones u omisiones de otras, sin que el generador de la externalidad reciba compensación en el caso de los beneficios (externalidad positiva) ni pague resarcimiento en el caso de los daños (externalidad negativa). Pablo Ruiz-Tagle V., define que: "una externalidad es un costo que se impone a otros, que no debe pagarse, o un beneficio conferido sobre otros, cuya recompensa no puede obtenerse". En su obra: Los Contratos Relativos a Nuevas Tecnologías. Trabajo incluido en las páginas 108 a 134 del libro misceláneo, Contratos, Coordinación Enrique Barros, Editorial Jurídica de Chile. Extraído de nota al pie de Santa María, Jorge. Los Contratos Parte general, Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, 1991, página 20.

30 MATELUNA Rodrigo. Derecho Tributario y Medio Ambiente: Posibilidad Constitucional de Establecer Tributos Ambientales en Chile, Lexis Nexis, 2005, página 10.

31 Esta situación se presenta, por ejemplo, en aquellos casos en que industrias descargan RILES río arriba, en detrimento de quienes hacen uso de las mismas aguas río abajo. Otro caso similar se produce a raíz de la contaminación difusa producida por la escorrentería agrícola, debido a la intensidad de uso de fertilizantes y pesticidas que afectan especialmente a usuarios de aguas subterráneas que han sido contaminadas a raíz de la percolación (infiltración) de los químicos desde la superficie hacia los acuíferos. Otra situación que se produce en nuestro país es la percolación desde tranques de relaves mineros, lagunas de estabilización de aguas servidas y rellenos sanitarios, lo cual afectan a la calidad de los acuíferos adyacentes.

los ecosistemas acuáticos,³² pero también a las especies terrestres que se vinculan con el recurso hídrico, lo cual en definitiva afecta a la sociedad en su conjunto.³³ Además, es preciso tomar conciencia de que ciertas sustancias contaminantes (cuya descarga es legalmente permitida, cumpliendo con ciertos parámetros), aunque en bajas concentraciones, en el largo plazo, generan graves efectos en la salud de las personas debido a la bioacumulación³⁴ que se produce a lo largo de la cadena trófica.

En todos estos casos, los agentes contaminadores no internalizan las externalidades producidas, mediante la depuración de las aguas y el medio ambiente, ni están obligados a incorporar en sus procesos productivos tecnologías limpias para prevenir o impedir que se generen descargas de sustancias contaminantes. Incluso, ni siquiera quienes producen dichos bienes y servicios contaminantes están sujetos al pago de un tributo o cargo que refleje el valor del detrimento causado al medio ambiente o el valor del uso del servicio ambiental que presta la cuenca hidrográfica por la depuración de los residuos.

-
- 32 Según la propia CONAMA, el estado actual de las especies acuáticas es alarmante. La Estrategia Nacional de Biodiversidad (documento oficial), señala que: "El caso de los peces de agua dulce es el grupo más afectado, donde sus 44 especies (100 por ciento) presentan problemas serios de conservación". CONAMA., Estrategia Nacional de Biodiversidad, 2003, página 585. [En línea] http://www.conama.cl/biodiversidad/1308/articles-45421_recurso_2.pdf [fecha de consulta: 14 de abril de 2010]
- 33 El valor de la biodiversidad para la sociedad es múltiple, puesto que, no sólo cumple funciones ecológicas para todo el sistema de vida, sino que además otorga servicios alimenticios, genéticos, farmacéuticos, científicos, control de erosión, purificación del agua, polinización, dispersión de semillas, etc., constituyendo en definitiva, fuente de riqueza y bienestar, resultando indispensable para el bienestar humano, la integridad cultural, los medios de vida de la población y la supervivencia de las generaciones actuales y venideras. *Ibid.*
- 34 Las sustancias químicas inorgánicas, donde se incluyen ácidos, sales, metales pesados (plomo, mercurio, azufre, cobre, zinc, cadmio, entre otros), etc., aún en bajas proporciones, pueden causar serios daños a los organismos. Los metales pesados poseen una gran persistencia en el ambiente y su mayor riesgo reside en que pequeñas concentraciones se acumulan sucesivamente en organismos a lo largo de la cadena trófica, proceso denominado bioacumulación. Por este proceso, algunos metales pesados e hidrocarburos clorados son acumulados por los organismos acuáticos. Es por esto que pueden encontrarse concentraciones muy altas de estos elementos químicos en tejidos biológicos, aún cuando se hallen extremadamente diluidos en el medio acuático circundante. Estos contaminantes son transmitidos a lo largo de la cadena alimenticia, llegando a producirse concentraciones miles de veces superiores a la cantidad inicial que se encontraba en el ambiente. Es por ello que el ser humano, que se alimenta de otros seres que se encuentran por debajo suyo en la cadena alimenticia y que han acumulado en sus organismos estas sustancias, absorbe grandes concentraciones de sustancias contaminantes que tardan años en disolverse y que pueden conllevar graves riesgos para la salud. Sistema Español de Información sobre el Agua. Vertidos en Aguas Continentales en España, 2006. [En línea] <http://hispagua.cedex.es/documentacion/especiales/contaminacion/consecuencias.htm> [fecha de consulta: 14 de abril de 2010] La bioacumulación es un hecho que está respaldado en estudios científicos disponibles, entre los cuales podemos mencionar: DELLINGER J., KMIĘCIK N., GERSTENBERGER S., y NGU H. Mercury Contamination of Fish in the Ojibwa Diet, Department of Preventive Medicine, Medical College of Wisconsin, Estados Unidos de Norte América, 2001; y, TAHERIANFARD Mahnaz, EBRAHIMI Mansour y SOODBAKHSH Sahar. Bioaccumulation of Mercury in Fishes of Kor River, Australian Journal of Basic and Applied Sciences, Australia, 2008.

Analizado desde otro enfoque, existe un valor de uso indirecto³⁵ derivado de la capacidad de dilución de las aguas y sus sistemas biológicos que beneficia económicamente a quienes hacen uso de dichos servicios ambientales.³⁶

Por consiguiente, existe una "falla de mercado", puesto que, la producción de bienes y servicios contaminantes no incorpora los costos sociales asociados a la degradación de las aguas ni tampoco valoriza el servicio ambiental que presta el medio ambiente, lo cual determina que la venta de bienes y servicios no refleje en los precios el "verdadero costo" de dicha producción, en desmedro del medio ambiente y de la calidad de vida de las personas.

Según Rafael Valenzuela, desde el momento en que el uso de un bien común (como las aguas)³⁷ provoca su deterioro o degradación, lo que representa una economía para quienes se sirven gratuitamente de ellos, deviene en un "costo externo" para quienes resultan afectados por su condición desmejorada, convirtiéndose en "costos sociales", debido que es el conglomerado social, en su conjunto, el que debe soportarlos y asumirlos.³⁸

35 Los valores de uso indirectos están asociados con diversas funciones ecológicas y reguladoras de los sistemas naturales de las cuales se derivan los "servicios ambientales" de los ecosistemas. Estos valores se derivan del sustento o protección que proporcionan esas funciones a actividades económicas y otras actividades humanas con valores directamente mensurables, como resultado del mantenimiento de los procesos ecológicos que están en la base de toda forma de vida. El valor de uso indirecto de una función ambiental se relaciona con la variación del valor de la producción o el consumo de la actividad o los bienes que sustenta o protege. Sin embargo, como esta contribución no se comercializa ni remunera y sólo se relaciona indirectamente con actividades económicas, estos valores de uso indirectos son difíciles de cuantificar, por lo que no suelen tenerse en cuenta en las decisiones concernientes al manejo de los recursos naturales. En el fondo, se trata de funciones y procesos ecológicos referidos, por ejemplo, a la dilución de contaminantes a la recarga de acuíferos, regulación ciclo hidrológico, permitir la existencia de plancton que alimenta a los peces, estabilización de microclimas, y otras que condicionan y benefician indirectamente a diferentes actividades productivas [Barbier et al, 1997]. LÓPEZ Raúl, Informe de Avance de consultoría: Estudio económico para la definición de cánones para el uso y aprovechamiento del recurso hídrico para Nicaragua, Documento de Trabajo No.2: "Conceptos, enfoques metodológicos y estimaciones del valor económico del agua en diversos usos directos en Nicaragua", Global Water Partnership Central America, páginas 20 y 21. [En línea] <http://www.docstoc.com/docs/3271966/Enfoques-metodo%C3%B3gicos-y-estimaciones-del-valor-econ%C3%B3mico-del-agua> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

36 "Los servicios ambientales, son aquel conjunto de funciones y externalidades que los sistemas biológicos proporcionan y que contribuyen al funcionamiento total de nuestro medio ambiente, pero que generalmente no se consideran susceptibles de apropiación individual sino que corresponden a bienes de dominio público". FERREIRO Antonio. "Valoración Económica del Agua" en: Análisis Económico y Gestión de Recursos Naturales, editado por Diego Azqueta y Antonio Ferreiro, Editorial Alianza, España, 1994. Citado por ASTORGA Eduardo. La Valoración Ambiental del Territorio: Uno de los Servicios Ambientales del Agua, Revista de Derecho Ambiental, Tomo II, CDA, 2006, página 111. Véase otra definición en nota al pie de página N° 15.

37 El carácter de bien público de las aguas ha sido desarrollado en: SAAVEDRA José Ignacio, op. cit.
38 VALENZUELA, Rafael. Nociones Acerca del Principio "El que Contamina Paga", Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental, editado por Eduardo Astorga y Gonzalo Cubillos, 1993, páginas 24 y 25. Agrega el autor que: "En otras palabras, cuando los costos internos de los usuarios o explotadores de los elementos ambientales inapropiables no son reales, se produce una transferencia general e indiscriminada de la diferencia insoluta a la colectividad social, bajo la forma de costos ocultos, lo que significa que el provecho de unos pocos se consigue a expensas de un subsidio social indirecto".

Al respecto, se sostiene que “los productores privados tienden a tomar en cuenta exclusivamente los costes privados y no los sociales. En consecuencia, cualquier recurso que pueda utilizarse sin necesidad de realizar ningún pago tenderá a ser usado en exceso. De ello se deduce que el funcionamiento normal de una economía pura de mercado tenderá a sobreutilizar este recurso, sin tener en cuenta sus limitaciones naturales, creando, en consecuencia, problemas de deterioro ambiental”.³⁹

En consecuencia, la causa del deterioro ambiental, en este caso la degradación de las aguas, se explica en la gratuidad de su uso -como cuerpo receptor de contaminantes-, más que en su condición de bienes comunes, por lo que si aún manteniendo dicha condición se les hubiera asignado un precio de utilización, se habría desalentado y puesto freno a su sobreutilización desaprensiva.⁴⁰

De esta forma, mientras no exista un reconocimiento⁴¹ al valor económico total de las aguas,⁴² continuará existiendo una infravalorización del recurso y una baja percepción de las funciones ambientales y sociales del agua, cuestión que no sólo afecta los usos de los particulares, sino también las políticas públicas en torno a la materia, puesto que, al no tener las autoridades un verdadero conocimiento de los valores involucrados, las decisiones difícilmente podrán ser acertadas.⁴³

39 CASTILLO, José Manuel. *La Reforma Fiscal Ecológica*, Editorial Comares, 1999, página 29. Cita extraída de Rodrigo Mateluna Pérez, op. cit., páginas 10 y 11.

40 VALENZUELA, Rafael, op. cit., página 24.

41 El reconocimiento del valor económico de las aguas ya ha sido recogido en la comunidad internacional. En efecto, la Declaración de Dublín, consagra en su principio N° 4 que: “El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico”. Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, realizada entre el 26 y el 31 de enero de 1992 en Dublín, Irlanda. Documento disponible en el sitio web de UNESCO [en línea] <http://www.unesco.org> [fecha de consulta: 15 de mayo de 2010].

42 Los trabajos de D.W. Pearce y R.K. Turner (1990) y D.W. Turner (1993), introdujeron a comienzos de la década de los 90, el concepto de Valor Económico Total, que está compuesto por la suma de los “valores de uso” y los “valores de no-uso”. A su vez, los conceptos de valor de uso y no uso de las aguas fueron desarrollados a partir del trabajo de diversos economistas, tales como: Pearce (1993), Freeman (1993), Pearce y Turner (1995), Dixon y Pagiola (1998); Dosi (2001), entre otros.

43 En este sentido, el pago de la patente por no utilización de las aguas recientemente instaurado, en cierta medida reconoce implícitamente un valor económico en las aguas, pero este valor se enfoca desde un punto de vista negativo: la no utilización. Esto necesariamente implica que mientras no se reconozca el valor de la utilización, se estará infravalorizando el recurso hídrico en su real dimensión. Por otra parte, y lo que es más preocupante aún, es que la patente por no utilización conlleva efectos altamente nocivos, puesto que, alienta el consumo innecesario de las aguas de las que se dispone con tal de eludir el pago de la patente y, a la vez, desconoce aquellos valores no transados en el mercado, como los usos recreativos y turísticos, así como el valor de las funciones ambientales del recurso, entre ellas la capacidad de diluir contaminantes. Si bien el pago de la patente por no utilización subsanó muchas de las imperfecciones del mercado (especialmente la especulación y el acaparamiento), éste sigue siendo imperfecto (aunque menos que antes), por no lograr permitir la conservación privada de los recursos hídricos, no hacerse cargo de las externalidades y excluir usos legítimos. Saavedra, José Ignacio, op. cit., página 262

Al respecto, el uso de tributos que establezcan el pago por el uso de los servicios ambientales, implicaría un reconocimiento al valor económico total de las aguas. Como señala Peters, "un caso interesante de impuesto ecológico potencial, son los cargos por efluentes al agua o el pago por acceso al agua". Agregando que: "(...) Lo realmente importante es la necesidad de apuntar a que el precio del agua refleje los costos totales, incluyendo los ambientales".⁴⁴

Por otra parte, se estima que la aplicación de tributos ambientales constituye una forma de regulación acorde al libre mercado. A diferencia de la regulación directa, los instrumentos económicos dejan en libertad a los agentes económicos para realizar las acciones que consideren más apropiadas.⁴⁵ En efecto, el uso de instrumentos económicos tiene por objeto alterar los costos y beneficios para la toma de decisiones, influyendo en el comportamiento de productores y consumidores.⁴⁶

En definitiva, las ciencias económicas indican que las externalidades (positivas y negativas) son un problema recurrente en los mercados vinculados a bienes comunes, especialmente si estamos hablando de bienes ambientalmente relevantes como el agua. El problema surge debido que en el mercado casi no se encuentran incentivos originarios para que estos efectos adversos no se presenten, razón por la cual existe una necesidad que Estado actúe de manera de que esa externalidad no se produzca, o bien, se internalice dentro del proceso productivo que la genera.⁴⁷

B.- Jurídicos

1) Deber del Estado de Proteger el Medio Ambiente y Dominio Público de las Aguas

El deber del Estado de proteger el medio ambiente, consagrado a nivel constitucional en el artículo 19 N° 8 de la Constitución, constituye el título que justifica y dota de contenido a la intervención estatal en materia ambiental. En este sentido, el profesor Luis Cordero, citando al jurista español J. Villar Ezcurra, señala que: "(...) la cobertura constitucional es el parámetro de referencia que justifica la presencia de la Administración en la vida de los particulares. La Administración no solo puede sino que debe intervenir en todos aquellos aspectos en que la Constitución así lo requiere".⁴⁸

44 PETERS, Ian, op. cit., página 21.

45 O'RYAN y ULLLOA, op. cit., páginas 287 y 288.

46 Ibíd.

47 MONROY, Daniel. El Mercado de Aguas: La Libre Transmisibilidad de los Derechos de Agua en Chile y su Propuesta Regulatoria a las Demás Legislaciones, Tesis de grado para optar al título de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Chile, 2003, página 60.

48 CORDERO, Luis. Justificación de la Intervención Administrativa en el Medio Ambiente" en Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, CONAMA y CDA, LOM Ediciones, Chile, 2003, página 227.

Por ende, siendo las aguas un componente ambiental o recurso natural esencial del medio ambiente, la intervención del Estado comprende necesariamente la protección de las aguas.

A la vez, en respecto de las aguas, el deber de intervención administrativa se encuentra reforzado en su propia naturaleza jurídica, ya que, éstas al constituir bienes nacionales de uso público,⁴⁹ forman parte del dominio público, lo que implica el Estado debe velar por su debida protección y utilización sustentable.⁵⁰

En esta línea, Santiago Montt sostiene que: "El dominio público es una técnica de intervención mediante la cual se afectan a una finalidad pública determinada prevista en la ley -ya sea el uso o el servicio público, el fomento de la riqueza nacional o la protección y garantía de la explotación racional de recursos naturales- ciertos bienes de titularidad pública igualmente previstos por la Constitución o las leyes, dotándolos de un régimen jurídico de protección y utilización de Derecho Administrativo".

Por cierto, hoy en día, "la justificación que encuentra la doctrina, aun legislaciones muy liberales, al dominio público de las aguas es su carácter de recurso ambiental. Se trata de un auténtico replanteamiento de los antiguos conceptos de la disciplina. Luego de una prolongada evolución se formó el sólido concepto de dominio público de las aguas, basado en la concepción del agua como bien estratégico y básico para la subsistencia del hombre. Hoy, sin embargo, se considera básico para la subsistencia del medio ambiente en el que el hombre se desenvuelve y tiene, por cierto deber de conservar".⁵¹ Incluso, según algunos autores, como el jurista español Andrés Betancour, estiman que el dominio público constituye una herramienta de protección ambiental, necesaria para conservar recursos naturales esenciales o necesarios.⁵²

49 El artículo 595 del Código Civil dispone que: "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público". A su vez, el Código de Aguas en su artículo 5 reafirma dicho carácter al establecer que: "Las aguas son bienes nacionales de uso público, y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código".

50 La definición finalista de dominio público elaborada por Miguel Sánchez complementada por Santiago Montt Oyarzún. MONTT, Santiago. *El Dominio Público: Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*, Editorial Lexis Nexis, 2002, página 135.

51 SEGURA, Francisco. *Derecho de Aguas, Colección de Manuales, Tercera Edición*, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2006, páginas 33 y 34.

52 BETANCOUR, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, España, 2001, página 609 y siguientes. En relación a la protección jurídica del agua como bien ambiental, Gladys Camacho sostiene que "las actuales, pero sobre todo futuras circunstancias demográficas, económicas y ecológicas añaden importantes motivos de preocupación a la problemática del agua y su reglamentación". Agregando que "todo ello presiona hacia una mejor y más racional utilización de los recursos hídricos de forma de no comprometer nuestras posibilidades futuras". CAMACHO Gladys. *La Protección Jurídica del Agua como bien ambiental*, Revista Gaceta Jurídica N° 219, Chile, 1998, página 22.

Se concluye que entonces que la relación jurídica que se establece entre el bien público -en este caso, las aguas-, la función o finalidades públicas, y, el deber de la Administración de establecer y mantener dicha función, requiere de la atribución de las potestades permanentes necesarias para tal cometido.⁵³ Estas potestades son un soporte jurídico de intervención que lo que permite es que el titular "Estado-Administración" esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con los intereses generales.⁵⁴

En este sentido, el artículo 19 N° 8 de la Constitución establece expresamente que se asegura a todas las personas: *"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza"*. Agregando en el inciso segundo que: *"La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente"*. Por lo tanto, la Constitución al consagrar el deber del Estado de tutelar a las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, le entrega al legislador la potestad permanente de establecer, ley mediante, restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, como el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas y el derecho de propiedad.

Esta acción que debe realizar el Estado necesariamente ha de desarrollarse respetando los derechos y libertades fundamentales (al menos en su contenido esencial), creando condiciones o removiendo obstáculos para su ejercicio y delimitando o configurando o, en su caso, clarificando, delimitando, limitando o sacrificando los restantes derechos subjetivos, con la finalidad de hacer efectiva la realización del derecho al medio ambiente.⁵⁵

Por lo tanto, "el fundamento ambiental de la tributación ecológica en Chile se construye sobre la base de que nuestro ordenamiento constitucional contempla la protección del medio ambiente como un deber del Estado, deber que se traduce en la posibilidad de establecer diversas medidas, pudiendo el legislador optar por diversos instrumentos jurídicos válidos para cumplirlo, entre los cuales se encuentran, por cierto, los tributos".⁵⁶ Explicado desde otro en-

53 BETANCOUR, Andrés, op. cit., página 614.

54 VERGARA, Alejandro. Naturaleza Jurídica de los "Bienes Nacionales de Uso Público". En: Revista Ius Publicum, N° 3, Universidad Santo Tomás, Chile, 1999, página 81.

55 CORDERO, Luis, op. cit., página 224.

56 VARGAS, Iris, Posibilidades y Límites para la Creación de Tributos Ambientales como Instrumento de Protección de la Atmósfera en el Derecho Chileno: Una propuesta regional. En: "Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho". Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Durán, Legal Publishing, Chile, 2008, páginas 339 y 340.

foque, la potestad regulatoria del Estado incluye la potestad tributaria, puesto que, nuestro Ordenamiento Jurídico no excluye la posibilidad de establecer tributos con el objeto de proteger el medio ambiente, siempre y cuando, se respeten los límites establecidos en el artículo 19 N° 20 de la Constitución, punto sobre el cual nos extendaremos más adelante.

2) Aplicación del Principio “El Que Contamina, Paga”

El principio “el que contamina paga”,⁵⁷ también conocido como “quien contamina paga” o “contaminador-pagador”, es uno de los más conocidos entre los principios que inspiran el Derecho Ambiental y se refleja no sólo en la legislación internacional, sino también en la legislación ambiental nacional.⁵⁸

Por cierto, este principio ha sido recogido expresamente en la Declaración de Río⁵⁹ de 1992, ratificada por Chile, y al mismo tiempo, constituye uno de los principios que inspiran la legislación ambiental chilena.⁶⁰

Según Rafael Valenzuela, el principio “quien contamina paga” se “inscribe de lleno en el objetivo de tender a la internalización de las externalidades ambientales negativas”.⁶¹

Si bien en Chile se ha avanzado en materia de calidad de las aguas, mediante la dictación de normas de emisión y calidad ambiental, declaraciones de saturación y latencia y planes de prevención y descontaminación, aún existen problemas de fiscalización y un atraso considerable en la generación de normas.

Además, muchas veces las multas aplicadas no son lo suficientemente duras como para lograr que el agente contaminante deje

57 Para un acabado estudio del principio “quien contamina paga” y de los demás principios del Derecho Ambiental, consultar: JAQUENOD, Silvia. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Editorial Dickinson, Tercera Edición, España, 1991.

58 MUÑOZ, Macarena. *El Principio “Quien Contamina Paga” A la Luz de la Legislación Medioambiental Chilena*, Revista de Derecho-Consejo de Defensa del Estado, N° 12, Chile, 2004, página 159.

59 El principio N° 16 de la Declaración de Río de Janeiro dispone que: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

60 El mensaje presidencial de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, contempla expresamente el principio “el que contamina paga” como inspirador de la legislación ambiental chilena. Al respecto, el artículo 47 letra c) de la Ley 19.300, en relación a los planes de prevención y descontaminación, constituye la única disposición que recoge de modo expreso la posibilidad de utilizar “impuestos y tarifas a los usuarios”. Sin embargo, en materia de aguas, dicha disposición hasta el momento no se ha aplicado.

61 VALENZUELA, Rafael, op. cit., página 26.

de descargar sustancias contaminantes sobre los parámetros establecidos. En términos meramente económicos, puede resultar más rentable seguir produciendo y degradar las aguas, asumiendo las sanciones pecuniarias, que asumir las externalidades producidas.⁶²

A su vez, la idea de que la dictación de normas de emisión, en conjunto con las normas de calidad (primarias y secundarias), establecen un "óptimo social" de los niveles de contaminación. El punto es que, esto deja fuera la aplicación íntegra del principio "el que contamina paga", puesto que, el ente generador, aún cuando cumpla las normas de emisión y calidad ambiental, seguirá sin internalizar la totalidad de las externalidades negativas que genera.

Sin embargo, la principal crítica que hacemos a este sistema regulatorio radica en que no se generan incentivos para que los particulares optimicen al máximo sus procesos productivos, sino que, basta con que los vertidos no sobrepasen los límites establecidos en dichas normas. Además, este tipo de regulación tampoco se hace cargo del efecto bioacumulativo de los contaminantes en las especies acuáticas, lo cual implica que las cargas contaminantes irremediablemente terminan afectando a la especie que se encuentra en la punta de la pirámide de la cadena trófica, es decir, a los seres humanos.

En este sentido, es coherente la idea planteada por Arthur Pigou, ya en los años 20, la cual justifica la intervención del Estado mediante la aplicación de tributos basándose en que la existencia de externalidades imposibilitaba alcanzar el óptimo paretiano, es decir, no es posible mejorar el bienestar de una persona sin empeorar el de alguna otra. Según su planteamiento, debiera existir intervención estatal mediante la aplicación de impuestos sobre quienes impongan costes externos y subvenciones a quienes aporten beneficios.⁶³ Pigou reparó en la potencialidad del impuesto como instrumento para internalizar en el precio de cada bien contaminante el costo del daño marginal que implica su producción y consumo, por parte de quienes están involucrados en la producción e intercambio del bien contaminante, lo que implica que, en definitiva, deja de ser una externalidad.⁶⁴

62 HARDIN, Garrett, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science 1243, American Association of the Advancement Science, 1968, sin página.

63 ALMODÓVAR, Rafael. *Empresa y Medio Ambiente en el Contexto de la Economía de Mercado*. En: Ruesga, Santos y Durán, Gema (editores), *Empresa y Medio Ambiente*, Editorial Pirámide, España, 1995, página 54. Citado por Mateluna Pérez, Rodrigo, op. cit., página 15.

64 MATELUNA, Rodrigo, op. cit., página 16.

En resumen, se observa que el sistema regulatorio actual no está diseñado para lograr o promover la internalización de las externalidades negativas, lo que implica a fin de cuentas que no se de cumplimiento íntegro al principio “el que contamina paga”. De esta forma, los tributos ambientales se alzan como un instrumento idóneo, puesto que, no sólo se condicen con dicho principio inspirador de la legislación ambiental chilena, sino que además su aplicación se hace necesaria en orden a que el Estado pueda dar cumplimiento al compromiso internacional de dar aplicación concreta a este principio.

C.- Sociales

Como se señaló anteriormente, las externalidades negativas producen costos que no son asumidos por quienes contaminan, sino por la sociedad en su conjunto. Estas alteraciones no sólo son de orden económico, sino que además involucran costos sociales de diversos tipos, como sanitarios o de calidad de vida, asumiendo el costo de este menoscabo no el agente económico causante, sino que terceros que no participan del proceso productivo, quienes resultan involuntarios y forzosos receptores de estas alteraciones.⁶⁵

La perspectiva económica (tradicional) no considera la degradación del medio ambiente como resultado de una acción “antisocial”, merecedora de reproche moral, sino que, más bien, la ve como la respuesta natural de individuos “racionales” que buscan el interés propio.⁶⁶ En el fondo, los resultados de la ecuación beneficio-perjuicio se mantienen favorables a quienes se sirven de estos bienes ambientales más allá de su capacidad natural de autodepuración, puesto que las consecuencias negativas se dividen entre todos, en tanto que el provecho sólo va en utilidad de quienes los someten a un uso desmedido.⁶⁷

Garrett Hardin, economista, ha denominado esta situación como “*The tragedy of the commons*” (La tragedia de los bienes comunes), la cual se explica en que para el hombre “racional” el costo de sus descargar sus desechos en bienes comunes, como las aguas, es menor al costo de purificar sus residuos previa descarga. En el fondo, la libertad individual en relación a los bienes comunes conlleva a la ruina a todos.⁶⁸

65 RETAMAL, Jorge. Incentivos Tributarios Ambientales en Chile. En: Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 2008, página 320.

66 REVESZ, Richard. Foundations of Environmental Law and Policy, Foundation Press, E.E.U.U., 1997, página 3.

67 VALENZUELA, Rafael, op. cit., página 23.

68 HARDIN, Garrett, op. cit.

Al respecto, Ramón Martín Mateo señala que, precisamente todas las disfunciones ambientales que se han venido produciendo, en la utilización de bienes ambientales, se han imputado al abuso y apropiación individual de bienes por esencia comunes, con ánimo de abaratar los productos.⁶⁹

En nuestra opinión, se debe avanzar en “sanear” la economía actual, en el sentido de que los productos y servicios debieran reflejar su verdadero costo, incluyendo especialmente el costo de internalizar las externalidades. Por lo tanto, el uso de cualquier bien público debería tener asociado un pago asociado, especialmente en aquellos casos en que se produce un menoscabo ambiental, como en el caso de las descargas de sustancias contaminantes a las aguas.⁷⁰

Al respecto se sostiene que, en el ámbito productivo, puede preverse que quienes vean incrementados sus costos internos de producción con los costos externos que deberán incorporar a ellos, buscarán la manera de trasladar estos mayores costos a los compradores de sus productos o a los usuarios de sus servicios, los cuales, en definitiva, cargarán con su peso.⁷¹ Es por ello que se critica que la regulación ambiental tiene mayores impactos sobre los grupos de ingresos más bajos, sobre todo cuando pueden hacer subir los precios de bienes de primera necesidad (alimentos, ropas, agua, etc.). Sin embargo, cuando el instrumento permite generar recursos, como es el caso de los tributos, el uso de estos recursos permite generar efectos distributivos importantes.⁷²

Por otra parte, puede preverse que llegará un punto más allá del cual esta transferencia de costos, por razones de competitividad, no podrá continuar, lo que significará que quienes abusen de estos bienes deberán comenzar a asumir estos costos con cargo a sus utilidades, a riesgo de no poder seguir colocando en el mercado sus productos o servicios.⁷³

Pero, independiente de quien termina pagando el tributo, sí se obtiene un cambio en los precios relativos, se consigue un patrón diferente de consumo y producción que puede llegar a tener un impacto positivo sobre el medio ambiente.⁷⁴ En el productor la conducta se dirige hacia la búsqueda de tecnologías limpias que sean capaces de reducir la des-

69 MARTÍN MATEO, Ramón. En: Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente, artículo inserto en la obra de varios autores titulada “ La Revolución Ambiental Pendiente”, Editorial Civitas, España, 2002, páginas 69 y 70.

70 No obstante, estimamos que el uso debiese ser gratuito en casos en que éste no sea exclusivo ni excluyente y, al mismo tiempo, no produzca deterioro ambiental, como en el caso de uso recreativo.

71 VALENZUELA, Rafael, op. cit., página 25.

72 O’RYAN y ULLOA, op. cit., página 296.

73 VALENZUELA, Rafael, op. cit., página 25 y 26.

74 PETERS, Ian, op. cit., página 21.

carga de sustancias contaminantes y, por tanto, no lleven aparejado el pago del tributo, y en el consumidor, que frente a un producto contaminante más caro (ya que el tributo al fin y al cabo se traslada a un mayor costo del producto final) opte por el más barato que resulta al mismo tiempo menos perjudicial.⁷⁵

En este ámbito, se puede sostener que el cambio de patrones de conducta en los consumidores conllevaría seguramente a un cambio de conciencia a nivel social, respecto de la forma y los medios que utilizan las personas para satisfacer sus necesidades.

Por otra parte, es probable que la aplicación de tributos ambientales también se critique, en base a la existencia de normas de emisión y normas de calidad ambiental. Sin embargo, y pasando ahora a una línea argumentativa más bien valórica, resulta cuestionable partir de la premisa de que el "óptimo social" es tener niveles de calidad ambiental de las aguas que no superen "x" unidades de sustancias contaminantes en las aguas. El asunto es que nunca podremos aspirar a tener ríos, lagos y mares realmente limpios, puesto que siempre tendrán este nivel "tolerable" o "no riesgoso" de contaminantes.

En esta misma línea, resulta cuestionable el hecho de que el modelo de sociedad de consumo que actualmente abrazamos fervientemente promueve efectivamente el "bien común" y si verdaderamente constituye una vía para lograr la mayor realización material y espiritual⁷⁶ de los seres humanos. Para muchos, ya es un hecho indiscutido que el Planeta Tierra no será capaz de sostener por mucho tiempo más el actual ritmo de "desarrollo", con la consecuente constante de explotación y contaminación de los recursos naturales, particularmente considerando que gran parte de las veces se llega a amenazar la capacidad de regeneración de la naturaleza de esos mismos recursos limitados e imprescindibles para la supervivencia humana.

75 YAGÜE, Isabel, op. cit., página 353.

76 Asumiendo el riesgo de críticas y prejuicios, pero siendo consecuente con las propias creencias, creemos que es necesario aportar a los antecedentes del presente trabajo un breve comentario a las investigaciones realizadas por el japonés Masaru Emoto. Dicho estudio consistió en fotografiar miles de gotas congeladas de agua, provenientes de distintas fuentes (prístinas y contaminadas) y sometidas a diferentes estímulos (palabras, pensamientos y emociones). El resultado reveló que la pureza o ausencia de contaminantes, así como los estímulos positivos (amor, gratitud, respeto, etc.) forman estructuras cristalinas armónicas de las moléculas de agua. Por el contrario, el agua contaminada o sometida a estímulos negativos (odio, tristeza, agresión, etc.) forma estructuras caóticas, sin luminosidad, fragmentadas o incluso sin estructura definida. En caso de ser confirmados los análisis de este investigador, el descubrimiento es trascendental, ya que, si consideramos que el cuerpo humano y el Planeta Tierra están compuestos en un alto porcentaje de agua (aproximadamente un 70%), la importancia de la calidad del agua sería vital para nuestro estado interior. Para mayores antecedentes consultar: EMOTO, Masaru. Mensajes del Agua, Editorial La Liebre de Marzo, 2007.

IV.- PRESUPUESTOS PARA SU EXISTENCIA

A.- Posibilidad Constitucional y Legal de Aplicar Tributos Ambientales en Chile

El análisis de la constitucionalidad de un tributo se debe hacer cargo de dos facetas principales, primero el aspecto formal, estrechamente vinculado al Principio de Legalidad de los tributos consagrado expresamente en el artículo 19 N° 20 de nuestro texto constitucional, para revisar luego aspectos materiales o límites de fondo a la potestad tributaria, al relacionar la garantía señalada con las demás garantías protegidas por la Constitución que establecen limitaciones a la facultad de establecer tributos.

En este orden de ideas, el Principio de Reserva Legal se presenta como un límite formal a la tributación, mientras que los restantes, esto es, el Principio de Igualdad, Principio de Proporcionalidad (no confiscatoriedad) y el Principio de No Afectación de los tributos, constituyen límites de fondo por cuanto apuntan al contenido mismo del tributo y no a la forma que debe observarse en su establecimiento.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis enunciado, se debe hacer presente la dificultad que se presenta en el estudio de los aspectos constitucionales vinculados a la tributación, a causa de las carencias que presenta en este punto la doctrina nacional.⁷⁷ Estas carencias se relacionan tanto con la falta de un consenso básico, en cuanto a cuáles serían las garantías que debe analizarse, así como con la ausencia de un análisis que comprenda a la Constitución en su conjunto.⁷⁸ De esta forma, la enunciación efectuada responde a aquellos principios de carácter básico y representan, además, los aspectos que han sido analizados por el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la correspondencia de un determinado precepto legal tributario con el texto constitucional.

77 Ver MASBERNAT, Patricio, Garantías Constitucionales del Contribuyente: Crítica al Enfoque de la Doctrina Nacional. En Revista de Derecho de la Universidad de Talca *Ius et Praxis*, volumen 8, N° 2, Chile, 2002. [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200010&lng=es&nrm=iso [consulta 15 de abril de 2010].

78 Cabe advertir que un examen de constitucionalidad más profundo debiera basarse en un texto normativo determinado, a fin de poder desarrollar cabalmente las garantías involucradas en el establecimiento de un tributo ambiental y, específicamente, sobre la contaminación de las aguas.

A fin de hacernos cargo de lo señalado, se intentará hacer un acercamiento más allá del aspecto formal, complementando el análisis con los aspectos materiales de las garantías constitucionales involucradas en la tributación, supliéndose la falta de texto específico por supuestos de aplicación del impuesto en comentario, supuestos que, naturalmente, se enuncian únicamente a modo de ejemplo, constituyendo sólo la base para una discusión posterior.

Además, se hace presente que el estudio de cada principio, en caso que ello proceda, será antecedido de una breve enunciación del contexto histórico con la finalidad de poner de manifiesto los motivos que originaron el establecimiento de los referidos principios constitucionales, permitiendo una comparación entre el estado social actual y el existente al momento de su establecimiento.

1) Principio de Reserva Legal en el establecimiento de los tributos ⁷⁹

Históricamente se ha señalado que el Principio de Reserva Legal en materia tributaria tiene su fundamento en la auto imposición, que se basa en que los contribuyentes sólo se obligan a aquellos tributos en los cuales han consentido, y en el control a los poderes de la Administración.

Asimismo, en su concepción histórica, este principio protege el derecho de propiedad puesto que el tributo se concebía como una limitación al dominio, concepto que hoy en día ha sido morigerado, dejando de ser visto el tributo únicamente como un elemento que merma el patrimonio del contribuyente, pasando a ser además un instrumento de redistribución del ingreso,⁸⁰ útil para la obtención de otras finalidades extra fiscales.

Siguiendo al tratadista argentino Dino Jarach,⁸¹ se indican a continuación las consecuencias jurídicas del citado principio:

- a) Se requiere de una ley, esto es, discusión parlamentaria, como presupuesto necesario de la existencia de un tributo.

79 En este sentido, es útil mencionar la distinción que al efecto efectúan Bárbara Meza y David Ibaceta, en su obra ya citada. Los referidos autores precisan que el Principio de Legalidad en materia tributaria es aplicable a todo acto proveniente de la administración, en tanto que la reserva legal se refiere a la necesidad de una norma de rango legal en el establecimiento de la obligación tributaria, op. cit., página 184.

80 MEZA, Bárbara e IBACETA, David. op cit., páginas 185 a 188.

81 JARACH, Dino, Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 1996, páginas 297 a 299.

- b) No es admisible la delegación de facultades del Poder Legislativo al Ejecutivo con la finalidad de crear tributos o establecer exenciones, con la salvedad que en algunos países si se admite la delegación, aunque con restricciones.
- c) La ley debe definir todos los elementos de la obligación tributaria.
- d) Se prohíbe el establecimiento de tributos y exenciones por la vía de la interpretación analógica.

De la simple lectura de los presupuestos anteriores es fácil concluir que, desde el punto de vista del Principio de Reserva Legal, sería perfectamente posible el establecimiento de un tributo sobre los vertidos de sustancias contaminantes a las aguas, en tanto, su establecimiento se efectúe por ley. Conforme con ello, el Estado está autorizado a establecer tributos con la finalidad de proteger el medio ambiente, puesto que teniendo como horizonte este principio constitucional la finalidad que se asocie al establecimiento del tributo no es una limitante para el legislador.⁸²

En otras palabras, tributos fiscales y extra fiscales son perfectamente posibles, puesto que el texto constitucional no exige una finalidad fiscal, esto es, meramente recaudatoria, en el establecimiento del tributo. Lo anterior, es la lógica consecuencia de la concepción de la formulación del Principio de Legalidad⁸³ (en materia tributaria) en nuestra Constitución, concepción meramente formal, al no haberse establecido por el constituyente una finalidad específica que necesariamente justifique la imposición de un tributo.

La literatura nacional ha tratado previamente este punto, inclinándose por la factibilidad constitucional de establecer tributos sobre "hechos contaminantes", debiendo en todo caso observarse el Principio de Legalidad de los tributos establecido en nuestro texto constitucional,⁸⁴ lo que reafirma la conclusión que expresamos.

82 Cabe tener presente además que conforme se indica en el artículo 65 de la Constitución, las leyes que versen sobre materia tributaria sólo pueden tener su origen en la Cámara de Diputados y son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República límite que se complementa además con lo establecido por el artículo 63 N° 2 y N° 14 de la misma.

83 Este principio se encuentra recogido en el artículo 19 N° 20 de nuestro texto constitucional, que indica que se garantiza a todas las personas: "La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas."

84 Véase MATELUNA, Rodrigo, op. Cit., páginas 96 a 98. La conclusión expuesta por el autor se desprende del análisis de las disposiciones constitucionales que constituyen los principios de la tributación.

En este sentido, Rodrigo Mateluna Pérez,⁸⁵ luego de una revisión de la doctrina nacional⁸⁶ y de jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁸⁷ ha concluido que el carácter extra fiscal es una finalidad que puede atribuirse a la tributación, puesto que, el ejercicio de la potestad tributaria no está restringida a la recaudación fiscal. Sobre este punto concluye que: “tanto en la historia fidedigna del establecimiento de la potestad tributaria en nuestra Constitución, como en el concepto de nuestra Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, el tributo es uno de los elementos del Estado para dirigir la economía y contribuir a crear las condiciones necesarias para el bien común”.⁸⁸

Esta conclusión es coincidente con el análisis que se ha realizado en la doctrina sobre el alcance del Principio de Legalidad, la que ha establecido qué elementos de la obligación tributaria deben ser los comprendidos expresamente en la ley, sin extenderse a revisar en esta parte, cual es el fundamento que debe inspirar el establecimiento de un tributo.⁸⁹

En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado mediante sentencia de 26 de noviembre de 2007, indicando en su considerando vigésimo octavo:

“Que, como se ha indicado, el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República se refiere a “establecer” tributos y éste término importa, según su sentido natural y obvio, “fundar, instruir” u “ordenar, mandar, decretar”. De modo tal que el establecimiento de un tributo supone la determinación clara y precisa de los elementos esenciales de la obligación tributaria, esto es, el sujeto pasivo obligado, el hecho imponible, la base, la tasa y las

85 MATELUNA, Rodrigo, op. cit., páginas 88 y siguientes.

86 El autor distingue tres corrientes de opinión al respecto, recogiendo para ello el análisis de la potestad tributaria, de manera de determinar si ésta tiene un límite de carácter material o sólo está circunscrita a límites formales. Conforme a la primera postura, sostenida por los profesores Pedro Massone Parodi y Juan Eduardo Figueroa Valdés, la potestad tributaria consiste en la facultad del Estado de establecer tributos, sin que exista referencia a cuáles deben ser las finalidades en dicho establecimiento. Una segunda corriente de opinión es la que postulan los profesores Enrique Evans de la Cuadra y Eugenio Evans Espiñeira, para quienes la potestad tributaria consiste en los medios con que cuenta el Estado para el cumplimiento de sus fines, entre los cuales se encuentra el bien común. Finalmente, la tercera corriente a que hace referencia el autor en su obra es la postulada por la profesora Ángela Radovic Schoepen, quien acepta el ejercicio de la potestad tributaria con fines extra fiscales, haciendo mención a los fines “económico sociales” de la tributación.

87 El fallo del Tribunal Constitucional en que funda su conclusión el autor, es la sentencia emitida con fecha 20 de octubre de 1998, bajo el Rol N° 280.

88 Ídem.

89 Víctor Manuel Avilés, en su obra “Legalidad Tributaria”, Editorial Jurídica de Chile, 2005, hace un extenso análisis de esta garantía, el cual se centra en determinar la exactitud con la cual deben indicarse en la ley los elementos que constituyen la obligación tributaria.

exenciones, en su caso; todo lo cual debe encontrarse suficientemente precisado en la ley, pudiendo regularse sólo aspectos de detalle por la potestad reglamentaria de ejecución”.

De esta forma, tanto desde el punto de vista de los límites a la potestad tributaria como del análisis del principio de legalidad es posible concluir que el establecimiento de tributos con la finalidad de proteger el medio ambiente es perfectamente factible, siendo necesario que su establecimiento se efectúe por ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de legalidad podría tener relevancia para descartar derechamente la delegación de facultades en la Administración para determinar alguno de los elementos que constitutivos del hecho gravado en un tributo de estas características, puesto que la mayoría de la doctrina nacional se inclina por darle una extensión amplia, aunque no escrita, al Principio de Legalidad.⁹⁰ De esta forma, la Administración sólo podría operar en la determinación del tributo, el que tratándose de las descargas o vertidos de sustancias contaminantes sobre las aguas debiera centrarse en aspectos técnicos, según se explica más adelante en la propuesta general de aplicación.

2) Principio de Igualdad

En el marco del presente trabajo, sin duda, es el análisis del Principio de Igualdad uno de los más trascendentes a la hora de establecer la factibilidad constitucional de un tributo de carácter ambiental. Al efecto, surge inmediatamente como interrogante el determinar cuál sería la justificación para la imposición en el desarrollo de ciertas actividades económicas y no de otras.

Para contextualizar el análisis señalaremos primeramente que, en su vertiente tributaria, este principio se origina como parte de la filosofía liberal que concebía los tributos con fines esencialmente fiscales (mantenimiento del orden, defensa, seguridad, moral y buenas costumbres), razón por la cual se relacionaba al hecho gravado con las riquezas de cada ciudadano, vinculándose con el enunciado que postulaba, de modo general, que “a iguales riquezas correspondían iguales tributos”,⁹¹ estableciéndose el concepto

90 En este sentido, EVANS DE LA CUADRA, Enrique y EVANS ESPÍÑEIRA, Los Tributos ante la Constitución, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Chile, 1997, páginas 70 y siguientes. En igual sentido, MEZA, Bárbara e IBACETA, David, op. cit., página 317. Asimismo, AVILÉS Víctor, op. cit., páginas 98 y siguientes.

91 Ver EVANS DE LA CUADRA, Enrique y EVANS ESPÍÑEIRA Eugenio, op. cit., página 52.

de capacidad contributiva como un postulado que no admitía excepciones.

Posteriormente, la forma de concebir este principio se fue modificando de tal manera de dar paso también a otras finalidades del Estado y no solamente la provisión de recursos. Es así como Dino Jarach⁹² indica que actualmente, la capacidad contributiva "no es una medida objetiva de la riqueza de los contribuyentes, sino una valoración política de la misma (...) puesto que ésta contempla todos los valores relevantes para la actividad del Estado". Es decir, el establecimiento de la imposición puede discriminar teniendo como soporte una finalidad política previa en que se determine una diferencia, que en el caso que nos atañe, sería relativa a la protección y preservación del medio ambiente.

En el mismo sentido, Evans de la Cuadra y Evans Espiñeira, postulan que en la actualidad la capacidad contributiva deja de ser un concepto objetivo que reposa en los recursos económicos del contribuyente, para dar paso a la subjetividad estatal en la prosecución de sus fines. Sobre este punto concluyen: "Lo relevante de la igualdad tributaria -y que la distingue del principio general de igualdad ante la ley- radica en la necesaria consideración de la capacidad contributiva más que de las personas. Por ello, no puede radicarse exclusivamente en una consideración numérica, debiendo para cumplirse el principio, asegurar el mismo tratamiento para quienes se encuentran en análogas situaciones, permitiendo la formación de distingos o categorías, siempre que éstas descansen en criterios de razonabilidad, excluyéndose toda discriminación arbitraria, injusta u hostil contra determinadas personas o contra determinada categoría de personas".⁹³

De esta forma, el establecimiento de un tributo ambiental debe vincularse necesariamente con una valoración económica del medio ambiente, en particular, en relación al uso y protección de los recursos naturales, de manera tal de justificar y concebir como razonable, su establecimiento. Lo anterior, por cuanto sólo desde este punto de vista se percibe la disimilitud entre las situaciones en que se encuentran los agentes que utilizan las aguas como cuerpos receptores de sustancias contaminantes de aquellos que no, y parece razonable exigir una prestación por el uso del recurso hídrico que permita, promueva y garantice su uso racional y sustentable.

92 JARACH, Dino, Finanzas Públicas y Derecho Tributario, op. cit., página 301.

93 EVANS DE LA CUADRA, Enrique y EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio, op. cit., página 53.

Dicho de otra forma: ¿resulta justo y equitativo que quienes desarrollan actividades que no degradan las aguas y por ende, no usan -ni menoscaban- bienes públicos, paguen tributos en una cantidad equivalente a quienes sí lo hacen? ¿No sería consecuente con la protección a los bienes comunes la necesidad de retribuir, a lo menos indirectamente, por la vía de la tributación?

Continuando el análisis de este principio, cabe remitirse a un aspecto particular dentro de la igualdad; es decir, si se vislumbra como posible efectuar distinciones entre quienes se encuentren, hipotéticamente, ya afectos al tributo.

Sobre este aspecto, cabe señalar que el Principio de Igualdad se vincula además con el Principio de Generalidad, en el entendido que los tributos deben aplicarse entre quienes incurran en la conducta gravada. Siguiendo a Patricio Masbernat⁹⁴ indicaremos que la generalidad en la imposición implica que “verificados los supuestos que prevé la ley para que una persona se constituya en deudora frente al Fisco, queda constituida en esa calidad sin que pueda liberarse de su obligación. Pero todas las personas dentro de esa categoría quedan obligadas, y no pueden establecerse tributos a personas individuales.” Este autor reconoce como excepción a este principio las exenciones, las que son “adoptadas en razón de circunstancias de carácter económico, político y social apreciadas ellas por el legislador”.

De esta forma, si bien en principio no pueden efectuarse diferencias entre quienes estén afectos al tributo ambiental, son aplicables las exenciones en tanto se respeten exigencias de razonabilidad justificantes del trato diferenciado, las que se pueden consistir por ejemplo, en el uso inocuo de las mismas teniendo en vista que el objetivo de la imposición es, en un sentido amplio, la protección del medio ambiente.

Por otra parte, es importante destacar que igualdad no quiere decir una misma carga tributaria pareja, y por lo tanto, un tributo puede aplicarse por ejemplo, con tasa diferenciadas de manera progresiva, por cuanto lo que exige la Constitución es la “igual repartición de los tributos, en proporción a las rentas o en la progresión o forma que determine la ley.”

Para estos efectos, adquiere plena validez lo ya señalado en cuanto a las distinciones que pueden establecerse entre grupos de suje-

94 MASBERNAT Patricio, op. cit.

tos para efectos de determinar su aptitud para ser sujetos pasivos del tributo o no, entendiéndose este caso, como una diferencia de carga tributaria entre grupos de contribuyentes. Tales diferencias, claro está, deben fundarse también en criterios de razonabilidad, como podría ser por ejemplo una progresión en tasas y tramos diferenciados de tributación en base a parámetros como el grado de toxicidad del vertimiento de sustancias contaminantes, el caudal de descarga, las características particulares de la cuenca hidrográfica de que se trate, los niveles de saturación de la misma, entre otros, todos elementos de carácter objetivo que tiendan a determinar una cierta medida de valoración del uso del recurso hídrico en función a sus posibilidades de recarga y autodepuración.

3) Principio de Proporcionalidad (No Confiscatoriedad)

Históricamente, la exigencia de proporcionalidad en el establecimiento de los tributos ha actuado como control a la medida o magnitud que se les asigne, de forma de evitar que por esta vía se afecte de manera indebida el patrimonio y propiedad de los contribuyentes. Por otra parte, el principio de proporcionalidad implica además un control que impide que la alta tributación desincentive el desarrollo de las actividades económicas.

Como indica Jarach⁹⁵ al comentar un fallo de la Corte Suprema argentina que se basa en este principio: "La doctrina de la Corte se funda en el principio que los impuestos no pueden ser confiscatorios, no ya en el sentido que se respete la garantía formal de legalidad, sino que no se quite al derecho de propiedad su contenido." De esta forma, el citado autor reconoce un contenido material a esta garantía que limita de manera expresa la tributación, impidiendo que esta se extienda más allá de lo que se entienda por razonable en un contexto dado.

Nuestra Constitución prohíbe el establecimiento de "tributos manifiestamente desproporcionados o injustos",⁹⁶ recogiendo en su texto el principio señalado. Sin embargo, no existe un consenso sobre lo que debemos entender por tributo confiscatorio, tema que ha sido objeto de constante debate desde el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, hasta nuestros días, a través de los pronunciamientos del tribunal Constitucional.

En la doctrina nacional, la proporcionalidad ha sido entendida como la necesidad de establecer una carga tributaria adecuada y

95 JARACH, Dino, op. cit., página 326.

96 Artículo 19 N° 20 inciso 2° de la Constitución.

razonable, que debe “guardar según la naturaleza de la riqueza y características del tributo, una cierta medida que, para ser justa, no debe exceder lo que aconseje una razonable prudencia”.⁹⁷

La proporcionalidad se vincula entonces a la razonabilidad, en función al tipo de tributo y la riqueza, siendo necesario en todo caso darle contenido al primero de estos conceptos. Conforme indica el profesor Ricardo Haro, la razonabilidad se vincula con justicia y equidad, debiendo considerar todos los elementos informantes del Ordenamiento Jurídico para desentrañar que debe entenderse por tales, consideradas en base a la misma Constitución y al contexto social, y en palabras del autor a: “las condiciones de persona, tiempo, modo y lugar y en función de todos los valores que, en un orden jerárquico, integran el plexo axiológico del orden jurídico (libertad, igualdad, solidaridad, paz, seguridad, orden, bienestar, etc.)”.⁹⁸

El Tribunal Constitucional, interpretando el contenido de esta garantía, ha señalado que la desproporcionalidad o injusticia del tributo y, en particular, de la tasa, debe ser apreciada considerando factores como la capacidad de pago del contribuyente, la calificación del bien que se trate conforme a su uso (suntuario, de consumo habitual, prescindible u otros)⁹⁹ y si con su aplicación impide el desarrollo de una actividad económica.¹⁰⁰

Asimismo, ha indicado este Tribunal que debe entenderse por “manifiestamente desproporcionado”, esto es, una desproporción o injusticia manifiesta, clara y patente en la disposición legal que se trate, y que “traspasen todos los límites de lo razonable y prudente”. Finalmente concluye que este es un concepto que debe ser analizado caso a caso: “al no encontrarse contemplado por la propia Constitución o la ley un concepto de lo que se entiende por manifiestamente desproporcionado o injusto, tal determinación debe quedar entregada a lo que la justicia constitucional decida, caso a caso, en materia de proyectos de ley o de leyes”.¹⁰¹

De lo señalado se desprende que el establecimiento de tributos de carácter ambiental no pugna con la no confiscatoriedad de los

97 MASBERANT, Patricio, ob. cit.

98 HARO, Ricardo, La Razonabilidad y las Funciones de Control. *Ius et Praxis* Año 7 N° 2, 2001, p. 179-186 [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200008&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 1 de abril de 2010]

99 Se aprecia entonces que el razonamiento del Tribunal Constitucional recoge aspectos extra fiscales en la calificación del tributo que analiza.

100 Tribunal Constitucional, Rol N° 219. Sentencia de 29 de julio de 1995.

101 Tribunal Constitucional, Rol N° 280. Sentencia de 20 de octubre de 1998.

tributos, en tanto su monto no sea desproporcionado o desmedido de manera que implique por esa vía una afectación indebida del derecho de propiedad.

Asimismo, puede ser visto como una herramienta de distribución social de los costos de las actividades contaminantes, cumpliéndose de esta forma con el deber del Estado de proteger el medio ambiente dado que no existen instrumentos jurídicos que obliguen a los particulares a internalizar sus externalidades negativas.

Por otra parte, el Principio de Proporcionalidad estaría resguardado, toda vez que, tal como sucede en la experiencia comparada y según se expondrá en la propuesta que se hace en este trabajo, el monto de la tasa será proporcional a la cantidad de descargas contaminantes que el contribuyente o agente contaminador realice, aumentando dicha proporción, por ejemplo, en función de las cargas contaminantes (expresadas en volúmenes), la concentración y peligrosidad de la sustancia contaminante, el caudal de descarga y el tiempo de vertido, lo que asimismo ayuda a racionalizar la forma de repartición de los tributos entre los sujetos que incurran en el hecho gravado, sirviendo además al cumplimiento de los parámetros del Principio de Igualdad.

De esta forma, la mera aseveración que este tipo de impuestos generaría una carga tributaria excesiva, no es un argumento que pueda limitar a priori la discusión, siendo necesario analizar el quantum del tributo, en función a los criterios expuestos tanto por la doctrina como por el Tribunal Constitucional, esto es, contextualización del tributo con el resto del Ordenamiento Jurídico para determinar su correspondencia a principios de razonabilidad y equidad.

Por otra parte, deberá analizarse además el monto y proporción de la carga tributaria que deba soportar el contribuyente, sin que ello implique una prohibición per se a la tributación ambiental, constituyendo únicamente una limitación al monto del tributo.¹⁰²

102 Lo que sí puede discutirse en este ámbito, conforme al texto constitucional, es si el principio "quien contamina paga" puede extenderse a la prohibición de desarrollar una actividad económica en tanto la imposición al internalizar el costo ambiental sea tan alta que impida finalmente su ejecución. Si bien no se ha analizado este punto, creemos que en principio sería admisible un tributo ambiental confiscatorio en cuanto con la emisión de contaminantes se afecte la vida de las personas.

4) Principio de No Afectación de los Tributos

La no afectación de los tributos¹⁰³ se relaciona con un principio jurídico de política fiscal, que postula no vincular gastos con determinados ingresos de manera permanente, lo que se traduce en la prohibición de ligar jurídicamente un tributo con una finalidad determinada. Por medio de esta prohibición se intenta “condicionar un gasto a una recaudación tributaria específica, directa y jurídicamente afectada a un destino vinculado a ese gasto”.¹⁰⁴

De esta forma, el establecimiento de un tributo de carácter ambiental en sí mismo, no implica una afectación específica, en tanto los recursos no se destinan de manera específica al financiamiento de ciertos gastos.

No obstante, cabe destacar que conforme establece el mismo texto constitucional,¹⁰⁵ este principio admite excepciones, teniendo trascendencia para nuestros fines, la relativa a los tributos de afectación que gravan actividades o bienes que tienen una clara identificación regional o local, estos últimos podrán ser aplicados por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.

De esta forma, se debe determinar que se entiende por actividades o bienes que tienen una clara identificación regional o local, a fin de establecer si un tributo sobre la descarga de contaminantes a las aguas cumpliría o no con este requisito, estableciendo entonces si debiera responder a la naturaleza de una tasa o de un impuesto.

Sobre este punto, existen varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional; sin embargo, éstos no otorgan mayor contenido a las expresiones contenidas en la garantía. En efecto, en fallo de fecha 14 de octubre de 1996, Rol N° 247, con motivo del requerimiento sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que pretendía la modernización del Servicio Nacional de Aduanas es-

103 Este principio no debe confundirse con lo establecido en el artículo 67 inciso 4° que señala: “No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto”. Esta mención se relaciona con la Ley de Presupuestos y es, por tanto, de carácter temporal, a diferencia de lo que ocurriría con una afectación de un tributo a un fin determinado, la que permanecería hasta la derogación de la ley.

104 EVANS DE LA CUADRA, Enrique y EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio, op. cit., página 101.

105 La primera de ellas corresponde a los tributos cuya afectación se encontraba consagrada con anterioridad a la vigencia de la Constitución y no sean derogados mediante un texto legal expreso.

tableciendo el pago de un tributo por ciertos servicios,¹⁰⁶ en que se destinaba expresamente lo recaudado al referido organismo, el Tribunal Constitucional concluyó que tal precepto adolecía de inconstitucionalidad por vulnerar el Principio de No Afectación, descalificando su denominación de “tarifa” puesto que no existiría una efectiva prestación “por cuanto, por una parte, señala que los recursos provenientes de su aplicación serán ingresos propios del Servicio Nacional de Aduanas, y por otra, no se da en este caso las situaciones de excepción que considera al respecto la Carta Fundamental (...)”.¹⁰⁷ No se entró al detalle entonces de los fundamentos por los cuales no se consideró aplicable la excepción, indicándose que siendo un tributo necesariamente debía responder al Principio e no Afectación, situación que no se cumplía.

Por otra en sentencia pronunciada con fecha 5 de mayo de 1995, con motivo del proyecto de ley modificatorio del Decreto Ley N° 3.063 sobre Rentas Municipales y la Ley N° 17.235 sobre Impuesto Territorial¹⁰⁸, Rol N° 212, el Tribunal Constitucional indicó que el precepto en análisis vulneraba el Principio de No Afectación puesto que “la norma otorga una atribución que excede el claro sentido de la normativa constitucional, porque permite el establecimiento de tributos que se destinen a financiar cualquier tipo de gasto, en circunstancias que, como está dicho, por mandato del Constituyente, sólo pueden aplicarse a obras de desarrollo comunal.” En

106 Los servicios consistían en procesamiento de declaraciones de importación, control aduanero tarifado por pasajero (nacional e internacional) y control a los vehículos que transporten pasajeros que estén sujetos a despacho aduanero. La sentencia citada expone, en su considerando noveno, los aspectos esenciales del tributo que analiza, indicando que consiste en: “una tarifa aplicada al procesamiento de cada declaración de importación o de importación de pago simultáneo, afectas ambas al cobro de gravámenes e impuestos, y de exportación, o documentos que la reemplacen, así como también una tarifa por cada pasajero de vuelo nacional e internacional sujeto a control aduanero y a los vehículos automotores de tránsito internacional, privados o públicos que transporten pasajeros que estén sujetos a recepción o despacho aduanero, fijando un monto máximo para estas tarifas y agregándose que el valor específico de cada una de ellas será fijado por decreto supremo del Ministerio de Hacienda y que los recursos provenientes de estos cobros constituirán ingresos propios del Servicio Nacional de Aduanas y se incorporarán a su presupuesto. Se dispone, asimismo, que el reglamento establecerá las condiciones, plazos, tramos y demás modalidades para el pago de estas tarifas y que el Servicio estará obligado a devolver lo pagado si se acredita que los servicios prestados no han correspondido a los niveles de eficiencia, calidad y oportunidad que se fijen anualmente para estos efectos, agregándose que las discrepancias sobre el particular serán resueltas por la Junta General de Aduanas en única instancia y sin forma de juicio. Finalmente, se establece que los trabajos extraordinarios realizados por los funcionarios y que excedan la jornada diaria, así como los gastos en que incurran con ocasión de cometidos funcionarios o comisiones de servicio serán solventados por el Servicio”.

107 Rol N° 247 de 1996, considerando décimo sexto.

108 El proyecto de ley señalado modificaba la composición del fondo municipal común, estableciendo conforme al considerando séptimo de la sentencia citada que: “este quedará integrado también por un cincuenta por ciento del uno por ciento sobre el precio de venta en la transferencia de vehículos con permisos de circulación y un cincuenta por ciento del impuesto que establece el artículo 41 del Decreto Ley N° 825, de 1974, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios; el restante cincuenta por ciento de este último impuesto será de beneficio exclusivo de la municipalidad donde tenga su asiento la notaría en que se haya formalizado la transferencia”.

este fallo, se precisó entonces que los destinos de los tributos de afectación debían dirigirse necesariamente a financiar obras de desarrollo comunal y dado que ello no se establecía en la ley, el precepto fue declarado inconstitucional sin pronunciarse sobre el contenido de este concepto.

Un análisis de lo que debe entenderse por obras de desarrollo comunal, es el desarrollado por Iris Vargas¹⁰⁹, quien tomó como base lo dictaminado por la Contraloría General de la República, a propósito de las “obras de desarrollo local”, mediante dictamen N° 42.608 de 1994.¹¹⁰

Esta autora indica que los pronunciamientos de la Contraloría establecen además que se entienden comprendidas en el referido concepto, tanto las obras de carácter material, como “los servicios y acciones de los municipios dentro del ámbito de su competencia, a favor de la comunidad.” Asimismo, utiliza los pronunciamientos de la Contraloría, que definen los términos de lo que debe entenderse por “desarrollar”, señalando que consiste en progresar, crecer económica, social, cultural o políticamente las comunidades humanas, para concluir que: “Por todo ello, las obras de desarrollo local deben cumplir alguno de esos objetivos a favor de los habitantes de la comuna”.¹¹¹

De esta forma, tomando como base los pronunciamientos de la Contraloría General de la República y las funciones vinculadas al medio ambiente de los gobiernos regionales, establecidas por la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional,¹¹² Iris Vargas señala que por la expresión obras de desarrollo regional debe entenderse: “la construcción u otra obra de ingeniería destinada a la protección del medio ambiente, la creación o extensión de un servicio regional de carácter ambiental que satisfaga de manera directa e inmediata las necesidades de la población, y la adquisición de elementos indispensables para la prestación del servicio regional ambiental que se cree”.¹¹³

Este concepto está en la línea de lo que se propone en el presente trabajo, por cuanto si bien es admisible el establecimiento

109 VARGAS, Iris en obra ya citada.

110 El citado dictamen dispone que la expresión incluye “la construcción u otra obra de ingeniería, la creación o extensión de un servicio municipal que satisfaga de manera directa e inmediata las necesidades de la población y la adquisición de vehículos y demás elementos indispensables para la prestación del servicio referido.”

111 VARGAS, Iris, ob. cit., página 345.

112 La autora cita los artículos 17 letra c); 18 letra b) y 19 letra c), del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.175, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y actualizado de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

113 VARGAS, Iris, ob. cit., página 346.

de un tributo ambiental con caracteres generales, es claro que para cumplir con la finalidad de mantener las posibilidades de uso futuro de los recursos hídricos, el tributo que se imponga idealmente debiera destinarse, por ejemplo, a financiar obras de purificación de las aguas terrestres. De esta forma, se logra una debida proporción entre el uso del recurso hídrico y la contribución a su mantenimiento, manteniéndose un equilibrio entre lo que se paga y el porcentaje del costo que debería asumirse por el uso de un bien público.

B.- Valorización del Medio Ambiente

La regulación de un tributo ambiental, necesariamente debe determinar cuanto se va a cobrar por concepto de gravamen. En otras palabras, se debe identificar a cuánto alcanza la brecha entre el costo social y el costo privado, es decir, se requiere valorizar la externalidad.¹¹⁴

Este es uno de los aspectos técnicos más complejos, ya que, según los expertos se sostiene que la principal desventaja de la aplicación de instrumentos económicos radica en que son menos predecibles que los instrumentos de regulación directa, ya que, son los agentes económicos los que eligen cuanto reducir o cuanto contaminar. Si se fija el tributo en un nivel muy bajo no se logrará la meta buscada,¹¹⁵ pudiendo incluso generarse el incentivo perverso de preferir pagar el tributo antes de implementar tecnologías limpias.

El punto es que en relación a los bienes privados, su valor, o precio, se determina a través de información de mercado, donde los consumidores revelan sus preferencias por los bienes y servicios, mostrando su disposición a pagar. En cambio, con relación a los bienes ambientales, algunos de ellos poseen un mercado (como por ejemplo, las aguas o los bosques), en cambio con los servicios ambientales (saneamiento del aire, captura de carbono o asimilación de residuos) no sucede lo mismo, y el problema se acentúa más cuando pretende valorarlos.¹¹⁶

Ciertamente, "en muchos casos nos encontramos con que existen imperfecciones en los mercados o son incompletos o directamente, hay bienes o servicios que carecen de mercado. Son, entre otros, los casos de externalidades, bienes públicos puros o bienes comunes de libre acceso, que aparecen en cuanto entramos a analizar los bienes y servicios ambientales. Para indicar docentemente que "la dificultad para su va-

114 KAUFMANN, Jorge, op. cit., página 16.

115 O'RYAN, Raúl y ULLOA, Andrés, op. cit., página 294.

116 MORILLO, Augusto y CAFFERATTA, Néstor. *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2004, página 255 y siguientes.

loración aumenta ya que no hay información explícita de mercado y se deben aplicar otro tipo de metodologías más complejas”.¹¹⁷

En consecuencia, salta a la vista que la valorización del medio ambiente, no sólo a nivel de fijación de tributos sino también en materias tales como responsabilidad por daño ambiental, es más compleja que la valorización de bienes privados. Sin embargo, avanzar en esta materia es un imperativo ineludible.

Al respecto, son muchos los países que han establecido tributos ambientales en materia de vertidos o descargas contaminantes a las aguas y que, por tanto, han tenido que necesariamente valorizar el medio ambiente. En este sentido, Chile se encuentra en un serio atraso, particularmente en comparación con los países miembros de la OCDE. Si bien es comprensible que la “realidad nacional” es distinta, desde el minuto en que se busca integrar un organismo de dichas características y, especialmente, si nuestro país ha sido aceptado como miembro integrante de dicha organización, el “desafío país” de estar a la “altura” se hace cada vez más evidente.¹¹⁸

De hecho, la valoración económica de los diferentes impactos ambientales permite priorizar, comparar y realizar una mejor asignación de los recursos. La importancia de lo anterior queda clara al observar que vivimos en una sociedad en la que el problema de decidir qué es lo que se produce, como se produce, y como se distribuye lo producido, ha sido dejado en manos del mercado, el que, como se ha visto, es imperfecto.

En esta línea de pensamiento, Miguel Sarmiento pone el acento en que “la importancia de la valoración es indiscutible pues al ser un instrumento útil para la gestión de los recursos naturales permite, si es adecuadamente utilizado, dar criterios cuantitativos para dar prioridad a las actividades de la sociedad”.¹¹⁹ “Esto, hace imprescindible buscar metodologías que permitan valorar los recursos naturales a fin de generar parte de la información necesaria para tomar decisiones y asignar recursos de la mejor forma, además de diseñar e implementar políticas ambientales que permitan asegurar su uso sustentable”.¹²⁰

117 Palabras de Carlos J. De Miguel, oficial de Asuntos Económicos de la Secretaría Ejecutiva de la CEPAL, en: Valoración Económica de la Degradación Ambiental, página 27, en obra colectiva: “Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y Cumplimiento de la Normativa ambiental”, Fundación Ambiente y Recursos Naturales FARN, PNUMA, Instituto de Derecho por un Planeta Verde, Instituto del Banco Mundial, 23 y 24 de septiembre de 2003, Buenos Aires, Argentina. Citado por MORILLO, Augusto y CAFFERATTA, Néstor, op. cit., página 1.

118 La experiencia comparada se analizará brevemente en el Acápite N° 5 de este trabajo.

119 SARMIENTO, Miguel. Economía y Valor del Ambiente, Cátedra de Economía y Administración Forestal, Facultad de Ciencias Forestales, Universidad Nacional de Santiago del Estero. Citado por CAFFERATTA, Néstor y MORILLO, Augusto, op. cit., página 6.

120 CANCINO, José. Informe “Valoración Económica de los Recursos Naturales y su Aplicación a la Áreas Silvestres Protegidas, Departamento de Economía Agraria, Universidad Católica de Chile, página 1. [En línea] http://www.puc.cl/agronomia/c_extension/Revista/Ediciones/12/informe1.pdf [Consulta 11 de mayo de 2010]

Por consiguiente, se asume que la tarea de valorizar el medio ambiente es compleja, en este caso, el costo del servicio ambiental que presta el recurso hídrico (cuena hidrológica) como receptor de contaminantes o, en visto desde otro enfoque, el costo del valor del detrimento causado al medio ambiente, pero al mismo tiempo se reconoce que es un desafío ineludible, el cual seguramente podrá ser superado por nuestros profesionales expertos (economistas, biólogos, etc.), tal como se ha logrado en otros países.

Para estos efectos, es fundamental asegurar el delicado equilibrio entre los necesarios requerimientos de eficiencia económica, equidad social y sostenibilidad ambiental. Esta premisa ha de presidir y matizar la aplicación del principio respecto de la consideración del agua como bien económico bajo un riguroso enfoque estratégico, caracterizado por la combinación de una política firme y consistente de avance hacia la eficiencia económica-ambiental en la gestión del agua, con una estrategia de implementación regida por la gradualidad de los cambios en las políticas,¹²¹ instituciones e instrumentos de gestión.¹²² Lo medular es comprender que no sólo se trata de alcanzar determinados objetivos de calidad ambiental, sino de lograrlos en condiciones aceptables, es decir, sin hacer pagar a la sociedad un precio excesivo por ello.¹²³

Finalmente, es preciso señalar que el análisis específico de las metodologías para determinación del valor de los usos de los recursos naturales y de los daños al medio ambiente,¹²⁴ así como la determinación del monto a cobrar, por motivos de extensión no serán abordadas en este trabajo.

C.- Consideraciones Prácticas

1) Estructura Legal Consolidada y Capacidad Administrativa

La implementación de tributos ambientales, al igual que otros instrumentos económicos, requiere que previamente exista un régimen legal sólido que sirva de sustento para su creación. En otras palabras, es necesario contar de antemano con un sistema consolidado de control de la contaminación del agua basado en instrumentos tradicionales (regulación directa).

121 Es conveniente destacar que el tan ansiado equilibrio no es una tarea que deba recaer solamente en los legisladores, pues este desafío también recae en la administración pública al elaborar las distintas políticas de gestión de los recursos hídricos.

122 LÓPEZ, Raúl, op. cit., páginas 21 y 22.

123 AZQUETA, Diego, op. cit., página 236.

124 Un estudio completo sobre este tema se encuentra en: PEARCE David y TURNER Kerry, *Economics of Natural Resources and the Environment*, traducido al español "Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente", 1995, Celeste Ediciones, España. También véase AZQUETA Diego, en obra ya citada.

En el caso de los tributos por descarga de contaminantes, es preciso saber con anterioridad quién contamina y que características (volumen, concentración, composición, etc.) tienen sus vertidos. Esto supone contar con un sistema de otorgamiento y seguimiento de permisos y autorizaciones administrativas y tener un catastro de descargas de contaminantes completo y actualizado. Asimismo, es preciso dictar y aplicar normas de emisión y normas de calidad ambiental, puesto que, la aplicación de instrumentos económicos se basa necesariamente en el uso de instrumentos tradicionales.¹²⁵

A nivel comparado, un rasgo común consiste en que la regulación básica (directa) y los sistemas de permisos constituyen la "columna vertebral" de la protección ambiental, por lo que los instrumentos económicos son construidos no como alternativas, sino como complemento de los instrumentos tradicionales.¹²⁶

Como ya se indicó, en nuestro país se ha avanzado bastante en la dictación de normas ambientales, en especial respecto de la dictación de las normas de emisión de residuos líquidos.¹²⁷

Respecto de la información que maneja la autoridad, se debe señalar que la SISS, en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras y sancionatorias, mantiene un registro de los establecimientos que descargan residuos líquidos, con la respectiva caracterización de los mismos, y elabora informes periódicos de cumplimiento de la normativa aplicable.¹²⁸

Por otra parte, la reciente Ley 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, establece notables avances en materia de información ambiental.¹²⁹

125 DOUROJEANNI, Axel y JOURAVLEV, Andrei. Instrumentos Económicos para el Control de la Contaminación del Agua: Condiciones y Casos de Aplicación, Debate Agrario, Nº 33, página 161.

126 STERNER, Thomas y KÖHLIN, Gunnar. Environmental Taxes in Europe, (Revista) Public Finance and Management, Department of Economics, Göteborg University, Suecia, 2003, página 118. [En línea] <http://www.spaef.com/file.php?id=376> [Consulta 30 de marzo de 2010] Es preciso señalar que la interacción de instrumentos es especialmente relevante si la determinación del valor del tributo es demasiado baja, ya que, en este caso se puede generar el incentivo perverso de preferir pagar el tributo, antes que implementar tecnologías limpias, lo que sería altamente riesgoso si no existiesen límites máximos de emisión de residuos líquidos y niveles de calidad ambiental de las aguas, previamente establecidos por una norma.

127 Véase el punto Nº 3 del presente trabajo.

128 SISS [En línea] <http://www.siss.cl> [fecha de consulta: 15 de mayo de 2010].

129 Conforme al artículo 31 ter de Ley 19.300, introducido por la Ley 20.417, se establece un Sistema Nacional de Información Ambiental, administrado por el Ministerio del Medio Ambiente, el cual indicará, entre otros datos, "las autorizaciones administrativas asociadas a actividades que pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente, o en su defecto la indicación precisa de la autoridad que dispone tal información". Al mismo tiempo, según el Párrafo 3º del Título II de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, fijada por el artículo

En consecuencia, aunque falta bastante camino por recorrer en relación a las normas de calidad ambiental (en particular, secundarias), se puede concluir que en Chile ya existe un sistema consolidado de instrumentos tradicionales aplicables al control de la contaminación, incluyendo metodologías de monitoreo, procedimientos de entrega de información, otorgamiento de permisos (ambientales y sectoriales) y autorizaciones varias (por ejemplo, puesta en marcha de una planta de tratamiento de RILES o aguas servidas) que sirven de base estructural para construir tributos ambientales.

A su vez, es de esperar que la nueva institucionalidad ambiental creada por la Ley 20.417, cumpla efectivamente su deber de fiscalizar el cumplimiento de la normativa aplicable a la calidad de las aguas y, al mismo tiempo, en el caso hipotético de existir, los eventuales tributos ambientales. Para estos efectos, se requerirá de técnicos especializados y medios económicos suficientes para financiar los costos administrativos¹³⁰ de acometer la función pública de control y fiscalización.¹³¹

Al respecto, señala Kaufmann que, en ciertos casos los costos administrativos de los tributos ambientales (directos) pueden llegar a niveles altísimos, como en el caso de fuentes fijas numerosas y dispersas, debido principalmente a los costos de monitoreo.¹³² Sin embargo, considerando el sistema actual de control de la contaminación de residuos líquidos, se estima que la gran mayoría de las fuentes fijas ya están identificadas, y por regla general, las descargas de los pequeños y medianos agentes contaminadores son sustancialmente menores, en comparación con los vertidos emitidos por los grandes.¹³³ En el caso de fuentes difusas prove-

segundo de la Ley 20.417, se establece un Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, a cargo de la Superintendencia de Medio Ambiente, el cual deberá proporcionar una serie de antecedentes, como por ejemplo, los permisos ambientales sectoriales que se otorgan, los resultados de mediciones, análisis y pruebas que se deban realizar de conformidad a normas de calidad y normas de emisión, entre otros.

130 KAUFMANN, Jorge, op. cit., página 15.

131 Estimamos conveniente la inclusión de colaboradores privados en la función pública de fiscalización, especialmente en labores de monitoreo y análisis técnicos, financiados por el titular de la actividad contaminante. Sobre este punto, es posible consultar: SAAVEDRA, José Ignacio. "Auditorías Ambientales Independientes: A la Luz del Proyecto de Ley que Rediseña la Institucionalidad Ambiental", Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Volumen N° 71, Chile, 2009.

132 En igual sentido, O'Ryan y Ulloa señalan que "la existencia en los países en desarrollo de una gran cantidad de pequeños agentes contaminadores y explotadores artesanales de recursos crea grandes problemas de fiscalización y monitoreo. Esto es especialmente válido si se quiere utilizar un sistema de permisos transables o impuestos". O'RYAN, Raúl y ULLOA, Andrés, op. cit., página 304.

133 Una posible solución para controlar los vertidos contaminantes de pequeñas fuentes fijas, puede ser agruparlas con el objeto de convenir un Acuerdo de Producción Limpia. Esta herramienta voluntaria se ha utilizado en distintos sectores productivos tales como: Aserraderos y Remanufacturas de la Madera, Productores de Queso, Asociación de Talleres de Redes, Explotación Yacimientos Pequeña Minería, Plantas de Procesamiento de la Pequeña Minería, entre otros.

nientes de la agricultura, tal como se expondrá más adelante en la propuesta del presente trabajo, en particular respecto de pesticidas y fertilizantes, se propone la tributación indirecta.

2) Voluntad Política y Aceptación Social

Probablemente, la necesidad de contar con voluntad política para la creación de los tributos ambientales juega un rol más importante que todos los presupuestos señalados precedentemente, puesto que, por regla general, en los hechos se alza como la piedra de tope para su materialización.¹³⁴

En general, la aplicación de nuevos tributos no es vista con buenos ojos por los sectores productivos, debido a la pérdida de competitividad en los mercados internacionales.¹³⁵ Resulta evidente que el incremento excesivo de los costos de producción probablemente redunde en la pérdida de competitividad a nivel internacional, en el despido masivo de trabajadores e incluso en el cierre de las empresas menos competitivas. Por lo mismo, es lógico que si lo único que se pretende es aumentar la recaudación fiscal, exista el riesgo de que tributos ambientales puedan terminar “ahogando” el sistema económico.

En razón de lo anterior, se sostiene que “el aumento de la presión fiscal, vía impuestos ambientales, debe ir acompañada de una reducción en otros impuestos. Es decir, el uso de instrumentos fiscales como ayuda a la mejora del medio ambiente, debe entenderse dentro de una política global a favor del medio ambiente que puede plasmarse en una reforma más general del sistema fiscal”.¹³⁶

132 En igual sentido, O’Ryan y Ulloa señalan que “la existencia en los países en desarrollo de una gran cantidad de pequeños agentes contaminadores y explotadores artesanales de recursos crea grandes problemas de fiscalización y monitoreo. Esto es especialmente válido si se quiere utilizar un sistema de permisos transables o impuestos”. O’RYAN, Raúl y ULLOA, Andrés, op. cit., página 304.

133 Una posible solución para controlar los vertidos contaminantes de pequeñas fuentes fijas, puede ser agruparlas con el objeto de convenir un Acuerdo de Producción Limpia. Esta herramienta voluntaria se ha utilizado en distintos sectores productivos tales como: Aserraderos y Remanufacturas de la Madera, Productores de Queso, Asociación de Talleres de Redes, Explotación Yacimientos Pequeña Minería, Plantas de Procesamiento de la Pequeña Minería, entre otros.

134 Concordamos con la opinión de O’Ryan y Ulloa, en el sentido de que éste es uno de los aspectos más difíciles de lograr y es especialmente desventajoso para los instrumentos económicos. O’RYAN Raúl y ULLOA, Andrés, op. cit., página 297.

135 BARDE, Jean Philippe. Green Tax Reforms in OECD Countries: An Overview, II Taller Regional de Política Fiscal y Medio Ambiente en América Latina y el Caribe, Chile, 2004, página 11. [En línea] http://www.eclac.org/dmaah/noticias/discursos/3/14283/03_en.pdf [fecha de consulta: 30 de marzo de 2010]

136 YAGÜE, Isabel, op. cit., página 368.

Por cierto, uno de los aspectos centrales que se plantean en el presente trabajo, radica en que la implementación de tributos ambientales en materia de calidad de las aguas debe idealmente enmarcarse en una "reforma fiscal verde".¹³⁷ En este sentido, la experiencia de otros países demuestra que la posible pérdida de competitividad internacional ha sido la clave para que países, como los de la OECD, hayan implementado reformas fiscales verdes¹³⁸, punto que se retomará en el acápite de experiencia comparada.¹³⁹

En la actualidad, existen estudios y datos disponibles que muestran que no hay impactos significativos producidos por los tributos ambientales en el comercio internacional, esto no significa que la competitividad no sea un tema, por el contrario, el insignificante impacto en la competitividad internacional es el resultado de una serie de medidas de mitigación diseñadas específicamente para prevenir dichos impactos, tales como reducción de tributos, exenciones fiscales para sectores específicos, reembolsos tributarios y la devolución de impuestos a los sectores gravados.¹⁴⁰

Otro motivo por el cual los sectores productivos suelen oponerse a la aplicación de tributos ambientales, se refiere al hecho de que la normativa legal directa normalmente es más indulgente en el caso de una industria establecida y más restrictiva en el caso de las nuevas, lo cual es bien visto por las primeras, pues sirve como barrera de entrada a nuevas empresas.¹⁴¹

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que probablemente no solamente haya intereses empresariales en contra de los tributos ambientales, pues también "hay un aparato fiscal que históricamente no ha tomado en cuenta los impuestos ambientales, lo que

137 Las reformas fiscales verdes consisten, básicamente, en una reforma fiscal por la cual nuevos tributos ambientales financian reducciones en otros tributos típicamente sobre las rentas del capital o del trabajo. El objetivo es mejorar la calidad ambiental y la eficiencia del sistema fiscal, manteniendo el presupuesto público inalterado. RODRÍGUEZ, Miguel. Reforma Fiscal Verde y Doble Dividendo. Una revisión de la evidencia empírica. 2001. [En línea] http://www.ief.es/Publicaciones/PapelesDeTrabajo/pt2002_27.pdf [fecha de consulta: 10 de marzo de 2010].

138 BARDE, Jean Philippe, op. cit., página 11.

139 Cabe hacer la prevención de que el estudio de las reformas fiscales verdes amerita por sí mismo un análisis separado que excede con creces los objetivos del presente trabajo.

140 BARDE, Jean Philippe, ob. cit., página 11. En esta misma línea, Peters agrega que "el mercado y la competitividad son tal vez los temas políticamente más importantes, especialmente por la poderosa presión de algunos grupos de la economía que argumentarán contra todo tipo de reformas. En la mayoría de los casos, los efectos sobre el mercado y la competitividad tienden a exagerarse. En primer lugar, en general los impuestos ambientales son de envergadura menor y, en segundo lugar, si se compensan estos impuestos con una reducción de otras impuestos, los impactos son mínimos". PETERS Ian, op. cit., página 18.

141 ANTONIO, Arnaldo, Los Impuestos Ambientales, Editorial Osmar Buyatti, Argentina, 2007, página 88.

implica un problema de comunicación -a lo que cabe agregar, capacitación y coordinación- entre los recaudadores de impuestos, por un lado, y los órganos con competencia ambiental por otro".¹⁴²

Asimismo, los grupos ecologistas suelen oponerse al uso de instrumentos económicos para la protección del medio ambiente, ya que, los consideran como "permisos" o "licencias" para contaminar, perdiendo de vista que se trata de una herramienta eficaz y eficiente para reducir los niveles de carga de contaminantes en el medio ambiente.

A su vez, los políticos generalmente prefieren el uso de estándares estrictos (regulación directa), para así demostrar su compromiso con la protección de los intereses ambientales de los votantes.¹⁴³ En este sentido, para muchos legisladores los tributos ambientales no tienen un atractivo político en el diseño de una política ambiental si se considera -como lo hacen ciertos grupos ecologistas- que el medio ambiente es herencia de la humanidad y que no pareciera "correcto" ponerle un precio.¹⁴⁴

Sin embargo, frente a la eventual oposición de los actores sociales a los tributos ambientales es posible y, de hecho, resulta crucial construir a priori su aceptación social para propender a su establecimiento. Para ello, es preciso aclarar que el objetivo del tributo es reducir la presencia de contaminantes en el ambiente, más que proveer de ingresos fiscales, situación que beneficiaría directa o indirectamente a todos los individuos.¹⁴⁵

Por otra parte, resulta fundamental la participación activa de los actores sociales, en orden a legitimar el establecimiento del tributo. En este sentido, es útil la experiencia de países que han creado "comisiones de tributos ambientales", en las cuales todos los actores se pueden reunir y trabajar en conjunto, incluyendo organismos públicos (por ejemplo, Ministerios de Hacienda y Medio Ambiente), representantes de sectores productivos (Industria, Energía, Agricultura, Minería, etc.), ONGs ambientalistas y expertos técnicos. Estas comisiones proveen de legitimidad pública y técnica, aportando además la diversidad de intereses que deben ser conjugados a la hora de establecer un nuevo tributo. Las comisiones de tributos ambientales usualmente están mandatadas para funcionar varios años, permitiendo que éstas logren un tra-

142 PETERS, Ian, op. cit., página 22.

143 O'RYAN, Raúl y ULLOA, Andrés, op. cit., página 297.

144 ANTONIO, Arnaldo, op. cit., página 88.

145 BARDE, Jean Philippe, op. cit., página 13.

bajo sólido y que se construya progresivamente el dialogo y las confianzas.¹⁴⁶

Otro punto a considerar a lo hora de diseñar nuevos instrumentos de gestión ambiental, se refiere a la gradualidad de su aplicación, lo que se conoce en el Derecho Ambiental como "principio de gradualidad".¹⁴⁷

En resumen, previo a la implementación de los tributos ambientales, es menester que éstos sean aceptados y estén legitimados ante los distintos actores de la sociedad: ciudadanía, sector privado, sector público, grupos ambientalistas, políticos, etc., de manera tal que sean ampliamente conocidos los fundamentos para su aplicación y su finalidad, otorgando al mismo tiempo las garantías necesarias para que se construya un proceso gradual de cambio regulatorio.¹⁴⁸

De esta forma, la discusión de un proyecto de ley de tributos ambientales se haría más sencilla y pacífica, puesto que, el acuerdo entre los diversos actores sociales se produce con anterioridad, presentando un tributo consensuado en cuanto a su contenido y eventual destinación, amparado por el convencimiento social de estar estableciendo un beneficio para la comunidad en general, resolviéndose previamente todas las discrepancias que puedan surgir sobre el mismo.

V.- BREVE ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA COMPARADA

Las políticas ambientales en los países industrializados durante las décadas de 1970 y 1980, se orientaron casi por completo en sistemas regulatorios, compuestos por parámetros obligatorios de emisión y de calidad ambiental, así como exigencias de procesos y tecnologías, instrumentos que como ya hemos mencionado se conocen como "comando y control".¹⁴⁹

No obstante, desde principios de la década de 1970, los países industrializados comenzaron a impulsar en sus políticas ambientales el uso

146 Ibíd.

147 Principio recogido en el mensaje presidencial de la Ley N° 19.300.

148 Según Arnaldo Antonio, "Los economistas ambientales recomiendan generalmente una integración paulatina de incentivos al precio en un esquema de ejecución y control en lugar de intentar una política ambiental nueva basada sólo en incentivos económicos". En op. cit., página 89. En igual sentido, Barde concuerda en que las reformas fiscales verdes deben implementarse gradualmente. BARDE Jean Philippe, op. cit., página 13.

de instrumentos económicos, entre ellos los tributos ambientales, los cuales han tenido una evolución lenta, pero continua¹⁵⁰. No obstante, durante las décadas de 1980 y 1990, el crecimiento de los tributos ambientales en los países de la OCDE fue explosivo, aumentando sobre un 50% entre 1987 y 1994.¹⁵¹

En materia de tributos ambientales destinados a proteger la calidad de las aguas, países europeos como Francia (1960), Holanda (1969) y Alemania (1976) han destacado por ser pioneros en implementarlos.

En Francia, los tributos sobre los vertidos y utilización del agua son recaudados por las Agencias del Agua, la que los destina a servicios de depuración y ayudas al sector privado. Los ingresos se asignan según el llamado principio de la mutualización, por lo que, los pagos de los agentes contaminadores han de corresponder a los beneficios recibidos, ya que, las ayudas a la inversión están limitadas a los contribuyentes.¹⁵²

En Holanda, los tributos sobre la contaminación gravan a los sujetos que efectúan vertidos en las aguas bajo dominio público y su recaudación corresponde al Servicio del Agua, que subvenciona las inversiones ambientales de los particulares. El efecto estimulante de los tributos ha sido significativo, la reducción de la contaminación industrial parece fundarse, en gran medida, en su eficiencia económica (sobre todo en la industria química y de alimentos).¹⁵³

En Alemania, el cuadro general y los objetivos mínimos los fija el Estado Federal y los Länder (Territorios de la República Federal Alemana) son los responsables de su aplicación y adecuación regional. El tributo se paga sobre las materias en suspensión, las materias oxidables, el mercurio, el cadmio y la toxicidad sobre los peces. La conexión que se fija entre el estándar mínimo de contaminación y la proporción del vertido por el sujeto pasivo ejemplifica la función de estímulo, es decir, cuanto más se aproxima el emisor al estándar, mayor será la reducción del impuesto.¹⁵⁴

149 EKINS, Paul. European Environmental Taxes and Charges: Recent Experience, Issues and Trends, *Ecological Economics*, N° 31, 1999, página 39. [En línea] <http://www.eci.ox.ac.uk/~dliverma/articles/Ekins%20on%20taxes.pdf> [fecha de consulta: 30 de marzo de 2010]

150 ACQUATELLA, Jean y BARBENA, Alicia. Política Fiscal y Medio Ambiente: Bases para una agenda común, CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Chile, 2005, página 27.

151 EKINS, Paul, op. cit., página 39.

152 ROSEMBUJ, Tulio, op. cit., páginas 96 y 97. Resulta interesante mencionar la noticia de que los salmones están volviendo al Sena tras casi un siglo de ausencia ahora que el agua del río que atraviesa París es más limpia. Fuente: *Diario La Tercera*, viernes 14 de agosto de 2009.

153 *Ibíd.*

154 *Ibíd.*

A nivel latinoamericano, destaca el caso de Costa Rica, cuya legislación establece un “canon ambiental por vertidos”¹⁵⁵ por concepto de uso de servicio ambiental de los cuerpos de agua para verter en ellos sustancias nocivas que alteren y/o generen daños al ambiente o la sociedad. Este instrumento económico, expresamente basado en la aplicación del principio “el que contamina paga”, está vinculado a la tramitación de un permiso administrativo de vertido y a la delimitación de las zonas de control¹⁵⁶ (cuencas, subcuencas o tramos de cuenca) sobre las cuales se fijan metas de reducción de carga contaminante mediante procesos de negociación y acuerdos. A su vez, los fondos originados por el canon ambiental son invertidos en la cuenca hidrográfica donde se generan y sólo en los rubros de inversión de financiamiento de proyecto de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, promoción de producción limpia, requerimientos de monitoreo de las fuentes emisoras, gastos de administración del canon y actividades de educación ambiental.

Asimismo, la experiencia comparada demuestra que es factible y recomendable establecer una gama de incentivos tributarios a los contribuyentes que opten por invertir en proteger el medio ambiente. Por ejemplo, la legislación alemana contempla la desgravación en la base imponible, mediante la amortización de un porcentaje de la inversión realizada. Este modelo ha sido utilizado en países como Francia, Holanda, Luxemburgo y Japón, en una figura similar a nuestra “depreciación acelerada”. Otra alternativa de incentivos tributaria, empleada en legislaciones como la norteamericana, la japonesa y la española, es la conocida como “deducción de cuotas”, consistente en deducir de la cuota del impuesto a la renta un porcentaje de inversión en bienes destinados a proteger el medio ambiente.¹⁵⁷

Por otra parte, a nivel comparado se evidencia que la aplicación de tributos ambientales, especialmente durante la década de los noventa, en muchos países, especialmente de la OCDE, se enmarca dentro del contexto de una “reforma fiscal verde”.

155 Decreto Ejecutivo N° 31176 del 22 de abril de 2003, Reglamento de Creación de Canon Ambiental por Vertidos. Esta norma entró en vigencia en Costa Rica el 1 de enero de 2005.

156 Conforme lo dispone el artículo 21 del Reglamento de Creación de Canon Ambiental por Vertidos, los criterios para la delimitación de zonas de control, como unidades homogéneas son, entre otros:

- a) Las características de la población.
- b) Los usos del suelo.
- c) Los usos del recurso hídrico.
- d) El grado de contaminación de los cuerpos de agua en cada sector de la cuenca.
- e) La flora y fauna existente en la cuenca.
- f) Los efectos acumulados en la cuenca por actividades antrópicas.

157 RETAMAL, Jorge, op. cit., páginas 324 y 325. Citando a HERRERA, Pedro. “Desgravaciones tributarias y protección del medio ambiente”, en YABAR STERLIONG, Ana María. *Fiscalidad Ambiental*, Cedecs Editorial S.L., España, 1998.

En este ámbito, los instrumentos fiscales sirven como un medio ideal para inyectar señales correctas al mercado, eliminar o reducir distorsiones estructurales e internalización de externalidades. Por ende, las reformas fiscales verdes pueden contribuir a real ajuste estructural de las economías.¹⁵⁸

En este sentido, se sostiene que “los impuestos ambientales introducidos fuera del ámbito más general de una reforma fiscal verde, es decir, cuyo único objetivo es regular el medio ambiente, provocan generalmente costes en términos de empleo y del PIB. Por esta razón, las reformas fiscales verdes representan un instrumento más eficiente para acometer regulaciones ambientales, al permitir reducir sus costes, en términos del PIB o del empleo, hasta el punto de hacerlos negativos, es decir, de proporcionar beneficios”.¹⁵⁹

Al mismo tiempo, la experiencia de otros países ha demostrado que los tributos ambientales son factibles de operar sólo en un contexto de “políticas mixtas” donde regulaciones, estándares, acuerdos voluntarios, etc., son combinados. En razón de esto, la “mezcla” correcta de instrumentos se debe analizar con cuidado para cada situación en particular.¹⁶⁰

En síntesis, la experiencia comparada, especialmente en los países de la OCDE, deja de manifiesto que los tributos ambientales son parte importante de la gestión ambiental, siendo el tema de calidad del agua uno de los primeros en ser abordados por este tipo de instrumentos económicos. En este sentido, las evidencias son contundentes: “Las tarifas e impuestos son los instrumentos de incentivo más populares y su aplicación ha ido aumentando en los últimos años (OCDE, 1994)”¹⁶¹ y, en materia de calidad de aguas, los tributos ambientales han sido “ampliamente utilizados en el control de la contaminación hídrica, tendencia que continúa (OCDE, 1994)”.¹⁶²

158 BARDE, Jean Philippe, op. cit., página 2.

159 RODRÍGUEZ, Miguel, op. cit., página 17. En este punto, es conveniente mantener la perspectiva de la reales dimensiones de las reformas fiscales verdes, ya que, los ingresos fiscales por concepto de tributos ambientales en la mayoría de los países europeos, en promedio, corresponden a un 3% del Producto Interno Bruto y a un 8% de los ingresos fiscales totales, aunque el rango varía desde un 2% en España y Polonia, hasta un 5% en Dinamarca, mientras que países no europeos miembros de la OCDE las porcentajes son menores. STERNER, Thomas y KÖHLIN, Gunnar, op. cit., páginas 117 y 125. Datos extraídos del documento de la OCDE “Environmental Related Taxes Database”, 2002. [En línea] <http://www.spaef.com/file.php?id=376> [Consulta 30 de marzo de 2010]

160 BARDE, Jean Philippe, op. cit., página 14. Al respecto, O’Ryan y Ulloa, concuerdan en que la tendencia en países desarrollado es usar combinaciones de instrumentos para el manejo ambiental. Op. cit., página 303.

161 O’RYAN, Raúl y ULLLOA, Andrés, op. cit., página 301.

162 Ibíd., página 302.

En conclusión, lo más seguro es que la aplicación de los tributos ambientales no ha estado desprovista de complicaciones y sujeta a más de alguna modificación, consecuencia del "ensayo y error", pero lo fundamental es que lejos de ir en retroceso están en continua alza y perfeccionamiento. Esta tendencia supone que la experiencia en los países que han aplicado tributos ambientales en materia de calidad hídrica ha sido positiva.

VI.- PROPUESTA GENERAL DE APLICACIÓN EN CHILE

El modelo general de tributos ambientales que se propone para promover la calidad de las aguas en Chile, consiste en un sistema compuesto de impuestos directos e indirectos, complementario de la normativa aplicable en materia de control de la contaminación de las aguas, combinación absolutamente compatible.¹⁶³

Para estos efectos, primeramente se debe distinguir entre las fuentes contaminantes fijas (puntuales) y difusas.

Respecto de las fuentes fijas, se propone un tributo directo por uso de servicio ambiental de las aguas como cuerpos receptores de contaminantes, la cual variará en su monto dependiendo de diversos factores, entre ellos los volúmenes descargados, la composición y peligrosidad de los efluentes y la capacidad de dilución (autodepuración) de los cuerpos receptores.

La elaboración de una propuesta específica que contenga a cabalidad todos los aspectos que debieran considerarse en un tributo ambiental de las características tratadas en este documento, excede con creces los límites autoimpuestos. Sin embargo, lo señalado anteriormente permite extraer algunos elementos a considerar para un desarrollo futuro del mismo.

Parte de estos elementos se exponen a continuación, lo que no implica en todo caso, una directriz invariable, puesto que, debiesen considerarse en su evaluación aspectos técnicos específicos, los efectos de la implementación de una u otra fórmula, la experiencia del derecho com-

163 En este sentido, concordamos plenamente con Iris Vargas, quien en relación al estudio de los tributos ambientales para la calidad del aire, es de la opinión de que la circunstancia que las normas de calidad de aire de gases contaminantes no estén sobrepasadas, no afecta su aplicación, puesto que los tributos no suponen un escenario de incumplimiento de la norma -caso en el cual podrían tener un efecto sancionador-, sino precisamente un escenario de cumplimiento para poder operar como eficiente desincentivo a las emisiones contaminantes.

parado, la condición específica de las aguas en una zona determinada, entre otros aspectos.

A.- Algunas Consideraciones Técnicas

En el caso del tributo directo aplicable a las fuentes fijas, a nivel conceptual, se recomienda que la propuesta encuentre su fundamento legal en el uso de los servicios ambientales de las aguas y los ecosistemas acuáticos (o de la cuenca hidrográfica) como cuerpo receptor de contaminantes, y no en la "contaminación" de las aguas, puesto que, como se explicó antes en este trabajo, el concepto de contaminación da pie para discusiones en torno a cuan amplio o restringido se debe interpretar.¹⁶⁴ Por ende, en base a este fundamento, todas las descargas o vertidos de contaminantes están sujetas al pago del tributo, cumplan o no con los parámetros establecidos en la normativa aplicable.

Teóricamente y en función al desarrollo, mantenimiento y funcionamiento de obras de purificación y tratamiento de las aguas, la tributación ambiental debiera orientarse a la fórmula de una tasa, en que la provisión de recursos esté expresamente afectada a la ejecución de tales obras.¹⁶⁵

Aplicando la formulación efectuada por Iris Vargas, relativa a las emisiones atmosféricas, al uso de recursos hídricos, se tendría que el hecho generador del tributo correspondería a las descargas o vertidos contaminantes al agua. El cálculo del mismo correspondería a la aplicación de una tasa porcentual sobre la base imponible, equivalente a las cantidades emitidas al agua de cada sustancia gravada, por una misma fuente o foco emisor o contaminante, que correspondería al sujeto pasivo del tributo.¹⁶⁶

164 En base a la interpretación literal de la definición legal de contaminación, si no se sobrepasan los parámetros establecidos en la norma o no existe norma que lo regule, no existe contaminación. Sin embargo, en base a la interpretación conjunta de los conceptos legales de "contaminante", "contaminación" y "medio ambiente libre de contaminación", se puede argumentar que la contaminación no es un concepto normativo, sino que se vincula a la potencialidad de constituir o no un riesgo para la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.

165 Como señaláramos lo anterior no pugna con el Principio de no Afectación, puesto que se entiende que éstas caben en la excepción contenida en el texto constitucional, al tratarse de obras de desarrollo comunal, conforme a lo indicado en el apartado 4.1.4. del presente trabajo.

166 En cuanto a la estimación de la base imponible la profesora Vargas indica que ésta: "podrá ser directa, mediante declaración del sujeto pasivo, puesto que muchas de las grandes fuentes, cuentan con sistemas de medición. Sin perjuicio de ello, para cubrir las fuentes menores, podrá contemplarse la estimación objetiva aplicando indicadores o coeficientes que podrá fijar el reglamento respectivo, de acuerdo a la información técnica que se recabe, la que en todo caso deberá ser voluntaria. También creemos apropiada considerar la posibilidad de estimación indirecta para casos de excepción, de falta de declaración o de declaración incompleta o incorrecta". VARGAS, Iris, op. cit., página 352.

Sobre el punto anterior, cabe destacar que se propone una sujeción pasiva amplia, dada por la fórmula "fuente contaminante", de manera tal que independientemente de la individualidad o estructura jurídica del sujeto, sea responsable por el pago del tributo cada fuente emisora en particular, es decir cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, que descargue o vierta efluentes contaminantes en las aguas.

A lo señalado, cabe agregar que la imposición a través de tasas permite que opere un sistema más sistema flexible y dinámico, pues estableciendo los parámetros necesarios para que la autoridad administrativa la determine los elementos del tributo, permite su variabilidad en el tiempo y en el territorio. Por ejemplo, el porcentaje de la tasa puede ser mayor o menor, dependiendo de la disponibilidad del recurso y de la relación socialmente aceptada entre desarrollo económico-protección ambiental, factores que podrán variar de un lugar a otro y de un tiempo a otro.

Relacionado con lo anterior, resultaría funcional distinguir entre las distintas realidades hídricas del país (centro, norte y sur) de forma similar a la establecida por la Ley 20.017 que modificó el Código de Aguas, en lo referente al pago de la patente por no utilización de las aguas. De esta manera, el tributo a pagar en la zona norte por igual descarga de contaminantes a cuerpos receptores (superficiales o subterráneos) deberá ser mayor, en comparación con la zona centro, y esta última, mayor que en la zona sur.¹⁶⁷ De esta forma, se deja de manifiesto que la finalidad del tributo es precisamente la protección del recurso hídrico y de los ecosistemas acuáticos, puesto que, en aquellas zonas en que las aguas se presentan con menor disponibilidad y, por ende, algún grado de escasez, debiera establecerse una tasa que refleje el valor económico de las aguas y de los servicios ambientales en dichas zonas.

Otro aspecto que se considera como deseable es la configuración de este tributo con carácter proporcional progresivo; es decir, que se determine aplicando un porcentaje sobre la base imponible, que vaya aumentando a medida que se varíe o "suba" de tramo, estando la base imponible representada por una medición de las descargas y su factibilidad de dilución en cada cuenca específica.

Para etapas más avanzadas, lo ideal sería ajustar el ámbito de aplicación desde la perspectiva de la gestión del agua por cuenca hidrográfi-

167 La adecuación de la regulación chilena de las aguas a las distintas características de las regiones del país -lo cual determina la escasez o abundancia del recurso hídrico a lo largo del territorio-, ha sido planteado también por Gladys Camacho en su obra ya citada.

ca.¹⁶⁸ La cuenca es justamente donde es posible una mejor integración entre todos los interesados (públicos y privados) de la gestión y el aprovechamiento del agua, entre los usos extractivos y los usos en el caudal, así como entre quienes propugnan su uso productivo y los que abogan por su conservación. En este sentido, la gestión del agua por cuenca es considerada cada vez como la mejor manera de compatibilizar las aspiraciones regionales y locales¹⁶⁹, y de absorber los costos ambientales del aprovechamiento y uso de las aguas.¹⁷⁰

Respecto de las fuentes difusas de contaminantes, especialmente compuesta por la agricultura intensiva, se propone establecer impuestos indirectos a los insumos contaminantes, tales como pesticidas y fertilizantes.¹⁷¹ Sin perjuicio de esto, los tributos indirectos pueden ser utilizado respecto de aquellos bienes o servicios en cuyos procesos productivos se utilizan productos contaminantes cuyas fuentes de emisión no pueden ser determinada, por ejemplo, bolsas plásticas no biodegradables, botellas plásticas, etc.

B.- Aspectos Relevantes en la Implementación

Es clave tener en cuenta que la gradualidad de la medida propuesta constituye un elemento decisivo a la hora de asegurar el éxito de su implementación. En este contexto, el pago de patente por no utilización de aguas, si bien no es la medida más apropiada para promover un uso sustentable de las aguas, al menos ha establecido criterios razonables a este respecto, abriendo en cierta forma el camino para la aplicación de herramientas económicas en relación al uso de los recursos naturales.

168 El agua es un recurso unitario que se renueva a través del ciclo hidrológico o ciclo del agua, y que, considerado como recurso, no cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas, debido que, ambas se encuentran íntimamente relacionadas, presentando una identidad de naturaleza y función. BENÍTEZ Andrés. Actas del Seminario sobre Política Nacional de Aguas. En: Revista de Derecho de Aguas, Volumen IV., 1993, página 170. Es decir, a nivel de cuencas hidrográficas, la sobreexplotación y la contaminación de las aguas superficiales, impactarán en las aguas subterráneas, y viceversa.

169 En muchos países europeos (principalmente Alemania, Francia y Holanda), el agua ha sido uno de los primeros casos de un recurso natural respecto del cual las políticas públicas han usado una aproximación ecosistémica (las cuencas hidrográficas como autónomas).

170 DOUROJEANNI, Axel y JOURAVLEV, Andrei, op. cit., página 155.

171 Según el informe de desempeño ambiental en Chile de la OCDE, "la contaminación del agua por la escorrentía agrícola es un problema importante en Chile. La intensidad del uso de fertilizantes y pesticidas es muy superior al promedio de la OCDE". El promedio nacional, a principios de la década del 2000, en uso de fertilizantes nitrogenados es de 12 toneladas/km² de tierra cultivable y cultivos permanentes, Mientras que el promedio de la OCDE es de 6,3 toneladas/km² de tierra cultivable y cultivos permanentes. Por su parte, el uso de pesticidas en el mismo período alcanza 0,46 toneladas/km² de tierra cultivable y cultivos permanentes, más del doble del promedio de 0,21 toneladas/km² de tierra cultivable y cultivos permanentes del promedio de la OCDE. Agrega dicho informe que "En la década de 1980, el uso de fertilizantes aumentó en un factor de 223% y el volumen de importaciones de pesticidas aumento en un factor de ocho a nueve. Desde 1990 la dependencia de productos químicos se ha desvinculado ligeramente del aumento de la producción; el uso de fertilizantes de nitrógeno aumentó en un 28% y el uso de pesticidas un 16%, aunque el uso de fertilizantes de fósforo subió un 50% y el de fertilizantes de potasa un 160%". OCDE (2005, Chile), op. cit., gráfico 3.4, páginas 94 y 95.

Nuevamente, se insistirá en que la aplicación de tributos ambientales, incluyendo aquellos orientados proteger la calidad de las aguas, idealmente debiera enmarcarse en una reforma fiscal verde.

Junto con lo anterior, se estima recomendable establecer incentivos tributarios a inversiones destinadas a proteger el medio ambiente, en este caso la calidad de las aguas. En nuestra opinión, estos incentivos deben establecerse de manera conjunta al tributo ambiental y no alternativa como propone Jorge Retamal¹⁷², puesto que no se cumpliría con plenamente el principio de “quien contamina paga”.

Estos incentivos tributarios pueden ser muy diversos, dependiendo el norte que se persiga a través de su establecimiento. Por ejemplo, para favorecer la inversión en tecnologías limpias, se puede aplicar depreciaciones diferenciadas,¹⁷³ eximir del pago de pagos provisionales mensuales¹⁷⁴ a los contribuyentes que inviertan en ella¹⁷⁵, en inversiones que impliquen la incorporación de tecnologías limpias, rebajas en los aranceles aduaneros de importación, aplicar créditos contra el impuesto final, entre otros.

Se propone además incorporar a empresas externas de carácter técnico para que monitoreen y analicen las descargas o vertidos de contaminantes, lo cual constituiría una herramienta eficaz para colaborar en la función pública de fiscalización.¹⁷⁶ De esta forma, se pueden subsanar una serie de problemas operativos que comúnmente aquejan a la

172 Al respecto, En este sentido, como señala Jorge Retamal: “La reticencia que produce el pagar impuestos puede ser bien utilizada si se premia la inversión en tecnología más limpia o en actividades de fomento a la protección del medio ambiente descontando una cantidad equivalente de un porcentaje de dicha inversión del impuesto a la renta a pagar cada año por el contribuyente, quién podrá usar dicha franquicia, en calidad de crédito contra el impuesto teórico de aquellos que no dan derecho a devolución, por una sola vez para cada acción o producto o tecnología que incorpore RETAMAL Jorge, op. cit., página 320.

173 La depreciación acelerada consiste en deducir una cuota anual de la base imponible del impuesto de Primera Categoría, que se calcula en función a su costo de adquisición dividido por la vida útil del bien la que por ser acelerada se reduce a un tercio de la misma. Una forma útil de depreciación podría consistir en disminuir aún más la vida útil del bien, permitir la amortización total en el ejercicio en que se efectúe la inversión o aplicar una depreciación desacelerada (cuotas mayores en los primeros períodos, las que van descendiendo a lo largo de la vida útil del bien).

174 Los pagos provisionales mensuales o “PPM” consisten básicamente en un porcentaje de los ingresos brutos mensuales, que se calcula estableciendo un promedio ponderado de los porcentajes de PPM aplicados por el contribuyente en el ejercicio anterior, porcentaje que debe ser declarado y enterado mensualmente a título de anticipo del impuesto de Primera Categoría a declarar el 30 de abril del año siguiente.

175 Este mecanismo fue el utilizado en la Ley N° 20.375 que estableció un beneficio tributario aplicable a las empresas constructoras por adquisición e instalación de paneles solares térmicos.

176 La Ley 20.417 incorpora expresamente la posibilidad de que la Superintendencia de Medio Ambiente obligue a los fiscalizados a someterse, a su costo, a procedimientos de fiscalización (inspecciones, mediciones y análisis de datos) a cargo de entidades técnicas acreditadas. De todas formas, cabe advertir que la entrada en vigencia de dicha facultad legal de delegación de funciones públicas está en suspenso mientras no se dicte el respectivo reglamento.

Administración Pública como falta de personal, falta de recursos, falta de capacidad técnica, los cuales a fin de cuentas dificultan la función pública de fiscalización.

En relación a las fuentes difusas de contaminación de las aguas, la fiscalización se facilita enormemente y representa un significativo ahorro de costos para su aplicación, puesto que, no se depende de los sistemas de medición, permitiendo a la vez superar aquellas situaciones en que los controles son poco efectivos.¹⁷⁷

VII.-CONCLUSIONES

El objetivo central de este trabajo ha sido fundamentar la existencia de los tributos ambientales, en particular la creación de tributos destinados a promover la calidad de las aguas, y dejar de manifiesto que su implementación es posible en nuestro país, en base al análisis de las condiciones o presupuestos para su aplicación.

Primeramente, se concluye que las ciencias económicas indican que la falta de internalización de las externalidades (positivas y negativas) es un problema recurrente en los mercados vinculados a bienes comunes, como el agua. Asimismo, la economía ambiental, a diferencia de la tradicional, distingue claramente el valor económico del uso de las aguas, cuestión que no es reconocido en Chile por el mercado ni por el legislador. Se deduce entonces que conforme a los criterios económicos recogidos en la legislación nacional, el hecho de verter o descargar sustancias nocivas a un río, lago o a un acuífero, se traduce en un menor costo para quien desarrolla la actividad económica. Por ende, mientras la autoridad no obligue a internalizar las externalidades, éstas se seguirán produciendo.

Entonces, partiendo de la premisa de que el mercado es imperfecto, surge la necesidad de que Estado intervenga de manera de que esa externalidad no se produzca, o bien, se internalice dentro del proceso productivo que la genera. Al respecto, resulta fundamental asumir que la intervención del Estado en pos del medio ambiente se fundamente jurídicamente en el deber de protección ambiental consagrado en la Constitución, así como en la misma naturaleza jurídica de las aguas. Por tanto, el Estado está obligado jurídicamente a intervenir en orden a velar por un uso racional y sustentable de los recursos naturales, entre ellos las aguas.

177 KAUFMANN, Jorge, op. cit., página 15.

Asimismo, la intervención correctora del Estado se hace necesaria para dar plena aplicación y cumplimiento al principio "el que contamina paga", inspirador de la legislación ambiental chilena y, a la vez, asumido como compromiso internacional.¹⁷⁸

Aún cuando se ha avanzado en materia de calidad de las aguas, tal como está planteado el marco normativo, basta con cumplir los parámetros máximos permitidos y los niveles de calidad, pero no existen incentivos para reducir las descargas contaminantes más allá de lo establecido por la normativa aplicable.¹⁷⁹

En cambio, si se llegasen a aplicar tributos ambientales que permitan desincentivar verdaderamente la degradación de las aguas, los agentes económicos se verán estimulados a incorporar tecnologías limpias para reducir los niveles de vertidos contaminantes al mínimo posible, con la finalidad de pagar menos tributos y así obtener mayores utilidades. Está situación, sin duda, conllevaría efectos colaterales positivos, no sólo corriendo las fallas de mercado, sino además generando incentivos a la innovación tecnológica y dinamizando la economía nacional orientándola a una industria más sustentable, lo cual puede verse como una gran oportunidad de desarrollo.

La propuesta que hacemos respecto de las fuentes fijas, esto es, un tributo directo por uso de servicio ambiental de las aguas como receptor de contaminantes, destaca por ser un instrumento que opera dentro de la lógica del mercado y se puede ajustar constantemente al concepto de desarrollo sustentable, ya que, es un sistema flexible y dinámico. En relación a las fuentes difusas, los tributos indirectos pueden ser una solución eficaz frente a los habituales problemas de control y fiscalización.

Entonces, si a nivel teórico, tanto desde un análisis económico y jurídico, se deduce que la intervención del Estado en orden a aplicar tributos ambientales para promover la calidad las aguas está plenamente justificada, cabe preguntarse: ¿por qué no se aplican en Chile? La respuesta-

178 Al respecto, Iris Vargas sostiene que: "La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario chileno supone, además del respeto de los principios tributarios, la correcta aplicación de los principios ambientales, especialmente del principio quien contamina paga recogido también por el derecho chileno, tanto en la estructura de las figuras o elementos tributarios como en el sistema tributario en su conjunto". VARGAS, Iris, op. cit., página 341.

179 En virtud de lo anterior, no consideramos que los permisos de emisión transable sean el medio idóneo para reducir al mínimo la presencia de sustancias contaminantes en las aguas, puesto que, este tipo de instrumento económico, a diferencia de los tributos ambientales, no otorgan un incentivo permanente hacia las mejoras tecnológicas, lo que se conoce en ciencias económicas como eficiencia dinámica. En el fondo, bajo un sistema de permisos de emisión transables, el hecho de adoptar una forma producción más limpia no tendrá el efecto de lograr mejorar la calidad ambiental de las aguas, sino que permitirá que otras fuentes contaminantes (nuevas o existentes) puedan comprar dicha "disminución" de emisiones, manteniendo las aguas con los mismos niveles "socialmente óptimos" de cargas contaminantes.

ta, según muchos, radica en que simplemente no existen las condiciones para su aplicación en Chile.¹⁸⁰

Sin embargo, en base al análisis realizado, respecto de los presupuestos necesarios para la implementación de los tributos ambientales, se puede concluir que si es factible, por cuanto:

- A.- Desde un punto de vista constitucional, consideramos que el establecimiento de un tributo ambiental es perfectamente posible, en tanto éste se enmarque dentro de los requerimientos formales y de fondo, consistentes en los Principios (tributarios) de Legalidad, Igualdad, No Confiscatoriedad y No Afectación, analizados en el presente documento.¹⁸¹
- B.- El país cuenta con una estructura legal de normativa aplicable en materia de calidad de las aguas que sirve como una base sólida para la aplicación de tributos ambientales.
- C.- Si bien la labor de fiscalización puede generar dificultades económicas y técnicas, debido principalmente al aumento de los costos administrativos y a la falta de personal calificado, dicha potestad pública puede ser apoyada por la colaboración de los privados, superando en consecuencia dichos obstáculos.
- D.- Aunque es necesario reconocer que una de las mayores dificultades de implementar los tributos ambientales consiste en correctamente determinar la tasa o canon aplicable, estimamos que es una tarea que los especialistas nacionales en materias económicas y tributarias pueden franquear, tal ha sucedido en otros países, especialmente considerando que existe una amplia experiencia comparada.

180 Según Dourojeanni y Jouravlev, "el principal desafío para aplicar instrumentos económicos con el fin de detener la contaminación no se encuentra en la base teórica que sustenta tales instrumentos, sino en la falta de condiciones para su aplicación". Op. cit., página 142.

181 En primer término, conforme el Principio de Legalidad, el establecimiento de tributos debe hacerse por ley, la que debe contener los elementos esenciales de la obligación tributaria (sujeto pasivo obligado, el hecho imponible, la base, la tasa y las exenciones). En este aspecto, consideramos que la Administración Pública podría intervenir en la determinación del tributo, basándose en los parámetros previamente establecidos por el legislador. Por otra parte, conforme el Principio de Igualdad, la protección del medio ambiente y, en este caso de las aguas, constituye una justificación razonable y necesaria que permite establecer diferencias entre las diversas categorías de contribuyentes, gravando entonces a aquellos que afectan la calidad de las aguas. Seguidamente, de acuerdo al Principio de No Confiscatoriedad, es indispensable que su monto no sea desproporcionado o desmedido de manera que implique por esa vía una afectación indebida del derecho de propiedad. Finalmente, si bien no es indispensable que el destino de los recursos fiscales esté afectado a un fin específico, consideramos que sería perfectamente posible darles como destino el financiamiento de obras de desarrollo regional o local, orientadas a la protección de recursos hídricos en una zona específica, por lo cual no existiría vulneración al Principio de No Afectación.

En definitiva, el mayor impedimento probablemente provenga por la falta de voluntad política para cambiar el status quo, en base a argumentos como la pérdida de competitividad y los impactos económicos en los más pobres. No obstante, estimamos que si se diseña una reforma fiscal que contemple la reducción o eliminación de otros tributos, los distintos sectores productivos podrán tener la seguridad de que no pagarán más, sino que incluso podría existir la posibilidad de obtener mayor rentabilidad si se incorporan tecnologías limpias. Respecto de los impactos en sectores de menores ingresos, es posible considerar que el uso de subsidios o exenciones constituye una excepción justificada, que no contradicen el principio "quien contamina paga".

Por lo tanto, el gran tema a resolver radica en aprehensiones ideológicas, culturales y sociales¹⁸² que giran en torno a la aplicación de tributos ambientales. Esta discusión, en nuestra opinión, constituye el punto neurálgico de todo cambio social de relevancia y ya es hora de replantearse las bases mismas de la forma en la que vivimos, especialmente ahora sí, día a día, no dejamos de sorprendernos y, por cierto, inquietarnos con los impactos del cambio climático, los desastres naturales, la escasez de recursos hídricos a nivel mundial, la pérdida de biodiversidad y los altos niveles de contaminantes en el medio ambiente.

Si como sociedad nos damos cuenta de que vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, en definitiva, nos entrega una mejor calidad de vida y, ciertamente, una mayor realización espiritual y material, probablemente entendamos lo nefasto que es continuar con un modelo basado en el consumo desmedido y no en la sustentabilidad.¹⁸³

Por último, nos parece útil rescatar lo que Mark Sagoff, un economista anglosajón, sostiene en el sentido de plantear que las regulaciones ambientales no deben estar dirigidas simplemente a corregir los mercados, sino más bien, deben plasmar los "valores públicos" que nuestra sociedad escoge colectivamente, aún cuando estas decisiones entren en conflicto con nuestros intereses y preferencias individuales.¹⁸⁴ Por lo

182 Según Borregaard y Leal, la resistencia política/cultural/social se debe a una falta de debate a fondo sobre las preocupaciones éticas vinculadas a la aplicación de instrumentos económicos en materia ambiental. BORREGAARD, Nicola y LEAL, José. Instrumentos Económicos: El Camino Recorrido en la Gestión Ambiental Chilena. En: Ambiente y Desarrollo, Volumen XVI - Nº 1 y 2, 2000, página 21.

183 En igual sentido, O'Ryan y Ulloa plantean que: "el modelo basado en crecer sin preocuparse de la regulación ambiental deberá abandonarse, tanto por presión de una opinión pública cada vez más exigente e informada, como por decisiones de las autoridades económicas y las mismas empresas que ven potenciales amenazas por este motivo para sus exportaciones y para el desarrollo de su actividad". Op. cit., página 286.

184 SAGOFF, Mark. *The Economy of the Earth: Philosophy, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, Inglaterra, 1998, páginas 12 y siguientes. El autor sostiene una dicotomía del ser humano actual, entre el rol de "consumista" y el rol de "ciudadano". Al respecto, señala que muchos de nosotros (dentro de los cuales me incluyo) no nos consideramos primariamente consumidores, sino ciudadanos también. Como consumidores, queremos obtener lo que queremos individualmente, en cambio, como ciudadanos, buscamos lo que queremos como sociedad.

tanto, es preciso comprender que los tributos ambientales constituyen herramientas para incentivar o desincentivar los que como sociedad queremos potenciar o disminuir, es por ello que estimamos que los tributos ambientales no son neutrales, sino que influyen en los patrones de consumo y producción¹⁸⁵ y, por ende, en los patrones de conducta y valores públicos que anhelamos como sociedad.

185 PETERS, Ian, op. cit., página 328.



Comentarios de Jurisprudencia



CASO “CHUSMIZA Y USMAGAMA”

COMENTARIO DE UNA SENTENCIA

DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

Fernando Dougnac Rodríguez*

La Excelentísima Corte Suprema, con fecha 25 de noviembre del año 2009 recién pasado, conociendo un recurso de casación en el fondo recaído en los autos rol N° 1.194-1996, del Juzgado de Letras de Pozo Almonte, caratulados “*Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama*” dictó una interesantísima sentencia donde clarificó varias normas del Código de Aguas, de la Ley Indígena y del Convenio 169, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Con ello ratificó en su totalidad la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado de Pozo Almonte, así como el fallo confirmatorio de la Corte de Apelaciones de Iquique.

La interpretación que efectúa nuestro máximo tribunal dice, en lo fundamental, relación con el alcance que tiene la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas efectuada en virtud del artículo 2° Transitorio del Código de Aguas. Además, realizó algunas precisiones sobre la existencia en Chile de derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos, derechos que, una vez acreditada su existencia por medios distintos al de la inscripción en el Registro de Aguas, tienen el mismo valor que los derechos inscritos. Con ello, queda desestimada alguna errada doctrina administrativa impuesta por la Dirección General de Aguas en algunas resoluciones¹ y escritos judiciales respecto de:

- Que, los únicos derechos protegidos por nuestra legislación son los derechos inscritos, de acuerdo al artículo 20 del Código de Aguas que expresa que el derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad y su posesión se adquiere por la competente inscripción, de conformidad a los artículos 114 y 117 del texto legal.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Talca. Presidente de la Corporación Fiscalía del medio Ambiente (FIMA).

1 Vgr. Resolución D.G.A. Exenta N° 3941, de fecha 07 de Diciembre de 2009, dictada por el señor Director General de Aguas don Rodrigo Weisner Lazo.

- Que la extracción sin derechos inscritos puede constituir un presunto delito de usurpación de aguas, de acuerdo con lo que se señala en el artículo 459 del Código Penal. Por ello, conforme a lo ordenado en el artículo 61 letra k) del DFL N° 291 de 2004 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, los funcionarios de dicha Dirección Regional deben denunciar toda infracción constitutiva de crimen o simple delito, y remitir al Ministerio Público los antecedentes disponibles.

El fallo de la Excm. Corte Suprema en análisis desvirtúa lo afirmado por la Dirección General de Aguas tal como se señalará a continuación.

En efecto, la doctrina de esa sentencia nos enseña que el derecho de *aprovechamiento de aguas* que tienen los particulares sobre las aguas, bienes nacionales de uso público, abarca tanto a los derechos de aprovechamiento constituidos originariamente por la autoridad competente como a los reconocidos por la ley de conformidad a lo que autoriza la parte final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución.² En general, podemos decir que ellos básicamente están reseñados en las normas contenidas en el Código Civil vigente desde 1857; en las distintas leyes anteriores y posteriores a él; en los Códigos de Aguas que han estado vigentes en nuestro país desde los años 1951, 1969 y 1981, así como de los derechos de aprovechamientos reconocidos por esos mismos códigos y otras normas legales, tales como la Ley Indígena.

En efecto, el Código Civil no sólo echó las bases para la reglamentar el uso de las aguas³ reiterando en su artículo 603 lo ya preceptuado en

2 La norma constitucional recién citada dice textualmente: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos."

3 En contra de esta tesis Alejandro Vergara Blanco sostiene en las páginas 12 y 19 de su obra "Derecho de Aguas", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 1998, que el derecho de aguas "... es un desgajamiento del derecho administrativo." No compartimos esta teoría no sólo por las razones históricas ya reseñadas sino porque si fuere el derecho de aguas un "desgajamiento del derecho administrativo" no se explicaría la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas no otorgados por la autoridad, esto es, sin participación del derecho administrativo, sino que adquiridos directamente en virtud de la ley como modo de adquirir el dominio, especialmente de la ley civil, como ocurre en el caso de las disposiciones de los artículos 834, 835, 836 y 944 del Código Civil. Los derechos adquiridos en virtud de los artículos recién indicados se encuentran actualmente vigentes, debiendo sólo demostrarse su uso (N° 2 del art. 310 del Código de Aguas).

Es verdad es que existen derechos de aprovechamiento de aguas que en su origen han sido conferidos por la autoridad a través de actos administrativos, pero, de acuerdo a las mismas normas del Código de Aguas, una vez dictada la resolución del Director General de Aguas concediéndolos, esa resolución debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo (art. 118 y 150 del Código de Aguas). Sólo desde ese momento puede el beneficiado disponer de ese derecho, todo ello de acuerdo con las normas de la ley civil (art. 21 del Código de Aguas). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho de aprovechamiento derivado del acto de administrativo se adquiere por la concurrencia copulativa de dos elementos: la resolución de concesión del derecho y su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Si falta alguno de estos presupuestos no existe, en definitiva, el derecho.

Las Partidas en el sentido que nadie puede sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, si no se hace con arreglo a las leyes u ordenanzas respectivas, sino que, además, reconoció expresamente los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia. Así, en su artículo 605 dispuso:

“Art. 605. No obstante lo prevenido en este título y en el De la accesión relativamente al dominio de la nación sobre ríos, lagos, e islas, subsistirán en ellos los derechos adquiridos por particulares antes de la promulgación de este Código.”

La referencia a la subsistencia de los derechos habidos antes de la promulgación de ese Código abarca, evidentemente, los derechos de los particulares adquiridos sobre las aguas de los ríos y lagos, esto es sobre las aguas corrientes y detenidas. Debe hacerse presente que dentro de la terminología primitiva del Código Civil, el concepto de “río” abarcaba todas las aguas corrientes, cualquiera que fuere su denominación, tales como vertientes, esteros, etc. Durante el período indiano y comienzo de la República, todos estos derechos estaban fundamentalmente regidos por Las Siete Partidas o Código de Las Partidas, de Alfonso X, El Sabio, de aproximadamente el año 1256, a más de las leyes propiamente indianas dictadas sobre la materia.⁴

Dentro de esta reordenación de las aguas, el Código Civil reconoció a los dueños de los predios colindantes con cauces de aguas el derecho para hacer uso de ellas para todos los menesteres necesarios (domésticos, riego, movimiento a sus molinos, abrevar animales, etc.), debiendo restituir su remanente al cauce original, sin que existiera obligación alguna de pedir autorización o inscribir dicho derecho (antiguo art. 834 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 300 del Código de Aguas del año 1951, aprobado por la Ley N° 9.909 del mismo año, continuó con la tradición establecida en el Código Civil en el sentido de reconocer los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos con anterioridad a su vigencia, estableciendo en su inciso 1°:

“Las disposiciones del Código de Aguas se aplicarán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos.”

4 Sobre esta materia se pueden consultar los trabajos del profesor Antonio Dougnac Rodríguez “Régimen Jurídico de las Aguas en Chile durante el siglo XVI” en Revista Chilena de Historia del Derecho, número 10 (1984), pp. 51 y ss., y “El cabildo y el derecho de aguas en Santiago de Chile en los siglos XVII y XVIII” en Revista Chilena de Historia del Derecho, número 11 (1985), pp. 277 y ss.

Agregando en su inciso 2°:

“En consecuencia, subsistirán los derechos de aprovechamiento que a la fecha de promulgación de este Código se hallen reconocidos por sentencia ejecutoriada y los que emanen: 1° De mercedes concedidas por la autoridad competente, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 307 y 308; 2° De los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil, con relación a los propietarios riberanos, y del artículo 944 del mismo Código, adquiridos durante la vigencia estas disposiciones, siempre que estén actualmente en uso y ejercicio con obras aparentes; y 3° De prescripción.”

A su vez, el artículo 330 del Código de Aguas del año 1969 (D.F.L. N° 162, del año 1969) reconoce como subsistentes los mismos derechos expresados en el ya transcrito artículo 300 del Código de Aguas del año 1951, el cual reproduce casi íntegramente.

Finalmente, el artículo 310 del actual Código de Aguas (D.F.L. N° 1122, del año 1981, de Justicia) vuelve a repetir la enumeración que efectúan sus antecesores, pero en relación a los derechos adquiridos de acuerdo a los artículos 834; 835, 836 y 944 del Código Civil, respecto a los propietarios riberanos, bastándole al actual Código de Aguas que ellos estén en actual uso y ejercicio, **sin requerir la existencia de “obras aparentes”, tal como lo exigían los dos códigos anteriores.**

En consonancia con lo expuesto precedentemente, la propia Constitución expresamente señala en la parte final del N° 24 de su artículo 19 que:

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”

Llamo la atención respecto del hecho que el inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución de 1980 está copiado textualmente de la reforma constitucional que introdujo el D.L. N° 2.603, de 1979, al Acta Constitucional N° 3, del año 1976, mediante la cual se reconoció a los particulares derecho de propiedad respecto de los derechos de aprovechamiento de las aguas reconocidos o legalmente constituidos con anterioridad a dicha reforma. Al efecto agregé al N° 16 del artículo 1° de dicha Acta Constitucional N° 3 una disposición que es idéntica a la contenida en el actual N° 24 del artículo 19 de la Constitución de 1980. En esa reforma constitucional se consagró el **principio de la intangibilidad del dominio de los particulares sobre sus derechos de aprovechamiento de las aguas**, el que luego sería replicado en la nueva Constitución de 1980.

Evidentemente, la palabra “**reconocidos**” se refiere tanto a los derechos indicados en los artículos de los códigos de aguas anteriores ya citados precedentemente en este trabajo, como a los considerados en las presunciones de dominio establecidas en el artículo 7º del D.L. N° 2.603, del año 1979.⁵

La importancia del D.L. N° 2.603, del año 1979, estriba, entre otras razones, en el hecho que es el origen del actual Código de Aguas de 1981, ya que por su mandato el Presidente de la República dictó el D.F.L. N° 1122 del año 1981, de Justicia, que es el Código de Aguas vigente. Así fue que en su artículo 2º facultó al Presidente de la República para dictar un decreto con fuerza de ley (D.F.L.) que estableciera el “*Régimen General de las Aguas*” el cual reemplazaría parcial o totalmente las normas del Código de Aguas preexistente, esto es el del año 1969.

Debe recordarse que de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, la norma delegada no puede ir más allá de la norma delegataria, es decir, para que la primera sea válida ella debe respetar a la ley que dispuso la delegación.

Es en la perspectiva u óptica recién indicada que debe interpretarse el artículo 7º del D.L. N° 2.603, de 1979, actualmente vigente, donde se establece una presunción de dominio respecto de aquellas personas que sean dueñas del predio que utiliza las aguas, o, en defecto de ellas, de las personas que efectivamente se encontraren utilizándolas para el riego de sus predios. La norma legal citada expresa:

*“Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento quien lo sea del inmueble que se encuentra actualmente utilizando dichos derechos.
En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular de derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua.”*

De lo anterior, se desprende que las personas que al 23 de abril del año 1979, fecha de entrada en vigencia de ese D.L., se encontraban haciendo uso efectivo del agua, fueren o no fueren dueños del predio beneficiado, se reputan dueños de dicho derechos.

Ahora bien, la norma antes indicada no es una norma excepcional como ha sostenido la Dirección General de Aguas, sino que es una *norma permanente*. Baste decir que a dicha disposición legal se remite explícita-

5 Ver trabajo de Fernando Dougnac Rodríguez titulado “La “ley” como modo de adquirir el dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas”, en “II Convención Nacional de Regantes, La Serena, 29 y 30 de septiembre de 1989” (Santiago, 1989), p.179 y ss.

mente el inciso primero del artículo 181 del Código de Aguas de 1981, así como implícitamente el artículo 2º transitorio de ese mismo Código, institución que, por lo demás, ha sido una de las que más ha ayudado a normalizar la situación de la tenencia de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Por otra parte, en la norma del artículo 7º del D.L. 2.603, de 1979, se encuentra el germen de la separación del derecho de propiedad que recae sobre el inmueble, del derecho de propiedad que recae sobre el *derecho de aprovechamiento de aguas*. Para el Código de Aguas de 1981 dictado, como ya se dijo, en virtud de la autorización que le dio al Presidente de la República el artículo 2º del D.L. N° 2.603, del año 1979, ambos derechos son independientes. Esta división se hizo pensando en la instalación de un mercado donde abiertamente se transaran los derechos de aprovechamiento de aguas, sin considerar a los predios a los cuales servían física y jurídicamente dichas aguas.⁶

Las disposiciones del Código Civil son plenamente aplicables al régimen de las aguas en Chile dado que dicho Código regló su situación hasta la dictación del Código de Aguas del año 1951. A mayor abundamiento, el artículo 21 del actual Código de Aguas hace aplicable a los derechos de aprovechamiento de las aguas las disposiciones del Código Civil sobre transferencia, transmisión, adquisición o pérdida por prescripción de dichos derechos, salvo que dicho Código las haya modificado. Pues bien, aún cuando dentro de las normas civiles la *posesión* constituye un *hecho*, la ley permite al poseedor del derecho reclamado agregar a su *posesión* personal la de sus antecesores. De tal manera, su posesión puede considerarse que comienza desde las fechas en que sus antecesores adquirieron la posesión o el uso de las aguas.

Sobre este último punto es importante indicar que por la aplicación de la norma recién indicada, en las *regularizaciones* regidas por el artículo 2º transitorio del Código de Aguas de 1981, se puede invocar la posesión de los antecesores para acreditar el uso no interrumpido durante cinco años del derecho de aprovechamiento de aguas no inscrito. Debe destacarse que esta norma reconoce expresamente la existencia de los derechos de aprovechamiento no inscritos al decir “... *solicitar en inscripción derechos de aprovechamiento no inscritos...*”.

Es más, en la óptica inicial del D.L. N° 2.603, del año 1979, tierra y agua estaban estrechamente unidas, reforzando la importancia que el legis-

6 El artículo 570 del Código Civil dispone que los bienes que están permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, se reputan inmuebles aún cuando por su naturaleza no lo sean, como ocurre con las aguas que son naturalmente móviles.

lador le daba a la utilización material del agua como fuente creadora de derechos. Prueba de ello es el hecho que su artículo 8º establecía perentoriamente que los actos y contratos que importaran la transferencia del dominio de un predio agrícola, o de un establecimiento industrial, minero u otros de aquellos en cuyo funcionamiento o explotación requiriesen utilizar derechos de aprovechamiento de aguas debían expresar la circunstancias **si en aquellos actos o contratos se incluían o no dichos derechos**. La omisión de esta obligación legal acarrearba la **nulidad absoluta del acto o contrato**. La norma del art. 8º del D.L. Nº 2.603 fue derogada bastantes años después cuando se estimó que ya estaba funcionando firmemente el utópico régimen de mercado de las aguas y ya asentada firmemente la separación entre tierra y agua.

En consecuencia, existe una presunción legal VIGENTE a favor de las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el citado artículo 7º del D.L. Nº 2.603, del año 1979, que sólo puede desvirtuarse judicialmente y en un juicio de lato conocimiento, tal como lo señala el inciso tercero del artículo 47 del Código Civil. Mientras esto no suceda, no se puede prescindir de ella si esta se invoca.

De todo lo expuesto se desprende que nuestro orden jurídico no exige para la validez de los derechos de aprovechamiento *reconocidos por la ley* que ellos sean inscritos, cuestión diferente respecto de los derechos de aprovechamiento constituidos por la autoridad, los cuales si deben ser inscritos. Al ser así las cosas respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos, en esta materia rige para ellos la hipótesis del artículo 925 del Código Civil respecto de los bienes raíces no inscritos. La posesión en estos casos se prueba por aquellos actos a los que sólo da derecho el dominio. No obstante, si se trata de inscribirlos rige la norma especial del artículo 2º transitorio del Código de Aguas debiendo acreditarse el dominio a través del uso ininterrumpido de cinco años, libre de clandestinidad y violencia, y, por supuesto, sin reconocer derecho ajeno. Sin embargo, si el derecho de aprovechamiento de aguas no inscrito se hace valer para cualquier otra cuestión que no esté especialmente reglada, puede alegarse a favor del titular de ellos la presunción de dominio que establece el artículo 7º del D.L. Nº 2.603, de 1979, siempre y cuando se dé el presupuesto fáctico allí indicado, esto es acreditar el uso de las aguas, ya sea personalmente o a través de sus antecesores en la posesión del bien sobre el cual recae el derecho (las aguas).

La función del artículo 2º transitorio del Código de Aguas es permitir la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos para los efectos de facilitar su prueba y de publicidad, pero esta inscripción no es un requisito "*sine qua non*" para que el particular pueda demostrar su dominio o hacer un efectivo uso de su derecho de aprove-

chamiento. El mismo artículo resalta la parte facultativa de la inscripción al decir en su inciso final:

“El mismo procedimiento se aplicará en los casos de personas que cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural.”.

Como se ve, dicha norma reconoce expresamente la existencia de los derechos no inscritos y lo facultativa que es su inscripción al decir que “solicitaran inscribir derechos”, pues no dice que sus titulares “deban inscribir esos derechos”.

Los presupuestos de hecho que establece el inciso final del artículo 2º transitorio del Código de Aguas privilegian el uso que el interesado hubiere hecho del agua, siempre y cuando se haya ejecutado en la forma que la norma lo establece. Se trata entonces de una figura amplísima que pretende que todo aquel que antes de la vigencia del actual Código gozaba de las aguas, las inscriba a su nombre y así éstas puedan entrar al mercado, afirmación que es reconocida por una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 9 de marzo del año 1995, publicada en la revista de Derechos de Aguas vol. 9, año 1995. En ella se sostiene:

“La regularización de Derecho de Aprovechamiento de Aguas, tiende básicamente a privilegiar a los usuarios de aguas, sin distinción, que han disfrutado del recurso... beneficio que se entiende necesario ante una materia que ha sido objeto de múltiples modificaciones...”.

Por su parte, el profesor Alejandro Vergara Blanco en un comentario a esta sentencia publicado en la revista de “Derechos de Aguas”, N° 7, de 1997, sostiene:

“Es notorio en este caso que se trata de un derecho consuetudinario de aguas; es un derecho nunca “constituido” por el Estado, sino originado en un uso permanente, no clandestino. Estos usos, como dijimos, tienen un procedimiento de regularización, esto es de formalización, en el art. 2º transitorio del Código de Aguas, en virtud del cual podrán ser luego inscritos en el registro respectivo. Estos son los usos “reconocidos” como derechos. La sentencia no le da existencia; solo reconoce su existencia ¿Dónde está el fundamento de estos derechos? Se encuentran primero en la constitución art. 19 n° 24 inciso final (“reconocidos” uso consuetudinario), y en una disposición casi desconocida en la práctica; el art. 7º del D.L 2.603 de 1979.

En la sentencia en comento, la Excma. Corte Suprema ha reconocido expresamente lo anterior. Así ha sostenido en su “*Considerando Cuarto*”:

“CUARTO: Que en lo relativo a la contravención constitucional invocada, conviene precisar que el texto fundamental, luego de garantizar a todas las personas, en el inciso primero del artículo 19, N° 24°, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, añade en su inciso final que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”.

De las expresiones “reconocidos o constituidos” empleadas por la norma en comento, surge con nitidez que no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Sobre este tópico es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.

Ajustándose a ello, el fallo criticado, al confirmar el de primer grado que aceptó la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas reconocido por la ley, no ha hecho más que asegurar a la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama el ejercicio de la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre las aguas reconocido a su favor por el legislador... (...) [El destacado es nuestro]

En otra parte de esa sentencia, en su *Considerando Quinto*, la Excma. Corte Suprema se refiere expresamente a la preexistencia de derechos de aprovechamiento no inscritos respecto de los derechos de aprovechamiento inscritos otorgados posteriormente por la autoridad. Así dice:

“... Desde luego, es menester recordar que en este juicio lo regularizado corresponde a derechos ancestrales de la comunidad indígena solicitante, cuyos miembros desde tiempos inmemoriales han efectuado un uso ininterrumpido de las aguas que requieren normalizar para el consumo

humano, animal y de riego. De esto se deriva que el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido a la respectiva comunidad Aymara es entonces anterior a cualquier constitución originaria por acto de autoridad de derechos de aprovechamiento de aguas realizada a favor de terceros y como corolario de ello, resulta previo al origen de los derechos inscritos de la sociedad recurrente. Lo anterior es, por cierto, un asunto de hecho que se ha estimado acreditado tanto por el juez de primer grado como por el tribunal de alzada y que esta Corte está impedida de modificar por la vía de la casación.

De acuerdo a lo antes razonado, los jueces recurridos han actuado correctamente al determinar que la solicitud se ajusta a la hipótesis contemplada en el inciso segundo del artículo 2° transitorio, por lo que parece oportuno reproducir lo señalado a este propósito por el tribunal ad quem en el motivo décimo del fallo cuestionado, en el sentido que: “la sentencia recurrida se ha limitado a regularizar derechos preexistentes al verificar que las aguas reclamadas por la Comunidad Indígena han sido utilizadas por ésta en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 2° transitorio del Código de Aguas...”

Es importante destacar que en el Considerando Sexto de la sentencia en análisis se sostiene que la inscripción obligatoria sólo rige para los derechos de aprovechamiento constituidos por acto de autoridad pero no se aplica en cuanto a la prueba de su posesión a los derechos ancestrales. Así dice:

*“SEXTO: Que la trasgresión de los artículos 20, inciso primero, y 121 del Código de Aguas, en consonancia con los artículos 724, 728 y 924 del Código Civil, aun cuando es efectivo que consagran que la posesión de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por acto de autoridad se adquiere por la competente inscripción y que mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda amenazarla, **tampoco puede ignorarse que tales disposiciones rigen los derechos constituidos por acto de autoridad, más no los reconocidos en conformidad a la ley, pues la adquisición de estos últimos se produce a partir de ciertos usos y costumbres y, por tanto, no requieren de la respectiva inscripción para la prueba de su existencia.***

*Tal como lo explica el autor Alejandro Vergara Blanco, estos derechos de aprovechamiento de aguas -los reconocidos por la ley-, “**surgen como tales en cuanto la legislación, el ordenamiento jurídico, reconoce la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, o de las que se encuentran en una situación especial. Son, a su vez, de varias clases. Así, en primer lugar, pudieron haberse iniciado consuetudinariamente, pero una vez***

reconocidos tales usos por la legislación, pasan a tener la categoría de derechos; y una vez que esos usos consuetudinarios tienen la categoría de derechos, al mismo tiempo ocupan un lugar equivalente en cuanto a potencia, en cuanto a posibilidades, en cuanto a protección, a aquel lugar que ocupan los derechos constituidos. En segundo lugar, hay otros usos que la ley reconoce como derechos mínimos o limitados al cumplimiento de ciertos requisitos de hechos, fijados por ella misma. En tercer lugar, existen otros derechos antiguos reconocidos por la legislación” (Vergara B., Alejandro, Derechos de Aguas, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998, páginas 321 y 322).

Dentro de esta última tipología de derechos, este autor precisamente incluye aquellos reconocidos en favor de las comunidades indígenas por el artículo 64 de la Ley Indígena, agrega que “todos estos derechos así reconocidos carecen usualmente de formalización o inscripción, a menos que los titulares, voluntariamente, hayan procedido a hacerla, utilizando, en su caso, las vías de los artículos 1º, 2º o 5º transitorios del Código de Aguas, según los casos” (ob. cit., página 338)... (...) (Lo destacado es nuestro).

Es útil destacar que la Excma. Corte enfatiza que la obligación de inscribir los derechos de aprovechamiento de aguas sólo rige para los derechos concedidos por actos de la autoridad administrativa pero no respecto de los demás derechos de aprovechamiento reconocidos por la ley, dado que *“... la adquisición de estos últimos se produce a partir de ciertos usos y costumbres y, por tanto, no requieren de la respectiva inscripción para la prueba de su existencia.”*

De la sentencia de nuestro máximo tribunal así como de la legislación analizada tanto por él como por la doctrina, se desprende que la afirmación respecto que sólo los derechos de aprovechamiento inscritos pueden ser considerados tales derechos, es erróneo. Basta remitirnos a la historia legal del uso y aprovechamiento de las aguas en nuestro país. El régimen registral de los derechos de los particulares sobre las aguas, aparece en nuestra legislación recién con la Ley N° 2.139 sobre asociaciones de canalistas de 1908 y exclusivamente respecto de la transferencia de esos derechos. Sólo a partir del Código de Aguas del año 1951 (artículos 235 y siguientes) se estableció para los nuevos derechos concedidos por la autoridad (no a los reconocidos por la ley) la obligación de su inscripción. Esta situación se mantuvo durante la vigencia del Código de Aguas del año 1969 a pesar de la diferente calificación jurídica que se le dio a los derechos de aprovechamiento de aguas (derechos reales administrativos). Por ello, el fallo acierta al decir en uno de los acápites de su Considerando Cuarto:

“... Sobre este tópicos es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.”

El sistema del reconocimiento de los derechos basados en el uso efectivo del agua iniciado en 1979 con el D.L. N° 2.603, de 1979, y perfeccionado en 1981 en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, reconoció la existencia del derecho de los particulares sobre las aguas, y su protección dominical, a través de la presunción de dominio, ya sea la del artículo 7° del ya citado D.L. N° 2.603, del año 1979, ya sea a través de la Ley Indígena, del año 1993. Así se eleva este derecho a una categoría de bien patrimonial intangible, **no caducable, ni sujeto a condición** y cuya adquisición originaria ya no depende de un acto discrecional y/o condicionado de la autoridad concedente, consagrándose en contrapartida, el Principio del **uso efectivo del agua**, principio que es recogido íntegramente por el tantas veces citado D.L. 2.603 de 1979, y que es coincidente con el **principio del caudal legítimamente aprovechado**, previsto en el artículo 309 del Código de Aguas de 1981, requiriendo tan solo como exigencia fundamental el uso ininterrumpido, libre de clandestinidad y violencia, y sin reconocer derecho ajeno, para llegar a su inscripción por el procedimiento de regularización previsto en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Regularizar un derecho a la luz del inciso final del artículo 2° transitorio del Código de Aguas de 1981 y su actual reforma es, a fin de cuentas y tal como lo señaló la Excm. Corte Suprema, sólo constatar su existencia, **permitiendo su inscripción para facilitar su prueba y demostrar su posesión. La sentencia del juez no crea el derecho, sólo reconoce que él existe.**

Hay que llamar la atención sobre el hecho que no debe confundirse la institución de la *regularización* consagrada en los artículos 1°, 2° y 5° transitorios del Código de Aguas de 1981, con la otra denominada *perfeccionamiento*, establecida en el decreto reglamentario del Catastro Público de las Aguas. Ambos términos tienen una significación precisa y un fundamento legal distinto. A veces pueden asimilarse, ya que en algunos casos de regularización el derecho queda completamente formulado en cuanto a los puntos de captación, volumen del agua, etc. No obstante, en otros casos no sucede lo mismo, como cuando no se expresa el derecho en unidad de tiempo y medida decimal, exigencias que formula el Código de Aguas de 1981 para considerar completo o plenamente determinado un derecho. Para ello, se estableció la ins-

titución del *perfeccionamiento* en los artículos 44 y siguientes del D.S. MOP N° 21.220 de 1998, Reglamento de Catastro Público de Aguas. Este procedimiento tiene por objeto hacer claridad respecto de las características esenciales de identificación de los derechos de aprovechamiento no inscritos o de aquellos inscritos con anterioridad a la vigencia del actual código del ramo, y que adolezcan de falta de determinación o identificación.

El fallo analizado está en estricta concordancia con el fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 18 de julio del año 1991 en la causa caratulada “*Sociedad Colectiva Civil Administradora de Aguas Pampa Algodonal con Director General de Aguas*”, confirmada por la Excma. Corte Suprema, donde se reconoció expresamente el uso ancestral del agua como generador del derecho de aprovechamiento de aguas no inscrito y por ende la vigencia de la presunción de dominio que estableció el artículo 7° del D.L. N° 2.603, de 1979, norma que está también, y a su vez, en estricta consonancia con el artículo 64 de la ley N° 19.253, o Ley Indígena. En dicho cuerpo legal se establece:

“Artículo 64.- Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta Ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.

No se otorgaran nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta Ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.”

La referencia que la ley hace a las aguas “... *que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes...*” presupone la utilización consuetudinaria de dichas aguas, dado que con anterioridad en ese mismo artículo se habla de que ellas son “... *bienes de propiedad y uso de la comunidad...*”

Sobre qué debe considerarse “...*terrenos de la comunidad...*” para que opere esta nueva presunción de dominio a favor de las comunidades aimaras y atacameña, la sentencia que da origen a este trabajo precisa el verdadero sentido y alcance de la norma. Así dice en el Considerando Séptimo:

“SÉPTIMO: Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión “terrenos de la comunidad”, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1°, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).

Así, no ofrece duda que el reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades Aymaras y Atacameñas, no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas, lo que sólo se logra con la aplicación de la regla en estudio, en la forma en que ha sido entendida por los jueces del grado, lo que esta Corte comparte.

Con esta interpretación que garantiza el suministro de agua para las comunidades autóctonas en comento, se logra cumplir con los objetivos ex presados en el Mensaje Presidencial que dio impulso a la actual Ley Indígena, referido a que: “Con respecto a la defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades, el presente proyecto propone en su Título Segundo una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos. En el curso de nuestro mandato presidencial esperamos regularizar la propiedad de las tierras y aguas, asegurando, de este modo, a las comunidades posibilidades ciertas de desarrollo”. “La situación de las comunidades del Norte Grande del país se ve afectada por la disputa de los recursos hídricos. Creemos de gran importancia que esta ley, junto a las modificaciones que hemos presentado al H. Congreso, del Código de Aguas, regule estos recursos de manera que sea posible la perduración de la vida humana en los pueblos y villas del norte del país. Creemos que sería un grave error que la población del norte del país se concentrara solamente en tres ciudades costeras importantes, abandonando el interior como consecuencia de una planificación defectuosa de los recursos de agua que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana” (páginas 504 y 506 del Boletín N° 514-01 de la Cámara de Diputados).”

Tenemos pues que la Excm. Corte Suprema a través de una interpretación teleológica deja de lado la interpretación literal de la ley ordenada por el inciso primero del artículo 19 del Código Civil, y conside-

rando “*oscura*” la expresión “*terrenos de la comunidad*” empleada en la Ley Indígena, concluye que la única interpretación que se aviene con el deber social de proteger “...**el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades...**” es aquella que identifica tales terrenos con los que “... **hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas...**” en forma independiente de que dichos predios se encuentren actualmente “...**inscritos a favor de terceros**” siempre y cuando las aguas que allí existan “...**abastezcan a la colectividad indígena...**”.

Sobre este particular, se debe agregar que el tribunal de casación también consideró para precisar el alcance del término “*terrenos de la comunidad*” lo establecido en el Convenio N° 169, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde se indica que la utilización del vocablo “tierra” en el N° 1 del artículo 15 referido al aprovechamiento de los recursos naturales por los indígenas, comprende o abarca el concepto de “*territorios*”, esto es la totalidad del hábitat que ellos utilizan u ocupan de algún modo. Al respecto la Excma. Corte dijo en una parte de su Considerando Séptimo que:

“Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.”.

En este sentido, la Excma. Corte basándose en la Ley Indígena y el Convenio N° 169, le otorgó al término “*tierra*” un sentido amplio, independiente del concepto de dominio tradicional aceptado por el Código Civil. De acuerdo a lo decidido, son tierras indígenas todas aquellas que los pueblos originarios ocupan o utilizan “... de alguna u otra manera”. Aunque la Excma. Corte no lo menciona, nosotros podríamos agregar que también ilumina el alcance del término “tierra” utilizado en el artículo 64 de la ley N° 19.253, el artículo 14 del Convenio N° 169, de la OIT, cuando señala expresamente en una parte de su texto que:

“... Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido

tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia...”

En consecuencia, resulta a todas luces acertada la interpretación que hace nuestro máximo tribunal en el Considerando Séptimo cuando dice:

“... ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas...”

La sentencia reseñada en este trabajo dice textualmente:

“Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 1.194-1996, rol del Juzgado de Letras de Pozo Almonte, caratulados Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama, por resolución de treinta y uno de agosto de dos mil seis, escrita de fojas 911 a 925, se hizo lugar a la solicitud de regularización de derechos de aprovechamientos de aguas presentada por Salvador Cayo Pérez, en representación de la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama, con un caudal de nueve litros por segundo a obtenerse del Socavón o Vertiente Chusmiza, ubicada en las coordenadas Este, 481.643,28 UTM y Norte, 7.823.917,13 UTM y de un litro por segundo a captarse del punto de devolución de las aguas efectuada por la sociedad Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., situado en las coordenadas Este, 480.828 UTM y Norte, 7.823.507 UTM, derechos que se reconocen con el carácter de consuntivos, de ejercicio permanente y continuo, y que se encuentran amparados por la presunción del artículo 64 de la Ley N° 19.253, desestimando así la oposición deducida por Alejandro Papic Domínguez, en representación de Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., sin costas.

Apelada esta decisión por la parte opositora, la Corte de Apelaciones de Iquique, por dictamen de nueve de abril de dos mil ocho, que rola de fojas 1.303 a 1.305 vueltas, la confirmó íntegramente.

En contra de este veredicto, el litigante vencido dedujo los recursos de casación en la forma y en el fondo que corren de fojas 1315 a 1362, aquél sustentado en

el literal 6° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil y éste, en los artículos 764 y siguientes del mismo estatuto.

Los autos se trajeron en relación a fojas 1386.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por lo que toca a la casación en la forma, el recurrente sostiene que el laudo objetado incurre en la motivación del ordinal seis del artículo 768 del Código de Enjuiciamiento Civil, “ por haber sido dada en contra de otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio”, puesto que no le atribuye importancia alguna al edicto que hace valer al respecto, atinente al emitido el treinta y uno de mayo de dos mil seis, por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, en los autos N° 3695-05, que denegó un recurso de casación en el fondo entablado por la peticionaria en contra del fallo dictado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago el dos de junio del año anterior, en la causa N° 6848-2002, que dejó sin efecto la resolución del Séptimo Juzgado Civil de Santiago que aceptó la demanda de nulidad de derecho público interpuesta por la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama en contra de las resoluciones de la Dirección General de Aguas N° 956, de once de diciembre de mil novecientos noventa y seis y N° 38, de veintuno de enero de mil novecientos noventa y siete, que constituyeron a favor de Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. un derecho de aprovechamiento de aguas, por caudal de cinco litros por segundo en la vertiente o socavón de Chusmiza, comuna de Huara. Asegura que al revocarse la declaración de nulidad, quedó establecido que el derecho de aprovechamiento de aguas de la empresa se encontraba ajustado a derecho, y por ende, que ésta era propietaria y poseedora inscrita del mismo, de conformidad con los artículos 20, inciso 1°, y 121 del Código de Aguas.

Agrega que aunque entre dicho proceso y el actual se da la triple identidad legal que exige el artículo 177 del Código de Instrucción Civil, el pronunciamiento impugnado, pese a que cita dicha sentencia, no la considera, con lo cual desconoce que su representada es propietaria y poseedora inscrita de un derecho de aprovechamiento consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, recaído sobre las mismas aguas a las que se refiere la solicitud de regularización de la comunidad indígena de autos, comprometiéndose con ello la capacidad de toda la fuente, cuyo caudal no supera los diez litros por segundo.

Detalla que existe identidad de partes, al igual que de cosa pedida, ya que en ambos juicios Agua Mineral Chusmiza reclama la propiedad del derecho real de aprovechamiento de aguas de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, por caudal de cinco litros por segundo en la vertiente o socavón de Chusmiza. Del mismo modo, existe identidad en la causa de pedir, pues en el litigio de nulidad de derecho público se solicitó la declaración de nulidad de las resoluciones de la Dirección General de Aguas que constituyeron a favor

de su representada el derecho de aprovechamiento de aguas ya citado, en tanto, en este pleito la causa de pedir fue la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas por la Comunidad Indígena, a la que su parte se opuso en sede administrativa y posteriormente en la judicial, asilado, precisamente, en la circunstancia de ser el titular del derecho real de aprovechamiento de aguas en discusión.

Atento a lo expuesto, y dado que ambos juicios versan sobre idéntico asunto, cual es la propiedad de los derechos de aprovechamiento sobre unas mismas aguas, el oponente indica en su libelo, que la apelación instaurada contra el fallo de primer grado debió ser admitida y, en consecuencia, requiere que se acoja el recurso de casación en la forma, se invalide el veredicto de alzada y se dicte uno de reemplazo que revoque el del juez a quo y niegue lugar a la petición de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas formulada por la Comunidad Indígena Chusmiza Usmagama.

SEGUNDO: Que el recurso, en lo relativo a la casación formal alegada, no puede prosperar, toda vez que no se demostró el requisito de procedencia exigido en la parte final del N° 6° del artículo 768, consistente en haber sido propuesta oportunamente en la litis.

Empero, no obstante que el compareciente aparejó copia del laudo que menciona antes del pronunciamiento de primer grado, tal como consta a fojas 851, 880 y 906, no esgrimió en dicho estadio la excepción de cosa juzgada que regula el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y tampoco lo hizo formalmente ante el tribunal superior, limitándose a afirmar en la letra D) de los fundamentos de su escrito de apelación que rola a fojas 928, que la resolución en revisión no hacía referencia alguna al dictamen expedido por esta Corte Suprema en los autos N° 3695-05, desconociendo con ello el derecho de aprovechamiento válidamente constituido por su parte.

Es así como al no haberse formulado ante los jueces de la instancia la excepción de cosa juzgada en tiempo y forma, ha precluido el derecho de la reclamante a plantearla en esta sede, lo que desde luego obsta a la procedencia del arbitrio sub iudice.

TERCERO: Que, en lo que concierne a la casación en el fondo, se dice vulnerado, con influencia en lo dispositivo, el artículo 19, N° 24°, inciso final, de la Constitución Política de la República, por no reconocer el laudo refutado, la propiedad de su representada sobre los derechos de aprovechamiento de aguas válidamente constituidos sobre la vertiente o socavón Chusmiza y que corresponden a diez mil litros por día, otorgados por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 1540, de tres de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, derecho que fue reconocido judicialmente por resolución de cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y tres; cincuenta metros cúbicos por día, de los cuales, veintisiete coma cinco son no consuntivos y veintidós coma cinco de

carácter consuntivos, constituidos por la resolución 406 de la Dirección General de Aguas e inscritos a fojas 5, N° 2, del Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Pozo Almonte y un derecho consuntivo de cinco litros por segundo, de carácter permanente y continuo, constituido por las resoluciones de la mentada Dirección N° 956, de once de diciembre de mil novecientos noventa y seis y N° 38, de veintiuno de enero de mil novecientos noventa y siete, inscritos a fojas 4 vuelta, N° 4 y a fojas 9 vuelta, N° 5, del registro de propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces de Pozo Almonte, de mil novecientos noventa y siete, cuya validez fue confirmada por la decisión de esta Corte Suprema extendida en los autos N° 3695-05. Destaca que dos de los derechos son de carácter no consuntivos, es decir, deben ser restituidos obligatoriamente en los puntos que indican los actos administrativos y son esos caudales los que utilizan los miembros de la comunidad, mediante su acopio en los pequeños embalses reguladores construidos por la Dirección de Riego para su posterior provecho, por lo que es falso el aserto que la colectividad no utiliza el agua después de la restitución de los caudales, incluso la distribución es fiscalizada por el alcalde de aguas de la comunidad.

En seguida delata conculcado el artículo 2° transitorio, inciso primero, del Código de Aguas, dado que el fallo recurrido en el basamento décimo aplica equivocadamente el inciso 2°, que trata sobre la regularización de los derechos de aprovechamiento que nunca han estado inscritos, ya que en esta situación la comunidad pretende normalizar derechos de aprovechamiento que están inscritos a nombre de su defendida y por ello, lo correcto era someter la solicitud a los términos de dicho inciso primero. Asimismo, yerra también el razonamiento cuarto, al exigir sólo dos requisitos, a saber, el cumplimiento de cinco años de uso ininterrumpido de las aguas a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas y que la utilización haya sido libre de clandestinidad y violencia, omitiendo el tercer requisito, consistente en que las aguas se hayan usado “sin reconocer dominio ajeno”, sobre el cual nada dice el edicto rebatido. También se devela transgresión de los artículos 20 y 121 del Código de Aguas, que estatuyen que la posesión de los derechos constituidos por acto de autoridad se adquiere por la competente inscripción que se rige por todas las disposiciones sobre la propiedad raíz inscrita, en cuanto no hayan sido modificadas por el presente Código. Conforme a ello y a los artículos 724, 728 y 924 del Código Civil, la inscripción del derecho de aprovechamiento de aguas en el registro de aguas es requisito, prueba y garantía de la posesión del mismo. De esta manera, mientras subsista la inscripción y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión que pueda amagarla. En otras palabras, es imposible admitir que la comunidad pueda adquirir la posesión de esos derechos, pues cualquier pretensión de la misma pasaría por una posesión violenta o clandestina, que se encuentra prohibida por el inciso 1° del artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Igualmente, se queja del quebrantamiento de los artículos 64 y 3° transitorio de la Ley Indígena N° 19.253: aquél, porque tal precepto exige que las aguas

se encuentren en terrenos de la comunidad, lo que no se da en la especie, pues las tierras donde se ubica la vertiente o socavón son de su poderdante, al igual que los derechos de agua que de ella emanan. A su vez, se violenta el artículo 3° transitorio, porque esta norma no puede servir de apoyo para acreditar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 2° transitorio, inciso 1°, del Código de Aguas, desde el momento que se trata sólo de un principio general para concretar la protección de los bienes a que se refiere dicho precepto, que no pueda afectar o menoscabar los derechos legítimamente constituidos.

En otro ámbito, reprueba error de derecho en el fallo del tribunal superior, por traer a cuento en su raciocinio primero, normas de derecho internacional público que no son aplicables en la especie, como son, la Resolución 61/295 de la Asamblea General de la ONU, sobre los derechos de los pueblos indígenas, por no ser vinculante para los estados miembros y no ser una fuente formal del derecho interno y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acompañado por la apelada, al tener sólo un resultado relativo, que afecta exclusivamente a los contendientes y respecto de la materia objeto de la controversia, lo cual configura un principio general del derecho, consagrado por lo demás en el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, aduce que la inobservancia de toda esta normativa ha significado desconocer un derecho constituido originariamente por acto de autoridad, en favor de su mandante, en circunstancias que siempre ha ejercido las acciones tendientes a oponerse al pedido de regularización de la Comunidad Indígena, por lo que es un error sostener en el pronunciamiento que no ha existido controversia acerca del legítimo dueño del derecho de aprovechamiento de las aguas, y que, por ende, los solicitantes hayan usado las aguas sin violencia ni clandestinidad.

En mérito a lo anterior, impetra invalidar el pronunciamiento recurrido y dictar sentencia de reemplazo que revoque el ad que y, en cambio, se declare que no ha lugar a la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas presentada por la comunidad indígena de Chusmiza-Usmagama.

CUARTO: *Que en lo relativo a la contravención constitucional invocada, conviene precisar que el texto fundamental, luego de garantizar a todas las personas, en el inciso primero del artículo 19, N° 24°, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, añade en su inciso final qué “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”*

De las expresiones “reconocidos o constituidos” empleadas por la norma en comento, surge con nitidez que no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por

acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Sobre este tópico es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.

Ajustándose a ello, el fallo criticado, al confirmar el de primer grado que aceptó la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas reconocido por la ley, no ha hecho más que asegurar a la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama el ejercicio de la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre las aguas reconocido a su favor por el legislador.

Por lo demás, el laudo censurado no ha negado ni desconocido la existencia ni la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por la empresa Agua Mineral Chusmiza, al contrario, ha hecho suyo lo afirmado en el dictamen a quo, en orden a que en la especie se da una innegable coexistencia de los derechos de ambas partes, cuestión de hecho respecto de la cual, por no haberse reclamado infracción de normas reguladoras de la prueba, no puede ser modificada o alterada por este máximo tribunal, contexto en el cual no se divisa vulneración alguna a la regla constitucional mencionada por el recurrente.

QUINTO: Que la recurrente también arguye violación del inciso primero del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, desde que a pesar que la Comunidad Indígena ha solicitado la regularización de derechos ya inscritos a nombre de su representada, no se ha aplicado dicha norma, sino el inciso segundo de tal precepto, que no resulta procedente pues este último trata la regularización de derechos no inscritos, que no es el caso, deficiencia que, a su vez, trajo aparejado que el edicto del superior no exigiera probar que la utilización de las aguas se realizaba sin reconocer dominio ajeno.

Desde luego, es menester recordar que en este juicio lo regularizado corresponde a derechos ancestrales de la comunidad indígena solicitante, cuyos miembros desde tiempos inmemoriales han efectuado un uso ininterrumpido de las aguas que requieren normalizar para el consumo humano, animal y de riego. De esto se deriva que el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido a la respectiva comunidad Aimara es entonces anterior a cualquier constitución originaria por acto de autoridad de derechos de aprovechamiento de aguas realizada a favor de terceros y como corolario de ello, resulta previo al origen

de los derechos inscritos de la sociedad recurrente. Lo anterior es, por cierto, un asunto de hecho que se ha estimado acreditado tanto por el juez de primer grado como por el tribunal de alzada y que esta Corte está impedida de modificar por la vía de la casación.

De acuerdo a lo antes razonado, los jueces recurridos han actuado correctamente al determinar que la solicitud se ajusta a la hipótesis contemplada en el inciso segundo del artículo 2° transitorio, por lo que parece oportuno reproducir lo señalado a este propósito por el tribunal ad quem en el motivo décimo del fallo cuestionado, en el sentido que: “la sentencia recurrida se ha limitado a regularizar derechos preexistentes al verificar que las aguas reclamadas por la Comunidad Indígena han sido utilizadas por ésta en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, derechos consuetudinarios que inclusive son anteriores a los de la sociedad demandante”.

En este contexto, se hace necesario precisar que no se están concediendo administrativamente nuevos derechos sino que simplemente se regulariza un uso inmemorial del recurso hídrico reconocido por el legislador en el artículo 64 de la Ley N° 19.253 como un derecho de ciertas comunidades indígenas y que se ha reflejado, en la especie, en actos positivos de señor y dueño que, sin duda, descartan reconocer dominio ajeno, como lo son la construcción del socavón del cual emanan las aguas, de los estanques de acopio, del canal conductor, de las terrazas de cultivo, además del mismo asentamiento humano reflejado en las modestas casas que conforman los poblados de Chusmiza y Usmagama, aspectos fácticos sobradamente demostrados en la causa y consignados expresamente en el motivo décimo del edicto en revisión.

Acorde con lo razonado, parece necesario resaltar lo sostenido por este máximo tribunal en la causa 986-03, cuando expresa que: “no puede sino concluirse que el procedimiento del tantas veces citado artículo 2° transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que sólo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que, como ocurre en la especie, no está inscrito, pero sí reconocido legalmente. La regularización importa determinar, en la etapa procesal pertinente, si la petición cumple los requisitos indicados en dicha normativa y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador”.

De este modo, amén que el otro defecto repudiado atenta contra los hechos asentados por los jueces del fondo, aquél tampoco resulta efectivo, lo que por cierto es suficiente justificación para su denegación.

SEXTO: Que la transgresión de los artículos 20, inciso primero, y 121 del Código de Aguas, en consonancia con los artículos 724, 728 y 924 del Código Civil, aun cuando es efectivo que consagran que la posesión de los derechos

de aprovechamiento de aguas constituidos por acto de autoridad se adquiere por la competente inscripción y que mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda amenazarla, tampoco puede ignorarse que tales disposiciones rigen los derechos constituidos por acto de autoridad, más no los reconocidos en conformidad a la ley, pues la adquisición de estos últimos se produce a partir de ciertos usos y costumbres y, por tanto, no requieren de la respectiva inscripción para la prueba de su existencia.

Tal como lo explica el autor Alejandro Vergara Blanco, estos derechos de aprovechamiento de aguas -los reconocidos por la ley-, “surgen como tales en cuanto la legislación, el ordenamiento jurídico, reconoce la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, o de las que se encuentran en una situación especial. Son, a su vez, de varias clases. Así, en primer lugar, pudieron haberse iniciado consuetudinariamente, pero una vez reconocidos tales usos por la legislación, pasan a tener la categoría de derechos; y una vez que esos usos consuetudinarios tienen la categoría de derechos, al mismo tiempo ocupan un lugar equivalente en cuanto a potencia, en cuanto a posibilidades, en cuanto a protección, a aquel lugar que ocupan los derechos constituidos. En segundo lugar, hay otros usos que la ley reconoce como derechos mínimos o limitados al cumplimiento de ciertos requisitos de hechos, fijados por ella misma. En tercer lugar, existen otros derechos antiguos reconocidos por la legislación” (Vergara B., Alejandro, Derechos de Aguas, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998, páginas 321 y 322). Dentro de esta última tipología de derechos, este autor precisamente incluye aquellos reconocidos en favor de las comunidades indígenas por el artículo 64 de la Ley Indígena, agrega que “todos estos derechos así reconocidos carecen usualmente de formalización o inscripción, a menos que los titulares, voluntariamente, hayan procedido a hacerla, utilizando, en su caso, las vías de los artículos 1º, 2º o 5º transitorios del Código de Aguas, según los casos” (ob. cit., página 338).

Además, cabe tener en cuenta que en este procedimiento la comunidad solicitante no ha pretendido contradecir los derechos constituidos por Agua Mineral Chusmiza en el afluente en cuestión, sino regularizar sus derechos preexistentes y ancestrales sobre el recurso hídrico reconocidos en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, publicada en el Diario Oficial el cinco de octubre de mil novecientos noventa y tres, que prescribe: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

La tesis propuesta por el impugnante, que mientras dure la inscripción del derecho de aprovechamiento de aguas a favor de su representada es imposible admitir que la comunidad pueda adquirir la posesión de esos derechos,

amén de partir de un supuesto fáctico no acreditado, cual es que la presente regularización verse sobre los mismos derechos de los que su parte es titular, en caso de ser acogida, implicaría exigir a la comunidad indígena probar el uso ancestral de las aguas cuya regularización impetra, sólo mediante la respectiva inscripción de dominio a su favor, situación que resulta absolutamente impracticable en la hipótesis del inciso segundo del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, -aplicada en la especie-, ya que precisamente trata la regularización de derechos que no se encuentran inscritos a nombre del requirente. En todo caso, esta alegación resulta también contraria a la situación reglada en el inciso primero de la indicada disposición segunda transitoria, pues en ésta justamente se posibilita la regularización de derechos inscritos utilizados por personas distintas de su titular, cuando se compruebe el uso ininterrumpido por parte de estos últimos durante un lapso de cinco años anteriores a la entrada en vigencia del Código del ramo, siempre que se haya realizado libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno, todo lo cual implica necesariamente que es admisible la prueba de la posesión de los derechos que se regularizan, aunque exista una inscripción a favor de terceros y de ello se deriva que en el procedimiento de normalización de derechos que regula la mentada norma segunda transitoria, no tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 924 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, con esta alegación la empresa opositora ha intentado poner en duda el cumplimiento del requisito de falta de clandestinidad o violencia en el uso de las aguas materia de la regularización, lo que importa discutir los hechos asentados por los jueces del fondo, análisis que, por cierto, es una razón más para desestimarla. En efecto, el uso de las aguas por el tiempo requerido, sin violencia ni clandestinidad, como también la coexistencia de los derechos de ambas partes, son asuntos de hecho establecidos por los sentenciadores de la instancia, que resultan inamovibles para este tribunal, sobre todo si se considera, tal como se ha advertido previamente, que el compareciente no ha denunciado atropello a las normas reguladoras de la prueba que permitan a esta Corte, revisar y, eventualmente, enmendar los hechos de la causa.

SÉPTIMO: *Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión “terrenos de la comunidad”, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1°, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).*

Así, no ofrece duda que el reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades Aymaras y Atacameñas, no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas, lo que sólo se logra con la aplicación de la regla en estudio, en la forma en que ha sido entendida por los jueces del grado, lo que esta Corte comparte.

Con esta interpretación que garantiza el suministro de agua para las comunidades autóctonas en comento, se logra cumplir con los objetivos ex presados en el Mensaje Presidencial que dio impulso a la actual Ley Indígena, referido a que: “Con respecto a la defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades, el presente proyecto propone en su Título Segundo una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos. En el curso de nuestro mandato presidencial esperamos regularizar la propiedad de las tierras y aguas, asegurando, de este modo, a las comunidades posibilidades ciertas de desarrollo”. “La situación de las comunidades del Norte Grande del país se ve afectada por la disputa de los recursos hídricos. Creemos de gran importancia que esta ley, junto a las modificaciones que hemos presentado al H. Congreso, del Código de Aguas, regule estos recursos de manera que sea posible la perduración de la vida humana en los pueblos y villas del norte del país. Creemos que sería un grave error que la población del norte del país se concentrara solamente en tres ciudades costeras importantes, abandonando el interior como consecuencia de una planificación defectuosa de los recursos de agua que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana” (páginas 504 y 506 del Boletín N° 514-01 de la Cámara de Diputados).

Ello resulta coherente con el artículo 65 de la Ley en comento, que expresa: “La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados en las etnias aymaras y atacameñas”. Por consiguiente, es indudable que el eje central de la protección dada a las aguas indígenas reside en la idea del repoblamiento de las comunidades andinas, para lo cual parece esencial que puedan disponer de los recursos hídricos necesarios para su subsistencia y desarrollo. Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del

mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aimaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.

OCTAVO: Que, en armonía con lo manifestado en las reflexiones precedentes, resulta palmario que tampoco se ha infringido el inciso segundo del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.253, cuando prescribe: “Igualmente, la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley.

Por eso es un error de la parte recurrente sostener que los jueces del fondo hayan empleado dicha norma como fundamento para acreditar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, por cuanto el tribunal ad quem, en el razonamiento tercero del edicto atacado, se limitó a citarla a propósito de la labor legislativa desarrollada dentro del marco constitucional del inciso final del artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política de la República, relativo a la protección de los derechos “reconocidos de acuerdo a la ley”, afirman los jueces que, a partir de esa disposición y del artículo 64 de la Ley Indígena, se han reconocido y protegido “los recursos naturales que desde la época precolombina son utilizados por las comunidades indígenas andinas, quienes actúan y se sienten poseedores de derechos ancestrales sobre las aguas existentes en los terrenos en que se encuentran asentadas”.

De suerte que la aplicación en el laudo de que se trata de la normativa de la Ley Indígena analizada, no tuvo otro sentido que dejar establecido que, precisamente, en tales preceptos quedan reconocidos legislativamente los derechos ancestrales de las comunidades aimaras y atacameñas sobre sus aguas, reconocimiento que además de garantizar su protección constitucional, permite solicitar su regularización y posterior inscripción.

A mayor abundamiento resulta incuestionable que la sentencia recurrida, entre los raciocinios quinto al octavo, ha efectuado un completo y acabado análisis del cumplimiento de los requisitos exigidos para la regularización de derechos de aprovechamientos de agua, conforme al artículo 2° transitorio, inciso segundo, del Código de Aguas, cuyos fundamentos fácticos son hechos de la causa que han quedado fijados de manera definitiva y que no es posible alterar por esta vía, en la forma en que lo ha intentado el presente arbitrio.

NOVENO: Que, por último, también se ha reclamado error de derecho en el fallo del ad quem, por citar en su motivo primero, reglas de derecho internacional público que no son aplicables en la especie, a saber, la Resolución 61/295 de la Asamblea General de la ONU, sobre los derechos de los pueblos indígenas y un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acompañada por la apelada.

Sobre el tema es preciso advertir que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, simplemente se limitó a mencionar en las letras b) y c) del numeral 2 de su basamento primero, a propósito de la prueba acompañada en esa instancia por la parte apelada, la resolución y el fallo que señala el oponente, sin embargo, de la lectura íntegra del dictamen, no se aprecia que dicha prueba haya sido considerada para resolver el asunto sometido a su conocimiento, conforme con lo cual, no puede haber infracción alguna de los recurridos con respecto a los instrumentos cuestionados y menos aún con influencia en lo dispositivo de lo resuelto, razón suficiente para restar asidero al vicio denunciado.

DÉCIMO: Que, con arreglo a tales elucubraciones debe concluirse que los jurisdicentes no han incurrido en las contravenciones de derecho reprochadas por el compareciente, sino que decidieron con estricto apego a la normativa legal vigente sobre regularización de derechos de aprovechamientos de aguas reconocidos por la ley a favor de las comunidades indígenas aimaras y atacameñas, lo que hace fuerza para desechar el recurso de casación en el fondo promovido por la parte opositora.

Y visto, además, lo que disponen los artículos 764, 767 y 768, N° 6°, del Código de Procedimiento Civil, SE RECHAZAN, con costas, los recursos de casación en la forma y en el fondo formalizados en lo principal y en el primer otrosí de la presentación de fojas 1315 a 1362, contra la sentencia de nueve de abril de dos mil ocho, que se lee de fojas 1303 a 1305 vuelta, la que, en conclusión, no es nula.

Se previene que el Ministro señor Ballesteros no comparte el contenido de los párrafos quinto y sexto del fundamento séptimo.

Regístrese y devuélvase con sus documentos y agregados.

Redacción del Ministro señor Rodríguez.

Rol N° 2840 - 08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veinticinco de noviembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.”

EL FALLO CAMPICHE: UN GIRO EN LA JUSTICIA CONSERVADORA

Francisco Ferrada Culaciati*

I.- INTRODUCCIÓN

Una de las sentencias polémicas habidas en el último tiempo en materia ambiental es la del denominado caso Campiche. A nadie ha dejado indiferente. Por un lado, provocó aireadas reacciones de la propia empresa, los gremios empresariales, ligados al sector eléctrico y a la Cámara Chilena de la Construcción, con el Ministro del Interior de la época, don Edmundo Pérez Yoma, afirmando -ambiguamente- que se buscarían todas las medidas posibles para cumplir con el fallo, y la Ministra de Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte, afirmando que todos hicieron su trabajo. Por otro lado, como era de esperar, el fallo fue motivo de aplausos de sectores ambientalistas.

Más allá de la polémica suscitada, desde la perspectiva forense hay algunas interrogantes que debemos hacernos en relación a esta jurisprudencia, relativas a la manera en que se sitúa el Poder Judicial frente a un acto administrativo, cuando se invoca la tutela constitucional vía recurso de protección. Es decir, hasta dónde alcanza su potestad revisora. Luego, analizaremos si este fallo constituye un giro en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los últimos años, en relación a la justicia constitucional.

En materia de recurso de protección ambiental, la historia ha evolucionado desde una primera posición de los tribunales, en fallos como el del Lago Chungará [de 1985], en que el acto impugnado se sometió a una revisión plena, no sólo de legalidad formal, esto es, si había sido dictado por la autoridad facultada para ello, respetando las formalidades del procedimiento indicado, sino que también se hizo un análisis del mérito del acto, esto es, si valorado razonablemente por los tribunales, era verosímil lo planteado por el acto en sí mismo.¹ En este caso, esta

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho Universidad de Chile. Profesor Asistente de Derecho Procesal Universidad de Chile. Director Ejecutivo de Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA.

1 Corte Suprema - Revista Fallos del Mes, n° 325, diciembre, 1985, pag. 826.

última valoración llegó a determinar que las aguas del valle de Azapa efectivamente se iban a ver alteradas en su composición por el trasvase de las aguas del lago Chungará a la laguna Cotacotani, que las afectaría en su salinidad. Adicionalmente, se aseveró que la extracción de las aguas incidiría en el frágil ecosistema del lago Chungará. Todo ello contra el parecer de la autoridad administrativa de la época.

No podemos dejar de citar la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso Trillium, con fecha 19 de marzo de 1997,² en que dictaminó que “así las cosas, fluye de lo expuesto en los fundamentos precedentes que la recurrida, al certificar como “ambientalmente viable” el Proyecto “Río Cóndor”, condicionado al cumplimiento de ciertas exigencias actuó, además, en forma arbitraria, careciendo de fundamentos razonables para ello”.

Aunque no abundantes, hay otros ejemplos. Es digna de mención la sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Valdivia en el caso Celco.³ Acá se estableció por la Corte que la actividad sometida y aprobada por una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) era distinta de la que de facto se estaba verificando por la empresa, pese a la insistencia técnica contraria, de modo que ordenó someter a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental (EIA) el proyecto. Como sabemos, la Corte Suprema, en fallo del 30 de mayo de 2005, revocó la sentencia y rechazó la acción de protección.⁴

En estos casos, hubo una valoración técnica del acto de la administración, más allá del examen de su legalidad formal, determinando que la autoridad había autorizado un acto que en su aspecto ritual no tenía cuestionamientos de trascendencia, pero que en el fondo, atentaba contra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En otras palabras, se controló el acto de la administración de manera plena.

Sin embargo, este último tiempo se ha afianzado en los tribunales superiores la tesis de la competencia técnica privativa de la administración activa. Ella consiste, en breve, en afirmar que la valoración técnica que efectúa un ente de la administración del Estado, debe ser respetada por los tribunales en el marco de un recurso de protección, pues no se encuentran facultados para cuestionar esa competencia técnica. Ejemplo de ello es el fallo de segunda instancia del caso Celco Valdivia, del 30 de mayo de 2005, en que se señaló que “a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la au-

2 Autos Rol 2.732-96.

3 Autos Rol N° 33-2005. Sentencia del 18 de abril de 2005.

4 Ambos fallos se pueden encontrar en la Gaceta Jurídica N° 299.

toridad medio ambiental en el ejercicio de sus funciones [...] siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración”.

En la misma línea, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt,⁵ en sentencia definitiva dictada el 25 de abril de 2008, concluyó que “no es posible [en sede protección], resolver si la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), por su carácter eminentemente técnico, adolece de defectos de ésta índole, pues la función de este tribunal es, únicamente, verificar si se cumplió con la legislación ambiental vigente”. En este caso, se reclamó que la autoridad ambiental, por los antecedentes del proyecto, debió exigir un EIA, y no una DIA.

En segundo lugar, los mismos fallos precitados han implementado una doctrina de clausura, al sostener la autonomía operativa de la institucionalidad ambiental en cuanto a la legalidad, de manera que resulta inatacable el acto por la vía del amparo de garantías. Así, afirmó la Corte Suprema en el caso Celco Valdivia ya citado que “del examen de los antecedentes se aprecia que la institucionalidad medioambiental establecida por la Ley N° 19.300 está operando plenamente en el caso de autos, desde que la recurrida cuenta con una Resolución de Calificación Ambiental desde 1998 después de un Estudio de Impacto Ambiental, aprobado por la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) X Región, siendo este organismo el [...] que ha decretado sanciones administrativas contra Celco [...], y que están reclamadas en los tribunales correspondientes en Valdivia”.

Con esta doctrina, de paso, se ha edificado una verdadera barrera de inmunidad del actuar de la administración, al sostener que lo resuelto al interior de este proceso reglado, que tiene sus recursos administrativos propios, no resulta revisable vía protección.

Adicionalmente, existe una tercera postura que se ha afianzado en la jurisprudencia, consistente en sostener que la RCA no es susceptible de causar daño al medio ambiente, puesto que es una mera decisión administrativa, un acto de opinión. Así lo sostuvo la Corte Suprema en el caso Celco Itata del 19 de julio de 2002,⁶ en que afirmó que “el fundamento del recurso no es la perpetración de algún acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o atente contra el ejercicio de las garantías constitucionales invocadas [...], puesto que se cuestiona la apreciación contenida en una Resolución que se limita a calificar favorablemente

5 Autos Rol N° 69-2008. Sentencia confirmada por la Corte Suprema.

6 Rol 764-2002.

un proyecto de orden industrial; autorización o informe que constituye tan sólo uno de los numerosos eslabones que deben preceder a un proyecto de la naturaleza, entidad e importancia del que se pretende impugnar por la presente vía, lo cual se basa en el temor de que el funcionamiento de la industria pueda producir contaminación ambiental, lo que necesariamente constituye una situación futura. Esto es, el recurso persigue una finalidad impropia de su naturaleza cautelar, puesto que pretende impedir la instalación del complejo industrial de que se trata, por la vía de impugnar una resolución que constituye solamente uno de los requisitos para que aquél pueda concretarse, imputándole la calidad de ilegal, arbitraria y violatoria de numerosas garantías constitucionales, algunas de las cuales son del todo ajenas a la materia que se debate, lo cual ha quedado en evidencia desde que el fallo que se revisa, las limitó a cuatro : las contenidas en los números 1, 2, 3 y 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental. De ellas, la primera y la última, no pueden aparecer vulneradas por el informe impugnado, pues por su propia naturaleza, este acto no ha producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan precaver, desde que se trata de la valoración técnica que hizo una autoridad, esto es, un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que haya producido un menoscabo en el derecho”.

En la misma línea, la Corte de Apelaciones de Concepción sostuvo, con fecha 6 de agosto de 2008, que “la COREMA ha actuado en conformidad a la ley y a los elementos reglados de las potestades jurídicas que le han sido conferidas, y, lo que se ha atacado mediante esta acción cautelar de garantías constitucionales, no es un acto que produzca impactos significativos al medio ambiente, sino la valoración de una decisión administrativa que no produce daño, recelándose de una contaminación que pudiere producirse posteriormente, por lo que el presente recurso no puede ser acogido”.⁷

Por lo expuesto, la tendencia actual de la jurisprudencia en materia de acción constitucional de protección respecto del derecho del art. 19 N° 8, reconoce la vigencia de tres conceptos: la competencia técnica privativa de los órganos de la administración activa, la clausura de legalidad, y la calificación de la RCA como un acto de opinión. En resumen, está escrita en “clave formalista”.⁸

7 Rol 235-2008. Fallo confirmado por la Excma. Corte Suprema.

8 ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Comentario de jurisprudencia”, Gaceta Jurídica N° 299, p. 72.

II.- EL CASO

Se dirigió un amparo de garantías contra la RCA N° 449, del 9 de mayo de 2008, dictada por la COREMA V Región, que aprobó el EIA de la central Termoeléctrica Campiche, con una inversión de US\$ 500.000.000. En el recurso, rol N° 317-2008, se alegó la ilegalidad de la resolución, principalmente en razón de haberse aprobado el proyecto en una Zona ZR-2 de Restricción por Inundación, en que estaría prohibido su emplazamiento, según el Plano regulador. El uso de suelo, que determina esa normativa vigente, sólo permite en esta zona el desarrollo de áreas verdes y recreacionales vinculadas a las actividades propias del uso de las playas con sus instalaciones mínimas complementarias, calificadas como tales por la Secretaría Ministerial de Vivienda y Urbanismo V Región, como ser sombreadores, camarines de carácter transitorio.

Sin embargo, mediante Resolución N° 112 de 2006, de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví, se autorizó en dicha zona el emplazamiento de la infraestructura eléctrica, condicionado a la ejecución de obras de protección fluviales en el Estero Campiche, según lo establecido en el art. 2.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. En los hechos, entonces, la Dirección de Obras mediante la citada Resolución N° 112, introdujo una alteración a lo dispuesto por el Plano Regulador del Gran Valparaíso.

Adicionalmente, se impugnó el acto por ilegalidad, en razón de la existencia de antecedentes relativos a la afectación de la salud de los recurrentes. Los derechos que se alegan conculcados son principalmente el derecho a la vida y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En su informe, la COREMA argumentó lo siguiente:

- a) La Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Puchuncaví autorizó en dicha zona el emplazamiento de infraestructura eléctrica, condicionado a la ejecución de obras de protección fluviales en el Estero Campiche, según lo establecido en el Art. 2.1.17 de la Ordenanza, la cual permite edificar proyectos en esas zonas si se mejoran las condiciones de riesgo mediante la incorporación de obras de ingeniería u otras suficientes para tales efectos.
- b) No hay legitimación activa de la recurrente. Si bien la Constitución otorga una amplia legitimación, igualmente se requiere por quien acciona, sea un ente individual o colectivo, detentar una calidad o titularidad de derechos de los que emanan las acciones que se ejercen; que el ejercicio esté fundado en un interés personal, concreto, actualmente comprometido, del que se derive del hecho de haber sufrido un agravio, no siendo la acción de protección una acción popular.

- c) Se pretende intervenir en competencias que son propias de la administración activa, en la especie, los órganos de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en forma exclusiva y excluyente, lo que es improcedente, conforme a la jurisprudencia en materia de acción de protección.
- d) El acto impugnado no tiene aptitud para agravar las garantías constitucionales invocadas, no existiendo relación de causalidad entre la acción u omisión ilegal o arbitraria y el agravio al derecho fundamental que se reclama, según fallo de la Excma. Corte Suprema que señala, en el sentido que debe acreditarse la vulneración de una garantía constitucional. Un derecho constitucional no puede conculcarse por una resolución que autoriza una actividad.
- e) No puede configurarse supuestos de ilegalidad alguna por la legítima actuación administrativa de la recurrida, sea en su aspecto normativo formal o en el sustantivo, al cumplirse cabalmente las normas de la Ley N° 19.300 y de su reglamento.

III.- EL FALLO

A.- La cuestión previa sobre legitimación

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia definitiva pronunciada con fecha 8 de enero de 2009, resolvió acoger el recurso. Primeramente, el fallo se hace cargo de la defensa de falta de legitimación activa. Para ello, reconoce en el considerando 15 que el medio ambiente es un bien común de dominio de la humanidad, de utilidad a las generaciones presentes y futuras, no siendo exclusividad de una persona el abogar judicialmente por su defensa. Adicionalmente, reconoce la legitimación al ser interpuesta la acción por una organización ciudadana interesada en el medio ambiente, como lo es el Consejo Ecológico Comunal de Puchuncaví y Quintero. Con esto, la Corte de Valparaíso sigue la doctrina asentada en un principio en sede protección ambiental, con el caso Lago Chungará; y el caso Celco Valdivia de 1997, en relación a quienes interesa la conservación del medio ambiente.⁹

Como corolario de esta declaración, en el considerando 17 se afirma que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación "interesa a todos pues afecta a una pluralidad de individuos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión no solo es perceptible en

9 En que se reconoció legitimación activa a la ONG Codeff.

la esfera individual". Por ello, la Corte pareciera estimar, en definitiva, que son titulares todas las personas naturales o jurídicas que habitan el territorio de Chile. No obstante, al final de esta declaración, afirma que para reclamar deben sufrir "una vulneración del derecho", creemos que, en criterio de la Corte, se trata de un interés difuso y colectivo, que puede reclamarlo cualquier habitante de la Nación, sin necesidad de acreditar un perjuicio personal.

B.- La constatación de ilegalidad

Aclarado lo anterior, la Corte entró de lleno a hacerse cargo de la instalación del proyecto en una zona destinada a una finalidad distinta.

Para ello, en el considerando 13, sostuvo que el Decreto N° 116 de 5 de abril de 1987, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, modificó el Plan Intercomunal de Valparaíso aprobado por DS N° 30 (M.O.P.) de 12 de enero de 1965, estableciendo la Zona Zr-2, esto es, Zona de restricción Primaria de riesgo para el asentamiento humano. Según el instrumento, en la citada zona sólo se permitirá el desarrollo de áreas verdes y áreas recreacionales vinculadas a las actividades propias del uso de las playas con sus instalaciones mínimas complementarias, calificadas como tales por la Secretaría Ministerial de Vivienda y Urbanismo V Región, como ser sombreadores, camarines de carácter transitorio, etc. (letra g). Reconoce, asimismo, que el plan regulador es un instrumento de planificación local que define la política de desarrollo y los planes para la distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación, construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas. Su finalidad "es zonificar el territorio, asignando usos de suelos permitidos y prohibidos, con lo cual especializa las actividades en el territorio lo que le permite determinar las zonas de expansión de las áreas edificables, delimita las no edificables y las de edificación restringida, establece las condiciones de áreas que presentan limitaciones, determina funciones urbanas, altera o mantiene el estado natural de las áreas sobre las cuales se pronuncia, en cuanto permite o no la opción de ejecutar edificaciones".

Luego, en los considerando 18, 19 y 20, analizó la Corte si la autorización dada por la Resolución N° 112 de 2006, de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Puchuncaví, es apta para modificar lo establecido por el plano regulador. Para ello consideró la postura del Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, dentro del proceso de evaluación ambiental, que se pronunció favorablemente al proyecto, dado que esta Resolución autorizó la construcción de infraestructura eléctrica y las debidas protecciones fluviales en la ribera norte del Estero Campiche. Sin embargo, la Corte estimó que cualquier cambio en

el uso del suelo se debe tramitar como modificación del Plan regulador, de acuerdo a los artículos 43 y 45 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Esta circunstancia, sostuvo, "no se tuvo a la vista por la Comisión del Medio Ambiente".

Los considerandos posteriores relevantes fueron suprimidos por la Corte Suprema, al conocer el recurso de apelación deducido por la parte recurrida. Este tribunal inicia un nuevo razonamiento, partiendo de la base que la autoridad ambiental está vinculada por el principio de juridicidad en el sistema de evaluación de impacto ambiental; y reafirmando en los considerandos 6 y 7 que "el Plan Regulador ha determinado, en términos categóricos, un uso de suelo imperativo para esa zona; y conforme a lo previsto en el artículo 61 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cualquier cambio en los usos de suelo asignados a una determinada zona o sector, requerirá una modificación del Plan Regulador correspondiente". De hecho, el artículo 37 de la ley dispone que "un Plan Regulador Intercomunal debe ser aprobado por Decreto Supremo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dictado por orden del Presidente de la República. Lo mismo sucederá con sus modificaciones, las que deben sujetarse a dicho procedimiento, tal como ocurrió con el aludido Decreto Supremo N° 116 que incorporó la zona regulada" en pugna.

En consecuencia, atendida la naturaleza del proyecto ingresado al SEIA, "se requería el cambio de uso del suelo a través de la modificación del Plan Regulador". No fue suficiente la Resolución N° 112 de 2006, puesto que "la autoridad local sólo atendió a que hubieren sido subsanados los motivos de seguridad que determinaron que la zona fuera definida como área de riesgo [defensas fluviales], pero omitió comprobar si el proyecto que autorizaba cumplía los requisitos y condiciones para ser emplazado en ese lugar". Con ello, esta resolución municipal contravino expresamente el plan regulador de Valparaíso, que destinó esta zona a áreas verdes y recreacionales. Por ende, resulta ser ilegal (considerando 8), puesto además que proviene de un órgano que no es competente para disponer la modificación en el uso del suelo (considerando 9).

Sigue la Corte afirmando que la mentada Resolución N° 112 fue base fundamental para la dictación de la RCA, en cuanto se tuvo en consideración a fin de determinar el emplazamiento del proyecto. Entonces, al sustentarse en un acto ilegal, "ha existido un vicio que impide que el acto de la recurrida se genere legítimamente pues hay un defecto originario que le resta validez".

Hasta aquí, la resolución resulta estar suficientemente fundada en términos de la ilegalidad de la RCA. Por ello, la Corte pasa a relacionar

la ilegalidad con la vulneración del derecho del artículo 19 N° 8 de la Constitución, afirmando que no es irrelevante el hecho que el plan regulador destine esa zona a áreas verdes y recreacionales, considerando que el “sector de emplazamiento del proyecto corresponde a una zona declarada saturada para PM10 -material particulado- y SO2 -dióxido de azufre- desde el año 1993 y se encuentra sujeta a un Plan de Descontaminación”. En atención a esto, no puede desconocerse la importancia del plan regulador en función del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que cumple una función preventiva. Por ello, “la eliminación ilegal de un uso de suelo para áreas verdes en una localidad afectada por la alta emisión de contaminantes provoca un menoscabo evidente al entorno en que viven los recurrentes, vulnerando su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (considerandos 10 y 11). En consecuencia, estima la Corte Suprema mantener la tutela otorgada por la Corte de Valparaíso, en razón del derecho a un medio ambiente libre de contaminación que se reconoció vulnerado.

IV.- ANÁLISIS

El fallo en cuestión trata aspectos relevantes, como por ejemplo el relativo al alcance del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el reconocimiento del principio precautorio, la ampliación del concepto de medio ambiente, la función preventiva del derecho en relación al derecho a la vida, etc. Sin duda, se requerirá un análisis exhaustivo para determinar el alcance de estos asertos. Sin embargo, no son estos temas los que nos han llamado la atención y ocupan nuestro comentario. No evadimos los tópicos anteriores porque se trate de temas que no sean importantes. Lo que ocurre es que dada nuestra calidad de abogados que litigan en asuntos de interés público ambiental, vemos con esperanza que se ha resquebrajado la muralla edificada en los últimos años en materia de revisión de actos administrativos en sede ambiental vía recurso de protección.

Por eso creemos que existen tres tópicos que son dignos de destacar, que se resumen en que la Corte, en el ejercicio de sus facultades conservadoras, ha constatado la ilegalidad de la resolución, y ha determinado que la RCA es apta para producir un atentado al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En primer lugar, se determinó la existencia de una ilegalidad concurrente en la aprobación de la RCA, dada por la autorización de una actividad industrial en un lugar para el que el plan regulador dispone una finalidad distinta, de área verde y recreacional. Este instrumento viene

establecido por Decreto Supremo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dictado por orden del Presidente de la República. Un decreto de la Dirección de Obras de la Municipalidad no resulta apto para modificarlo, luego la autoridad municipal resulta incompetente para generar un acto administrativo susceptible de alterar el plan.

Con ello, se reduce el ámbito de la competencia técnica privativa de la administración activa, precisamente al aspecto técnico, recobrando la Corte la facultad de evaluar si hay o no una ilegalidad en el proceso seguido ante la COREMA. En otras palabras, la determinación de si el emplazamiento del proyecto es idóneo desde la perspectiva ambiental y técnica, no es lo mismo que establecer si su ubicación vulnera directamente el ordenamiento jurídico. Acá la Corte ha entendido la diferencia, pese al cortafuego esbozado por la Comisión como defensa. No se encuentra dentro de la competencia técnica de la COREMA el establecer de modo privativo si es legal o no el uso que se le pretende dar a un suelo. Desde la perspectiva de la competencia técnica privativa, entonces, el fallo no es un aporte.

Creemos, en todo caso, que no se ha pasado a llevar en este caso la competencia privativa de la administración activa, cuando es fruto de un ejercicio reglado. No es la discrecionalidad de la administración lo que está en juego, no se trata de cuestionar la opción que ha hecho la administración entre dos caminos atendibles. Aquí lo que ha ocurrido es que se ha detectado por la Corte, en el proceso de evaluación de impacto ambiental -de ejercicio claramente reglado-, una ilegalidad flagrante.

Por lo mismo, no opinamos que en esta actuación la Corte se haya irrogado atribuciones de plena jurisdicción en el ejercicio de la potestad conservadora, que suele ser una de las críticas más recurrentes a los amparos de garantías que se acogen, pues no dan la oportunidad de un contradictorio con plenas garantías para el recurrente y el recurrido.¹⁰

Esto nos lleva al segundo punto destacable, cual es el abandono de la clausura de legalidad que antes se confería al proceso de evaluación de impacto ambiental. En los últimos tiempos, los tribunales habían adquirido la habitualidad de mantener en sede protección un concepto premoderno de jurisdicción, evitando someter a la Administración del Estado al poder jurisdiccional en su totalidad.¹¹ Todo debía quedar regulado y revisado al interior de la administración, como se indicó en el fallo Celco Valdivia de 2005.

10 Como sí habría que estimar que lo hace el procedimiento declarativo ordinario civil de mayor cuantía.

11 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "La Administración Pública ante los Tribunales de Justicia Chilenos", en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1, p. 18.

Acá, empero, la Corte sabe que existe una institucionalidad ambiental, que la RCA es un acto administrativo de término, que tiene lugar luego de un proceso reglado, que conlleva etapas de consultas técnicas a los organismos sectoriales respectivos, y que existen recursos administrativos y jurisdiccionales que pueden ser interpuestos, especialmente por el titular del proyecto. Sin embargo, eso no puede significar que la COREMA ostente una inmunidad en sus decisiones. Una cosa es que la institucionalidad ambiental funcione de acuerdo a lo establecido en la ley. Cosa distinta es que en el interior de esa institucionalidad se haya pasado por alto la legalidad cuestionada.

Lo notable de este caso es que la Corte entra al fondo de la legalidad en cuestionamiento, simple y certeramente, al recordar el modo cómo se debe modificar el plano regulador, y constatar que esa modalidad no ha tenido lugar. Luego, al fundarse la RCA en una situación que contraviene el orden jurídico, esta también es ilegal. Ello haciendo caso omiso de los reclamos de la COREMA en el sentido que a ella le compete la administración del EIA y que hay recursos establecidos en la Ley 19.300 para los actos que tienen lugar dentro del proceso administrativo. Afortunadamente, la Corte ha retomado el camino en esta materia, imponiendo el respeto del principio de juridicidad en los actos de la administración, entendido este como "la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar".¹² Así, de hecho, se invoca expresamente en la sentencia, de la Corte Suprema, en su considerando cuarto: "el procedimiento administrativo que conforma el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tiene por objeto preciso que el proyecto o actividad examinado se ajuste a las normas vigentes.

A su turno, el inciso final del artículo 16 del mismo texto legal recalca que el Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental, de lo que se sigue, en razón del principio de juridicidad que debe acatar todo órgano del Estado, que será deber de la autoridad a cargo de la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental rechazar aquellos proyectos que infringen el ordenamiento jurídico". Como vimos, la sentencia destaca por reafirmar que una actuación de un órgano claramente incompetente en materia de cambio de uso de suelo, como es la Municipalidad, no es posible de validar en una RCA (considerando 9°).

No obstante es necesario celebrar el uso de las prerrogativas que ha hecho la Corte, queda es posible cuestionar que actúe en este caso como un órgano conservador, ya que, podría observarse, en realidad el tribunal ha actuado como un tribunal contencioso administrativo, de

12 SOTO KLOSS, Eduardo, Derecho Administrativo, T. II, Editorial Jurídica, Santiago, 1996, p. 24.

revisión de la legalidad del acto administrativo. De hecho, ha habido voces que disienten que esta sea la verdadera finalidad del procedimiento de protección.¹³ Y, sin duda, desde el punto de vista técnico, pueden tener razón. El problema, conocido por todos, es que en Chile no hay un contencioso administrativo de urgencia, debiendo asumir el amparo de garantías muchas veces esa función, que si bien no es su finalidad esencial, debemos concordar que responde a una necesidad básica del servicio público justicia frente a las actuaciones del Estado.

El tercer punto que debe resaltarse consiste es la determinación que ha hecho la sentencia de que una RCA es un acto administrativo susceptible de vulnerar derechos fundamentales. Sin duda se trata de una verdadera vuelta de tuerca en materia jurisprudencial.

La doctrina contraria, para la que un acto administrativo es un acto de opinión, y no es susceptible de vulnerar un derecho como el del N° 8 del art. 19 de la Constitución, resultaba altamente controversial. En efecto, es absurdo sostener que la orden de matar no mata, sino que lo hace el disparo del fusil del verdugo. Era una postura revestida de un alarmante legalismo formal y, de paso, olvidaba la dimensión material que adquiere el acto administrativo, las consecuencias que genera.

Ello puede resultar anecdótico si se trata del ejercicio de la función jurisdiccional común, en el marco, por ejemplo, de una cuestión de naturaleza civil, con intereses privados en contraposición. Sin embargo, al momento de invocar la tutela de un juez constitucional, vía amparo de garantías, el asunto se vuelve altamente sensible, pues, estimamos, con la doctrina anterior estábamos ante la presencia de una verdadera renuncia al ejercicio de la función jurisdiccional conservadora, prohibida por la propia Constitución, en el artículo 76 inc. 2°, al reconocer lo que se denomina principio de la inexcusabilidad.

Adicionalmente, la doctrina chocaba contra la esencia del recurso de protección, cual es su naturaleza preventiva,¹⁴ cuestión que viene reconocida desde un principio del fallo en comento en relación al principio precautorio. Lo que se ha denominado como el "periculum in damni",¹⁵ esto es, el riesgo que nazca y se acreciente el daño efectivo, y que marca la jurisdicción cautelar, ciertamente había sido preterido por la Corte de manera sistemática, como dan cuanta los casos previos analizados

13 Véase FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, "El Recurso de Protección como Mecanismo de Control Contencioso Administrativo", en Estudios de Justicia Administrativa, Lexis Nexis, Santiago, 2008, p. 219.

14 ZÚÑIGA, obra citada p. 72.

15 PEYRANO, Jorge W., "Aspectos Concretos del Proceso Urgente y de la Tutela Anticipatoria", en Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002.

precedentemente. Y, como una consecuencia de esta postura, se reduce a las meras vías de hecho el amparo de garantías.

Rompiendo con su reciente línea de pensamiento, la Corte ha estimado que el acto ilegal, más allá de no respetar el principio de juridicidad, es susceptible de vulnerar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Está teñida la RCA con la ilegalidad en el cambio de uso del suelo, que en su destinación anterior tenía por finalidad proteger el medio ambiente. Luego, al autorizar una actividad prohibida por el estatuto falsamente derogado, vulnera directamente el derecho fundamental. Ya no es necesario que estemos habando de una actividad de naturaleza material. Basta el visto bueno de la Administración para el desarrollo de esa actividad material, conferido en contravención del orden jurídico, para estimar suficiente motivo de amparo.

V.- CONCLUSIONES

Creemos que esta nueva jurisprudencia rompe lo que venía siendo tradición en los últimos 8 años en materia de amparo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Y en dos aspectos que resultan clave. Reconoce la potestad de la Corte para revisar la legalidad de la RCA, más allá del prisma de la mera formalidad en la tramitación del acto administrativo, en respeto del principio de juridicidad. Y estima aptitud suficiente en él como para vulnerar derechos constitucionales. De paso, coloca la competencia técnica privativa de la administración activa en su justa dimensión. En estos aspectos es un avance.

En todo caso, dista la Corte de asumir su rol conservador de plena jurisdicción o de plena revisión del acto, esto es, cuestionar la decisión técnica de la administración, dado que no fue esta la ocasión de constatarlo, por los antecedentes del recurso. Aunque en alguna parte la Corte Suprema se irroga la facultad de velar por el cumplimiento de la racionalidad (no arbitrariedad), lo cierto es que en este caso lo que se revisa es la estricta legalidad del fallo.

Celebramos, entonces, el fallo. Sin embargo, nos parece una buena ocasión para recordar la necesidad de crear un contencioso administrativo eficaz, especializado, y con un procedimiento de urgencia. Mientras no se haga, el recurso de protección seguirá siendo el único medio de control de urgencia de los actos de la administración, lo cual ciertamente no sólo no se condice con su finalidad conservadora, sino que además seguiremos siendo espectadores en la determinación vacilante de los alcances de la potestad revisora de los actos de la administración, que no cumple con la otra finalidad del derecho, que es la certeza jurídica.

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.

Se someterá a evaluación por un miembro del Consejo Editorial o un asesor externo 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. La jurisprudencia comentada deberá tener una extensión no superior a 10 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 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 en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word o en formato compatible (CD-ROM o por correo electrónico), a la dirección postal de Fiscalía del Medio Ambiente y al correo electrónico fima@fima.cl. Los trabajos recibidos no serán devueltos.

Toda solicitud de colaboración, canje, suscripción o compra debe dirigirse a:

Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA

Guardia Vieja N° 408, Providencia / (56-2) 4217563 / www.fima.cl

