

EDITORIAL

Actualidad del Derecho Ambiental: La necesidad de un nuevo acuerdo.

Este año tuvo una agenda nacional muy cargada de temas ambientales. Como siempre, y en algo que constituye nuestro orgullo institucional, FIMA estuvo al frente en algunos de esos temas, portando la bandera de la Justicia Ambiental e intentando ampliar la visión del derecho ambiental en Chile.

Pensar que el 2012 podría resultar en simplemente un año atípico en materia ambiental me parece triste, pues la esperanza es que haya representado un quiebre que perdure en el tiempo y que a la larga nos permita construir un acuerdo social más adecuado al concepto de desarrollo sustentable.

Experimentamos durante este año conflictos ambientales de gran relevancia social y jurídica y que avanzaron desde dos veredas distintas como son la tramitación de proyectos dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y los problemas provocados por procesos productivos ya instalados, problemas de contaminación y la presión sobre los recursos naturales de algunas zonas del país.

En lo que se refiere al SEIA, a nivel judicial el año partió movido para FIMA con la interposición del Recurso de Protección en el caso de Río Cuervo, rechazado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Coyhaique pero que después sería acogido por la Corte Suprema. A él nos referimos en conjunto con el profesor Luis Cordero Vega en uno de los artículos de la presente revista, titulado *“Comentario a la Sentencia sobre el Proyecto Hidroeléctrico Río Cuervo”*.

En abril, y en el intertanto de la primera y segunda instancia de Río Cuervo, fue conocido por la Corte Suprema el caso Hidroaysén, uno de los más grandes casos ambientales del último tiempo no sólo por el interés ciudadano y de los medios en el tema, sino también porque se discutían 7

recursos de protección interpuestos por distintas personas y con diversos argumentos, dos de ellos fueron patrocinados por FIMA. El caso, además, fue defendido por el Estado en conjunto con dos terceros coadyuvantes; la propia empresa Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. y la empresa de transmisión Hidroaysén Transmisión S.A. A este caso se refiere don Fernando Dougnac Rodríguez en su artículo *“El Resguardo Jurisprudencial del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. Comentario y Análisis de algunos Fallos Recientes”*, dando cuenta de cómo en ese momento la Corte Suprema falló en contra de los recurrentes en un estrecho 3-2 que consideraba entre otras cosas al principio preventivo como motor fundamental del voto de minoría.

La aceptación de los principios de derecho ambiental en la interpretación de los derechos humanos fue algo muy presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema durante el 2012. Siendo un tema que no es pacífico en los sistemas jurídicos de corte continental, en la presente revista se da cuenta de cómo los ha interpretado la Corte Europea de Derechos Humanos, de acuerdo a los profesores de la Universidad de Oregon, USA, John E. Bonine y Svitlana Kravchenko en el artículo *“La Interpretación de los derechos humanos para la protección del medio ambiente en la Corte Europea de Derechos Humanos.”* En especial relevante en este artículo el repaso que los autores hacen sobre alguna jurisprudencia relevante de la Corte Europea de Derechos Humanos que vincula el derecho a un medio ambiente adecuado con la participación pública, el acceso a la justicia, el derecho a la vida y el principio precautorio, cuestiones de gran interés a nivel mundial y de creciente interés en nuestras aulas.

El derecho a un medio ambiente adecuado como derecho humano y su reconocimiento a nivel internacional, es también analizado por los profesores de la Universidad de Granma, Cuba, Alcides Antúnez Sánchez y Carlos Bruzón Viltres, en el artículo *“Reflexiones en torno a la protección de los Derechos Humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional”*.

Por otra parte, en el análisis de la jurisprudencia relativa al SEIA del año 2012 se vislumbra cierta continuidad en términos de control intenso de expediente, de lo que se había comenzado a fallar desde el caso Campiche (2009). A esta lógica se le sumó lo relativo a la aplicación de principios,

como vimos. Lo anterior, visible en los fallos de Río Cuervo, Dunas de Con-Con, Bocamina y Castilla, lo cual revivió una discusión de larga data en el derecho administrativo y que va escribiendo su propio capítulo en el derecho ambiental como es la de los límites de la discrecionalidad administrativa y el rol del juez frente a la misma.

En este sentido, resulta interesante el análisis de Leonardo Cofré Pérez en *“Discrecionalidad de los actos administrativos: El caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental”*, que se refiere precisamente al rol de la discrecionalidad, aplicada en materias ambientales y especialmente en el SEIA, en lo relativo al modelo de compensación ambiental, tema de suyo importante y que por lo demás es una de las aristas necesarias de estudiar para dar curso a un nuevo acuerdo de relación entre los ciudadanos y el medio ambiente.

Por último, en materia de SEIA, una de las cuestiones que con mayor fuerza remeció la jurisprudencia ambiental y que además es hoy objeto de gran incertidumbre regulatoria, es la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas. A esta jurisprudencia se refiere la profesora Ximena Insunza Corvalán en su *“Análisis jurisprudencial del convenio 169 y la vulneración de garantías constitucionales.”*

13

No hay lugar a dudas que este tema seguirá constituyendo una fuente de incertidumbre mientras no se adecúe la normativa nacional a los estándares que el Convenio impone en materia de pueblos indígenas, cuestión particularmente importante en una economía basada en los recursos naturales como la nuestra.

Y es esta base de nuestra economía, sumada al crecimiento experimentado en los últimos años, lo que ha puesto un alto grado de presión sobre los recursos naturales y con ello en la relación entre los proyectos de inversión y las comunidades cercanas, que es el segundo tipo de problemas al que me referí en un comienzo. Especialmente importante en este sentido han sido los innumerables problemas de uso de aguas que se han dado en el último tiempo, y en este año en especial en cuencas como Maipo, Tinguiririca, Laja, Huasco y Petorca.

Un acercamiento al problema lo hace el Investigador de FIMA Jorge Ossandón Rosales, al tratar *“El manejo integrado de cuencas como solución jurídico territorial en la administración ambiental del agua”*. Tema que estará en la agenda ambiental de los próximos años con mucha fuerza, en la medida que la escasez del recurso propiciada tanto por su sobre explotación como por el cambio climático, sumada a la falta de certeza sobre algunos de sus atributos jurídicos y su propiedad, sean fuente de conflictos.

Además de la problemática del agua, la presión sobre los recursos naturales se ha hecho sentir en las llamadas áreas de sacrificio; lugares de Chile donde la contaminación alcanza niveles muy altos producto de la instalación de diversas fuentes de la misma. Parte del conflicto que se vivió en valle del Río Huasco tiene que ver con eso, a propósito de la aprobación de la Central Termoeléctrica Punta Alcalde por parte del Comité de Ministros, cuestión que tendremos que ver como decanta.

Una zona que lamentablemente ha alcanzado ese estatuto es el área de Ventanas en la comuna de Puchuncaví, en relación de lo cual Josefina Correa Pérez nos ilustra en su artículo *“Complejo industrial Ventanas: Exclusión de la ciudadanía y problemas de gobernabilidad. El caso Campiche, entre lo legal y lo legítimo”* en que describe especialmente las condiciones de vida en el sector y los procesos en torno a la aprobación y construcción de la Central Termoeléctrica Campiche.

14

Es necesario observar si el impacto que se ha provocado en estas zonas de sacrificio está revestido de legitimidad o si por el contrario constituye daño ambiental pues en ese caso lo que correspondería es que este se reparase. A propósito de este tema, Bastián Pastén y Gonzalo Parot nos hablan sobre la *“Diversificación de la reparación del daño en Chile, perspectivas para los planes de reparación”*.

Entre este escenario de conflictos ambientales, me parece interesante dar cuenta de que esta aparente proliferación tiene mucho que ver con una mayor conciencia de las personas en sus derechos, lo que las ha llevado a exigir que se cumplan al menos con las garantías que el Estado otorga a sus ciudadanos en nuestra Constitución.

Hay sin embargo, una falta de adecuación de las normas de fondo a un

escenario más igualitario, pues observamos como las normas en general están apuntadas hacia el crecimiento económico sin contrapeso, en tiempos en que resulta evidente que éste debe ser acompañado de las adecuadas herramientas para que sea sustentable. Esto abre el panorama a la necesidad de un nuevo acuerdo nacional en ese sentido, cosa que se ha hecho especialmente relevante en temas como la generación de energía. Mientras nadie niega que un país requiere de energía para avanzar (aunque se discuta la cantidad), si hay una conciencia ciudadana de que ese avance no puede ser a cualquier costo y que el sacrificio de recursos naturales y personas en pos de la producción de esa energía no es aceptable en este estadio de desarrollo.

Pero mientras ese sentido de acuerdo se irriga en la sociedad, otras voces insisten en llamar “excesiva judicialización” a la defensa legítima que las personas hacen de sus derechos, y a pedir normas aún más laxas para facilitar la inversión, cuestión que no parece ser un buen negocio a mediano plazo porque va deslegitimando el sistema económico y la institucionalidad en la medida que ellas no cumplen con sus objetivos de repartir escasez y garantizar derechos, respectivamente.

Ya en 2005 la OCDE advertía en sus recomendaciones que nuestra institucionalidad requería de una adecuación y en ese camino es que Chile emprendió modificaciones en la materia, proceso aún inconcluso pero que ya debiera comenzar a tomar mayor forma con la entrada en funciones de la Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales.

15

A la institucionalidad y específicamente a *“La transversalidad de la gestión pública ambiental en la reforma a la institucionalidad”* se refiere en su artículo Antonio Madrid Meschi, quien hace un análisis de cómo funcionaba el modelo coordinador de CONAMA y como éste fue modificado con la ley 20.417. En esta misma línea, y previa a su entrada en funciones, la abogada norteamericana y pasante de FIMA, Cassandra Burdyslaw nos ilustra sobre *“¿Qué puede aprender Chile de la experiencia de otros Tribunales Ambientales del Mundo?”*, donde repasa precisamente cómo se han llevado adelante los procesos en otros tribunales ambientales establecidos con anterioridad, a efecto de considerar dichas experiencias en la nuestra que recién comienza.

Pasada esta discusión sobre institucionalidad, es hora de que nos pongamos pantalones largos en temas de gobernanza de recursos naturales, donde claramente tenemos una falencia que pasa por una parte por un estatuto que privilegia la propiedad privada y la libertad de emprendimiento por sobre casi toda otra consideración y por otra, por la falta de voluntad en lograr acuerdos que sirvan de marco en la materia, y que en la búsqueda de la paz social necesariamente deberán reconocer ciertas limitaciones al derecho de dominio, así como cuestiones relativas al valor de los servicios ecológicos de ciertos recursos y en especial al valor de la biodiversidad.

Pero este año 2012 no solamente ha sido movido en la agenda nacional, pues en la agenda propia de FIMA también hemos tenido importantes novedades. Constituimos nuestro primer Directorio conformado en parte por socios de la Corporación y en parte por Directores externos, todos ellos abogados de reconocida trayectoria y prestigio. Fue así como el Directorio quedó conformado por nuestro presidente y fundador don Fernando Dougnac Rodríguez más los abogados fundadores y profesores de la Universidad de Chile Francisco Ferrada Culaciati y Rodrigo Polanco Lazo. A ellos se sumaron Ana Lya Uriarte Rodríguez, abogada de la Universidad de Chile, investigadora del CDA de dicha Universidad y quien fuera la primera Ministra de Medio Ambiente; Enrique Navarro Beltrán, abogado de la Universidad de Chile, Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y ex Ministro del Tribunal Constitucional, y; don Álvaro Fuentealba Hernández, abogado de la Universidad de Chile y Director de Escuela de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Se completa el directorio con mi persona, con el honor de haber sido elegido como Director Ejecutivo de esta Corporación, para trabajar junto a Gabriela Burdiles Perucci como Directora de Proyectos, y a todo el equipo ejecutivo de FIMA en continuar con la labor que desde hace ya 14 años ha ido marcando pauta en materias de derecho ambiental en Chile.

Y en las tareas que emprendemos y que continuamos, es esencial agradecer a quienes dieron su tiempo y esfuerzo para la consecución de este cuarto número de la Revista Justicia Ambiental, en especial a Rodrigo Polanco Lazo, Gabriela Burdiles Perucci y Jorge Ossandón Rosales, cuyo trabajo es esencial en el logro de esta publicación. Agradecemos también a los autores, quienes con su alto nivel prestigian a esta publicación. Por último,

agradecemos el apoyo de la Fundación Heinrich Böell, que es la que hace posible esta publicación y en especial a Michael Álvarez y Regine Walch, quienes han apoyado con entusiasmo este cuarto número de Justicia Ambiental.

Pero no podemos dejar de lado las malas noticias, pues una querida amiga de FIMA nos dejó durante este año, no sin antes asegurarse de dar su último y valioso aporte a nuestra revista y con ello al derecho ambiental. En efecto, Svitlana Kravchenko falleció el 10 de febrero de 2012, a los 62 años de edad, dejando como legado y marca de su paso por esta existencia una vasta lista de publicaciones académicas que demuestran no sólo su fuerza vital, sino que también su pasión por el derecho ambiental y por desentramar las normas que permitieran de hacer de este un mundo mejor. Nos sentimos orgullosos e infinitamente agradecidos de que ella y John E. Bonine, nos eligieran para hacer la publicación del trabajo que en esta revista contiene, y que fue uno de los últimos en que invirtió su energía. Esperamos que su huella marque a nuestras generaciones en el significado de luchar por nuestros ideales.

Ezio Costa Cordella
 Director Ejecutivo
 FIMA