

PRESERVACIÓN AMBIENTAL, ÁREAS PROTEGIDAS Y POSIBILIDAD DE
EJECUTAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN ELLAS.

Análisis a la luz de caso de la empresa salmonera Nova Austral

POR: PABLO AMAT TRUJILLO

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al título profesional de Magister en Derecho Ambiental

PROFESOR GUÍA:

Sr. EDUARDO CORREA MARTÍNEZ

Octubre 2019

SANTIAGO

Esta tesis es un esfuerzo de llevar el tema de nuestra legislación ambiental más allá de una mera discusión de derecho estricto, e intentar de hacer más dinámica, entendible y más amable la lectura a alguien que no está necesariamente familiarizado con todos los conceptos jurídicos. Soy un convencido que la ciudadanía tiene un aporte mayor que hacer en el cuidado del planeta, que meramente decisiones individuales, en tanto consumidores, por más importante que ellas sean (volvemos veganos, duchas más cortas, #chaobombillas, etc). Esto es especialmente cierto respecto de áreas protegidas, en donde la participación es uno de sus principios principales, buscando el fortalecimiento de la sociedad civil, la cual colabora, informa, influye y da mayor legitimidad a las políticas públicas. De esta manera, el comprender mejor como funciona nuestra legislación ambiental en general y las áreas protegidas en particular, puede contribuir a que la ciudadanía sepa con mayor precisión cómo y dónde dirigir sus esfuerzos destinados a exigir un marco normativo claro que permita preservar la naturaleza, al mismo tiempo que de certeza sobre si es posible o no invertir o entablar un proyecto en algún sector determinado; pero en definitiva una legislación que realmente haga efectivo y no letra muerta, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

© Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

TABLA DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. TRATADOS INTERNACIONALES.....	24
III. CONVENCION DE WASHINGTON: DECRETO SUPREMO N°531, DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, RATIFICA LA CONVENCION PARA LA PROTECCION DE LA FLORA, LA FAUNA Y LAS BELLEZAS ESCENICAS, NATURALES DE AMERICA.....	29
IV. CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE DE 1980.....	34
1. Cláusula de restricción de derechos.....	36
2. Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación.....	37
3. Deber de Protección.....	44
V. LEGISLACION AMBIENTAL CHILENA.....	45
1. LEY N° 19.300 LEY DE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE (LBGMA).....	47
2. SISTEMA NACIONAL DE AREAS SILVESTRES PROTEGIDAS (SNASPE).....	61
3. LEY N° 18.362 QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DE AREAS SILVESTRES PROTEGIDAS DEL ESTADO.....	64
4. EL DECRETO LEY N° 1.939 DE 1977, DEL MINISTERIO DE TIERRAS Y COLONIZACION SOBRE NORMAS DE ADQUISICION,	

ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES DEL ESTADO.....	69
5. LEY DE BOSQUES DE 1931. DECRETO SUPREMO N° 4363 DEL MINISTERIO DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN.....	71
6. LEY N° 18.248 CÓDIGO DE MINERÍA.....	71
7. PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS.....	72
8. LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA (LGPA). DECRETO 430 DE 1992, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.892, DE 1989 Y SUS MODIFICACIONES.....	91
VI. ¿CÚAL ES LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS RESERVAS NACIONALES?.....	99
VII. RESERVAS DE LA BIÓSFERA DECLARADAS POR LA UNESCO.....	103
VIII. ¿PRESERVACIÓN?.....	117
IX. CONCLUSIONES.....	122

LISTA DE ABREVIATURA

ASC: Aquaculture Stewardship Council
CBD: Convenio sobre la Diversidad Biológica
CIC: Consejo Internacional de Coordinación
CONAF: Corporación Nacional Forestal
CORTE IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIA: Declaración de Impacto Ambiental
DS: Decreto Supremo
ECPO: Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios
EIA: Estudio de Impacto Ambiental
LBGMA: Ley N°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente
LGPA: Ley N° 18.892 General de Pesca y Acuicultura
MAB: Programa sobre el Hombre y la Biósfera
ODS: Objetivos de Desarrollo Sostenible
ONU: Organización de Las Naciones Unidas
RCA: Resolución de Calificación Ambiental
SBAP: Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas
SEA: Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SERNAPESCA: Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura
SMA: Superintendencia del Medio Ambiente
SNASPE: Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado
SUBPESCA: Subsecretaría de Pesca y Acuicultura
TC: Tribunal Constitucional
WWF: World Wilfire Fund

RESUMEN

La Constitución Chilena, como norma fundamental al que se deben adecuar todas las leyes de nuestro ordenamiento jurídico, y compromisos internacionales que el Estado Chileno ha asumido, ordenan el deber de tutelar la preservación del medio ambiente, entendiendo preservación como dejar espacios intactos a la intervención del hombre. Este deber se ha materializado principalmente mediante declarar lugares como áreas protegidas, donde – de acuerdo a la Convención de Washington que Chile ratificó en 1967 - no pueden explotarse económicamente sus riquezas. Sin embargo, la Ley Chilena y jurisprudencia nacional, han permitido la realización de proyectos de inversión que generan fuertes impactos ambientales en áreas protegidas, tales como centros de cultivos de salmones, donde destaca el caso de empresa salmonera noruega Nova Austral. Entonces cabe hacerse la pregunta ¿Hay verdaderamente espacio para la preservación ambiental en el ordenamiento jurídico chileno?

ABSTRACT

The Chilean Constitution as the main norm to which all laws must conform, and international commitments the Chilean State has adopted, demand the duty to preserve the environment, understanding preservation as leaving spaces intact, without human intervention. This duty is implemented by declaring locations as protected areas, where –according to the Washington Convention to which Chile subscribed in 1967 – there can be no economical exploitation of its resources. However, the Chilean Law and jurisprudence, has allowed the realization of projects that generate strong environmental impacts in protected areas, such as, salmon cultivation centers, where the case of the Norwegian salmon enterprise Nova Austral has gained notoriety. Then it is imperative to ask: Is there space for preservation in the Chilean law and judicial system?

I. INTRODUCCIÓN

Hemos llegado a un punto en la historia en que es ineludible el preservar la naturaleza, nuestra propia supervivencia depende de ello. El punto es y siempre ha sido, cuánto estamos dispuestos a hacer o dejar de hacer para no causarle un impacto irreversible. Más aún si ello implica limitar y regular el alcance de actividades económicas que nos brindan bienes y servicios, también muchas veces necesarios para nuestra supervivencia.

En distintos sentidos, todos usufructuamos de la naturaleza, ya sea para producir alimento, energía, combustible, etc., que nos permiten realizar la vida de la forma que lo hacemos hoy; o bien al hacer turismo, contemplar lugares de belleza paisajística única o conectarnos con lo que la naturaleza nos brinda. Muchas veces estas formas de valorar la naturaleza no son compatibles entre sí, por lo que hemos tenido que recurrir al Estado – único ente con autoridad y poderes suficientes – para que proteja y preserve los recursos naturales, de forma que sean utilizados por el ser humano, para la satisfacción de todas aquellas necesidades o intereses, espirituales, culturales, sociales y económicos.

Para algunos la razón para proteger el entorno es por nuestro propio disfrute y el de las generaciones futuras, vale decir, para poder seguir explotando recursos naturales sin agotar su capacidad de regeneración (mirada antropocéntrica del medio ambiente); mientras que otros consideran que la

naturaleza es un fin en sí misma que vale la pena proteger, con prescindencia de la existencia del ser humano (mirada biocéntrica). Algunos países como Ecuador, Bolivia, Venezuela, incluso han llegado a valorarla en sus Constituciones¹, no solo por la utilidad que nos brinda (antropocentrismo), sino que como un valor en sí misma, independiente del ser humano (biocentrismo). Esto significa que es la “propia naturaleza” la que es titular de derechos, en particular, del derecho a un medio ambiente sano; lo cual permite presentar una acción ante tribunales, independientemente de que no se haya lesionado ningún derecho o interés de una persona en particular.

¹ **Constitución de Ecuador:**

Art. 71: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, **tiene derecho** a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza (...)”.

Art. 72: “La naturaleza tiene derecho a la restauración (...)”

Art. 73: “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico”

Art. 407: “Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las **áreas protegidas** y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular”.

Constitución de Bolivia:

Artículo 135: “La **Acción Popular** procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el **medio ambiente** y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”.

Artículo 346: “El patrimonio natural es de **interés público** y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país. Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población será responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no comprometerá la soberanía sobre los recursos naturales. La ley establecerá los principios y disposiciones para su gestión”.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Artículo 127: “Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley”.

Pensemos un lugar remoto, de los más prístinos (inalterado, en su estado puro) del mundo, con biodiversidad única (aguas, especies y paisajes), en donde se quiere realizar una actividad potencialmente contaminante o dañina al ecosistema y su biodiversidad, sin embargo no vive nadie cerca, ni hay competencia o alguien más disputando explotar económicamente el lugar, obtener una concesión, desarrollar un proyecto de inversión o intervenir de alguna manera allí ¿Podría alguien interponer un recurso judicial que permita proteger esa área y frenar esa actividad, a pesar que no haya un derecho o interés de una persona concreta que se vea afectada, y que no podamos medir con total certeza cuál será el impacto que generará el proyecto?

Una fórmula que han encontrado los países para **preservar** la naturaleza, esto es, mantener inalterado los ecosistemas de ciertos lugares de belleza o valor particular, ha sido a través de las llamadas **áreas protegidas**, las que se dividen en distintas categorías – entre ellas las Reservas de Regiones Vírgenes, Parques Nacionales, Monumentos Nacionales y Reservas Nacionales - cada una con objetivos de protección y limitaciones distintas respecto de las actividades que se permiten desarrollar en ellas. Si bien la preocupación por el medio ambiente es relativamente reciente en el mundo del derecho y en las políticas públicas de los Estados, las áreas protegidas fueron de las primeras medidas que se implementaron, precisamente con el objetivo de mantener ciertos lugares ajenas a la intervención del hombre, ello incluso

mucho antes de la existencia de un derecho a un medio ambiente sano propiamente tal. Estas áreas protegidas, tienen como objetivo el preservar o bien conservar el medio ambiente. La diferencia está en que mientras la **preservación** excluye toda explotación de los recursos naturales en el lugar (parques nacionales), la **conservación** del patrimonio ambiental admite un uso y aprovechamiento racional de los mismos (reservas nacionales, reserva de biósfera)².

La ecuación medio ambiente-crecimiento económico, ha tenido una lenta y dispar evolución, buscándose diversas respuestas para conciliar ambos valores, como destinar ciertos lugares a la preservación y conservación, y también el velar por un desarrollo sostenible. En un comienzo, con el surgimiento de los Estados Modernos, entre ellos la República de Chile en el año 1818, se tuvo como difícil misión el consolidar una nación heterogénea en torno a objetivos que se estimaban comunes (en donde los valores de la ilustración, racionalismo y antropocentrismo tuvieron protagonismo), construir una identidad nacional, afianzar el orden interno e intentar salir de la extrema pobreza/miseria; no figurando la protección de la naturaleza dentro de la lista de prioridades. La expansión del mercado, el avance de la ciencia, fue incrementando el bienestar en sectores sociales históricamente excluidos, y a

² BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): Fundamentos de Derecho Ambiental. (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición). pp. 358.

ritmos nunca antes vistos. Sin embargo, a medida que aumentó nuestra calidad de vida, también lo hizo nuestra capacidad destructiva, lo cual se ha hecho cada vez más evidente.

Ya desde la Biblia – traída por los conquistadores españoles que vinieron a “evangelizar” Chile y buscar oro u otras formas de explotar recursos naturales- hemos concebido una relación con la naturaleza como de *dominación*, o algo que está al servicio del hombre³. Esta visión, presente en las leyes republicanas que comenzaron a ser dictadas, no responde sin embargo a las particularidades culturales de los pueblos originarios que habitan este territorio, para quienes no existe esta separación y superioridad entre el ser humano y la naturaleza, sino una íntima conexión, representando para ellos la tierra y el medio ambiente, no meramente una fuente económica y de subsistencia, sino que también de su desarrollo cultural y espiritual.

¿Puedo talar bosques, botar desechos, matar animales que son de mi propiedad? La concepción Romana del dominio que adoptó el Código Civil Chileno en 1855, en donde el dueño de una cosa está legitimado para usarla, gozarla e incluso disponerla o destruirla a su arbitrio, comenzó paulatinamente a ser cuestionada, planteándonos si el derecho de propiedad y el mercado

³ **Génesis** (26-30):

- 26: Entonces dijo Dios: "Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza, y **tenga dominio** sobre los peces del mar, las aves del cielo, el ganado, y en toda la tierra, y sobre todo animal que se desplaza sobre la tierra."

- 27: Creó, pues, **Dios al hombre a su imagen**; a imagen de Dios lo Creó; hombre y mujer los Creó.

- 28: Dios los bendijo y les dijo: "Sed fecundos y multiplicaos. **Llenad la tierra; sojuzgadla y tened dominio sobre los peces del mar, las aves del cielo y todos los animales que se desplazan sobre la tierra.**"

- 29: Dios dijo Además: "He Aquí que os he dado toda planta que da semilla que está sobre la superficie de toda la tierra, y todo árbol cuyo fruto lleva semilla; ellos os servirán de alimento.

- 30: Y a todo animal de la tierra, a toda ave del cielo, y a todo animal que se desplaza sobre la tierra, en que hay vida, toda planta **les servirá de alimento.**"

tenían límites. Nos empezamos a preguntar si habían elementos o actividades, como aquellas en donde se interviene o impacta el medio ambiente, en donde no se podía seguir la misma lógica o régimen jurídico existente, y se requería una mayor intervención por parte del Estado.

De esta manera, poco a poco decretos y leyes empezaron a incluir la variable ambiental y conservacionista, siendo la primera gran preocupación - ya para el año 1859- la necesidad de regular la tala indiscriminada de bosques, lo cual si bien significó un avance, no vino aparejada de una adecuada fiscalización (vicio que se repetiría a lo largo de nuestra historia legislativa en lo ambiental). Varias décadas más tarde, en 1907, se creó la primera área protegida efectiva en Chile, la Reserva Forestal Malleco⁴.

El ser humano moderno y racionalista, para quien lo único que importa es lo que tiene utilidad, lo productivo, que cumple una función o sirve para algo; comienza a ser cuestionado por el movimiento romántico del siglo XIX⁵, el cual da lugar al ambientalismo. Se dan cuenta que el deterioro ambiental crece a un ritmo desproporcionadamente más rápido que la economía y desarrollo, e inspiran idea de preservar tierras. Influidos por este movimiento, naturalistas como Claudio Gay y Federico Albert fueron los principales impulsores de la conservación de los recursos naturales en Chile. Es así como nace la Ley de

⁴ BASIC, Zlowenka y ARRIAGADA, Rodrigo (2012): Conservación de la biodiversidad y áreas protegidas en Chile. (Revista Agronomía y Forestal N°46 2012).

⁵ Surge con fuerza la visión de que el ser humano es pequeño frente a la naturaleza y que no todo puede ser comprendido a través de la razón, destacándose grandes personajes como Ralf Waldo Emerson, Henry David Thoreau y John Muir, llegando este último a convencer a Theodoro Roosevelt - Presidente Estados Unidos - de la idea de preservar tierras, creándose el Parque Yosemite en el año 1890.

Bosques, Decreto Supremo N° 4.363 de 1931, la cual si bien establece (por primera vez) distintas unidades de protección, como Parques Nacionales de Turismo o Reservas Forestales, les asigna a todas el mismo objetivo⁶.

Es bajo esta lógica o tendencia preservacionista, es que en 1940 fue concebida la Convención para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas de América, más conocida como **Convención de Washington**, a la cual Chile adhiere en 1967, dictando el Decreto Supremo N°531 que la recoge, expresamente consagra cuatro categorías de protección: Parque Nacional, Reserva Nacional, Monumento Natural y Reserva de Región Virgen; y **prohíbe expresamente la explotación de las riquezas existentes en ellas para fines comerciales**.

Luego de ella, vinieron una serie de instancias y acuerdo internacionales – entre ellas, la Conferencia de Estocolmo de 1972, Cumbre de Río de Janeiro 1992, Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992, Acuerdo de París sobre Cambio Climático de 2015, Agenda 2030 (2015) que establece 17 Objetivos Desarrollo Sostenible (ODS)⁷– en donde los Estados de todas partes del mundo, intentaron buscar vías de solución a la cuestión ambiental, comprometiéndose a adoptar medidas. ¿Podemos crecer infinitamente en un mundo con recursos finitos? se preguntan, surgiendo el concepto de

⁶ Art. 10 Ley de Bosques: “Con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y parques nacionales de turismo”

⁷ Chile ha ratificado 93 tratados/protocolos y enmiendas en materia ambiental, los que no han tenido consecuencias directas en la protección del medio ambiente. Sin embargo, a pesar de todos estos avances y esfuerzos, no podemos decir que el planeta esté en un mejor estado que antes. Correspondiendo algunos a compromisos que se cumplirán en la medida de lo posible (como el Acuerdo de París), que no han reforzado de manera significativa la tutela del medio ambiente. Asimismo, al ritmo que vamos, es muy poco probable que cumplamos los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) establecidos en la Agenda 2030.

“desarrollo sostenible”⁸, que busca conciliar la variable económica con la ambiental, bajo la lógica que para llegar a objetivos ambientales es necesario pasar por la economía, y que mientras no haya desarrollo económico en los pueblos del planeta, no será posible abordar la variable ambiental. El Informe titulado “Nuestro futuro común” publicado por la Comisión Brundland en 1987, define el desarrollo sostenible como la capacidad de *“satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender a sus propias necesidades”*. Toma fuerza la idea ya no solo de preservar y dejar intacto ciertos lugares, sino de utilizar ellos -incluso económicamente- sin romper los equilibrios y su capacidad de regeneración.

Estados empezaron a asumir el deber de tutelar la preservación de la naturaleza y la diversidad biológica, tanto en sus Constituciones como en tratados internacionales; pudiendo para ello incluso limitar otros derechos constitucionales como el derecho a realizar una actividad económica o el derecho de propiedad. La Constitución de 1980 consagra por primera vez en la historia de Chile, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Comenzó a ser exigible al Estado, incluso por vía judicial, a través del recurso de protección, el que éste deba intervenir y adoptar medidas concretas para proteger el medio ambiente. No obstante, no se dictaría una ley destinada a implementar y darle contenido a este derecho constitucional, sino hasta 14 años más tarde. De hecho, recién desde el año 1994 - con la dictación

⁸ Primero con el Informe del Club de Roma “Los Límites del Crecimiento” de 1972, luego con el informe “Nuestro Futuro Común” de 1987 de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Comisión Brundland.

de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente - podemos hablar que tenemos una legislación ambiental propiamente tal, y desde el año 2010, con la Ley N° 20.417, se crea nuestra institucionalidad ambiental como la conocemos - el Ministerio del Medio Ambiente, Servicio de Evaluación Ambiental y Superintendencia del Medio Ambiente - terminando de implementarse los Tribunales Ambientales el año 2017, luego de la dictación de la Ley N° 20.600 del año 2012.

En consecuencia, y aunque no se expresó inmediatamente en nuestra legislación, siempre ha habido una tensión entre dos bienes u objetivos que buscan garantizar los Estados: el *desarrollo de actividades económicas* y la *protección del medio ambiente*; ambos consagrados como derechos fundamentales en nuestra Constitución. Ahora bien, esta colisión de objetivos se torna más compleja aún (y verdaderamente incompatible), cuando tenemos una actividad económica o proyecto que busca explotar recursos naturales en un área protegida, que a su vez busca asegurar la preservación del lugar. Surge una misma pregunta con dos caras distintas: ¿Podemos desarrollar actividades económicas – tales como minería, una hidroeléctrica, salmonera, etc - en estos lugares cuyo objetivo declarado es la preservación? o ¿Puede evitarse que se explote económicamente un área destinada a la preservación, aunque no se sepan con exactitud los impactos que ella generará?

En la actualidad hemos alcanzado un bienestar material nunca antes visto, sin embargo las consecuencias que ha tenido la actividad humana y el crecimiento económico basado en la sobreexplotación de recursos naturales, sobre el medio ambiente y la biodiversidad, se ha hecho evidentes, innegables y muchas veces irreversibles. Ello ha llegado a tal punto que la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha advertido en Informe denominado GEO o “Perspectivas del Medio Ambiente Mundial”, que si no hacemos ahora un cambio drástico en el curso en que estamos - de acuerdo a proyecciones actuales de crecimiento de la población, urbanización, desarrollo económico y creciente demanda de recursos naturales, alimentos, agua, energía, etc - podrían haber consecuencias irreversibles que hagan insostenible la vida hacia el 2050. Asimismo describe relación entre el modelo de desarrollo que hemos seguido y los efectos en el medio ambiente que ella ha tenido⁹.

Dentro de este escenario global, se prevé que Chile va a ser de los países más afectados con la crisis climática. Según cifras del Ministerio del Medio Ambiente, actualmente el 74% de las plantas y un 63% de los animales evaluados en Chile están amenazados de extinción. Asimismo, la Región del

⁹ “El desarrollo económico ha sacado a miles de millones de personas de la pobreza y ha mejorado el acceso a la salud y la educación en la mayoría de las regiones del mundo (bien establecido). No obstante, el modelo económico “crecer primero y limpiar después”, utilizado en algunas regiones, no ha tenido en cuenta el cambio climático, la contaminación ni la degradación de los sistemas naturales. Además, ese enfoque ha contribuido a aumentar la desigualdad tanto dentro de los países como entre ellos y, a la larga, resultará más costoso. No será capaz de mantener de forma sostenible, en 2050, a 10.000 millones de personas sanas, satisfechas y productivas a no ser que se produzcan cambios profundos y urgentes en las modalidades de consumo y producción. (...) En términos generales, el mundo no logrará la dimensión ambiental de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible ni las metas ambientales convenidas internacionalmente para 2050. Ahora es necesario adoptar medidas urgentes para invertir esas tendencias y restaurar la salud ambiental y humana en el planeta. (...) Las políticas vigentes han resultado insuficientes para hacer frente a los casos no resueltos de problemas ambientales, y las lagunas en materia de políticas siguen presentes en las áreas del programa que hacen referencia al control de la contaminación, la mejora de la eficiencia y la planificación del medio ambiente. Además de políticas más ambiciosas y mejor diseñadas, es necesario adoptar medidas urgentes, ya que el agotamiento de los recursos y el aumento de las emisiones tienen consecuencias parcialmente irreversibles sobre los ecosistemas, la salud humana y los costos económicos”.

Maule ha exhibido una pérdida de alrededor del 50% de los bosques nativos entre 1986 y 2011¹⁰. Vivimos una crisis hídrica sin precedentes, donde en los últimos 30 años la disponibilidad del recurso hídrico en Chile se ha reducido hasta en un 37%, según balance que realiza la Dirección General de Aguas¹¹.

A pesar de este alarmante contexto, el presupuesto del año 2019 para las 104 unidades de áreas protegidas que componen el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, en adelante SNASPE, presentó una disminución de un 12% respecto del año anterior¹². Este año, en que se celebrará la COP 25, parece haber consenso en cuanto a la necesidad de darle una prioridad mayor al tema medioambiental¹³. Sin embargo, ya viviendo en lo que científicos llaman el Antropoceno, era geológica determinada por el carácter decisivo de la actividad humana sobre la configuración de la biosfera, subsiste la pregunta de ¿Qué grado de urgencia o prioridad le dan nuestras autoridades, dentro de la variedad de necesidades que deben satisfacer y derechos que deben garantizar? Si bien, en el último tiempo hemos asistido a cumbres internacionales, suscrito tratados internacionales, dictado normativa

¹⁰ EL MOSTRADOR (29/05/2019): La débil legislación ambiental y su responsabilidad en la pérdida irreversible de biodiversidad en Chile. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2019/05/29/la-debil-legislacion-ambiental-y-su-responsabilidad-en-la-perdida-irreversible-de-biodiversidad-en-chile/>

¹¹ EL DÍNAMO (23/02/2019): Dramático: Chile ha perdido hasta un 37% de sus recursos hídricos en 30 años. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/ambiente/2019/02/23/dramatico-chile-ha-perdido-hasta-un-37-de-sus-recursos-hidricos-en-30-anos/>

¹² EL MOSTRADOR (10/11/2018): Malas noticias para el medio ambiente: presupuesto 2019 para proteger áreas protegidas disminuye en 13%. Disponible en: <https://m.elmostrador.cl/dia/2018/11/10/malas-noticias-para-el-medio-ambiente-presupuesto-2019-para-areas-protegidas-disminuye-en-13/>

¹³ *“Debemos incorporar el cuidado de los océanos. los océanos capturan el 50% de los gases de efecto invernadero, y además, capturan el 90% del aumento de la temperatura que generamos nosotros los seres humanos; y sin embargo, están gravemente afectados. El propio Informe Unidos por la Ciencia muestra como el grado de acidificación y desoxigenación que está afectando nuestros océanos, está matando la vida marina. Por eso la COP en Chile va a ser la COP azul (...) debemos dejar de lado esta falsa dicotomía entre crecimiento económico y protección del medio ambiente. El desarrollo o es sustentable, o no va a ser desarrollo, porque no compiten estos conceptos sino que se complementan”* – Discurso Presidente Sebastián Piñera en la Asamblea de las Naciones Unidas, fecha 24 de septiembre de 2019.

interna para regular el tema, y hemos problematizado en la necesidad que el Estado asegure una conservación ambiental efectiva, ¿Hay verdaderamente voluntad política para limitar aquellas actividades económicas que más dividendos económicos le brindan a Chile, como la Minería, la acuicultura o la industria forestal?

Poco después de la Constitución de 1980, se dictaron el Código de Aguas de 1981, Código Minero de 1983, Ley Eléctrica de 1985, Ley de General de Pesca y Acuicultura de 1989, y antes el Decreto Ley N° 701 de 1974 sobre fomento forestal; los que lejos de tener una vocación ambientalista, buscaban impulsar la actividad económica, y en segundo término, asegurar una conservación que permita seguir explotando el recurso, pero cuya muchas de sus normas o lógicas, en la práctica, incluso van en desmedro de la conservación del medio ambiente.

Entonces volvamos al ejemplo que ponía del idílico lugar de los más prístinos del mundo, para volver a preguntarnos si hay algún recurso o figura jurídica que permita protegerlo de actividades potencialmente dañinas. Lugares como ese, afortunadamente no solo existen en nuestro imaginario, y aún pueden ser encontrados en rincones de nuestro planeta, como es el caso de la **Reserva de la Biósfera Cabo de Hornos**, declarada como tal por la UNESCO, la cual efectivamente es una de las áreas silvestres más prístinas del mundo, presenta casi nula intervención antrópica, los bosques más australes del

planeta, diversidad de especies y ecosistemas, siendo refugio natural para especies que se encuentran amenazadas. Asimismo, es el territorio más austral del planeta con población precolombina representada por el **pueblo Yagán o Kaweshkar**, encontrándose más de 411 sitios arqueológicos, una de las concentraciones más altas de sitios arqueológicos en el mundo. Además, las actividades que operan en este sector se ven beneficiadas por la *Ley Navarino*, N°18.392, publicada en Diario Oficial del 14 de enero de 1985, que establece, por un período de 50 años, una serie de franquicias tributarias y aduaneras a favor de los contribuyentes radicadas en el territorio de la XII Región de Magallanes y Antártica Chilena¹⁴.

Estas características, además de las bajas temperaturas de sus aguas, han hecho de ésta, una zona ideal para desarrollar proyectos de salmonicultura, la que se ha transformado en la segunda mayor industria exportadora del país, después de la minería. Sin embargo, en informe final de auditoría efectuada por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, se constata que para el año 2012 el 75% de los centros de cultivo que operaban en la región de Magallanes reportaron la generación de **condiciones anaeróbicas** en el agua¹⁵, vale decir, una reducción de niveles de oxígeno, la cual provoca asfixia y muerte de la mayoría de los organismos marinos. Ello, sumado a distintas bacterias que

¹⁴ Las empresas beneficiadas con esta ley quedan exentas de pagar impuestos si venden o trasladan productos a las regiones más nortinas del país y al extranjero. Además, el Gobierno bonifica en un 20% el valor de los bienes producidos por ellos o el valor de los servicios prestados.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Punta Arenas (2019), rol 369-2019, Asun con Pesquera Cabo Pilar S.A. Asimismo, EL DESCONCIERTO (26/03/2019): Salmonicultura se instala en las vírgenes aguas de la Reserva de Biósfera Cabo de Hornos. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/03/26/salmonicultura-se-instala-en-las-virgenes-aguas-de-la-reserva-de-la-biosfera-cabo-de-hornos/>, señala que "auditoría realizada por la Contraloría de la República a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura evidenció que, entre 2013 y 2015, el 53% de los centros que operaban en la región de Magallanes reportaron la generación de condiciones anaeróbicas en el agua".

atacaron la producción de salmones, han provocado que la salmonicultura Chilena ocupe grandes cantidades de antibacterianos. En el período 2007-2010 se llegó a la más grave crisis vivida por el sector¹⁶, a causa del Virus ISA, lo que obligó a que una industria tradicionalmente reticente a la intervención estatal, terminara acogiendo un cambio en su legislación, con una mayor regulación y fiscalización a la actividad. Si bien la salmonicultura chilena ha disminuido en 24% el uso de antimicrobianos, aun con esta reducción este uso es todavía aproximadamente 700 veces mayor que la utilización de estas drogas en Noruega, en la misma industria¹⁷.

Una de las empresas que busca instalarse en la **Reserva de la Biósfera Cabo de Hornos**, es Nova Austral S.A., de capitales Noruegos, quienes llegaron a adquirir cuatro concesiones para la salmonicultura en el canal del Beagle, bordeando la Isla Navarino, cada una de ellas con un área asignada de 3,36 hectáreas. Esta empresa precisamente ha basado su imagen en tener salmones libres de antibióticos, producto de *“las condiciones propias de la Región de Magallanes, como la baja temperatura de sus aguas, más tecnología de punta, [que] hacen que sus salmones no se enfermen”*¹⁸. Es así, como Nova Austral S.A. se posicionó como una empresa “green”, sustentable y amigable con el medio ambiente, constituyendo parte de los “valores fundamentales” que

¹⁶ Dicho período incluso contó con un reportaje del New York Times denunciando la cantidad de antibióticos que utilizaba la industria salmonera en Chile, lo que llevó a que el embajador en Estados Unidos, Mariano Fernández, contestara defendiendo a la industria a través de una carta. EL MOSTRADOR (7/04/2008): Un negocio demasiado bueno para ser real. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2008/04/07/un-negocio-demasiado-bueno-para-ser-real/>

¹⁷ EL MOSTRADOR (3/09/2019): Salmones y antimicrobianos: sinergia entre el periodismo de investigación y la ciencia. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/09/03/salmones-y-antimicrobianos-sinergia-entre-el-periodismo-de-investigacion-y-la-ciencia/>

¹⁸ Sitio web Nova Austral: <http://nova-austral.cl/es/> Fecha de consulta: 28 de Septiembre de 2019.

la empresa da en sus credenciales, el producir *“la única fuente de salmón sustentable cultivado en las aguas prístinas y heladas de la Antártica, en un entorno único y aislado, para entregar una nueva marca de productos premium de alta calidad”*. Bajo esta imagen, obtuvieron certificación del Aquaculture Stewardship Council (ASC) otorgada por la World Wildlife Fund (WWF), la fundación internacional de protección de la naturaleza, y su Salmón Sixty South (marca comercial del producto de Nova Austral) fue calificado como “buena alternativa” por el programa SeafoodWatch del Monterey Bay Aquarium, existiendo actualmente solo siete empresas en el mundo que logran esta calificación. Cabe señalar, que los indicadores de mortalidad son requisitos indispensables para demostrar cumplimientos del estándar ASC (Aquaculture Stewardship Council), la certificación que, sumada a la ausencia de antibióticos, les permite vender más caro que la competencia en los mercados estadounidense y europeo¹⁹.

Sin embargo no es primera vez que esta empresa ha operado en áreas protegidas, alcanzando notoriedad pública lo ocurrido en los centros de cultivo ubicados en el **Parque Nacional Alberto de Agostini**, luego de reportajes del diario El Mostrador²⁰, que detallan la forma en que la empresa falseaba los índices de mortalidad de los peces, con el objetivo de no ser multados por la autoridad, ni perder las certificaciones de empresa sustentable, con los bonos y

¹⁹ EL MOSTRADOR (27/06/2019): Salmon Leaks: las adulteraciones de salmónera noruega Nova Austral en las prístinas aguas de la Patagonia Chilena. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/06/27/salmon-leaks-las-adulteraciones-de-salmonera-noruega-nova-austral-en-las-pristinas-aguas-de-la-patagonia-chilena/>

²⁰ EL MOSTRADOR (2/08/2019): Salmon Leaks II: Las Manipulaciones y engaños en toda la cadena de producción de salmónera Nova Austral. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/02/salmon-leaks-ii-las-manipulaciones-y-enganos-en-toda-la-cadena-de-produccion-de-salmonera-nova-austral/>

beneficios económicos que ello implica. Asimismo, intentaron instalar proyectos de centros de cultivo de salmones en la recién creada **Reserva Nacional Kaweswqar**²¹, frente a lo cual comunidades indígenas²² interpusieron un recurso de protección, el cual fue acogido por la Tercera Sala de la Corte Suprema, en causa rol 31.594-2018, dejando sin efecto las resoluciones de la autoridad administrativa que autorizaban dos concesiones de acuicultura, debido a que ellas fueron otorgadas con posterioridad a la solicitud de declaración de la zona como Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO), cuyo objetivo es mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero.

En definitiva, si bien suscribimos la Convención de Washington (que prohíbe la explotación de riquezas en áreas protegidas para fines comerciales), y tanto nuestra Constitución y Ley Ambiental hablan de “*preservación*”; en la práctica sí se ha permitido el desarrollo de actividades económicas en áreas protegidas. Ello ha sido especialmente cierto, respecto de las actividades de acuicultura o más comúnmente llamadas “salmoneras”. Por lo que es pertinente hacernos la pregunta de si:

¿Existe realmente espacio para la preservación en el ordenamiento jurídico Chileno?

²¹ Proyecto ingresa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por la vía de Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), en circunstancias que esta área aún no cuenta con Plan de Manejo que señale sus objetivos de conservación ambiental, los que tampoco se encuentren especificados en el decreto de creación de la misma.

²² Comunidad Indígena Atap, Comunidad Indígena Kawesqar Grupos Familiares Nómades del Mar y Comunidad Indígena Residente Río Primero

A lo largo de este trabajo se intentará responder a esta pregunta, enfocándonos principalmente en lo que refiere a las áreas protegidas, como forma de dar cabida a la preservación y conservación ambiental en nuestro derecho. Para ello, como guía utilizaremos el ejemplo de la salmonicultura y el de la empresa Nova Austral. Analizaremos la legislación ambiental en materia de áreas protegidas, partiendo por los principios y derechos consagrados en Tratados internacionales suscritos por Chile en materia ambiental, en particular lo dispuesto en la Convención de Washington, con el fin de luego examinar la Constitución Política de la República de Chile de 1980, la ley ambiental chilena y ver cómo se les da aplicación y/o contenido a ello, con las consecuentes colisiones que se producen entre los distintos derechos, valores, normativas que nuestro ordenamiento jurídico contempla, y de qué forma ellas han sido resueltas por nuestra jurisprudencia. Asimismo, revisaremos el proyecto de ley de Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, sus ventajas y desventajas, para finalmente aplicar nuevamente todos estos conceptos al caso Nova Austral S.A. y dar respuestas y conclusiones a la pregunta planteada. Si bien las áreas protegidas incluyen variedad de categorías, nuestra atención se centrará en las Reservas de la Biósfera declaradas por UNESCO, y las señaladas en la Convención de Washington: Parques Nacionales, Reservas Naturales, Monumentos Nacionales y Reservas Vírgenes Naturales.

II. TRATADOS INTERNACIONALES

Si bien los Estados tienen el deber de adecuar su legislación interna a los compromisos suscritos en los tratados internacionales, encontramos en materia ambiental, y sobretodo en lo relativo a áreas protegidas, abundantes casos en donde la normativa Chilena no se ajusta a dichas obligaciones internacionales.

En efecto, tal como se señaló anteriormente, Chile suscribió la Convención de Washington, cuyo artículo III expresamente prohíbe la explotación de las riquezas existentes en áreas protegidas para fines comerciales. Asimismo, Chile suscribió la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, la cual consagra diversos principios, entre ellos el **principio precautorio**²³, según el cual en casos de peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, la falta de certeza científica absoluta acerca de que se producirá este resultado, no puede ser motivo para no aplicar medidas eficaces que impidan la degradación del medio ambiente. Ello nos lleva a preguntarnos ¿Qué valor o jerarquía tienen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno? ¿pueden ser aplicados por jueces de forma inmediata para decidir casos? ¿Qué sucede en los casos de contradicción entre normas internacionales e internas?

²³ Principio 15: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Si bien Chile ha suscrito numerosos tratados internacionales en materia ambiental, ellos no han sido garantía de mejora del medio ambiente que se intenta proteger. Una vez suscrito un tratado, es imperativo que el Estado adopte medidas concretas destinadas a cumplir con los compromisos asumidos en el plano internacional. Es el Estado en su totalidad (poder ejecutivo, legislativo y judicial) el que asume obligación de ejecutar distintos actos de implementación para traducir estos compromisos internacionales en obligaciones de derecho interno.

El artículo 5 inciso 2 de la Constitución incorpora los tratados internacionales al ordenamiento jurídico chileno, al señalar que *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Sin embargo, nuestra constitución no contempla, como sí lo hacen otras cartas fundamentales, una disposición relativa a la posición o jerarquía que tienen los tratados internacionales frente a otras normas del sistema de fuentes nacionales, para poder determinar qué norma prevalece en caso de contradicciones. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha asimilado los tratados a leyes, y en casos especiales -tratados de derechos humanos o al menos algunos de ellos- a algo por sobre la ley pero infraconstitucionales. Con ocasión del requerimiento formulado a propósito de la Ley 20.657, que modificó la Ley de Pesca, el TC

señaló que los tratados son preceptos legales²⁴. La mayoría de la doctrina plantea que se encontrarían al menos en un plano de igualdad o incluso superioridad con la ley, pero bajo la Constitución²⁵.

En la causa rol 309-2000, relativo al control de constitucionalidad de Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional hace distinción entre **tratados o cláusulas autoejecutables (self-executing)**, que son aquellos que - por su contenido y precisión - pueden aplicarse directamente por un tribunal sin necesidad de otro trámite, actos de implementación legislativos o administrativos; y los **tratados o cláusulas no autoejecutables (non self-executing)**, que son aquellos que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen, y en tal evento, las haga aplicables como fuente de derecho interno²⁶. El juez puede y debe aplicar los preceptos de un tratado internacional para resolver un caso concreto - salvo que se trate de normas no autoejecutables- pronunciándose sobre su sentido y alcance. En caso de contradicción, no puede darle un rango inferior a la ley, es más, ante una colisión entre el derecho internacional y el derecho interno, prima el derecho internacional y ningún Estado puede invocar su derecho interno para incumplir una norma internacional. La consecuencia de

²⁴ Tribunal Constitucional (2013), Roles N° 2387-12 y 2388-12, acumulados.

²⁵ URRUTIA SILVA, Osvaldo (2018). "La Implementación judicial del derecho internacional del medio ambiente", Una Perspectiva Constitucional Del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile: pp. 137.

²⁶ El Tribunal Constitucional (TC), en la Sentencia Rol N° 309 del año 2000, señaló que los artículos 6 y 7 del Convenio 169 (que establecen el derecho a consulta indígena), son normas autoejecutables. Sin embargo, el resto de las disposiciones – que regulan los derechos territoriales y derecho a la autodeterminación (artículo 15)– requieren de una norma que regule su aplicabilidad, cuestión que no ha ocurrido.

ello no será la invalidez del derecho interno, sino la responsabilidad del Estado en el plano internacional²⁷.

Los Convenios internacionales - sobretudo los tratados de derechos humanos - han tenido aplicación directa por las cortes nacionales, como fundamento para decidir un caso concreto. Asimismo, existen casos en que nuestra jurisprudencia ha hecho valer las disposiciones de la Convención de Washington de 1940, prohibiendo o restringiendo la realización de ciertas actividades comerciales en alguna categoría de área protegida, especialmente en Parques Nacionales, aunque estas sentencias no han estado exentas de contradicciones. La jurisprudencia nacional resolvió tempranamente en el ya famoso caso “Laguna Chungará” en 1985 - mucho antes de la Ley N° 19.300- que *“las riquezas existentes en los Parques Nacionales no podrán explotarse con fines comerciales”*, y que *“la existencia de los Convenios Internacionales, (...) Convenios y Acuerdos que requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional”* (considerando 16). Luego fallos posteriores significaron un giro en esta interpretación. Sin embargo, casos más recientes han retornado a la doctrina interpreta armónicamente las leyes chilenas de forma de dar aplicación a la Convención de Washington²⁸. No obstante lo anterior, nuestros tribunales han sido reacios a aplicar directamente los tratados internacionales para decidir

27 El artículo 27 de Convención de Viena señala que *“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”*.

28 Ver fallos casos Palmar Correntoso (2009), Proyecto Catanave (2011) y proyecto HidroAysén (2011), en páginas 43 y 51-57, de este trabajo.

casos concretos, más bien hacen mención a ellos solamente para efectos de interpretar las normas Chilenas.

En definitiva, una de las funciones tradicionales de las Constituciones y tratados internacionales, es consagrar derechos y libertades individuales de la ciudadanía frente al poder del Estado, y espacios en donde éste último se debe abstener de intervenir. Es decir, controlan y limitan el actuar del Estado, protegiendo y dando más libertades individuales a sus ciudadanos. Sin embargo, en el caso del medio ambiente la lógica es distinta, ya que la mayoría de las acciones que causan efectos negativos en la naturaleza, son causados por particulares. En este sentido, más que libertad a los ciudadanos y limitar el poder del Estado, se requiere regular la actividad de los particulares bajo una mayor presencia y fiscalización del Estado. Ahora bien ¿Cuán responsables son los Estados por las consecuencias ambientales causadas por actores privados? El Estado es responsable de implementar los tratados, tomar medidas positivas que aseguren el derecho a un medio ambiente sano, incluso en casos de peligro o amenaza de daño grave al medio ambiente, tal como lo expresa el principio precautorio. El incumplir lo dispuesto por un tratado internacional genera responsabilidad internacional del Estado, el cual puede incluso llegar a ser condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo la responsabilidad del Estado por daño ambiental ha jugado un rol menor en nuestro sistema de protección ambiental, por lo que se han buscado otros mecanismos de cumplimiento internacional, como los non-compliance

procedures, en donde se busca ayudar a los Estados a llegar a una situación de cumplimiento, partiendo de la base que a veces el incumplimiento de una obligación se debe más a falta de capacidad que a la mala fe²⁹. Sin embargo, en el caso de la Convención de Washington donde – posteriormente a haberse suscrito - repetidamente se han dictado leyes y dictado sentencias que expresamente van en contra de sus disposiciones, ¿puede realmente hablarse de buena fe de parte del Estado Chileno?

III. CONVENCIÓN DE WASHINGTON: DECRETO SUPREMO N°531, DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, RATIFICA LA CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, LA FAUNA Y LAS BELLEZAS ESCÉNICAS, NATURALES DE AMÉRICA

La Convención de Washington se redactó en el año 1940, bajo una tendencia mundial preservacionista y de no intervención del medio ambiente, donde el concepto de *desarrollo sustentable* que inspira las convenciones internacionales posteriores y a nuestra ley ambiental, no se había aún consagrado. El artículo III de la Convención de Washington es el más citado por nuestra jurisprudencia y el que más entra en conflicto con otras leyes nacionales, al establecer que “...*los límites de los parques nacionales no serán*

29 URRUTIA SILVA, Osvaldo (2018). “La Implementación judicial del derecho internacional del medio ambiente”, Una Perspectiva Constitucional Del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile: pp. 124-125.

alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales”.

Ahora bien, en su artículo I consagra cuatro unidades de protección diferentes, a saber:

“1.- Se entenderá por PARQUES NACIONALES:

Las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial.

2.- Se entenderá por RESERVAS NACIONALES:

Las regiones establecidas para la conservación y utilización, bajo vigilancia oficial, de las riquezas naturales, en las cuales se dará a la flora y la fauna toda protección que sea compatible con los fines para los que son creadas estas reservas.

3.- Se entenderá por MONUMENTOS NATURALES:

Las regiones, los objetos o las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta.

Los Monumentos Naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región,

un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales.

4.- Se entenderá por *RESERVAS DE REGIONES VIRGENES:*

Una región administrada por los poderes públicos, donde existen condiciones primitivas naturales de flora, fauna, vivienda y comunicaciones con ausencia de caminos para el tráfico de motores y vedada a toda explotación comercial”.

Tal como se desprende de las definiciones anteriores, y los **objetos de protección** que consagran, en cada una de estas unidades se prohíbe toda explotación comercial en ellas, salvo en las **reservas nacionales**, que si bien no la impiden expresamente, de todas maneras otorgan “*toda la protección*” para asegurar sus riquezas naturales, flora y fauna, y cumplir con los objetivos de la Convención.

Ahora bien, lo complejo es que la normativa interna que colisiona con esta convención, fue dictada con posterioridad a ya haber asumido el compromiso internacional de no explotar estas áreas con fines comerciales. Salvo Argentina y Ecuador, ninguno de los países que han ratificado la Convención de Washington prohíben tajantemente la ejecución de proyectos en los parques nacionales, sino que establecen criterios más estrictos para su

desarrollo y dejan en manos de la evaluación ambiental la decisión final de aprobar o rechazar tales actividades, en relación a los impactos que produce sobre el medio ambiente y sus componentes.

Ahora, cabe preguntarse si ¿Es la Convención de Washington una norma autoejecutable o por el contrario requiere de normativa interna que la implemente y desarrolle su contenido?

La Convención de Washington, es recogida por el Decreto Supremo N° 531 de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, es decir, es Ley de la República desde ese entonces. Debe ser cumplida de buena fe y obliga al Estado, no pudiendo este utilizar como argumento para incumplirla, el que leyes chilenas autoricen actividades económicas en áreas protegidas, tal como lo señala la Convención de Viena en su artículo 27. En ocasiones ha sido expresamente citada en sentencias de la Corte Suprema, mientras que en otros casos en que es aplicable, no se ha hecho mención alguna de ella. Sin embargo, parte de nuestra doctrina cree que no sería una norma autoejecutable, ya que las definiciones que establece respecto a las categorías de protección (parques nacionales, reservas naturales, etc), y las prohibiciones que contempla, no contendrían -a su juicio- la precisión necesaria para poder ser aplicadas, sin antes dictar una ley que determine su contenido y alcance, incorpore estas categorías y resuelva las contradicciones existentes con otras

leyes³⁰. No obstante, de la lectura de la Convención se puede observar que ella contiene categorías similares a las que recogen otras leyes chilenas, a pesar que no hayan entrado en vigencia. Si bien están lejos de resolver toda las dudas, vacíos y contradicciones en torno a áreas protegidas, tanto la ley N° 18.362, como el nuevo proyecto de ley que se está tramitando en el Congreso, se basan en las definiciones de la Convención de Washington, sin que pueda sostenerse que no son posibles de aplicar por nuestros jueces. Prueba de ello, es que efectivamente ha sido utilizada por nuestro máximo tribunal para resolver casos concretos. Adicionalmente, el boletín del proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, establece que al no haber entrado en vigencia la Ley N° 18.362, *“las áreas protegidas que componen este Sistema siguen sustentándose legalmente en la Ley de Bosques de 1931, en la Convención de Washington de 1940 y en el D.L. N° 1.939 de 1977, sobre adquisición y administración de bienes del Estado”*.

Otra contradicción que se da entre la presente Convención y nuestra ley, es que ella exige en el citado artículo III, que los límites no sean alterados, ni se enajene **sino por medio de una ley**. En cambio nuestra legislación – en el artículo 21 del Decreto Ley N° 1.939 - permite realizar ello mediante **decreto supremo**, norma inferior y que no pasa en su aprobación por el Congreso Nacional. En el caso HidroAysen, la Corte señala en cuanto a la posibilidad de

30 Ver FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, Natalia Fabiola (). “Actividades Mineras en Parques Nacionales”, Revista de Derecho Ambiental: pp. 169-201

“alterar los límites del área sin que exista una ley para ello como lo dispone la Convención de Washington, cabe precisar que la Constitución Política de la República consagra en su artículo 60 las materias que son objeto de ley, dentro de las cuales no se contemplan los límites de los parques nacionales, de modo que no existe impedimento para que su modificación se haga a través de un instrumento distinto al de una ley”. Vale decir, no se requeriría de una ley para modificar sus límites, a pesar de lo señalado por la Convención de Washington, ya que las áreas protegidas no están dentro de las materias de ley que menciona la Constitución en su artículo 60.

IV. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980

La legislación ambiental, como toda ley, debe adecuarse a lo dispuesto en nuestra carta fundamental, la Constitución de 1980, de la cual derivan principios de inspiración neoliberal, como es el **Principio de Subsidiariedad**, en el que se busca que los privados - en primer término - lleven a cabo la actividad económica y el Estado intervenga únicamente cuando éstos no quieran o no la puedan llevar a cabo. Asimismo, como respuesta a un período anterior de reforma agraria y expropiaciones, se le da una marcada preponderancia al derecho de propiedad (artículo 19 N°24), y al derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N°21), que configuran el

llamado **Orden Público Económico** de la Constitución, junto con otros derechos³¹.

Ahora bien, una de sus principales innovaciones fue que por primera vez en nuestro país, se consagró a nivel constitucional un derecho de carácter ambiental, en su artículo 19 N° 8, que hasta el día de hoy expresa:

“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”.

De esta manera, la Constitución consagra respecto a la naturaleza, un **derecho fundamental**, un **deber de protección** y una **cláusula de restricción de derechos**. Sin embargo, sólo el medio ambiente como derecho, contempla la posibilidad de ser exigido mediante una acción judicial, el recurso de protección. Mientras que el deber que tiene el Estado de proteger y preservar el medio ambiente y la posibilidad de restringir otros derechos con este fin, más bien son mandatos a distintos poderes del Estado, sobretudo al legislador, para que tomen medidas positivas para garantizar el disfrute del derecho; pero no contemplan la posibilidad que los ciudadanos puedan demandar ante tribunales

31 La no discriminación arbitraria en materia económica (artículo 19 N°22); La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (artículo 19 N°23), exceptuados aquellos comunes a todos los hombres y los que pertenecen a la Nación (calles, plazas, avenidas, parques, playas de mar, minas, aguas); La imposición de tributos debe efectuarse en forma igualitaria, evitándose los tributos manifiestamente desproporcionados o injustos (artículo 19 N°23).

de justicia para exigir que ello ocurra. Veamos entonces, con más detalle, este triple aspecto de la garantía constitucional del artículo 19 N°8:

1. Cláusula de restricción de derechos:

Para la protección del medioambiente, la Constitución – artículo 19 N°8 - autoriza que, mediante una ley, se puedan imponer restricciones o limitaciones a otros derechos fundamentales, como la propiedad y actividades económicas. Asimismo, el propio derecho de propiedad – artículo 19 N°24 inciso 2 –reconoce que tiene una *“función social”* que cumplir, una de las cuales es la ***“conservación del patrimonio ambiental”***, para cuyo fin se autoriza al legislador para establecer *“limitaciones y obligaciones”* a su ejercicio. Si bien se permite limitar el derecho de propiedad, ello no puede implicar una privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales (usar, gozar y disponer), cuestión que sólo puede hacerse mediante ley expropiatoria, con el respectivo pago de una indemnización. Es decir, la Constitución contempla un umbral de tolerancia que debe soportar el propietario para cumplir con la función social de conservar el medio ambiente, estableciendo como límite que *“no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”* (artículo 19 N°26), cruzado este, el Estado debe indemnizar.

El principal derecho que se ve limitado para proteger el medio ambiente, es el derecho contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución, el cual permite el desarrollo de cualquier actividad económica, siempre que respete las normas legales que regulan tal actividad, y que la actividad no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. En consecuencia, por ejemplo en el caso de la acuicultura, siendo una actividad económica, se ve resguardada por esta garantía, en cuanto su ejercicio se someta a la Ley General de Pesca y Acuicultura y otras normas complementarias, como la normativa ambiental, las que no obstante podrían entrar en conflicto, debiendo el juez interpretar y ponderar cual prima. Ahora bien, cuando un juez debe determinar que acciones son permitidas por una actividad en particular, por ejemplo en la acuicultura, debe echar mano no sólo a las leyes que la regulan, sino que también a principios, algunos de ellos contenidos en la Constitución y Tratados Internacionales. Es por ello que al decidir casos, no siempre es claro que camino seguir, generándose diferentes respuestas por la jurisprudencia.

2. Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación:

Por primera vez en nuestra legislación, se consagra al medio ambiente como un derecho fundamental. Se entiende por derechos fundamentales a

aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana³², y en general, son aquellos derechos humanos más básicos que debe garantizar toda sociedad democrática en sus Constituciones. Sin embargo, tal como se desprende de su nombre, estos derechos – humanos o fundamentales que emanan de la naturaleza humana - tienen un origen antropocéntrico e individualista, donde lo que se buscaba era proteger al individuo y su libertad frente a la autoridad, asegurando espacios donde el Estado debía abstenerse de intervenir. Ahora bien, esta lógica con que originalmente fueron concebidos los derechos fundamentales, no se ajusta al medio ambiente, en donde si hay peligro de contaminar o dañar el ecosistema de un lugar – por ejemplo la Reserva de la Biósfera Cabo de Hornos - no basta con que el Estado simplemente se abstenga, sino que necesitamos que efectivamente intervenga activamente para asegurar su debida protección. Si bien progresivamente se fue transitando hacia un Estado Social de Bienestar que garantiza derechos económicos, sociales y culturales, los cuales requieren de medidas positivas y un papel activo por parte del Estado para su realización (no solo abstenerse de actuar), de igual forma, derechos de raigambre colectiva y de afectación amplia o abstracta - como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y/o derechos de pueblos indígenas sobre su territorio y recursos naturales - tensionan con un sistema de protección de derechos basado en víctimas concretas, individualizadas y determinadas. Ante un proyecto que

³² Artículo 5 inciso 2 de la Constitución: “...El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...”.

pretenda explotar recursos naturales en un determinado lugar, muchísimas personas podrían verse afectadas y en distintos sentidos, algunos porque tienen derechos exclusivos sobre ese lugar (propiedad, concesiones, etc) y otros porque sienten que se afecta su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Ello presenta el desafío de determinar quiénes concretamente tienen *legitimación activa* para exigir en tribunales de justicia el derecho por vía de un recurso de protección.

La Constitución sigue la lógica de controlar y amarrar a los poderes públicos, pero también permite la protección del derecho ante la actividad de sujetos privados, en particular empresas. Si bien este derecho del artículo 19 N°8 está en íntima relación con el derecho a la salud y derecho a la vida, va más allá, incluyendo otros bienes de relevancia medioambiental, como la preservación y conservación del patrimonio natural y cultural, las bellezas paisajísticas y recursos naturales³³. De esta manera, no sólo tutela la contaminación sino otras hipótesis de agotamiento de recursos naturales³⁴.

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se encuentra dentro del listado de derechos recurribles por medio del **recurso de protección**, consagrado en el artículo 20 de la Constitución, el cual pretende ser una acción rápida y eficaz para restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a una privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de un derecho afectado por un acto arbitrario o ilegal.

³³ Corte Suprema, rol 3929-2013, sentencia de fecha 18 de junio de 2013.

³⁴ Bermúdez Soto, Jorge. "Fundamentos de Derecho Ambiental", Segunda Edición, ., pág.347

Todos tenemos derecho a que no se contamine, el bien jurídico protegido – el medio ambiente - tiene una dimensión universal. En casos como el de Nova Austral S.A., y sus proyectos de acuicultura en la Reserva Cabo de Hornos, quizás quien lee este artículo podrá sentir que su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ha visto amenazado. Sin embargo, ¿Quiénes realmente son las personas afectadas que tienen legitimación activa para interponer un recurso de protección en este caso? ¿puede hacerlo alguien que viva a kilómetros de distancia del lugar que se quiere proteger?

La jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien ha sido dispar, ha establecido ciertos criterios respecto a la **legitimación activa** para recurrir de protección, en general, y respecto del artículo 19 N°8 en particular:

i) Las personas titulares de este derecho, son las que se encuentran en el **entorno adyacente** que se quiere proteger³⁵. Esto es, se requiere que puedan percibir las consecuencias nocivas derivadas de la acción contaminante.

ii) La acción de protección **no es una acción popular**³⁶. Es indispensable que quien la utiliza invoque un **interés actual, directo e inmediato**. Esto se traduce en que, para poder deducir el recurso de protección

³⁵ Corte Suprema (2011), Rol 8213-2011, Hugo Gutiérrez Gálvez y Otro contra Comisión Evaluación Ambiental Región de Tarapacá, señala que *“en el caso de autos los actores carecen de legitimación activa para accionar de protección toda vez que ambos se domicilian para estos efectos en la ciudad de Iquique, distante más de cincuenta kilómetros hacia el Sur del lugar en que funcionarían las termoeléctricas, de manera que no son personalmente afectados por las resoluciones impugnadas”*.

³⁶ Caso Rally Dakar. Corte Suprema (2014), Rol 7677-2013, Rendon Escobar Luis Mariano y Otros contra Gabriel Ruiz Tagle, Subsecretario de Deportes, señala: *“El recurso de protección no constituye una acción popular, por lo que debe demostrarse por quien lo impetra interés jurídico en su resultado (...) Los recurrentes han invocado como derecho constitucional tutelado el consagrado en el N°8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, sin que hayan demostrado un interés directo e inmediato en la protección de la garantía que invocan, razón por la cual carecen de legitimación activa para interponer este recurso de protección”*.

invocando el derecho del artículo 19 N°8, se exija que el recurrente tenga una afectación concreta en su derecho al momento de interponer el recurso, y a diferencia de otros derechos, pueda rechazarse su procedencia en casos de amenaza. Ello implica que por esta vía, que pretende ser una acción rápida y eficaz, frente a casos de privación, perturbación y *también de amenaza* de un derecho, la justicia actúe una vez producido el daño, lo cual va en contra de principios ambientales, tales como el principio precautorio y preventivo, que exigen que se actúe antes de producido este. En todos los otros derechos recurribles de protección se aceptan hipótesis de amenaza, mientras se trate de una **amenaza seria, directa y actual** al derecho de aquel que pide protección o a cuyo favor se solicita.

iv) Debe realizarse una **individualización de los afectados**³⁷, vale decir, expresarse en forma precisa y determinada a nombre de quien y quienes se recurre. Es necesario que *“la persona titular sea cierta o probable en el momento de hacerse efectiva la amenaza”*. Se ha fallado que las **personas jurídicas** (empresas, Organizaciones No Gubernamentales, etc), no pueden por su propia naturaleza verse afectadas en su vida o ser víctima de alguna forma de contaminación que no incida directamente en el giro, proceso productivo o patrimonio, competencias o funciones. Aunque también encontramos casos en que la jurisprudencia se ha inclinado por reconocer que se trata de un derecho

³⁷ En cuanto a la individualización de contra quienes se recurre y que habrían vulnerado el derecho, si bien se requiere individualizar también, han habido casos en donde se ha dado aplicación al **principio preventivo**, y la Corte establece que probada la contaminación, a pesar de desconocer su origen o la empresa contaminante, acoge el recurso y ordena que las instancias fiscalizadoras supervisen y determinen el origen de dicha contaminación para aplicar las medidas correspondientes.

individual pero a la vez colectivo, reconociendo con ello la legitimación activa de organizaciones y personas jurídicas para interponer el recurso de protección.

v) La acción de protección **no es la vía idónea para dejar sin efecto resoluciones ambientales**, existiendo para tal efecto una institucionalidad específica, los Tribunales Ambientales. Una vez que estos tribunales se implementaron con la Ley N° 20.600 del año 2012, las causas contra resoluciones dictadas por la autoridad en materia ambiental – como lo son las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) que dan el permiso necesario a un proyecto de inversión para operar luego de evaluarse sus impactos - comenzaron a ser revisadas por estos tribunales especiales, resolviendo la Corte que ella era la vía idónea para revisar estas causas, y ya no el recurso de protección, que tiene naturaleza de acción rápida y de emergencia. Asimismo, la Corte muchas veces ha utilizado un **criterio de deferencia**, en cuanto a no cuestionar las decisiones de la autoridad, bajo la lógica que aquella es la que mejor sabe y ha estudiado las condiciones técnicas para dictar las resoluciones que se cuestionan³⁸. En este sentido, frente a un recurso de protección deducido contra una resolución dictada de forma arbitraria e ilegal, la Corte

³⁸ URRUTIA SILVA, Osvaldo (2013): “Jurisprudencia Nacional, Nuevos Tribunales Ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso: pp. 503. Da cuenta de tres momentos en cuanto al criterio de deferencia de la Corte Suprema: “i) durante mucho tiempo, sostuvo que la decisión de contenido técnico es de competencia exclusiva de la administración; ii) luego, se sostuvo que si bien la decisión es de contenido técnico la Corte puede revisar los presupuestos procedimentales de la decisión estatal, realizando un control intenso de la discrecionalidad administrativa; y iii) algunos fallos parecen confirmar que la Corte puede adoptar decisiones de contenido más técnico, más allá de declarar la nulidad del acto de que se trate. Para Cordero Vega, en este último caso se está sustituyendo a la Administración en la solución, a pretexto de interpretación de una cláusula legal (...). No es posible reemplazar la decisión discrecional administrativa, salvo controlarla ahí donde lo permiten las herramientas propias del derecho administrativo, no significa avanzar hacia el temido “gobierno de los jueces”.

podría estimar que no le compete revisar el mérito o contenido técnico de la misma.

Ello fue precisamente lo que ocurrió en el **caso “Proyecto Catanave”**, en que la Corte Suprema, con fecha 16 de junio de 2011³⁹, rechaza recurso de protección interpuesto por la Municipalidad de Putre en contra de la resolución de calificación ambiental (RCA) que autorizó el proyecto de Exploración Minera Catanave de la empresa Southern Copper Corporation, dentro de la Reserva Nacional Las Vicuñas, área catalogada como Reserva de la Biósfera bajo la Convención sobre la Protección del patrimonio mundial y natural de la UNESCO. El argumento de la Corte fue precisamente que bastaba que existiera una evaluación de los impactos ambientales para autorizar el proyecto minero en un área protegida, y que *“la revisión de los aspectos técnicos de una evaluación ambiental corresponde primordialmente a la autoridad administrativa”* (considerando 11º), sin referirse en ningún momento a la Convención de Washington.

En definitiva, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido dispar, se desprende que para recurrir de protección frente a una actividad económica que amenace dañar seriamente un área, es necesario que se me haya afectado directamente un derecho o interés sobre el lugar, el cual tengo actualmente y no a futuro, ya sea porque habito cercano a esta área (en entorno adyacente a ella), o porque ejerzo una actividad económica (como el

³⁹ Corte Suprema (2011), Rol 2262-2011, Municipalidad de Putre con COREMA.

turismo), tengo una concesión, un proyecto de inversión allí, u otro interés económico sobre el lugar. Adicionalmente, si recurro contra la resolución o decisión técnica de la autoridad que autoriza un proyecto o actividad que me afecta, podrían decirme que el recurso se rechaza ya que la vía idónea son los Tribunales Ambientales. En definitiva, si soy un inversionista en el lugar, no tendré problemas para utilizar el recurso de protección que afecte mis derechos adquiridos para desarrollar mi actividad, ya que podré invocar conjuntamente mi derecho a desarrollar una actividad económica (artículo 19 N°21) y derecho de propiedad (artículo 19 N°24), a los que se brinda una protección mayor. Sin embargo, si soy una persona – más aun una persona jurídica, ONG, etc- que simplemente quiere que se haga efectivo el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, no tendré la misma certeza acerca de cómo decidirán los ministros de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema.

3. Deber de Protección:

El Estado tiene un doble deber en materia ambiental: velar porque este derecho no sea afectado, y tutelar la preservación de la naturaleza. Para ello, debe –ex ante – generar condiciones para que no se vea afectado, lo cual implica crear institucionalidad y dictar normativas para evitar su vulneración. Ello, conlleva la consagración del **principio preventivo**, el cual ha sido definido por la Corte Internacional de Justicia como “*el deber de diligencia que tiene*

cada Estado sobre su territorio, el cual se operacionaliza a través de la evaluación de impacto ambiental”. En aplicación a ello, en 1994 – 14 años luego de dictada la Constitución del 80 – se dicta la Ley N° 19.300, que establece el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), al cual se deben someter los proyectos de inversión susceptibles de causar un impacto al medio ambiente, para ser evaluados sus impactos antes de que operen; y que cuenten con medidas para mitigar, compensar o reparar dichos impactos.

Asimismo, el Constituyente expresamente genera al Estado el deber de **preservar** la naturaleza, lo cual se ha llevado a cabo principalmente implementando **áreas protegidas**. Si bien es claro, que al redactarse este deber se tuvo en vista la tradición preservacionista de establecer ciertos espacios intactos a la actividad del hombre, no entrega una definición de lo que entiende por preservación, a diferencia de otras Constituciones, lo cual ha llevado a confusiones.

V. LEGISLACIÓN AMBIENTAL CHILENA

El Estado ha asumido, a nivel Constitucional e internacional, la obligación de tutelar la preservación de la naturaleza y dictar leyes que aseguren su protección, incluso limitando para ello actividades económicas potencialmente nocivas o dañinas al medio ambiente. De esta manera, el Estado empieza a

intervenir y asumir un papel más activo en la dirección de los procesos sociales y económicos, regulando y controlando la actividad de sujetos privados, en particular de empresas. El legislador se ve en la tarea de determinar jurídicamente las condiciones apropiadas del medio ambiente y regular su uso social, de forma que se cumplan las diferentes expectativas e intereses presentes. Toda ley se tiene que adecuar a lo dispuesto en el texto Constitucional. Sin embargo, la Constitución por un lado da una marcada preeminencia al orden público económico que consagra, lo cual incentiva, otorga libertad y certeza a las actividades económicas; y por otro lado, tiene el deber de velar que estas actividades no dañen el medio ambiente, limitándolas y regulando su actuar. Como veremos, es usual que la debida protección a naturaleza que reconoce la Constitución, se vea impedida por su contradicción con el marco jurídico vigente, y la protección que da a inversores.

Finalmente, la Constitución define las líneas generales y es la ley quien debe luego dotar de contenido este derecho y hacerlo aplicable. En primer lugar, debe definir qué se entiende por “medio ambiente”⁴⁰, “preservación” y otros conceptos utilizados en el artículo 19 N°8. Estas definiciones vinieron 14

40 El Artículo 2 de Ley N° 19.300 (1994) señala: “Para todos los efectos legales, se entenderá por: (...) ll) **Medio Ambiente**: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones; m) **Medio Ambiente Libre de Contaminación**: aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos 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; (...) q) **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”. También el mismo artículo define otros conceptos como: “a) **Biodiversidad o Diversidad Biológica**: la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas; (...) k) **Impacto Ambiental**: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”.

años más tarde, cuando se dicta la Ley N° 19.300 en 1994, la cual empezó a regir el 3 de abril de 1997, cuando se publica el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

1. LEY N° 19.300 LEY DE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE (LBGMA)

La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), es la encargada de regular el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental (art.1 LBGMA), lo cual realiza estableciendo una serie de instrumentos de gestión ambiental, dentro de ellos, el que tiene más aplicación práctica, ha sido el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). La misma ley en el artículo 2 letra j) define el SEIA como *“el procedimiento a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”*. Este procedimiento se implementó, luego de suscrita la Declaración de Río 1992⁴¹, para predecir el impacto que cualquier tipo de medida o actividad (sobretudo actividades económicas) pueda producir en el medio ambiente. No obstante a formar uno de los principio más importantes de la Declaración de Río, la Ley N°

⁴¹ Principio 17: Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

19.300 no recoge el **principio precautorio** propiamente tal. Mas bien se consagra el **principio preventivo**⁴², el cual de acuerdo al mensaje de LBGMA, *“pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”*. Sin embargo, al no recoger de forma expresa el principio precautorio, la respuesta a la pregunta de ¿qué pasa si el peligro de daño irreversible al medio ambiente no se puede predecir con toda certeza? no siempre ha sido la misma.

El artículo 10 de la Ley N° 19.300 establece cuáles proyectos o actividades, susceptibles de causar impacto ambiental, deben someterse a Evaluación Ambiental en el SEIA, previo a su ejecución; mientras que el artículo 11 establece aquellos *“efectos, características o circunstancias”* que tienen que darse para que un proyecto deba ingresar al sistema por vía de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA)⁴³, en vez de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), que tiene requisitos y procedimientos menos exigentes, y plazos más cortos. El procedimiento de evaluación ambiental concluye con la dictación de un acto administrativo denominado Resolución de Calificación Ambiental (RCA), la que califica ambientalmente el proyecto o actividad, que en caso de ser

42 Dicho principio es anterior al principio precautorio, recogido en la Declaración de Estocolmo de 1972 y en la Carta de la Naturaleza de 1982.

43 La Ley N°19.300 en su artículo 2 letra i), define el **Estudio de Impacto Ambiental**, como *“el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”*. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia caso Pueblo Saramaka vs Surinam, determinó que los Estudios de Impacto Ambiental *“sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también (...) asegurar que los miembros del pueblo (...) tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”*.

favorable, certifica que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, y de requerirse, señala también las medidas de mitigación, compensación y reparación que deba realizar el titular del proyecto.

Una actividad o proyecto que pretenda realizarse en un **área protegida**, debería ser ingresada al sistema mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), sin embargo muchísimos proyectos realizados en áreas protegidas han sido evaluados simplemente mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Ello es importante, ya que sólo cuando el proyecto ingresa vía EIA es necesario hacer un proceso de participación ciudadana y consulta indígena. Asimismo, sólo en el caso de las EIA es necesario presentar medidas de mitigación, compensación y reparación. La Ley N° 19.300, establece varias disposiciones relativas a las áreas protegidas, principalmente los artículos 10 letra p) y artículo 11 letra d), a saber:

Artículo 10.- Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: (...)

p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita;

Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

Del tenor literal de estas normas, se desprende que nuestra legislación permitiría la ejecución de actividades económicas en áreas protegidas, siempre que se realice previamente un estudio de impacto ambiental que prediga el impacto que tendrá sobre el medio ambiente y describa las acciones que ejecutará el titular para impedir o minimizar los efectos significativamente adversos. Es decir, por medio de una ley simple (la LBGMA), se delimita el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza que consagra la Constitución. Pero, ¿Qué han entendido las leyes chilenas por “preservar”? La Ley N° 18.362 que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SNASPE), publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1984, pero que nunca entró en vigencia, define en su artículo 2 a la **preservación de la naturaleza** como “la mantención de la condición original de los recursos naturales de un área silvestre, reduciendo la intervención humana a un nivel

mínimo”. Diez años más tarde, la Ley N°19.300 en su artículo 2 letra p) define este mismo concepto de forma más vaga y sin la misma precisión, como “*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*”, apartándose del sentido natural y obvio que siempre ha tenido esta expresión y el que se tuvo a la vista al redactar la Constitución. ¿Atenta contra la preservación de la naturaleza el desarrollar actividades económicas en áreas protegidas, tales como por ejemplo un proyecto hidroeléctrico?

La Corte Suprema, en el **caso Palmar-Correntoso**⁴⁴ - donde se recurre de protección contra la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que califica favorablemente y autoriza Mini Centrales Hidroeléctricas de pasada, localizadas en el Parque Nacional Puyehue - señaló que era posible realizar proyectos de este tipo en áreas protegidas, siempre que se haga antes un estudio de evaluación ambiental. A saber, en el considerando séptimo de la sentencia expresa: “*Que, como surge del tenor de la norma transcrita, se puede concluir que es posible realizar proyectos u obras en parques nacionales y otras áreas protegidas. Lo exigido, conforme al marco jurídico que rige a esas unidades o áreas, es que la calificación favorable de tales proyectos sea precedida de una rigurosa evaluación por parte de la autoridad ambiental, a fin que sólo pueda*

⁴⁴ Caso Palmar Correntoso, Corte Suprema (2008), Rol 6397-2008, José Pablo Cisternas Lara, Martillero Público contra Comisión Regional del Medio Ambiente, COREMA.

*ejecutarse bajo ciertas condiciones y exigencias en defensa del uso racional de los recursos naturales existentes. En otras palabras, por lo que se debe velar es que las actividades que se realicen dentro de los parques nacionales sean **compatibles con los objetivos de dichos espacios de preservación** de las bellezas naturales y de la flora y fauna asociadas".* Es decir, expresamente la Corte Suprema indica que un proyecto hidroeléctrico que se someta a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y sea calificado favorablemente en la RCA, es compatible con los objetivos de preservación de las áreas protegidas. Sin embargo, en ningún momento la Corte indica qué entiende por preservación. Luego continúa señalando en el considerando noveno de la sentencia que, *"de la mera lectura del libelo interpuesto por los actores, se constata que no se explica en parte alguna cuáles son los elementos contaminantes que se generarán en el ambiente a consecuencia del proyecto aprobado por el acto administrativo que se recurre y que puedan 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, tal como lo exige el constituyente y el legislador para la tutela jurisdiccional del referido derecho".* De estos dos considerandos, queda en evidencia que la Corte Suprema no tenía en mente el concepto de preservación que históricamente se le ha dado - como área que se quiere mantener sus condiciones originales evitando la intervención humana - y limita la garantía del artículo 19 N°8 a una mera protección frente elementos contaminantes, aún cuando estamos en un parque

nacional, cuyo objetivo de protección también incluye las bellezas paisajísticas y otros valores, no siendo compatible realizar este tipo de actividades aunque técnicamente no se contamine. La misma esencia de declarar un área protegida, es evitar esta discusión y brindar un mayor grado de protección, con el fin de hacer efectivo su objetivo de preservación de la naturaleza presente en el lugar; por lo que debería bastar el hecho que se constate que un proyecto tan invasivo como uno hidroeléctrico se realiza en tal área, para entender que se afectará su objetivo de preservación.

Asimismo, en el **Caso proyecto Hidroeléctrico Aysén**⁴⁵, que afectaría el Parque Nacional Laguna San Rafael, la Corte Suprema repite el mismo criterio en cuanto *“Que la ejecución de un proyecto como el que se pretende en un parque nacional no se encuentra prohibida por la ley. En efecto, la interpretación que debe darse al artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300 no consiste en exigir la existencia de una ley específica que autorice la ejecución de una central hidroeléctrica en un parque nacional, sino en considerar que lo que busca la norma es que la actividad que se va a desarrollar sea lícita y no contravenga el ordenamiento jurídico, pero en atención a que se desarrollará en un parque nacional u otra área colocada bajo protección oficial debe someterse a un estudio de impacto ambiental”*. Por otro lado, la Corte señala que no aplica al caso el artículo 15 del decreto ley N°1.939 - que señala que las áreas protegidas sólo podrán destinarse o concederse en uso, para finalidades de

45 Corte Suprema (2012), Rol 10.220-2011, Antonio Horvath Kiss y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysen.

conservación y protección del medio ambiente - ya que “dicha norma se refiere al evento en que la ocupación y trabajo en los parques nacionales comprometan el equilibrio ecológico, situación que aquí no se verifica”, equiparando la finalidad de conservación a una mera verificación que un proyecto no compromete el equilibrio ecológico. Acto seguido a decir que ello no se verificaba, se pronuncia respecto a la afectación de población de huemules y su hábitat en el parque nacional, señalando que “ha de tenerse presente que la implementación del proyecto como el de autos y como cualquiera de los enumerados en artículos 10 y 11 de la Ley N°19.300 produce impacto ambiental (...) por ello se hace un estudio de este impacto para, entre otros fines, poder describir las acciones que se ejecutarán para impedir o minimizar sus aspectos significativamente adversos. Considerado lo anterior ha de aceptarse que en un proyecto de esta envergadura el medio ambiente sufrirá una alteración, por lo que no puede pretenderse que la especie huemul no se vea afectada de ninguna forma. Sin embargo, el proyecto – con el fin de dar cumplimiento a la legislación ambiental – ha propuesto medidas de compensación que han sido aceptadas por la Comisión Evaluadora, las que consisten en la realización de un estudio de cérvidos cuyo objeto es contribuir al conocimiento de la biología de las dos especies de cérvidos nativos presentes en el sur de Chile, el huemul y el pudú”. De esta manera, luego de señalar que no se comprometía el equilibrio ecológico, señala que sí se produce una alteración en el medio ambiente y en el hábitat de los huemules, pero que ello

se ve salvado con medidas de compensación, que en este caso es un estudio para el conocimiento de los huemules. Es decir, el hecho que se realice un estudio de los Huemules, compensaría que se afecte su hábitat localizada en un Parque Nacional, argumentando que *“la existencia de condiciones impuestas al proyecto”* y la posibilidad que *“la resolución [de calificación ambiental] pueda [posteriormente] ser revisada, según lo permite el artículo 25 quinquies [de la Ley N° 19.300] (...) descarta las amenazas de riesgo que suponen los recurrentes, pues precisamente obliga al titular a realizar tales estudios y conforme a ellos implementar planes de mitigación en las áreas que aparezcan vulnerables en forma previa al inicio de las obras”*. Cabe señalar que el sostener que al poderse revisar la RCA, de forma posterior a ocurridos daños en la naturaleza, se descartaría la amenaza de que éstos ocurran, carece de toda lógica y va contra el principio preventivo y precautorio. En definitiva, no obstante a haber sido aprobado en el Sistema de Evaluación de Impacto ambiental, la fuerte oposición ciudadana, de grupos ambientalistas y movimientos sociales, fueron determinantes para que el Comité de Ministros retire la aprobación de este proyecto, en una decisión más política que técnica, o basada en nuestra legislación⁴⁶. Si bien este proyecto nunca se realizó, se han autorizado en el Parque Nacional Laguna San Rafael otras actividades, tales como proyectos

⁴⁶ GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2018). “Recurso de Protección y Medio Ambiente en la Jurisprudencia en las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema”, Una Perspectiva Constitucional Del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile: pp. 78.

salmoneros emplazados en el lugar, en donde se han denunciado graves daños provocados a esta área protegida⁴⁷.

Distinto criterio fue empleado en el **Caso Parque Nacional Chiloé**⁴⁸, donde lo que se discute es el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas sobre el río Chaiquil, ubicado en el Parque Nacional Chiloé⁴⁹. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, hace expresa mención a la Convención de Washington, señalando que *“el uso del caudal es para fines hidroeléctricos, esto es, en último término, fines comerciales, puesto que la energía que producirá será entregada a cambio de pagos por parte de los beneficiarios y devengará además utilidades por parte del Estado, a través de los impuestos correspondientes. Estas circunstancias la dejan entre aquellas situaciones de exclusión comprendidas en la disposición III de la Convención de Washington”*. Esta sentencia fue confirmada luego por la Corte Suprema, siguiendo el mismo criterio en cuanto que *“las normas contenidas en el Código de Aguas deben ser interpretadas en armonía con aquellas disposiciones, tanto constitucionales como legales, lo que lleva a concluir que las atribuciones de la Dirección General de Aguas para conceder derechos de aprovechamiento reconocen como limitación la áreas silvestres protegidas por las leyes de la República, cuya administración la misma ley entrega a la Corporación Nacional Forestal”*.

47 EL MOSTRADOR (9/06/2019): Denuncian Microbasurales en Laguna San Rafael. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/agenda-pais/2019/06/09/denuncian-microbasurales-salmoneros-en-laguna-san-rafael/>

48 Corte Suprema (2013), Rol 4743-2011, CONAF Región de Los Lagos contra Director Regional de Aguas, Región de Los Lagos.

49 En principio la Dirección General de Aguas (DGA) había autorizado derechos de aprovechamiento de agua, ante lo cual Corporación Nacional Forestal (CONAF) se opuso fundado en que era un área protegida. La DGA dicta resolución que rechaza oposición basado en que a su juicio, normas de aguas serían de aplicación prioritaria por sobre las áreas silvestres protegidas y medio ambientales. Frente a esta resolución la CONAF interpone un reclamo de ilegalidad que es conocida por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2010), Rol N°267-2010, la que acoge este.

(...) De lo anterior se sigue que en ningún caso la Dirección General de Aguas se encuentra legalmente obligada a constituir el derecho de constarse los requisitos formales sino que debe igualmente atender a los objetivos de sustentabilidad del recurso y preservación medioambiental". Ahora bien, también señala que *"la sola circunstancia que el Estero Sin Nombre, respecto del cual se solicita el derecho de aprovechamiento, se encuentre situado dentro de un parque nacional y por ende sometido a protección oficial, no determina la negativa para la concesión de derecho de aprovechamiento de aguas",* sino que *"al concederse una concesión de aguas, deben tenerse en especial consideración el respeto al medio ambiente y la preservación de la naturaleza, especialmente si ello recae en un área protegida"*. Es decir, la Corte deja entrever que pueden ser otorgados derechos de aprovechamiento de aguas en parques nacionales, siempre y cuando ellos no tengan fines comerciales.

De esta manera, la Corte Suprema en el caso Parque Nacional Chiloé sigue el criterio que no se pueden realizar actividades económicas en áreas protegidas (menos aún un proyecto Hidroeléctrico o derechos de aprovechamiento de agua para ese fin), no obstante lo dispuesto en los artículos 10 letra p) y 11 letra d) de la Ley N°19.300; ya que ello va en contra del objetivo de sustentabilidad y preservación ambiental. Sostener la interpretación contraria – como en el caso Palmar-Correntoso e HidroAysen - significa que, a través de una ley simple, se puede contravenir el compromiso al que el Estado chileno se obligó al ratificar la Convención de Washington en

1967, de que “*las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales*”, y el deber de tutelar la preservación de la naturaleza consagrado Constitucionalmente. ¿Entonces a qué se refiere el artículo 10 letra p) cuando expresa que debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) *la ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita*? ¿Se refiere a que se puede realizar todo tipo de actividades mientras una ley lo permita, no obstante las normas constitucionales e internacionales?

Cabe señalar que las actividades económicas que más impacto generan en el medio ambiente y recursos naturales- tales como la Minería, acuicultura, empresas forestales, etc., que por lo demás son la base o sustento de nuestra economía - tienen su ley propia que las regula, y muchas de ellas se refieren a las áreas protegidas. De esta manera, las áreas protegidas son reguladas en múltiples cuerpos legales, no todos de igual jerarquía. Muchas de las normas que hacen mención a ellas son tratados internacionales, que si bien han sido ratificados por Chile, no hay consenso respecto de que puedan ser aplicados de manera directa. No existe un cuerpo legal claro y sistemático que consagre sus características principales⁵⁰, lo cual se pretende hacer mediante el proyecto de

⁵⁰ BERMÚDEZ (2014) pp.349

ley que consagra el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP), que será analizado más adelante. Estas múltiples regulaciones son incluso a veces contradictorias, algunas permitiendo en áreas protegidas actividades económicas que explotan recursos naturales (como el Código de Minería), y otras prohibiéndolas expresamente. La Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, no logra resolver estos vacíos, ambigüedades y contradicciones. La homogeneidad del SEIA y su cláusula genérica del artículo 10 letra p), no da cuenta de la diversidad de áreas protegidas cada una con fines diversos. De hecho, hay categorías de áreas protegidas, como las reservas naturales, que de por sí no excluyen todo tipo de actividades, siempre que no contraríen sus fines de conservación ambiental. Son estos los proyectos, más bien relacionados con turismo o actividades poco gravosas, que deberían ser sometidas a un Estudio de Impacto Ambiental, y no proyectos destinados a explotar los recursos naturales con un fin económico. De esta manera, si bien pueden ejecutarse actividades en áreas protegidas, ellas deben ser sometidas a un Estudio de Impacto Ambiental que determine si se afecta con ello los objetos de protección del área o no. Sin embargo, un proyecto minero, hidroeléctrico o salmonero, a todas luces contraría el fin mismo de declarar un lugar como área protegida. Ahora bien, de la frase *“en los casos en que la legislación respectiva lo permita”*, se puede deducir que los proyectos o actividades no deberían siquiera ser evaluadas ambientalmente ni menos autorizadas, salvo que la legislación respectiva permita aquellos usos de los

elementos ambientales, en caso contrario, la legalidad de la Resolución de Calificación Ambiental resultará viciada de nulidad⁵¹. Asimismo, se interpreta dicha frase en el sentido que hay normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, que expresamente prohíben la ejecución de actividades en Parques Nacionales u otra áreas protegidas, como el artículo 158 de la Ley de Pesca, tal como será analizado más adelante.

Por otro lado, el artículo utiliza la expresión “*cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial*”, estableciendo una especie de cláusula residual donde caben otras especies de áreas protegidas. Se ha entendido que con esta frase se está reconociendo legalmente los tipos de espacios protegidos carentes de regulación y aquellos consagrados en instrumentos infralegales⁵², tales como las Reservas de la Biósfera declaradas por la UNESCO, que no están recogidas por medio de una ley. Para delimitar más aún su contenido, el **Oficio Ordinario N° 20799** de fecha 13 de febrero de 2002⁵³, denominado “El Concepto de Área Protegida en el Sistema de Evaluación Ambiental”, establece un listado de 17 áreas que comprenderían estas “áreas colocadas bajo protección oficial”. Si bien ello brinda certeza acerca de qué áreas se está protegiendo, al mismo tiempo limita aquellas a sólo 17 áreas, mediante un listado que puede ser modificado por otro Oficio

⁵¹ BERMÚDEZ (2014) pp.364

⁵² BERMÚDEZ (2014) pp.366

⁵³ Dictada por la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, autoridad ambiental existente a la época.

Ordinario, que saque de su umbral de protección alguna de ellas. Precisamente ello sucedió con el **Ordinario D.E. N° 130844 del año 2013**, dictado por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), que suprime del listado a las “Áreas de Protección de Recursos de Valor Natural”, establecidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza⁵⁴.

2. SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS (SNASPE)

Por otro lado, la Ley N° 19.300 en su artículo 34⁵⁵, establece el **Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SNASPE)** administrado por el Estado, estableciendo sus objetivos:

- a) asegurar la diversidad biológica;
- b) tutelar la preservación de la naturaleza; y
- c) conservar el patrimonio ambiental.

Asimismo, esta disposición nombra al **Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas**, como organismo encargado de administrar y supervisar estas áreas, el cual aún no ha sido creado a la fecha, pero cuyo proyecto de ley que lo consagra está en tramitación, y analizaremos más adelante. Hoy esta función la cumple la Corporación Nacional Forestal (en adelante CONAF).

⁵⁴ Ver MENESES SOTELO, Felipe (2013): “Cambio en la interpretación administrativa sobre las áreas protegidas para efectos del SEIA: el caso de las Áreas de Protección de Recursos de Valor Natural”, Revista de Derecho Ambiental: pp. 105-114.

⁵⁵ “El Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental. La administración y supervisión del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado corresponderá al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas”.

Cabe señalar que de acuerdo al artículo 36 de la Ley, forman parte de las áreas protegidas *“las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro”*. Sobre esta norma se pronuncia Contraloría General de la República en dictamen N° 38.429 del año 2013, señalando que *“se trata de una disposición de derecho público que rige in actum desde su publicación en el Diario Oficial, y que no contiene excepciones respecto de su aplicación, lo que se traduce en que afecta a los parques nacionales ya creados a esa data. Lo anterior no conlleva a una aplicación retroactiva de esta norma, toda vez que no se trata de entender que los sectores a que se refiere el artículo 36 siempre hayan integrado las áreas protegidas, sino que esos pasan a formar parte de ellas desde la vigencia del precepto en comento”*⁵⁶. Es decir, pasan inmediatamente a integrar parte de las áreas protegidas desde que se publica la LGBMA, sin embargo, no otorga efecto retroactivo a la protección que suponen las áreas protegidas, respecto de actividades que se hayan permitido antes de dicha ley.

Adicionalmente a estos objetivos generales, hay objetivos específicos para cada categoría de protección, y **Planes de manejo** destinados a gestionar

56 Se dio diferencia de criterios entre Subsecretaría del Medio Ambiente y Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. Requerida de informe, la Subsecretaría del Medio Ambiente manifestó que este artículo 36 *“lo que hace es incorporar los cuerpos y cursos de agua dentro del ámbito de protección de cada área protegida”*, pero agrega que *“la extensión de la protección (...) tiene aplicación desde la publicación de la ley y, en consecuencia, no afecta situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la misma”*. Mientras que la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas señala que la incorporación de las zonas marítimas ubicadas al interior del perímetro de las áreas protegidas no exige la dictación de acto administrativo alguno, sino que dado su carácter de norma de derecho público, se extiende a los parques nacionales establecidos con anterioridad en virtud de la aplicación in actum a todas las situaciones existentes (...). Si esto no fuera así la ley prácticamente no hubiese tenido aplicación, ya que, en su gran mayoría, los parques nacionales fueron establecidos con anterioridad a su dictación, y si el legislador hubiese querido limitar la aplicación del artículo 36, lo habría señalado expresamente.

los diferentes tipos de espacios protegidos. En la actualidad se reconocen nueve categorías de protección, a saber: Reservas de Regiones Vírgenes, Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales, Santuarios de la Naturaleza, Parques Marinos, Reservas Marinas y Áreas Marinas Costeras Protegidas de Múltiples Usos; recogidas en diversas leyes, sin embargo para efectos de este trabajo, revisaremos sólo las primeras cuatro.

El artículo 2 N° 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD) define **área protegida** como *“un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”*, lo que da cuenta de distintas cosas: **1)** El que sea un “área definida geográficamente” implica que es un sistema territorial de protección, donde **2)** se requiere un elemento formal de declaración, vale decir, intervención de la autoridad administrativa, y **3)** con “objetivos específicos de conservación”, donde las distintas tipologías pueden abordar esta territorialidad de manera diversa, y tener una finalidad de protección propia.

El SNASPE abarca una superficie levemente superior a 14,3 millones de hectáreas. Sin embargo, la distribución territorial del sistema no es homogénea, pues más de un 84% de la superficie protegida por el SNASPE se encuentra entre las regiones australes de Aysén y Magallanes, mientras que en Chile Central las regiones de Coquimbo, del Maule y Metropolitana de Santiago,

tienen menos del 1% de su territorio incluido en el SNASPE.⁵⁷. Tal como se señaló anteriormente, Chile no cuenta con una legislación ordenada que regule la creación y administración de áreas protegidas, constatándose una alta dispersión normativa en el establecimiento de las distintas categorías de áreas protegidas que se reconocen en nuestro ordenamiento jurídico. Inclusive la ley principal que regula el SNASPE, nunca ha entrado en vigencia.

3. LEY Nº 18.362 QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS DEL ESTADO

La Ley Nº 18.362, si bien fue publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1984, tiene su vigencia suspendida, toda vez que el artículo 39 de la misma establece que regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la Ley Nº 18.348, mediante la cual se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, la cual aún no entra en vigencia. La Corporación Nacional Forestal (CONAF) es una

57 Información contenida en Boletín n° 9.404-12. Proyecto de Ley, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Asimismo señala que: "Como se podrá observar, Chile no cuenta con una legislación ordenada que regule la creación y administración de áreas protegidas, constatándose una alta dispersión normativa en el establecimiento de las distintas categorías de áreas protegidas que se reconocen en nuestro ordenamiento jurídico, como de distintas instituciones públicas vinculadas a su gestión y administración. Lo anterior explica que en la actualidad se reconozcan nueve categorías de protección, a saber: Reservas de Regiones Vírgenes, Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales, Santuarios de la Naturaleza, Parques Marinos, Reservas Marinas y Áreas Marinas Costeras Protegidas de Múltiples Usos. Las instituciones que se vinculan más directamente con la creación y administración de áreas protegidas son: el Ministerio de Agricultura (CONAF) y Ministerio de Bienes Nacionales en ambientes terrestres; el Ministerio de Defensa (Subsecretaría de Marina, DIRECTEMAR), y el Ministerio de Economía (SERNAPESCA) en ambientes marinos (...) Cabe precisar, que la gran parte de las áreas protegidas en Chile son de propiedad del Estado y administradas por servicios públicos: CONAF en ambientes terrestres, y SERNAPESCA y DIRECTEMAR en ambientes marinos".

corporación de derecho privado, y hoy se espera que se apruebe el proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, para que reemplace a la CONAF en la administración de áreas protegidas. Asimismo, reemplazará a la Ley N° 18.362 en cuanto a la regulación del SNASPE, por lo cual en la práctica, será recordada como una ley que nunca entró en vigencia. No obstante, Contraloría ha interpretado vigencia del SNASPE, a través de la CONAF, en la medida que la Ley de Presupuestos le ha asignado recursos *“para la administración coordinada de las áreas protegidas puestas bajo su tuición, entendiendo que estas forman parte del sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado”*⁵⁸.

Esta ley tuvo por objeto definir y precisar, a través de una norma de carácter nacional, las categorías de protección definidas originalmente en la Convención de Washington, y crear un sistema nacional para la administración de dichas áreas. Tal como se indicó anteriormente, en su artículo 2 define la **preservación** como *“la mantención de la condición original de los recursos naturales de un área silvestre, reduciendo la intervención humana a un nivel mínimo”*, la cual diferencia del concepto de **conservación**, que consiste en *“la gestión y utilización de la biósfera por el ser humano, de modo que se produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, pero asegurando su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de*

58 Contraloría General de la República (2013) en dictamen N° 38.429, *“si bien esta ley no ha entrado en vigencia, cabe manifestar que las leyes de presupuestos del sector público desde el año 2009, han contemplado en la partida 13 del Ministerio de Agricultura, capítulo 05 Corporación Nacional Forestal, el programa 04 relativo a Áreas Silvestres Protegidas, agregándose también una glosa que se refiere de modo expreso a los SNASPE”*.

las generaciones futuras”, acercándola al concepto de desarrollo sostenible. Por su parte, de acuerdo al artículo 8 de esta ley, las áreas protegidas se crean mediante **decreto supremo** expedido a través del Ministerio de Bienes Nacionales, el que deberá llevar también la firma del Ministro de Agricultura. En caso de incluir porciones de mar, terrenos de playa fiscales o de playas de mar, el decreto supremo que establezca la unidad de manejo deberá ser firmado, además, por el Ministro de Defensa Nacional.

Esta Ley crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado (SNASPE), y complementando la Convención de Washington, establece las siguientes categorías de manejo:

1.- Reserva de Región Virgen: *un área donde existen condiciones primitivas naturales de flora, fauna, vivienda y comunicaciones, con ausencia de caminos para el tráfico de vehículos motorizados, y vedada a toda explotación comercial. El objetivo de esta categoría de manejo es mantener dichas reservas inviolables en cuanto sea factible, excepto para la investigación científica debidamente autorizada y para la inspección por parte de la Corporación, o para otros fines que estén de acuerdo con los propósitos para los cuales la reserva ha sido creada (artículo 4).*

2.- Parque Nacional: *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. 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 (artículo 5).

3.- Monumento Natural: 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 o científico. El objetivo de esta categoría de manejo es la **preservación** de muestras de ambientes naturales y de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos, y, en la medida compatible con esto, la realización de actividades de educación, investigación o recreación (artículo 6).

4.- Reserva Nacional: 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. 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 (artículo 7).

De lo dispuesto en esta ley y los artículos citados, se desprende que las Reservas de Región Virgen, los Parques Nacionales y Monumentos Naturales, tienen como objetivo el preservar la naturaleza (mantener la intervención humana al mínimo), y sólo las **Reservas Nacionales** permitirían realizar actividades económicas de manera sostenible.

Sin embargo, el artículo 32 de dicha Ley contempla la posibilidad excepcional de realizar obras, programas o actividades distintas de las contempladas en estas unidades de manejo, previo **Decreto Supremo** dictado por el Ministerio de Agricultura, fundado en razones de interés nacional. Exige además la presentación de un **Estudio de Impacto Ambiental**, *“que en cuanto a su elaboración, se ajustará a las normas que al respecto establezca la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables”*. Es decir, se permite que por Decreto Supremo del Ministerio de Agricultura fundado en el “interés nacional”, se pueda evadir el objetivo de preservación del área.

Además, el artículo 25 de esta ley establece prohibiciones para la ejecución de determinadas actividades en áreas silvestres en general, entre las

que se pueden citar: f) ejecutar cualquier otra acción contraria a los objetivos de la categoría o unidad de manejo respectiva; g) Remover o extraer suelo, hojarasca humus, turba, arena, ripio, rocas o tierra; h) Intimidar, capturar, sacar o dar muerte a ejemplares de la fauna; i) Cortar, arrancar, sacar, extraer o mutilar ejemplares de la flora. Sin embargo, respecto de Reservas Nacionales, sí pueden ejecutarse las acciones señaladas en las letras g) a la m).

¿Tiene sentido entonces que si no se puede ni siquiera remover o extraer suelo, rocas, tierra, ejemplares de flora y fauna; se permita la realización de proyectos tales como centrales hidroeléctricas o centros de cultivo de salmones? Es precisamente para poder contrariar estas prohibiciones que se realiza un Estudio de Impacto Ambiental, pero eso no debiera significar que se pueda autorizar actividades con fines económicos que directamente afectan los objetos de protección del área.

4. EL DECRETO LEY N° 1.939 DE 1977, DEL MINISTERIO DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN SOBRE NORMAS DE ADQUISICIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES DEL ESTADO

Este Decreto Ley N° 1.939, vigente desde el 10 de noviembre de 1977, que establece las normas de adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, contiene un par de normas relativas a áreas protegidas. A saber, el artículo 15 que establece que ellas **sólo podrán destinarse ellas**

para finalidades de conservación y protección del medio ambiente, y el artículo 21 señala que no podrán ser destinados a otro objeto, sólo pudiendo alterarse su objeto o calidad de área protegida, en virtud de un **decreto supremo**, lo cual - tal como se señaló precedentemente - entra en contradicción con la Convención de Washington, que exige que ello se realice mediante una ley.

Artículo 15.- Las reservas forestales, Parques Nacionales y los terrenos fiscales cuya ocupación y trabajo en cualquier forma comprometan el equilibrio ecológico, sólo podrán destinarse o concederse en uso a organismos del Estado o a personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, para finalidades de conservación y protección del medio ambiente.

Artículo 21.- El Ministerio, con consulta o a requerimiento de los Servicios y entidades que tengan a su cargo el cuidado y protección de bosques y del medio ambiente, la preservación de especies animales y vegetales y en general, la defensa del equilibrio ecológico, podrá declarar Reservas Forestales o Parques Nacionales a aquellos terrenos fiscales que sean necesarios para estos fines. Estos terrenos quedarán bajo el cuidado y tuición de los organismos competentes.

Los predios que hubieren sido comprendidos en esta declaración no podrán ser destinados a otro objeto ni perderán esta calidad, sino en virtud de decreto del

Ministerio, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura o el Ministerio del Medio Ambiente, según corresponda.

5. LEY DE BOSQUES DE 1931. DECRETO SUPREMO N° 4363 DEL MINISTERIO DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN

Fue de las primeras Leyes con un fin ambiental que se dictó en nuestra legislación, incluso antes de la Convención de Washington. Resguarda en su artículo 11 el objeto mismo que las Reservas y Parques Nacionales protegen, al señalar que *“Las reservas de bosques y los parques nacionales de turismo existentes en la actualidad y los que se establezcan de acuerdo con esta ley, no podrán ser destinados a otro objeto sino en virtud de una ley”*.

6. LEY N° 18.248 CÓDIGO DE MINERÍA

El Código de Minería, una ley simple, establece en su artículo 17 N° 2 que *“para ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales”*, se requiere permiso del Intendente respectivo. Si bien ya había entrado en vigencia hace varios años la Convención de Washington, el Código de Minería de 1983, contempla una norma que expresamente autoriza – y mediante permiso del Intendente, ni

siquiera por ley – otorgar concesiones y realizar actividades mineras sobre áreas protegidas.

7. PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS

Este proyecto de ley deroga la Ley N° 18.362 e introduce modificaciones a diversos cuerpos legales con el objeto de adecuarlos al nuevo Servicio que se crea, entre ellas la Ley N° 19.300; el Decreto Ley N° 1.939; la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, entre otras varias, dentro de las que no se menciona el Código de Minería⁵⁹.

Adicionalmente, crea finalmente el **Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP)**, al cual leyes vigentes se refieren, no obstante a no haber sido creado aun. Este se constituye como servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente. Le da competencias sobre las áreas del SNASPE, permaneciendo en CONAF, la prevención y control de incendios forestales, y en el Servicio Agrícola Ganadero (SAG), la sanidad animal y vegetal.

59 La Ley N° 20.256, sobre Pesca Recreativa; la Ley N° 4.601, sobre Caza, cuyo texto fue sustituido por el Artículo Primero de la ley N° 19.473; la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal; el Decreto Supremo N° 4.363, de 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización, que aprueba texto definitivo de la Ley de Bosques; la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, que modifica las leyes N° 16.617 y 16.719, y deroga el decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925; y la Ley N° 20.423, del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo.

El objeto del Servicio, según lo señala el artículo 4 de la ley, es “**la conservación de la biodiversidad del país, a través de la gestión para la preservación, restauración y uso sustentable de genes, especies y ecosistemas**”. Es decir, menciona que su objeto es la conservación de la diversidad biológica, siendo la preservación una de las herramientas que utiliza para lograrlo. Ahora bien, al momento de definir los conceptos que utilizará la ley, el artículo 3 N°27 de la misma define **preservación** – al igual que la Ley N°19.300 - como la “mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y ecosistemas”, alejándose del sentido que rescata la Ley N° 18.362 y que se tenía a la época de consagrarse el deber constitucional de tutelar la preservación, como “*la mantención de la condición original de los recursos naturales de un área silvestre, reduciendo la intervención humana a un nivel mínimo*”. Por su parte, el mismo artículo 3 en su numeral 3, define la **conservación de la biodiversidad** como el “conjunto de políticas, estrategias, planes, programas y acciones destinadas a la mantención de la estructura y función de los ecosistemas mediante la protección, preservación, restauración, o uso sustentable de uno o más componentes de la diversidad biológica”. De esta manera, este proyecto de ley se aleja de las definiciones tradicionales de preservación y conservación, dando conceptos que no permiten una clara diferenciación entre ambos, no quedando claro cuál es la diferencia entre la mantención de la “*estructura y función de los ecosistemas*”, con respecto a la “*evolución y el desarrollo de las especies y ecosistemas*”,

dando a entender que la preservación sería solo una especie dentro del género conservación, en donde no se menciona la no intervención humana.

Lo que sí presenta un avance es que, a diferencia de la Ley N° 18.362, se da una definición del concepto de **área protegida**, como un *“espacio geográfico específico y delimitado, reconocido mediante decreto supremo del Ministerio del Medio Ambiente, con la finalidad de asegurar, en el presente y largo plazo, la preservación y conservación de la biodiversidad del país, así como la protección del patrimonio natural, cultural y del valor paisajístico contenidos en dicho espacio”*. No obstante, tal como lo adelanta la definición, y reafirman los artículos 68 y 70 del proyecto de ley, estas áreas protegidas se crean, modifican y desafectan mediante **decreto supremo del Ministerio del Medio Ambiente**, el cual *“deberá contener la categoría de protección, la superficie, los deslindes y el o los objetos de protección”*, entendiendo por objetos de protección del área, *“las especies, ecosistemas, los servicios ecosistémicos o funciones o procesos ecológicos que se pretende proteger a través de la creación del área”*⁶⁰. Subsiste entonces, la contradicción entre esta nueva ley con la Convención de Washington, con la excepción de los Parques Nacionales, en donde se señala que *“sólo podrán ser modificados o desafectados a través de una ley”*. Sin embargo, el artículo 70 también señala

60 Este decreto deberá contar con la firma del Ministro de Bienes Nacionales cuando se trate de inmuebles fiscales, y con la firma del Ministro de Economía, Fomento y Turismo, cuando se trate de áreas que se extiendan a zonas lacustres, fluviales o marítimas. Adicionalmente, la creación de un área protegida requerirá de la elaboración, por parte del Servicio, de un **informe técnico** que contenga las consideraciones científicas que justifican, tanto la creación del área protegida como la categoría propuesta o la implementación de otras medidas o planes para dicha área.

que “en caso de ser necesario introducir ajustes en los límites de las áreas protegidas existentes, esta circunstancia no constituirá modificación o desafectación de estas áreas. Dicho ajuste deberá fundarse en correcciones de tipo cartográficas”, lo cual ha provocado suspicacias de que este proyecto de ley tendría “letra chica” que podría dar pie a alterar los límites por una vía distinta⁶¹.

Reafirmando al artículo 36 de la Ley 19.300, el proyecto en su artículo 109 señala que “Formarán parte de las áreas protegidas, las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, glaciares, embalses, ríos o tramos de estos, lagos, lagunas, estuarios, y otros humedales situados dentro de su perímetro”.

Otro de los grandes avances de este proyecto es que consagra el principio precautorio y preventivo, a los que deben sujetarse las distintas políticas, planes, programas, normas o actos administrativos que se dicten respecto de áreas protegidas, los cuales se definen en el artículo 1 letras e) y f), como: “**Principio de precaución:** la falta de certeza científica en ningún caso podrá invocarse para dejar de implementar las medidas necesarias de conservación de la diversidad biológica del país; (...)” **Principio de prevención:** todas las medidas destinadas al cumplimiento del objeto de esta ley, deben propender a evitar efectos perjudiciales para la biodiversidad del país”, ajustándose a las definiciones acordadas en instrumentos internacionales. Adicionalmente, se consagra el **Principio de no regresión**, en virtud del cual

61 <https://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/cartas/2019/10/02/la-letra-chica-del-proyecto-de-ley-que-crea-el-servicio-de-biodiversidad-y-areas-protégidas-sbap/>

“los actos administrativos no admitirán modificaciones que signifiquen una disminución en los niveles de protección de la biodiversidad alcanzados previamente”, y un **Principio participativo** consagrado como “deber del Estado” establecer “mecanismos que permitan la participación de toda persona y las comunidades en la conservación de la biodiversidad (...) en materias como la generación de información, la educación y la gestión de las áreas protegidas, entre otras”, el cual se manifiesta en diversos artículos del proyecto de ley, sobretudo en lo que refiere a las comunidades indígenas y locales, que no son invisibilizadas, sino por el contrario, se promueve su participación y el integrar sus conocimientos y prácticas tradicionales⁶².

El proyecto de ley, define las diferentes **categorías de áreas protegidas** existentes⁶³, dentro de las cuales están:

62 El artículo 49 señala que “con el objeto de conservar la biodiversidad, el Servicio **promoverá la incorporación de prácticas sustentables**, incluyendo aquellas de conservación de biodiversidad de **comunidades locales y pueblos indígenas**, en procesos y actividades productivas...”. Por su parte, el artículo 54 respecto del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, señala que tendrá como objetivos: “g) **Promover la participación de las personas, comunidades locales y comunidades indígenas en la conservación y gestión de las áreas protegidas, especialmente aquellas que se encuentran aledañas o al interior de las mismas**; h) **Respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica**”. Asimismo, el artículo 117 letra g) señala que “No se considerará infracción aquella conducta que, no obstante su tipificación en este artículo, haya sido realizada en el marco de aquellos usos o costumbres ancestrales de comunidades indígenas reconocidas en el decreto de creación de la respectiva área o en el plan de manejo de la misma...”. A su vez, el artículo 84 letra c) señala como criterio para otorgar concesiones en áreas protegidas, el “**respetar los lugares en que se desarrollen usos o costumbres ancestrales de los pueblos indígenas que se ubiquen al interior de la concesión...**”. Adicionalmente, se contempla en el artículo 66, una nueva categoría de área protegida llamada **Área de Conservación de Pueblos Indígenas**, la cual se define como “**un área ubicada en tierras indígenas, en la que existen especies nativas, hábitats y ecosistemas naturales terrestres o acuáticos, relevantes para la conservación de la biodiversidad local, regional o nacional y que son voluntariamente destinadas y administradas para lograr la conservación de la biodiversidad a largo plazo, así como la protección del patrimonio natural. El objetivo de esta categoría es la conservación de hábitats, especies, servicios ecosistémicos, y valores culturales asociados, así como los conocimientos locales y prácticas tradicionales relacionadas directamente con el uso de los recursos naturales en el área, siempre que sean compatibles con los objetivos de conservación de la misma**”.

63 El artículo 56 del proyecto señala como **categorías de áreas protegidas**: a) Reserva de Región Virgen; b) Parque Marino; c) Parque Nacional; d) Monumento Natural; e) Reserva Marina; f) Reserva Nacional; g) Santuario de la Naturaleza; h) Área Marina y Costera Protegida de Múltiples Usos, i) Humedal de Importancia Internacional o Sitio Ramsar, y j) Área de Conservación de Pueblos Indígenas.

1.- Reserva de Región Virgen: un área terrestre, de aguas continentales o marinas, cualquiera sea su tamaño, en la que existen condiciones primitivas naturales, no perturbada por actividades humanas significativas, reservada para **preservar la biodiversidad**, así como los rasgos geológicos o geomorfológicos y la integridad ecológica, vedada a toda explotación productiva y comercial, con excepción de la investigación científica, educación y fiscalización por parte de los organismos públicos. **Se prohíbe en esta área la explotación de los recursos naturales con fines comerciales** (Artículo 57).

2.- Parque Nacional: un área en la que existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, y en que la biodiversidad o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo. El objetivo de esta categoría es la **preservación** del patrimonio natural, escénico o cultural asociado, la continuidad de los procesos evolutivos y de las funciones ecológicas, junto con las especies y ecosistemas característicos del área, la protección del suelo, sistemas acuáticos continentales y costeros, y la mantención de los servicios ecosistémicos que proveen. **Se prohíbe en esta área la explotación de recursos naturales con fines comerciales** (Artículo 59).

3.- Monumento Natural: un área, generalmente reducida en extensión, caracterizada por la presencia de componentes específicos, ya sea de carácter biótico o abiótico, relevantes para la biodiversidad, que contengan además sitios o elementos de interés desde el punto de vista geológico, paisajístico, educativo o científico. El objetivo de esta categoría es la preservación de un componente específico de la biodiversidad o de elementos o sitios de especial interés geológico, paisajístico, educativo o científico, así como la protección de la biodiversidad y los hábitats asociados a dichos elementos. **Se prohíbe en esta área la explotación de recursos naturales con fines comerciales** (Artículo 60).

4.- Reserva Nacional: un área en la que existen comunidades biológicas, especies nativas, hábitats y ecosistemas naturales relevantes para la **conservación de la biodiversidad** local, regional o nacional, y que pueden verse expuestos a sufrir degradación. El objetivo de esta categoría es el **uso sustentable** de las comunidades biológicas, especies y hábitats, a través de una gestión activa para la conservación, restauración de ecosistemas, así como la mantención de los servicios ecosistémicos que el área provee. En esta área **podrán desarrollarse actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee** (Artículo 62).

Del examen de los artículos citados, notamos que al igual que las legislaciones ya examinadas, las **Reservas de Región Virgen**, tienen por objeto preservar las “condiciones primitivas naturales, no perturbadas por actividades humanas significativas”, sin embargo, proyecto de ley originalmente presentado contenía la frase “libre de intervención humana”, la que posteriormente se eliminó. Por su parte, los **Parques Nacionales y Monumentos Naturales**, también mencionan la preservación dentro de sus objetivos, sin embargo se diferencian en cuanto a su extensión, tanto por el tamaño del área como por objetivo de preservación buscado, el cual se limita a “un componente específico de la biodiversidad”, en el caso de los Monumentos Naturales. Por último, las **Reservas Nacionales**, establecen un fin de “conservar la biodiversidad”, permitiendo un “uso sustentable” a ella, buscando asimismo, la “mantención de los servicios ecosistémicos que el área provee”, siguiendo un poco el criterio que ya hemos visto en esta categoría de protección. Mientras las tres primeras categorías reproducen expresamente lo dispuesto en la Convención de Washington respecto a prohibir la explotación de recursos naturales con fines comerciales, las Reservas Naturales expresamente permite desarrollar actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos. ¿Significa ello que no pueden ejercerse actividades en el resto de las áreas protegidas?

Entre las funciones y atribuciones del nuevo Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, el artículo 5 letra b) del proyecto de ley menciona el

“gestionar el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, administrar las áreas protegidas del Estado y supervisar la administración de las áreas protegidas privadas, en conformidad al Título IV, así como fiscalizar las actividades que se realicen en ellas, en conformidad al Título V”. Entonces cabe hacerse la pregunta de rigor y examinar si este proyecto pone fin a la incertidumbre acerca de **¿Qué actividades pueden ejercerse al interior de las áreas protegidas según este proyecto de ley?**

El artículo 67 del proyecto contesta esta pregunta señalando que *“Todo proyecto o actividad que, conforme a la legislación respectiva, se pretenda desarrollar dentro de los límites de un área protegida, deberá respetar los objetivos de la categoría y el objeto de protección del área y ser compatible con su plan de manejo”⁶⁴.* Sin embargo, nos remite al **objeto de protección** de cada categoría de protección, los cuales si bien pueden prohibir en términos generales la explotación de recursos con fines económicos, veremos que terminan siendo definidos por los planes de manejo. Por su parte, los **Planes de manejo de áreas protegidas**, son definidos como el *“instrumento que establece metas, principios, objetivos, criterios, medidas, plazos y responsabilidades para la gestión adaptativa de la biodiversidad a nivel de genes, especies y ecosistemas, basado en la ciencia, cuando corresponda”*, lo cual presenta una diferencia respecto del proyecto original que establecía como

64 Por su parte el mensaje del proyecto señala que *“En el fondo, de lo que se trata, es de definir el límite razonable de la actividad productiva que impacta nuestro hábitat como seres humanos, asegurando por tanto, que las condiciones biológicas que permiten nuestra propia existencia, nos permitan también reflexionar respecto a las medidas idóneas que el país requiere para crecer. Por tanto, no se trata de un debate aislado ni puede ser merced de ningún tipo de caricaturización que pretenda relegar o postergar su discusión”.*

objetivo el “*garantizar la conservación del objeto de un área protegida*”, lo cual da indicios de una apertura en cuanto al desarrollo de actividades económicas reguladas por los respectivos planes de manejo. El artículo 75 así lo expresa con toda claridad, al señalar que “*el plan de manejo constituirá el marco regulatorio del área protegida, tanto para su adecuada gestión como para la definición de actividades permitidas y prohibidas en su interior*”. Asimismo, dicho artículo señala que “*Toda área protegida deberá contar con un plan de manejo, de carácter obligatorio, el que deberá considerar los objetos de protección y ser consistente con la categoría*”, y “*podrán dividirse en varios programas que traten funciones específicas, tales como conservación, uso público, uso sostenible, investigación científica, monitoreo, educación, aspectos regulatorios, administración y coordinación*”. Sin embargo, el artículo 31 limita la aplicación de los planes de manejo para la conservación, diciendo que “*no afectará aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental*”. La aprobación del plan de manejo se realiza mediante **resolución del Servicio**. El plazo para dictar dicho plan será de dos años desde la creación del área respectiva y deberá revisarse al menos cada cinco años (Artículo 77).

Dentro de los **contenidos** que debe tener el plan de manejo, el artículo 76 menciona: **a) El objeto u objetos de protección;** **b) El diagnóstico de presiones y amenazas sobre el o los objetos y las estrategias de manejo para**

mitigarlas o suprimirlas; **c)** Los **objetivos de manejo**, de conformidad a lo establecido en esta ley; **d)** Las metas medibles, indicadores de seguimiento y un período para implementarlas; **e)** Los antecedentes jurídicos del área, incluyendo su cartografía; **f)** La descripción general del área, incluyendo los atributos y valores de conservación que justifican su creación; **g)** El modelo de gestión; **h)** Los programas que establezcan sus **objetivos específicos**, estrategias, metas medibles e indicadores de seguimiento, con indicación de un período de implementación; **i)** La evaluación de la intensidad de uso público, si corresponde; **j)** Considerar el presupuesto y los mecanismos de financiamiento; **k)** El plan de inversiones; **l)** La zonificación; **m)** La definición de la zona de amortiguación, cuando corresponda; **n)** El plan de monitoreo y seguimiento; **ñ)** Los planes de contingencia; **o)** Los **usos o costumbres ancestrales** desarrollados al interior y en las inmediaciones del área protegida; **p)** Las actividades compatibles e incompatibles con el área⁶⁵. En definitiva, más que el decreto supremo (o la ley en caso de parques nacionales), será el plan de manejo el que va a definir las actividades compatibles e incompatibles con el área protegida, lo cual pone en entredicho la aparente conformidad con la Convención de Washington. Es más, el procedimiento para la elaboración de los planes de manejo y los contenidos específicos según cada categoría de protección, aún no se ha definido y para ello se dictará un reglamento, norma de jerarquía inferior a una ley.

⁶⁵ El proyecto original se refería a la regulación actividades por medio del plan de manejo, definiendo como objetivo del mismo el “Señalar de manera clara y precisa aquellas **prohibiciones y regulaciones de determinadas actividades en el área protegida o en zonas específicas de la misma, en conformidad a la legislación**”.

Adicionalmente, el artículo 83 del proyecto de ley introduce la posibilidad de otorgar **concesiones** en áreas protegidas del Estado, para actividades de investigación científica, educación o turismo que requieran la instalación de infraestructura y tengan una duración mayor a un año. Para ello, remite a un reglamento el regular el procedimiento y requisitos para el otorgamiento de estas concesiones, las que no podrán exceder de treinta años. Se contemplan causales de **extinción de la concesión**, dentro de las cuales está: la pérdida por parte del concesionario de los requisitos o condiciones exigidos para obtener la concesión, y el Incumplimiento de las obligaciones del concesionario. Es decir, si bien señala que no pueden explotarse recursos con fines económicos, luego la ley permite concesionar actividades que requieren la instalación de infraestructura. Ello tiene como objetivo permitir instalar grandes Hoteles en áreas protegidas, proyectos que ya se han anunciado⁶⁶. Por otra parte, la ley señala que las concesiones de turismo deberán *“desarrollarse bajo la modalidad de un turismo ambientalmente responsable, de bajo impacto sobre el entorno natural y sociocultural, y ajustadas al respectivo programa de uso público”*. Pero todo queda finalmente entregado a la fiscalización que preste el Servicio, el cual también tiene facultades de otorgar **permisos**, los que se definen en el artículo 97 como *“toda actividad de carácter transitorio o que no requiera la instalación de infraestructura permanente, que se pretenda*

66 CNN (27/03/2019): Gobierno planea licitar y concesionar 10 parques nacionales en Chile para habilitar Hoteles. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/gobierno-planea-licitar-y-concesionar-10-parques-nacionales-de-chile-para-habilitar-hoteles_20190327/

desarrollar en un área protegida del Estado y que no sea de aquellas referidas en el artículo 10 de la ley N°19.300”.

Por eso es tan importante la **fiscalización** que preste el Servicio, el cual *“fiscalizará el cumplimiento de los planes de manejo de las áreas protegidas, de las obligaciones de los propietarios y administradores de las áreas protegidas privadas, de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión, de los permisos otorgados en las áreas protegidas y, en general, de todas las actividades que se desarrollen en éstas”*⁶⁷. Adicionalmente, el artículo 117 del proyecto consagra una serie de **Infracciones en las áreas protegidas** que debe fiscalizar el Servicio⁶⁸, dentro de las que se encuentra el contravenir lo dispuesto en los planes de manejo; en los contratos de concesión; realizar actividades sin contar con el permiso; impedir u obstaculizar las labores de fiscalización; otorgar información falsa u ocultar cualquier antecedente relevante

67 el artículo 86 del proyecto original señalaba respecto al alcance de la fiscalización que *“corresponderá al Servicio fiscalizar el cumplimiento de las **normas referidas a la conservación** de la diversidad biológica del país, de conformidad a las competencias que se establecen en esta ley. El Servicio fiscalizará el **cumplimiento de los planes de manejo** de las áreas protegidas del Estado, de las **obligaciones establecidas en los contratos de concesión**, de los **permisos otorgados** en las áreas protegidas, y en general de todas las actividades que se desarrollen en éstas”*

68 Los artículos 120 y 122, señalan las **categorías de infracciones** que se dividen en gravísimas, graves o leves:

1. Constituirán **infracciones gravísimas**, los hechos, actos u omisiones que: **a)** Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reponer en sus propiedades básicas; **b)** Hayan afectado gravemente los servicios ecosistémicos, o **c)** Impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de determinado plan de manejo. Se sancionan con: Multa de hasta 10.000 unidades tributarias mensuales; Revocación de la concesión o permiso, según corresponda; Prohibición temporal de ingreso a las áreas protegidas, entre cinco y quince años.

2. Constituirán **infracciones graves**, los hechos, actos u omisiones que: **a)** Hayan causado daño ambiental, susceptible de reponer en sus propiedades básicas; **b)** Hayan afectado el área, sin comprometer gravemente los servicios ecosistémicos que ésta provee, o **c)** Afecten negativamente el cumplimiento del plan de manejo de un área protegida. Se sancionan con: Multa de hasta 5.000 unidades tributarias mensuales; Suspensión de la concesión o permiso, que no podrá superar la mitad del tiempo otorgado al efecto; Prohibición temporal de ingreso a las áreas protegidas, entre cinco y diez años.

3. Constituirán **infracciones leves**, los hechos, actos, u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores. Se sancionan con: Multa de hasta 500 unidades tributarias mensuales; Prestación de servicios en beneficio de un área protegida, si el infractor consiente en ello.

Por su parte, el artículo 121 reduce el plazo de prescripción de estas infracciones, de cuatro años que contemplaba el proyecto original, a **tres años** de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, el Servicio no podrá aplicar sanciones luego de transcurridos cinco años desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse la infracción o de ocurrir la omisión sancionada.

con el fin de encubrir una infracción; y el contravenir las prohibiciones establecidas en el artículo 110, dentro de las que se menciona: a) *Remover o extraer tierra de hoja, turba, arena o ripio;* b) *Intimidar, cazar, capturar, extraer, maltratar, herir o dar muerte a ejemplares de la fauna nativa;* c) *Destruir nidos, lugares de aposentamiento, reproducción o crianza o ejecutar acciones que interfieran o impidan el cumplimiento del ciclo de reproducción de las especies nativas;* d) *Cortar, arrancar, extraer o mutilar ejemplares de plantas, algas, hongos o líquenes;* e) *Recolectar huevos, semillas o frutos;* f) *Introducir ejemplares de especies nativas o exóticas;* g) *Introducir ganado u otros animales domésticos;* h) *Provocar contaminación acústica, lumínica o atmosférica;* i) *Liberar, vaciar o depositar residuos en lugares no habilitados para el efecto;* j) *Liberar, vaciar o depositar sustancias peligrosas en los sistemas hídricos o en el suelo;* k) *Alterar las condiciones de un área protegida o de los componentes propios de ésta mediante ocupación, aradura, corta, arranque u otras acciones semejantes;* l) *Alterar, remover, rayar, destruir o extraer piezas u otros elementos con significación para las comunidades indígenas que habitan en las áreas protegidas;* m) *Interrumpir, bloquear, alterar o drenar cuerpos o cursos de agua, incluyendo humedales;* n) *Instalar carteles de publicidad;* ñ) *Causar deterioro en las instalaciones existentes;* o) *Usar o portar armas;* p) *Pernoctar, comer, encender fuego, instalar campamentos, estacionar, fondear o transitar en lugares o sitios que no se encuentren habilitados o autorizados para ello;* q) *Ingresar a las áreas protegidas sin haber*

pagado el derecho a ingreso, si corresponde". Agrega que *"Estas prohibiciones no se aplicarán a quienes cuenten con el permiso establecido en el artículo 97, ni a quienes ejecuten proyectos o actividades al interior del área, en conformidad a la legislación aplicable"*. En el mismo sentido, el Artículo 96 señala que *"Las concesiones destinadas a fines distintos a los establecidos en el artículo 83 y que recaigan en áreas protegidas se regirán por sus leyes respectivas"*. Es decir, expresamente permite realizar proyectos o actividades al interior de áreas protegidas, no obstante a que ellas ejecuten aquellas actividades prohibidas que suponen infracción a los objetivos de conservación, haciendo primar su legislación aplicable por sobre la protección que esta ley pretende brindar. De esta manera, coloca la balanza en favor de las actividades económicas a realizarse en áreas protegidas, las que pueden contrariar el deber de protección de la naturaleza. Por si quedaba alguna duda, el mismo artículo expresa que *"estas prohibiciones tampoco serán consideradas para efectos de la evaluación de impacto ambiental ni para el otorgamiento de las concesiones sectoriales a que se refiere el artículo 96 de la presente ley, pudiendo además el proponente incurrir en ellas una vez obtenida una resolución de calificación ambiental favorable"*. De esta manera, si bien se consagra prohibiciones estrictas, se abre la puerta a la realización de aquellas actividades que más gravemente infringen ellas. Adicionalmente, en caso de que *"la infracción constituya un incumplimiento de una resolución de calificación ambiental"*, no será competente el Servicio para sancionar a el titular del

proyecto, sino que *“en tal caso, la Superintendencia del Medio Ambiente será el único órgano competente para sancionar”*. De esta manera, si bien esta ley consagra una acción pública de **denuncia**, permitiendo la posibilidad que *“cualquier persona [pueda] denunciar las infracciones que trata esta ley”*⁶⁹, en la práctica, dicha denuncia va a quedar finalmente circunscrita más a infracciones cometidas por “personas ajenas a la administración del área protegida”, que a grandes proyectos de inversión emplazados en ella, los cuales seguirán siendo fiscalizados de la misma manera que hoy. Finalmente, las actividades y proyectos que más daños pueden originar al medio ambiente son regidas por su propia ley, y este proyecto de ley permite que ella prime por sobre los objetivos de conservación y el deber de tutelar la preservación que tiene el Estado; preparando el camino para que se desarrollen actividades mineras, de acuicultura, etc., lo cual finalmente resta importancia a que un área se declare como protegida.

Sin tocar el artículo 17 N°2 del Código de Minería, este proyecto de ley deroga normas tan importantes como: el artículo 15 del decreto ley N°1.939, que señalaba que las áreas protegidas sólo podrán destinarse o concederse en uso para finalidades de conservación y protección del medio ambiente, permitiendo ahora concesiones con fines económicos. Asimismo, modifica el artículo 21 de esa ley señalando que los predios declarados como áreas protegidas *“no podrán ser destinados a otro objeto ni perderán esta calidad sino*

⁶⁹ No obstante, se elimina la frase contenida en el proyecto original que señalaba *“como también, de las disposiciones contenidas en los respectivos planes de manejo”*.

en la forma establecida en la Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas”, y no *“en virtud de decreto del Ministerio”* como señalaba originalmente, nuevamente permitiendo su cambio de objeto por una vía de jerarquía inferior, como van a ser los planes de manejo; lo cual nuevamente contraría la Convención de Washington. Por su parte, se elimina la expresión *“parques nacionales de turismo”* del artículo 11 Ley de Bosques de 1931, que señala que *“no podrán ser destinados a otro objeto sino en virtud de una ley”*; permitiendo que por medio del plan de manejo se pueda desvirtuar su objetivo de preservación. En definitiva, el avance de esta ley en cuanto que los Parques Nacionales no puedan ser modificados o desafectados sino en virtud de una ley, se ve absolutamente reducido al permitir variar su mismísimo objeto de protección, el cual anteriormente quedaba protegido por ley. Asimismo, modifica el artículo 10 letra p) de la Ley N°19.300 al siguiente tenor: *“ejecución de obras, programas o actividades en áreas que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en caso que la legislación respectiva lo permita”*; delimitando las categorías que deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a aquellas mencionadas en el proyecto de ley y elimina la frase *“cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial”*, que permitía incluir otras áreas que leyes daban protección, generando la incertidumbre de si ahora deben someterse o no al SEIA. Vale decir, al mismo tiempo que este proyecto consagra el principio de no regresión, ahora elimina la obligación de evaluar

impactos ambientales en algunas áreas colocadas bajo protección oficial, lo cual significa una enorme regresión.

De esta manera, queda libre el camino para que se puedan desarrollar actividades mineras en glaciares ubicados en áreas protegidas. Asimismo, varias de las normas del proyecto de ley se refieren a actividades de pesca y acuicultura. En efecto, el artículo 31 se pone *“en [el] caso que el plan de manejo para la conservación contemple acciones recaídas en recursos hidrobiológicos sometidos a un plan de manejo dictado en conformidad con el Párrafo 3 del Título II de la Ley General de Pesca y Acuicultura”*. Por su parte, el artículo 44, cuyo fin pareciera ser la prevención, control y erradicación de especies exóticas, se pone en el caso de autorizar especies exóticas, como lo son los salmones, al decir que *“el Servicio podrá (...): h) Autorizar o denegar, en conjunto con el Servicio Agrícola y Ganadero o la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, según corresponda, la internación de especies exóticas al país que sean calificadas como invasoras o de riesgo para la biodiversidad (...) j) Definir los criterios de análisis de riesgo de daño a la biodiversidad, los que deberán ser aplicados por el Servicio Agrícola y Ganadero o la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, según corresponda, previo a autorizar la internación de especies exóticas al país”*. Por último, el artículo 78 señala que *“para el caso de áreas protegidas que contemplen la **gestión sostenible o recuperación de especies hidrobiológicas de interés comercial**, se deberá consultar a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura sobre el programa respectivo”*. Es decir, si bien en un

comienzo esta ley da una apariencia de recoger lo suscrito en la Convención de Washington en cuanto a prohibir la explotación de los recursos con fines comerciales, luego numerosas disposiciones siguen la lógica de permitir actividades económicas altamente invasivas, tales como el cultivo de salmones, en donde expresamente menciona su “interés comercial”. Ahora bien, podría ser que dichas normas sigan la lógica de hacerlas aplicables a los proyectos ya autorizados con anterioridad, o aquellos emplazados en reservas naturales, ya que el proyecto de ley modifica pero mantiene la prohibición contemplada en el artículo 158 de la Ley de Pesca, que excluye la actividad pesquera extractiva y de acuicultura en reservas de regiones vírgenes, parques nacionales, parques marinos y monumentos naturales. Sin embargo, al por un lado permitirse y por otro prohibirse actividades económicas en estas áreas, se genera una gran confusión que finalmente será dejada a la interpretación de los tribunales de justicia. Esté o no uno de acuerdo con el permitir este tipo de actividades en áreas protegidas, el proyecto de ley en sí mismo tiene claras inconsistencias y contradicciones en sus objetivos, por lo que ¿cómo se puede confiar que no se producirán más inconsistencias aún entre los planes de manejo y el objetivo de cada área?

8. LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA (LGPA)
DECRETO 430 DE 1992, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO
Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.892, DE 1989 Y SUS
MODIFICACIONES

La acuicultura es una actividad que se desarrolla sobre distintos recursos hidrobiológicos, siendo los más importantes en Chile los salmónidos y mitílidos. Para el cultivo de salmones se requiere utilizar bienes nacionales de uso público, tales como, las porciones de agua y fondo de mar, playa, terrenos de playa, y en ocasiones también ríos y lagos navegables. Estos bienes nacionales no pueden ser adquiridos en dominio por las empresas salmoneras, tal como lo dispone el artículo 6 inciso 2 del decreto-ley N° 1.939 de 1977, pero sí se les puede otorgar una concesión de acuicultura sobre ellos, que les da el derecho al uso y goce exclusivo de estos bienes, lo cual en la práctica - en cuanto bien incorporal - constituye una especie de propiedad para su titular sobre dicha concesión, la cual queda protegida por el artículo 19 N°24 de la Constitución. Estas concesiones solo pueden ser solicitadas en lo que se denominan las áreas apropiadas para la acuicultura. Desde el año 2010 se elimina de la Ley de Pesca –por la Ley N° 20.434 - la posibilidad de establecer áreas apropiadas para la acuicultura en ríos no navegables (por buques de más de 100 toneladas) y en lagos, sean o no navegables (artículo 67 LGPA), sin embargo

subsisten las concesiones otorgadas con anterioridad. En este mismo sentido, el artículo 67 bis señala que *“Las concesiones y autorizaciones no entregan dominio alguno a su titular sobre las aguas ni el fondo marino ubicado en los sectores abarcados por ellas, y sólo les permitirá realizar aquellas actividades para las cuales le han sido otorgadas, de manera armónica y sustentable con otras que se desarrollen en el área comprendida en la respectiva concesión o autorización, tales como la pesca artesanal y el turismo, entre otras”.*

La actividad de la acuicultura genera enormes impactos en el medio ambiente. Por lo mismo, varias son las disposiciones de esta ley que hacen referencia a la protección del ecosistema⁷⁰. El artículo 1 de la Ley de Pesca señala que las disposiciones de esta ley quedarán sometidas a la **“preservación de los recursos hidrobiológicos”**. A su vez, el artículo 1B – agregado por la Ley N°20.657 - indica que el objetivo de la Ley de Pesca es **“la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos”**.

70 Artículo 74: referido al deber del concesionario de acuicultura de mantener *“la limpieza y el equilibrio ecológico de la zona concedida”*.

El artículo 86: por el que se deben establecer las medidas para *“evitar la introducción de enfermedades de alto riesgo y especies que constituyeran plagas, aislar su presencia en caso de que éstas ocurran, evitar su propagación y propender a su erradicación”*.

El artículo 87: por el que deben establecerse las *“medidas de protección del medio ambiente para que los establecimientos que exploten concesiones o autorizaciones de acuicultura operen en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua lacustres, fluviales y marítimos, que aseguren la vida acuática y la prevención del surgimiento de condiciones anaeróbicas en las áreas de impacto de la naturaleza”*.

A su vez, la Ley de Pesca ha sufrido una serie de modificaciones por medio de otras leyes, algunas muy polémicas, como la Ley 21.132 (conocida también como la Ley Longueira), en donde se detectaron casos serios de corrupción de parte de los legisladores. Ahora bien, la ley de pesca originalmente no consagraba este enfoque precautorio, ecosistémico, contenía serias deficiencias, y vacíos de regulación, fiscalización y sanción de actividades, todo lo cual desencadenó fuertes consecuencias ambientales. De esta manera, las modificaciones a la ley más que una iniciativa del sector o de las autoridades, fueron también una respuesta a una serie de crisis sanitarias y medio ambientales que vivió la industria, sobre todo la crisis del Virus ISA del 2008, que dieron cuenta de la insuficiencia de la regulación existente, tornándose absolutamente necesario tomar medidas tales como: establecer medidas preventivas de resguardo ambiental, aumentar las causales de caducidad de la concesión y dar más facultades del Servicio Nacional de Pesca⁷¹.

71 El Servicio Nacional de Pesca no contaba con facultades para dictar programas sanitarios generales, y otros específicos para monitoreo y control de enfermedades, para establecer la zonificación del territorio nacional en base a su estatus sanitario, ordenar la eliminación de los ejemplares en cultivo o su completa destrucción ante un evento de emergencia sanitaria, entre otras, que fueron incorporadas por medio de modificaciones a la Ley de Pesca.

Se incorpora en la LGPA la posibilidad de establecer medidas y de imponer sanciones por su incumplimiento a los prestadores de servicios, esto es, aquellos que realizan actividades como limpieza, desinfección, transporte, lavado de redes, diagnóstico de enfermedades, monitoreos ambientales, entre otros. Se establecen restricciones productivas a los centros de cultivo y a las agrupaciones según su comportamiento sanitario, teniendo como indicador la clasificación de bioseguridad obtenida en un período productivo y como consecuencia, el nivel de densidad de cultivo que se aplica a la agrupación. En el caso de los de los centros de cultivo, si su desempeño sanitario da cuenta de altas pérdidas de ejemplares en el período productivo (se presume un mal manejo sanitario, ya que ningún productor propicia una pérdida de producción), se deberá disminuir la cantidad de peces a sembrar en el próximo ciclo. Se entiende que en estos casos el centro de cultivo está clasificado en bioseguridad media o baja. La reiteración de la clasificación en bioseguridad implicará la caducidad de la concesión del centro de cultivo.

Se prohíbe el uso preventivo de antimicrobianos (antibióticos) en la acuicultura y la necesidad de regular el uso de desinfectantes. Nuevas infracciones y nuevas causales de caducidad por incumplimiento de la normativa ambiental y

Si bien anteriormente habían instrumentos de evaluación ambiental específicos para la actividad, a saber, la caracterización preliminar del sitio (que consiste en una descripción de las condiciones del sector basada en muestreos), y los informes ambientales (presentados periódicamente por el titular de la concesión para dar cuenta de la situación de aerobiosis, esto es, oxígeno en el fondo o en la columna de agua en el sitio en cultivo), estos eran elaborados por el concesionario con la asesoría de un profesional en la materia. Es decir, era la propia empresa salmonera quién elaboraba (o más bien encargaba elaborar) los informes acerca de las condiciones en que ella misma operaba, lo cual derivó en que se detectaran casos en que dichos instrumentos no eran fidedignos. Posteriormente, se establece que los informes ambientales serán elaborados por terceros contratados por el Estado, traspasando la responsabilidad al Servicio Nacional de Pesca quien debe contratar a quienes lo realizarán, los que deben estar inscritos en un registro previa acreditación de su experiencia, calidad e independencia. Con esto se rompió el vínculo contractual entre el titular del centro de cultivo y quien debe elaborar el informe ambiental. No obstante, aun subsisten muchas deficiencias en cuanto a la fiscalización a

sanitaria. Entre ellas está obtener dos veces informes ambientales con resultados negativos en los centros de cultivo en lagos (antes que se prohibiera), la reiteración de infracciones graves sancionadas por la Subsecretaría de Pesca conforme al artículo 118 ter LGPA, etc.

Se hace un ordenamiento territorial, que incluye la relocalización de concesiones de salmones. Se establece la **distancia de 1,5 millas de distancia entre los centros de cultivo y los parques y las reservas marinas** y se elimina la posibilidad de realizar acuicultura en lagos, ya que se determina que no se podrán establecer áreas apropiadas para la acuicultura en ellos, y en ríos se permite solo la acuicultura de carácter extensivo. La zonificación del borde costero del litoral se incorpora en la LGPA, de modo que de existir una zonificación regional, las áreas apropiadas para la acuicultura deberán adecuarse a ella, rechazándose las solicitudes pendientes en áreas incompatibles. Asimismo, era necesaria la Instalación de un procedimiento sancionatorio administrativo que previera la suspensión de operaciones o causales de caducidad, al menos para las infracciones más graves. Para más información ver: FUENTES OLMOS, Jessica (2014). "Evolución del Régimen Ambiental de la Acuicultura en Chile", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII: pp. 441-477

las empresas salmoneras que toca realizar al Servicio Nacional de Pesca. Ello quedó en evidencia luego que reportajes del diario El Mostrador dieran cuenta de la forma en que la empresa de capitales noruegos, Nova Austral S.A., falseaba los índices de mortalidad de los salmones de sus centros de cultivo, llevando una contabilidad interna con cifras reales y otra distinta que comunicaba a la autoridad⁷².

Ahora bien, la Ley de Pesca en su artículo 158, establece una norma específica relativa a **áreas protegidas**, que establece que ellas están excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura, salvo las reservas nacionales, a saber:

Artículo 158.- Las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura.

⁷² La Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) inició cuatro procedimientos sancionatorios en contra de Nova Austral por incumplimientos ambientales detectados en cuatro centros de cultivo ubicados dentro del Parque Nacional Alberto de Agostini. Detectaron sobreproducción, la cual habría afectado al medio marino, constatando condiciones anaeróbicas, lo cual constituye una falta grave. Incumplimiento manifiesto a sus Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), la capacidad de carga biológica en un centro de cultivo se ve directamente afectada por el volumen de producción: a mayor volumen es mayor la cantidad de alimento que se suministra a los peces y mayor la cantidad de fecas que estos producen, lo que conlleva el aumento de nutrientes en el agua y consecuentemente el aumento de microorganismos que se alimentan de dichos nutrientes, la proliferación de algas, y en definitiva, la disminución de oxígeno. Se formuló un cargo por mal manejo de residuos provenientes de la actividad, traducido en la presencia de diversa índole en el lecho marino subyacente a la concesión, lo cual constituye una falta leve. Inadecuado manejo de mortalidades, inadecuado manejo de residuos sólidos, presencia de abertura en el pretil de seguridad de la plataforma de ensilaje, con el consecuente riesgo de escurrimiento de sustancias al medio acuoso; no disponer de los equipos necesarios para dar cumplimiento al Plan de Contingencias de Floraciones Algales Nocivas y Plan de Contingencia para escape masivo de peces e incumplir un requerimiento de información de la SMA, debido a que Nova Austral indicó no poseer registros de bitácora de control diario de mortalidad sometida a ensilaje en el ciclo productivo 2016-2018, cuando existen circunstancias en la investigación que hacen prever lo contrario. Esta falta es considerada gravísima, ya que el incumplimiento del requerimiento constituye un ocultamiento deliberado de información que impide el ejercicio de las atribuciones de la SMA, y que puede tener por objeto el encubrimiento u ocultamiento de otros incumplimientos normativos. Información disponible en EL MOSTRADOR (20/08/2019): Nova Austral contra la pared: SMA abre proceso sancionatorio contra salmonera por incumplimientos ambientales graves y gravísimos. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/20/nova-austral-contra-la-pared-sma-abre-proceso-sancionatorio-contra-salmonera-por-incumplimientos-ambientales-graves-y-gravisimos/>

No obstante, en las zonas marítimas que formen parte de Reservas Nacionales y Forestales, podrán realizarse dichas actividades.

Previa autorización de los organismos competentes, podrá permitirse el uso de porciones terrestres que formen parte de dichas reservas, para complementar las actividades marítimas de acuicultura.

Pronunciándose respecto a este artículo, Contraloría General de la República emite dictamen N° 1.326 de 2012, que señala que efectivamente no se pueden desarrollar proyectos de salmonicultura en áreas silvestres protegidas del Estado, permitiéndose de manera excepcional esa actividad en zonas marítimas localizadas en **reservas nacionales** y forestales. Posteriormente, la misma empresa Nova Austral S.A. - que había solicitado la aprobación de cuatro Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) sobre proyectos de centro de cultivo de peces localizados en el Parque Nacional Alberto Agostini, y en los que CONAF se pronuncia desfavorablemente recomendando su rechazo - recurre a la Contraloría General de la República solicitando la reconsideración del referido dictamen N° 1.326 de 2012. Ante ello, Contraloría se pronuncia mediante dictamen N° 38.429 del año 2013, reiterando el criterio que la regla general es que **está prohibida toda actividad de acuicultura en las porciones de agua que formen parte del SNASPE, por excepción, puede ser autorizada si se realiza en zonas marítimas que formen parte de reservas nacionales y forestales.** Asimismo, señala que “los

*servicios públicos deberán adecuar sus procedimientos a los criterios antes descritos y modificar los decretos que declaran áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura que no se ajusten a esa restricción”, estableciendo a la autoridad el deber de tomar medidas positivas para asegurarse que se dé cumplimiento a la prohibición establecida en la legislación vigente. Sin embargo añadió que ello “debe entenderse, por cierto, **sin perjuicio del respeto que corresponde otorgar a las situaciones jurídicas ya consolidadas**”. Esta frase final dio pie para una serie de dudas acerca de qué sucedía con las concesiones de acuicultura ya otorgadas sobre áreas protegidas. En atención a ello, el ex Ministro de Economía, Fomento y Turismo Pablo Longueira, entre otros, se dirigieron a la Contraloría General de la República para consultar sobre el alcance de la expresión “*sin perjuicio del respeto que corresponde otorgar a las situaciones jurídicas ya consolidadas*”. Contraloría en dictamen N° 41.121 del año 2014, señala que “*las peticiones de modificación de concesiones de acuicultura -y por ende de sus respectivos proyectos técnicos-, al no constituir derechos adquiridos sino meras expectativas, se rigen por la legislación vigente al momento de resolverse el pertinente requerimiento. Atendido lo anterior, en el caso consultado, el titular de una concesión de acuicultura otorgada con anterioridad al dictamen que se solicita aclarar, tiene la atribución legal de solicitar la modificación de su proyecto técnico, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva por la autoridad, ya que de lo contrario se estaría en presencia de una restricción para el ‘titular’ que no se encuentra**

prevista por el legislador". Vale decir, Contraloría señala que si bien los titulares de concesiones sobre áreas protegidas que se otorgaron antes de que se dictara la prohibición del artículo 158, pueden solicitar la modificación de su concesión (cualquiera que esta sea), sin embargo rige para ellos la legislación vigente, vale decir, la referida prohibición. Por otro lado, el dictamen se pronuncia sobre *"la interrogante de si los actuales titulares de concesiones de acuicultura en parques nacionales pueden solicitar su renovación, [señalando que] cabe expresar que el inciso segundo del artículo 69 de la referida ley N° 18.892, sostiene que "Las concesiones de acuicultura tendrán un plazo de 25 años y se renovarán por igual plazo, a menos que la mitad de los informes ambientales hayan sido negativos o se hayan verificado las causales de caducidad de esta ley (..) De lo anterior, se advierte que la factibilidad de una renovación de una concesión es una posibilidad que la propia ley ha entregado al 'titular', lo que no implica, necesariamente, que la autoridad se encuentre forzada a concederla, toda vez que para ello se requiere cumplir con las condiciones establecidas en el expresado artículo 69"*. Es decir, también permite poder solicitar la renovación de las concesiones establecidas sobre parques nacionales, dejando a la autoridad en libertad de acción para conceder o rechazarla. En la práctica ello se traduce en que una concesión de acuicultura otorgada sobre un área protegida, podría ser renovada y seguir desarrollando la actividad eternamente en ella, si así lo estima la autoridad, ya que se le otorga protección a su derecho de propiedad sobre la concesión que adquirió antes

que la prohibición del artículo 158 de la Ley de Pesca entrara en vigencia, obviando, que ya existía la prohibición contemplada en la Convención de Washington respecto a no explotar dichas áreas con fines económicos.

De la prohibición de desarrollar actividades de acuicultura en el área marítima de áreas protegidas (artículo 158 LGPA) debería seguirse que ni siquiera existiría la posibilidad de evaluar ambientalmente tales proyectos o actividades. Sin embargo como hemos visto, se han permitido estos proyectos, sobretodo en reservas nacionales.

VI. ¿CÚAL ES LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS RESERVAS NACIONALES?

La prohibición del artículo 158 de la Ley de Pesca no alcanza a las **Reservas Nacionales**, las cuales si bien buscan conservar y brindar una mayor protección al área que es declarada como tal; ni la Ley 18.362, ni la Convención de Washington otorgan un objetivo de preservación de la naturaleza. En este sentido, en las reservas nacionales sí podrían desarrollarse actividades económicas, siempre que sean precedidas de un Estudio de Impacto ambiental, que asegure que se cumpla con su objetivo de conservación y protección del medio ambiente. De esta manera, no puede autorizarse tampoco cualquier actividad sobre ellas, sino sólo aquellas que sean compatibles con dicho

objetivo de conservación ambiental que buscan asegurar. Es respecto de este tipo de áreas protegidas sobre la que cobra sentido efectivamente el artículo 11 letra d) de la Ley N° 19.300.

Sin embargo, a la empresa Nova Austral se le otorgaron concesiones de centros de cultivo de salmones en la recién creada **Reserva Nacional Kaweswqar**, las cuales fueron dejadas sin efecto por la Corte Suprema - conociendo de recurso de protección, causa rol 31.594-2018 - porque comunidades indígenas habían solicitado declarar el lugar como Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios (ECPO), con anterioridad a que se solicitaran las concesiones de acuicultura, lo cual suspendía toda solicitud de otras concesiones en el lugar. La Ley N° 20.249 sobre ECPO, permite a comunidades solicitar espacios de borde costero con preferencia sobre toda otra solicitud, mientras se acredita el uso consuetudinario que los solicitantes han tenido del sector respectivo, y en este caso, no podía otorgarse las concesiones de acuicultura mientras se resolvía la solicitud de ECPO. Agrava la situación el hecho que el proyecto de centros de cultivos de salmones en la Reserva Nacional Kaweswqar ingresa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por la vía de Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), y no un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), tal como lo exige el artículo 11 letra d) de la Ley 19.300; en circunstancias que habiendo población indígena en el área debería realizarse consulta indígena. Adicionalmente, esta área aún no contaba con Plan de Manejo que señale sus objetivos de conservación ambiental, los

que tampoco se encuentren especificados en el decreto de creación de la misma. Es decir, si bien las Reservas Nacionales permiten ciertas actividades compatibles con su objeto de conservación ambiental, en este caso se corría serio riesgo de que dicho objetivo fuera contrariado, lo cual sólo fue evitado por una oportuna solicitud de ECPO por parte de comunidades indígenas.

La Constitución Política de 1980 del Estado de Chile, no reconoce a los pueblos indígenas, no hace mención alguna de ellos, y define al Estado como unitario. Por su parte, nuestra ley ambiental los menciona escasamente, sobretodo para efectos de la consulta indígena, lo cual cambia con el nuevo proyecto de Ley SBAP, tal como vimos. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado específicamente respecto a casos de Reservas Naturales y pueblos indígenas. En efecto, en Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2015, señala que *“existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando (...) por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación”*. Asimismo, señala que *“la falta de mecanismos expresos que garanticen el acceso, uso y la participación efectiva de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono en la conservación de las referidas reservas y sus beneficios, configura una violación del deber de adoptar las disposiciones que fueren necesarias para hacer efectivas tales medidas, a fin de garantizar el derecho a la propiedad*

*colectiva, a la identidad cultural y a los derechos políticos, en perjuicio de los pueblos Kaliña y Lokono”. Tal como lo señala el análisis del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 22: Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, “La Corte considera relevante hacer referencia a la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. En este sentido, la Corte estima que un área protegida, consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la **sociocultural** y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo. En este sentido, los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad”.*

De acuerdo a la Corte IDH, el Estado tiene el deber de proteger tanto las áreas de reserva natural como los territorios tradicionales con el fin de prevenir daños en el territorio indígena, inclusive aquel que proceda de terceros, a través de mecanismos adecuados de supervisión y fiscalización que garanticen los derechos humanos, en particular, mediante la supervisión y fiscalización de estudios de impacto ambiental. Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar actividades bajo su jurisdicción que pueden producir un daño significativo al medio ambiente, establecer un plan de contingencia y mitigar el daño ambiental significativo que hubiere producido. Los Estados deben actuar

conforme al **principio de precaución**, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica (párrafo 180 de Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017).

VII. RESERVAS DE LA BIÓSFERA DECLARADAS POR LA UNESCO

El concepto de reserva de biosfera fue elaborado en 1974 por un grupo de trabajo del **Programa sobre el Hombre y la Biosfera (MAB)** de la UNESCO, el cual tiene como objetivo lograr un equilibrio sostenible entre las necesidades, a veces en conflicto, de conservar la diversidad biológica, fomentar el desarrollo económico y conservar los valores culturales a éste vinculados. La red de reservas de biósfera se inició en 1976. En marzo de 1995 la UNESCO organizó en Sevilla (España) una conferencia de expertos. La Estrategia de Sevilla, elaborada en esta conferencia, recomienda las acciones a llevarse a cabo para el futuro desarrollo de las reservas de biósfera en el siglo XXI. Asimismo, la Conferencia de Sevilla permitió definir el **Marco Estatutario de la Red Mundial de Reservas de Biósfera**, adoptada bajo la Resolución 28 C/2.4, que estipula las condiciones para el buen funcionamiento de dicha red. En este se definen las reservas de biósfera como *“zonas de ecosistemas terrestres o costero/marinos o una combinación de los mismos, reconocidas en el plano internacional como tales en el marco del Programa MAB”*. Por otro

lado, ninguna ley chilena regula o se refiere a las reservas de biósfera, salvo el nuevo proyecto de Ley de SBAP, que las define como un “*área de ecosistemas terrestres, costeros o marinos, o una combinación de los mismos, reconocida internacionalmente en el marco del Programa del Hombre y la Biósfera de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, como parte de la Red Mundial de Reservas de la Biósfera*”. Las reservas son propuestas por los gobiernos nacionales, debiendo satisfacer algunos criterios y cumplir un mínimo de condiciones para que puedan ser admitidas en la Red ⁷³.

Las reservas de biósfera deben cumplir con tres funciones complementarias: *conservación, desarrollo y apoyo logístico*. La **función de conservación**, se entiende como aquella destinada a la protección de los recursos genéticos, las especies, los ecosistemas, y los paisajes (protegiendo la biodiversidad y las bellezas escénicas). Por su parte, la **función de desarrollo**, busca promover un desarrollo económico y humano sostenible, desde los puntos de vista sociocultural y ecológico. En este contexto, es posible la ejecución de actividades productivas, las que deben sujetarse a las normas nacionales vigentes. Se debe procurar que la relación de cierta actividad no afecte negativamente a otras actividades y recursos naturales, de modo de

73 La propuesta de afectación de una zona como reserva de biósfera debe surgir de los gobiernos nacionales, debiendo satisfacer un conjunto de criterios para lograr su reconocimiento, tales como: Tener importancia para la **conservación de la diversidad biológica**; contener un mosaico de sistemas ecológicos representativos de regiones biogeográficas; ofrecer posibilidades de ensayar métodos de **desarrollo sostenible** en escala regional; aplicar mecanismos que faciliten la **integración y participación** de una gama adecuada de sectores, entre otros, autoridades públicas, comunidades locales e intereses privados, en la concepción y ejecución de las funciones de las reservas de biósfera; y tener dimensiones suficientes para cumplir las tres funciones de las reservas de biósfera (conservación, desarrollo, apoyo logístico).

asegurar y fortalecer los tres pilares del desarrollo sostenible: desarrollo social, desarrollo económico y protección del medio ambiente. Por último, la **función de apoyo logístico**, tiene como finalidad respaldar y alentar actividades de investigación, de educación, de formación y de observación permanente relacionadas con actividades de interés local, nacional y mundial encaminadas a la conservación y el desarrollo sostenible. En definitiva, las reservas de biósfera intentan responder a la pregunta de ¿Cómo conciliar la conservación de la diversidad biológica, la búsqueda de un desarrollo económico y social y el mantenimiento de los valores culturales asociados?

Para cumplir estas tres funciones, las Reservas de la Biósfera han adoptado un sistema de zonificación del área, la cual se divide en tres espacios, previa admisión por parte del Consejo Internacional de Coordinación (CIC):

a) Zona núcleo: puede haber una o más zonas núcleo, jurídicamente constituidas, dedicadas a la protección a largo plazo conforme a los objetivos de conservación de la reserva de la biósfera, de dimensiones suficientes para cumplir tales objetivos: conservar la diversidad biológica, vigilar los ecosistemas menos alterados, realizar investigaciones y otras actividades poco perturbadoras (por ejemplo las educativas). Corresponden principalmente a áreas protegidas.

b) Zona tampón o de amortiguamiento: también puede haber una o varias, deben estar claramente definidas, circundantes o limítrofes de la(s) zona(s) núcleo, donde sólo puedan tener lugar actividades compatibles con los objetivos

de conservación de la zona núcleo. Se utiliza para actividades desarrolladas de manera cooperativa, que sean compatibles con prácticas ecológicas racionales, como la educación relativa al medio ambiente, la recreación, el turismo ecológico y la investigación aplicada y básica.

c) Zona exterior de transición: es considerada una zona de uso múltiple, la que puede comprender variadas actividades agrícolas, de asentamientos humanos y otros usos, donde las comunidades locales, los organismos de gestión, los científicos, las organizaciones no gubernamentales, los grupos culturales, el sector económico y otros interesados trabajen conjuntamente en la administración y el desarrollo sostenible de los recursos de la zona. Asimismo, el artículo 4 N°5 del Marco Estatutario, agrega que en ellas se fomenta y practican formas de explotación sostenible de los recursos" ⁷⁴.

De la clasificación pareciera dar a entender, que la zona núcleo corresponde a áreas protegidas en donde no cabe la realización de actividades con un objetivo distinto a los valores ecosistémicos mencionados. Por el contrario, la zona de amortiguamiento y la zona exterior de transición, corresponden a zonas contiguas o cercanas al área protegida, en muchos casos en manos de privados, en donde se les otorga una categoría de protección que si bien permite la realización de actividades, ellas deben procurar no afectar los objetivos de conservación de la zona núcleo. En el caso

⁷⁴ BERMÚDEZ (2014) pp.362

de las zonas de amortiguamiento, permite actividades tales como el turismo ecológico e investigación, mientras que la zona exterior de transición reconoce la explotación sostenible de los recursos. Sin embargo, tal como hemos visto, nuestros tribunales y organismos encargados han permitido explotación de los recursos en áreas protegidas (zona núcleo), y el nuevo proyecto de Ley SBAP permite tanto el desarrollo de proyectos de inversión en ellas, como la concesión del área para actividades que implican infraestructura, tales como hoteles de turismo; lo cual le resta importancia a esta zonificación. Adicionalmente, al referirse a las reservas de biósfera, el proyecto de ley hace mención de la integración de la conservación con desarrollo sostenible y participación de las comunidades aledañas, al señalar que *“el Servicio promoverá el uso sustentable de los recursos naturales y la utilización de los instrumentos de conservación de la biodiversidad en las reservas de la biósfera declaradas en el marco del Programa del Hombre y la Biósfera, de UNESCO, a fin de mejorar el bienestar social y económico de las comunidades que en ellas habitan. Cuando la zona núcleo de una reserva de la biósfera constituya un área protegida, el Servicio procurará integrar el manejo de dicha área con la gestión local de la reserva. El Servicio, de acuerdo a su disponibilidad presupuestaria, otorgará asimismo asesoramiento técnico en estas áreas en conformidad a los objetivos planteados por el Programa del Hombre y la Biósfera”*.

De esta manera, las reservas de biósfera son mucho más que simples áreas protegidas, siendo una herramienta que aprovechan científicos, planificadores, usuarios de los recursos naturales y responsables de formular políticas, para generar variedad de conocimientos y experiencias que vinculen la conservación de la biodiversidad y el desarrollo socioeconómico para el bienestar de la humanidad. En este sentido, es un claro ejemplo de como los instrumentos ambientales e internacionales han ido abandonando la tradición de preservación que inspira la Convención de Washington, hacia el concepto de desarrollo sostenible. La Estrategia de Sevilla llega incluso a señalar que las reservas de biósfera *“en lugar de convertirse en islas en un mundo cada vez más amenazado por el impacto de las actividades humanas, pueden ser el teatro de la reconciliación entre los seres humanos y la naturaleza y permitir la revalorización de del conocimiento acumulado para responder a las necesidades de las generaciones futuras”*. Sin embargo, cabe señalar que de las áreas protegidas que conforman las actuales reservas de biósfera en Chile, la gran mayoría de su extensión –cerca del 92% - son de propiedad del Estado y libres de ocupación humana. Es por ello que cabe preguntarse, ya que el Estado tiene un deber de preservar y en este caso tenemos áreas prístinas bajo la tutela y propiedad del Estado ¿Es conveniente el promover realmente el desarrollo de actividades económicas en ellos? Distinto es el caso que se intente regular las actividades que se desarrollen en zonas colindantes a su núcleo (área protegida propiamente tal), en donde se establezcan parámetros

claros, de forma que si se llegaran a realizar proyectos de inversión que causen impacto en el medio ambiente, estos tengan que regirse por una serie de parámetros que realmente permitan un desarrollo sostenible, que no afecte la conservación de la biodiversidad del lugar, que respete las cosmovisiones de las comunidades aledañas, las que incluso puedan participar de los beneficios que dichas actividades generen. Sin embargo, cuando se describe este tipo de actividades que no afectarían la biodiversidad existente en la zona ¿pensamos en la minería, una hidroeléctrica, la acuicultura? ¿pueden ser realmente compatibles con dichos objetivos? ¿Puede por ejemplo un proyecto salmonero que no solo afecta la belleza paisajística del lugar, sino la oxigenación y acidez de las aguas, ser considerado sostenible para estos efectos donde se busca no afectar el propósito de conservación de la biodiversidad? ¿O un proyecto minero que intervenga un glaciar ubicado en una reserva de biósfera? ¿Se permiten medidas de compensación para autorizar esta pérdida de biodiversidad, tal como señalaba la Corte Suprema en caso HidroAysen?

Si bien las Reservas de la Biósfera se rigen por las directrices definidas en el Marco Estatutario de la Red Mundial de Reservas de Biósfera, éste establece en su artículo 2 N°3 que *“cada reserva de la biósfera quedará sometida a la jurisdicción soberana de los Estados en que esté situada”*, por lo que están sometidas únicamente a la legislación nacional de cada Estado. Por esta razón, las Reservas de Biósfera han sido consideradas como un programa “paraguas” o un simple “diploma internacional de protección”, ya que finalmente

puede haber leyes nacionales que permitan contrariar sus objetivos. Si bien están regidas por la legislación nacional, no hay una ley chilena - a diferencia países como Perú y Paraguay - que se refiera expresamente y otorgue una cobertura normativa vinculante para esta clase de áreas (salvo el proyecto de ley SBAP que escuetamente se refiere a ellas). Por ello, hay autores que han señalado que poseen una regulación infralegal, donde la fuente formal corresponde a la Resolución 28 C/2.4 de la Conferencia General de la UNESCO, carente de rango de ley y, por tanto, de la aptitud para limitar garantías constitucionales. Sin embargo, a pesar de no tener una ley nacional vigente que regule estas áreas, la Ley N° 19.300 reconoce legalmente y regula los tipos de espacios carentes de regulación, y aquellas consagradas en instrumentos infralegales, al incorporarlos en el listado del artículo 10 letra p)⁷⁵. Sin embargo, tal como vimos, este artículo podría ser modificado por el nuevo proyecto de ley SBAP, eliminándose la frase “áreas colocadas bajo protección oficial”. Ahora bien, la ley del medio ambiente chilena en el artículo 11 letra d), se pone en el caso que los proyectos o actividades mencionados en el artículo 10, que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contemplen su localización **en o próxima** a áreas protegidas (zonas núcleo) susceptibles de ser afectadas, se debe elaborar un Estudio de Impacto Ambiental; por lo cual también las zonas tampón (e incluso las zonas exteriores

⁷⁵ BERMÚDEZ (2014) pp.366

de transición) ingresarían al SEIA y deberían evaluarse sus impactos mediante un EIA.

Entre las razones consideradas para solicitar la nominación, está la de otorgar un estatus internacional a un conjunto de áreas protegidas que representan una muestra de la diversidad ecosistémica del país. Debe tenerse presente que la designación de una reserva conlleva una obligación jurídica para el Estado pertinente, ya que la postulación ante UNESCO representa el interés y voluntad de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento y manutención de los criterios que hicieron posible la nominación, y en general lograr que se cumplan sus funciones, respetando la zonificación. En caso contrario, que la reserva deje de cumplir de manera significativa tales criterios, podría llegar a perder su condición de tal, de acuerdo al procedimiento establecido en el Marco Estatutario. Ahora bien, son incluidas en la Red Mundial mediante una designación efectuada por el Consejo Internacional de Coordinación (CIC) del programa MAB, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 5 del marco estatutario. No obstante, el artículo 9 N°8 del mismo cuerpo dispone: *“si un Estado deseara retirar de la Red una reserva de biósfera que este bajo su jurisdicción, lo notificará a la secretaria. La notificación será transmitida al CIC para su información. La zona dejará de ser reserva de biósfera considerada perteneciente a la Red”*. Por ende, basta una mera notificación para que esta zona deje de pertenecer a la Red de Reservas de Biósfera de la UNESCO.

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de desarrollar actividades económicas en áreas declaradas Reservas de la Biósfera. A pocos años de la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en el ordenamiento jurídico chileno por la Constitución del 80, la Corte Suprema en sentencia de fecha 19 de diciembre del año 1985, respecto de un proyecto que pretendía extraer agua del Lago Chungará para vaciarlas en las lagunas del Cotacotani, localizadas en zona declarada como Reserva de la Biósfera por la UNESCO en 1981, dio plena aplicación y vigencia al artículo III de la Convención de Washington, señalando que no podían explotarse con fines comerciales sus riquezas y que se requería dar a nuestra incipiente normativa ambiental – inexistente a esa época al no haberse dictado aún la Ley N° 19.300 - *“una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional”*.

Resulta paradójal que una vez que se dictan leyes ambientales destinadas a implementar, regular, dar contenido y hacer efectivo los derechos, garantías, deberes y compromisos que el Estado Chileno tiene en materia ambiental, la Corte Suprema en la ya citada sentencia que se pronuncia sobre el Proyecto de Exploración Minera Catanave, ubicado en la Reserva Nacional Las Vicuñas, catalogada como Reserva de la Biósfera de la UNESCO; cambie radicalmente de criterio, señalando que de los artículos 10 letra p) y 11 letra d)

de la Ley de Bases del Medio Ambiente, se desprende que basta que exista una evaluación de los impactos ambientales, para poder explotar económicamente áreas protegidas, no mencionando en ningún momento a la Convención de Washington.

Al final el contar con leyes ambientales destinadas a proteger el medio ambiente, dictadas en virtud de compromisos internacionales ante un deterioro cada vez mayor de la biósfera, terminó sirviendo de fundamento para rechazar la protección del derecho constitucional a un medio ambiente libre de contaminación. Es decir, en virtud de una ley - destinada a proteger el medio ambiente por lo demás - se terminó limitando el contenido de un derecho ambiental establecido en la Constitución, norma de jerarquía superior. Cuando la lógica y el sentido común diría que mientras más legislación y compromisos ambientales suscribamos, y mientras más años pasen, más fuerte y fundado debería ser el avance en nuestros criterios jurisprudenciales y la protección que se busca a través de los instrumentos que hemos creado; esta sentencia por el contrario significa un retroceso en la protección del medio ambiente que el Estado Chileno tiene la obligación de garantizar. Por su parte, tenemos un proyecto de ley que si bien en apariencia aparece recoger el artículo III de la Convención de Washington y un principio de no regresión en la protección ofrecida, finalmente en la práctica permite una mayor actividad de proyectos destinados a una explotación comercial de los recursos naturales de las áreas protegidas, y amarra las posibles interpretaciones de los jueces a tener que

darle preeminencia a la ley sectorial que regula la actividad por sobre la ley de áreas protegidas, lo cual podría tener consecuencias gravísimas en la protección de la biodiversidad.

En Chile hay nueve áreas que han sido declaradas como Reservas para la Biósfera por la UNESCO, abarcando cerca de 9,7 millones de hectáreas. De ellas, un 66% - 4,3 millones de hectáreas - son asimismo áreas protegidas, representando un 30% de la extensión total del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (y 21 áreas protegidas en total)⁷⁶. Una de ellas, es la que mencionaba al principio de este trabajo, la Reserva de Cabo de Hornos, ubicada en la Región de Magallanes, de cerca de 5 millones de hectáreas de zonas marítimas y terrestres, la cual tiene la virtud de ser un área prístina, con escasísima intervención humana, lo cual ha permitido contar aun con aguas con niveles de oxigenación y acidificación saludables. Ello la hacen especialmente atractiva para empresas salmoneras dedicadas al cultivo de peces, ya que la actividad y el deterioro que han ido dejando sobre los océanos – especialmente en la Región de Los Lagos – ha provocado que se hayan tenido que ir trasladando cada vez más hacia el sur, en busca de aguas que no tengan condiciones anaeróbicas⁷⁷.

76 ARAYA ROSAS, Pedro (2009): El Modelo de Reserva de Biósfera e Instrumentos para su Utilización Sostenible. El caso de Chile. (Programa de Cooperación Sur-Sur, Documentos de Trabajo N°39, 2009, UNESCO).

77 El Informe del IPCC (2014) arrojó una reducción del oxígeno disuelto en el mar de un 06-2% como promedio acumulado en los últimos 60 años, y el incremento de la acidificación de un 26% acumulado en los últimos 200 años (correspondiente a una disminución del pH de 8.2 a 8.1). Asimismo, el informe IPCC de año 2019, da cuenta de que los océanos han absorbido más del 90% del exceso de calor del sistema climático, y absorbido entre el 20 y el 30% de las emisiones de dióxido de carbono antropógenas, lo cual ha causado su acidificación, la que junto con el calentamiento y pérdida de oxígeno, ya afectan a la distribución y abundancia de vida marina. De acuerdo a Sernapesca, ha habido más de 600 concesiones de acuicultura que generaron condiciones anaeróbicas, según esa tipificación, la reducción de oxígeno sería 35-118 veces más que la que se atribuye al cambio climático global (8.6 a 2.5 mg/litro a 1m del fondo) y la

En este sentido, con fecha 6 de junio de 2019, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa rol 369-2019, dictó sentencia respecto del recurso de protección interpuesto por la Fundación Greenpeace Pacífico Sur y personas naturales que residen, habitan y desarrollan actividades económicas ligadas al turismo en la Reserva de la Biósfera Cabo de Hornos; rechazándolo fundado en argumentos acerca de la falta de legitimación activa que tendrían para interponer el recurso, con una visión absolutamente antropocentrista, individualista y reduccionista de lo que significa el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. A mayor abundamiento, la Corte de Punta Arenas señala que al ser Greenpeace una persona jurídica, *“cabe desestimar desde ya su titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, desde que esto únicamente les asiste en titularidad a las personas naturales (...) el derecho constitucional que se establece es a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación. Es decir, lo que se consagra en el artículo 19 N°8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él. Lo que con ello se pone de relieve es que el **derecho tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres (...) una persona natural, no estando legitimados para recurrir quienes no tienen el derecho, por ejemplo, las personas jurídicas,***

reducción del pH sería 10 veces mayor (8.1 a 7.1 en el fondo), correspondiente a una acidificación de 900%. La reducción del Oxígeno a esos niveles provoca asfixia y muerte de la mayoría de los organismos, y tales niveles de acidificación impedirían la formación de caparzones y esqueletos calcáreos de muchísimos organismos marinos (por ejemplo, moluscos, crustáceos, equinodermos, peces y microorganismos como foraminíferos, coccolitofóridos, etc). Ver reportaje

EL MOSTRADOR (7/08/2019): Cambio climático y salmonicultura: las cifras catastróficas de acidificación del mar y anoxia en la Patagonia. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/08/07/cambio-climatico-y-salmonicultura-las-cifras-catastroficas-de-acidificacion-del-mar-y-anoxia-en-la-patagonia/>

que como tales podrían tener por finalidad la protección del medio ambiente (...) es propio de las personas naturales, porque emana de la naturaleza humana (...) es decir, es consecuencial a la humanidad, al carácter de hombre y mujer (...) debe rechazarse sin más el recurso de protección y considerando que las recurrentes (...) quienes manifiestan desarrollar actividades económicas ligadas al turismo en el área de influencia en que se emplazarán los centros de cultivos de salmones del titular Cabo Pilar [Nova Austral S.A.], **no lograron acreditar en el presente recurso las actividades mencionadas**, ha de concluirse por estos sentenciadores que a sus respectos **no se pueden estimar que tienen un interés directo ni haber resultado directamente lesionada con algún acto que conculque garantías constitucionales**, por lo que en consecuencia no pueden ser sujetos activos de la acción impetrada”.

Esta sentencia significa en la práctica impedir la posibilidad de poder tutelar la preservación del medio ambiente, vía recurso de protección, invocando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; si es que no hay un ser humano cuyos derechos se han lesionado, equiparándolo casi al derecho a la vida meramente, sin reconocer otros tipos de intereses, ni siquiera aquellos relacionados a actividades de turismo.

Ahora bien, por condiciones ajenas al caso en cuestión, adquirió notoriedad el reportaje de El Mostrador sobre la Empresa Nova Austral S.A., captando el interés de políticos como Guido Girardi, Carolina Goic y Ximena

Órdenes⁷⁸, lo cual llevó a que por medio de las resoluciones N°s 1.873. 1.874, 1.875 y 1.876, todas del año 2019, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas declarara la caducidad de las 4 concesiones de acuicultura ubicadas dentro de la Reserva de la Biósfera Cabo de Hornos. Posteriormente, Contraloría General de la República mediante Dictamen N° 19.435 de 22 de julio de 2019, toma de razón de las resoluciones citadas, determinando que se encontraban ajustadas a derecho. Es decir, si bien las concesiones han sido caducadas, no ha sido bajo una tutela constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que permita que los ciudadanos o sociedad civil afectada, puedan recurrir para efectos que se reestablezca el imperio del derecho; sino que la respuesta corresponde más bien a una presión ejercida sobre las autoridades a partir de la notoriedad y conmoción pública que ha causado la información filtrada acerca de las fraudulentas prácticas de la empresa Nova Austral S.A.

VIII. ¿PRESERVACIÓN?

De esta manera, después de esta larga exposición acerca de nuestra legislación ambiental en materia de áreas protegidas, el lector podrá aún preguntarse **¿Bueno hay o no espacio para la preservación en el**

⁷⁸ EL MOSTRADOR (2/08/2019): Senadores dejan los puntos claros: en el caso de Nova Austral no era una falla puntual sino un modelo de operar. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/02/senadores-dejan-los-puntos-claros-en-el-caso-de-nova-austral-no-era-una-falla-puntual-sino-un-modo-de-operar/>

ordenamiento jurídico chileno? Y la verdad es que la pregunta no es una de respuesta inmediata.

Pareciera que hace ya un buen tiempo, nuestros legisladores y alguna jurisprudencia, han encontrado incómodo el concepto tradicional de “preservación”, desconociendo de plano su sentido original, y han intentado de integrar más bien el concepto de desarrollo sostenible, para efectos de permitir actividades económicas en áreas protegidas. Sin embargo, para ello han confiado a ciegas en lo señalado en Estudios de Impacto Ambiental, y en las capacidades fiscalizadoras de las instituciones encargadas de supervisar la conformidad con las leyes, las que en la práctica se han visto notoriamente superadas, tal como lo demuestra el caso Nova Austral. El nuevo proyecto de Ley de SBAP, llega incluso más allá, confiando que un organismo recién creado – el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas – será capaz de regular y fiscalizar que las actividades a desarrollar realmente se conformen con los objetivos de conservación de la naturaleza buscados. Se le dota de nuevas facultades que no tenía CONAF y se espera que realice una tarea gigante de fiscalización y coordinación con otros organismos, como la Superintendencia del Medio Ambiente y Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, en su misión. Asimismo, si bien aparenta conformidad con la Convención de Washington, el proyecto de ley desconoce toda la tradición preservacionista que está detrás de ella, y aprovechándose que la Constitución no define qué se entiende por preservación, redefine el concepto de manera ambigua, de forma que puedan

ejecutarse proyectos de inversión, de turismo, y mega proyectos hoteleros, en zonas que hoy en día todavía parte de la doctrina y jurisprudencia cree que ello no es permitido; todo lo cual significa una enorme regresión en materia del deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza. En este sentido, más que preocuparse de la protección del medio ambiente en áreas protegidas, pareciera regular de qué forma se va a permitir el desarrollo de actividades económicas en ellas.

De esta manera, podemos señalar que la preservación en nuestra legislación **no se encuentra totalmente asegurada**, ha quedado entregada a la interpretación de los jueces, y se ve crecientemente amenazada. De hecho, la única categoría de área protegida que expresamente pretende mantener las condiciones originales del lugar de manera inviolable a toda actividad humana de explotación comercial, son las Reservas de Región Virgen, que si bien existe como categoría en nuestra legislación, no se ha declarado a la fecha ninguna área como tal.

Es más, hay una preocupante ignorancia de parte de las principales autoridades mundiales, acerca de lo que significa la preservación, o hay un deseo manifiesto de readecuar este concepto. Solamente semanas luego que se estuviera quemando la selva del Amazonas en Brasil, el presidente Jair Bolsonaro declaró: *“nos reuniremos todos los presidentes, excepto Venezuela, para discutir una política única de preservar el medio ambiente y explotarlo de manera sostenible”*, lo cual no deja de llamar la atención que la máxima

autoridad de ese país, utilice como sinónimos el preservar y explotar económicamente un área natural virgen, al mismo tiempo en que estaba siendo consumida por llamas, no dando cuenta de la incompatibilidad que hay entre ambas. Por su parte, el Presidente de Chile Sebastián Piñera declaró en su discurso en la Asamblea de las Naciones Unidas, que *“debemos dejar de lado esta falsa dicotomía entre crecimiento económico y protección del medio ambiente. El desarrollo o es sustentable, o no va a ser desarrollo, porque no compiten estos conceptos sino que se complementan”*. Sin embargo, no puede desconocerse que proyectos como el de Nova Austral en zonas como la Reserva de Biósfera Cabo de Hornos, si son incompatibles con los objetos de protección ambiental del área, y fue permitido en primera instancia por todas las instituciones encargadas de tutelar que se haga efectivo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es más, en el mismo discurso el presidente indica que *“debemos incorporar el cuidado de los océanos. Los océanos capturan el 50% de los gases de efecto invernadero, y además, capturan el 90% del aumento de la temperatura que generamos nosotros los seres humanos; y sin embargo, están gravemente afectados. El propio Informe Unidos por la Ciencia muestra como el grado de acidificación y desoxigenación que está afectando nuestros océanos, está matando la vida marina. Por eso la COP en Chile va a ser la COP azul”*. Sin embargo, el artículo 158 de la Ley de Pesca sólo prohíbe estas actividades en Reservas de Región Virgen (que no existe ninguna), Parques Naturales y Monumentos Naturales; quedando

desprotegida una Reserva de Biósfera como la de Cabo de Hornos. Asimismo, se mantienen aquellas empresas salmoneras cuyas concesiones ya han sido otorgadas, pudiendo incluso ser renovadas, a pesar que nuestra Constitución permite limitar los derechos de propiedad en virtud de la protección al medio ambiente. A su vez, hemos visto como se ha reducido 5.000 hectáreas de extensión del recién creado Parque Nacional Patagonia para efectos de permitir un proyecto minero en dicha área⁷⁹, y como se ha permitido introducir maquinaria pesada en el Parque Nacional Archipiélago Juan Fernández, para encontrar un tesoro supuestamente presente en el lugar⁸⁰.

En tiempos donde movimientos sociales piden dejar atrás “discursos vacíos” que realmente no pretenden dar la urgencia que dicen querer darle a la protección del medio ambiente, hoy ya se ha aprobado en el Senado un proyecto de ley del SBAP que si bien genera una apariencia de conformidad con la Convención de Washington y el deber constitucional de tutelar la preservación; vemos que en la práctica va totalmente en contra del espíritu de ambos, al tener más bien como objetivo el permitir en áreas protegidas actividades que le causan gran impacto, las que serán reguladas por sus legislaciones respectivas. Es decir, por la vía de una ley simple se está dejando

79 EL DESCONCIERTO (28/01/2019): Lobby de Minera Australiana logra reducir terrenos de Parque Nacional Patagonia. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/01/28/lobby-de-minera-australiana-logra-reducir-terrenos-de-parque-nacional-patagonia/>

80 EL DESCONCIERTO (21/09/2019): ¿Sedientos por el Tesoro? Indignación con Felipe Ward por autorizar destrucción de Juan Fernández y despedir a director de CONAF que se opuso. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/09/21/redes-sedientos-por-el-tesoro-indignacion-con-felipe-ward-por-autorizar-destruccion-de-juan-fernandez-y-despedir-a-director-de-conaf-que-se-opuso/>

como letra muerta un deber consagrado en la Constitución y compromisos internacionales que ha suscrito Chile.

IX. CONCLUSIONES

Al no existir una acción judicial para exigirle al Estado el cumplimiento del deber de tutelar la preservación de la naturaleza y al no haber un concepto claro y unívoco de lo que entendemos por preservación en nuestra legislación ambiental, este deber ha terminado siendo más bien una declaración de buenas intenciones, cumpliendo una función educativa o de sensibilización social, que puede servir a los jueces para interpretar el derecho al decidir un caso concreto, pero no un instrumento que lo haga exigible por la ciudadanía. Esto ha provocado que la jurisprudencia en la materia sea muy dispar y hasta contradictoria, no logrando generar efectos generales y permanentes que otorguen certeza acerca de cómo decidirán el asunto, y si pueden efectivamente llevarse a cabo actividades que exploten recursos naturales con fin económico en áreas protegidas.

Por ende, si realmente se quiere consagrar un deber de tutelar la preservación de la naturaleza, es necesario que no hayan contradicciones ni ambigüedades. Una posible forma de acabar con ello es que la Constitución defina la preservación en su texto constitucional, recogiendo asimismo lo

dispuesto por la Convención de Washington. En segundo lugar, es necesario consagrar una acción popular que permita una protección de la naturaleza, independientemente de los intereses que se tenga sobre el lugar o que se haya afectado el derecho de alguien de forma directa. Esta acción no debe discriminar entre posibles amenazas o afectaciones en concreto del derecho, haciendo aplicable el principio precautorio. No debe haber impedimento a que conociendo de esta acción, los jueces puedan revisar aspectos técnicos, sobretodo cuando hay indicios claros que la fiscalización no ha sido llevada de buena manera, abandonando el criterio de deferencia. Adicionalmente, es conveniente que Constitución determine jerarquía de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico, y que establezca como materia de ley el modificar límites de un área protegida. Respecto del proyecto de Ley de SBAP, debe eliminarse todas aquellas incompatibilidades detectadas, derogarse aquellas normas que permiten la explotación de los recursos naturales con fines económicos, tales como el artículo 17 N°2 del Código de Minería, y velar porque el turismo sea sustentable, impidiendo el desarrollo de mega proyectos hoteleros. A su vez, deben establecerse criterios que permitan determinar que proyectos son sostenibles y compatibles con objetivos de conservación en Reservas Nacionales y Reservas de Biósfera, extendiendo prohibición del artículo 158 LGPA a ellas. Por último, la ley ambiental debe velar por que los proyectos en áreas protegidas se aprueben vía Estudio de Impacto Ambiental, y que las medidas de compensación no sea ocupen como justificación para

vulnerar el objetivo de protección dispuesto en ellas. Si se ha declarado ese lugar como de interés y valor particular que es necesario preservar, no tiene lógica que se permita luego vulnerar dicho objetivo siempre que se compense el daño con otra medida. Asimismo, es necesario que no sean renovados ni prorrogadas, aquellos proyectos, actividades y concesiones autorizadas antes que las leyes protectoras del medio ambiente hayan entrado en vigencia, y que hoy contrarían sus objetivos, velando por que paulatinamente vayan dejando de operar.

De esta manera, se contribuirá a cambiar la lógica antropocentrista, donde son las personas quienes tienen derecho a que la naturaleza sea preservada, por una en donde la naturaleza misma tiene derecho a ser protegida de la depravación de sus recursos naturales. Permitiendo que lugares prístinos y ajenos a la actividad humana, puedan efectivamente ser preservados.

BIBLIOGRAFÍA

BASIC, Zlowenka y ARRIAGADA, Rodrigo (2012): Conservación de la biodiversidad y áreas protegidas en Chile. (Revista Agronomía y Forestal N°46 2012).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): Fundamentos de Derecho Ambiental. (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición).

ARAYA ROSAS, Pedro (2009): El Modelo de Reserva de Biósfera e Instrumentos para su Utilización Sostenible. El caso de Chile. (Programa de Cooperación Sur-Sur, Documentos de Trabajo N°39, 2009, UNESCO).

FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, Natalia Fabiola (). “Actividades Mineras en Parques Nacionales”, Revista de Derecho Ambiental: pp. 169-201

FUENTES OLMOS, Jessica (2012). “Las Autorizaciones de Pesca y el Derecho de Propiedad”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII: pp. 543-571

FUENTES OLMOS, Jessica (2014). “Evolución del Régimen Ambiental de la Acuicultura en Chile”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII: pp. 441-477

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2018). “Medio Ambiente, Constitución y Tratados en Chile”, Una Perspectiva Constitucional Del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile: pp. 61-92

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2018). “Recurso de Protección y Medio Ambiente en la Jurisprudencia en las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema”, Una Perspectiva Constitucional Del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile: pp. 167-189

JARIA I MANZANO, JORDI (2018). “El Derecho a un Medio Ambiente Sano: Contexto, Contenido y Perspectivas”, Una Perspectiva Constitucional Del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile: pp. 93-110

MENESES SOTELO, Felipe (2013): “Cambio en la interpretación administrativa sobre las áreas protegidas para efectos del SEIA: el caso de las Áreas de Protección de Recursos de Valor Natural”, Revista de Derecho Ambiental: pp. 105-114.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2018). “Notas sobre Recurso de Protección y Medio Ambiente en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Una Perspectiva Constitucional Del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile: pp. 149-166

ROZZI, Ricardo; MASSARDO, Francisca; BERGHOFER, Agustín y otros (2006): “Reserva de Biósfera Cabo de Hornos. Documento Base para la Incorporación del territorio insular del Cabo de Hornos a la Red Mundial de Reservas de Biósfera. Programa MAB-UNESCO”, Ediciones Universidad de Magallanes, Chile, 2006: pp. 135-140.

URRUTIA SILVA, Osvaldo (2013): “Jurisprudencia Nacional, Nuevos Tribunales Ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso: pp. 475-507.

URRUTIA SILVA, Osvaldo (2018). “La Implementación judicial del derecho internacional del medio ambiente”, Una Perspectiva Constitucional Del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile: pp. 111-148

JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema (1985), caso Lago Chungará.

Corte Suprema (2008), Rol 6397-2008, José Pablo Cisternas Lara, Martillero Público contra Comisión Regional del Medio Ambiente, COREMA.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2010), Rol N°267-2010, Javier Castro Caro en representación de CONAF con Resolución dictada por el Director Regional de Aguas, Región De Los Lagos.

Corte Suprema (2011), Rol 8213-2011, Hugo Gutiérrez Gálvez y Otro contra Comisión Evaluación Ambiental Región de Tarapacá

Corte Suprema (2011), Rol 2262-2011, Municipalidad de Putre con COREMA.

Corte Suprema (2012), Rol 10.220-2011, Antonio Horvath Kiss y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysen.

Corte Suprema (2013), Rol 4743-2011, CONAF Región de Los Lagos contra Director Regional de Aguas, Región de Los Lagos.

Corte Suprema (2014), Rol 7677-2013, Rendon Escobar Luis Mariano y Otros contra Gabriel Ruiz Tagle, Subsecretario de Deportes.

Corte Suprema (2019), Rol 31.594-2018, Comunidad Indígena ATAP con Riquelme.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas (2019), rol 369-2019, Asun con Pesquera Cabo Pilar S.A.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015), Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Sentencia de 25 de Noviembre de 2015. Serie C No. 309.

Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de Noviembre de 2017. Serie A No.23.

Tribunal Constitucional (2000), Rol N° 309-2000.

Tribunal Constitucional (2013), Roles N° 2387-12 y 2388-12, acumulados.

Contraloría General de la República (2012) en dictamen N° 1.326.

Contraloría General de la República (2013) en dictamen N° 38.429.

Contraloría General de la República (2014) en dictamen N° 41.121.

Contraloría General de la República (2019) en dictamen N° 19.435.

PRENSA:

EL MOSTRADOR (7/04/2008): Un negocio demasiado bueno para ser real. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2008/04/07/un-negocio-demasiado-bueno-para-ser-real/>

EL MOSTRADOR (10/11/2018): Malas noticias para el medio ambiente: presupuesto 2019 para proteger áreas protegidas disminuye en 13%. Disponible en: <https://m.elmostrador.cl/dia/2018/11/10/malas-noticias-para-el-medio-ambiente-presupuesto-2019-para-areas-protegidas-disminuye-en-13/>

EL DESCONCIERTO (28/01/2019): Lobby de Minera Australiana logra reducir terrenos de Parque Nacional Patagonia. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/01/28/lobby-de-minera-australiana-logra-reducir-terrenos-de-parque-nacional-patagonia/>

EL DÍNAMO (23/02/2019): Dramático: Chile ha perdido hasta un 37% de sus recursos hídricos en 30 años. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/ambiente/2019/02/23/dramatico-chile-ha-perdido-hasta-un-37-de-sus-recursos-hidricos-en-30-anos/>

EL DESCONCIERTO (26/03/2019): Salmonicultura se instala en las vírgenes aguas de la Reserva de Biósfera Cabo de Hornos. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/03/26/salmonicultura-se-instala-en-las-virgenes-aguas-de-la-reserva-de-la-biosfera-cabo-de-hornos/>

CNN (27/03/2019): Gobierno planea licitar y concesionar 10 parques nacionales en Chile para habilitar Hoteles. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/gobierno-planea-licitar-y-concesionar-10-parques-nacionales-de-chile-para-habilitar-hoteles_20190327/

EL MOSTRADOR (29/05/2019): La débil legislación ambiental y su responsabilidad en la pérdida irreversible de biodiversidad en Chile. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2019/05/29/la-debil-legislacion-ambiental-y-su-responsabilidad-en-la-perdida-irreversible-de-biodiversidad-en-chile/>

EL MOSTRADOR (9/06/2019): Denuncian Microbasurales en Laguna San Rafael. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/agenda-pais/2019/06/09/denuncian-microbasurales-salmoneros-en-laguna-san-rafael/>

EL MOSTRADOR (27/06/2019): Salmon Leaks: las adulteraciones de salmónera noruega Nova Austral en las prístinas aguas de la Patagonia Chilena. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/06/27/salmon-leaks-las-adulteraciones-de-salmonera-noruega-nova-austral-en-las-pristinas-aguas-de-la-patagonia-chilena/>

EL MOSTRADOR (2/08/2019): Salmon Leaks II: Las Manipulaciones y engaños en toda la cadena de producción de salmónera Nova Austral. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/02/salmon-leaks-ii-las-manipulaciones-y-enganos-en-toda-la-cadena-de-produccion-de-salmonera-nova-austral/>

EL MOSTRADOR (2/08/2019): Senadores dejan los puntos claros: en el caso de Nova Austral no era una falla puntual sino un modelo de operar. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/02/senadores-dejan-los-puntos-claros-en-el-caso-de-nova-austral-no-era-una-falla-puntual-sino-un-modo-de-operar/>

EL MOSTRADOR (7/08/2019): Cambio climático y salmonicultura: las cifras catastróficas de acidificación del mar y anoxia en la Patagonia. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/08/07/cambio-climatico-y->

salmonicultura-las-cifras-catastroficas-de-acidificacion-del-mar-y-anoxia-en-la-patagonia/

EL MOSTRADOR (20/08/2019): Nova Austral contra la pared: SMA abre proceso sancionatorio contra salmonera por incumplimientos ambientales graves y gravísimos. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/20/nova-austral-contra-la-pared-sma-abre-proceso-sancionatorio-contra-salmonera-por-incumplimientos-ambientales-graves-y-gravisimos/>

EL MOSTRADOR (3/09/2019): Salmones y antimicrobianos: sinergia entre el periodismo de investigación y la ciencia. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/09/03/salmones-y-antimicrobianos-sinergia-entre-el-periodismo-de-investigacion-y-la-ciencia/>

EL DESCONCIERTO (21/09/2019): ¿Sedientos por el Tesoro? Indignación con Felipe Ward por autorizar destrucción de Juan Fernández y despedir a director de CONAF que se opuso. Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/09/21/redes-sedientos-por-el-tesoro-indignacion-con-felipe-ward-por-autorizar-destruccion-de-juan-fernandez-y-despedir-a-director-de-conaf-que-se-opuso>