



Declarado como un sitio Ramsar de importancia internacional en 2004 y como Reserva Hemisférica de Aves Playeras en 2009, Bahía Lomas está entre los humedales de mayor importancia para aves playeras en el hemisferio Sur. Santuario de la Naturaleza Bahía Lomas, Tierra del Fuego (Región Magallanes) 14 de enero 2020. FOTO: Antonio Larrea.

La ausencia de lo público

Una de las causas de pérdida de biodiversidad en Chile

por Ezio Costa Cordella¹ & Luciano González Matamala²

¹ Profesor Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Director Ejecutivo ONG FIMA.

² Asistente de Estudios, ONG FIMA.

El modelo jurídico ambiental chileno

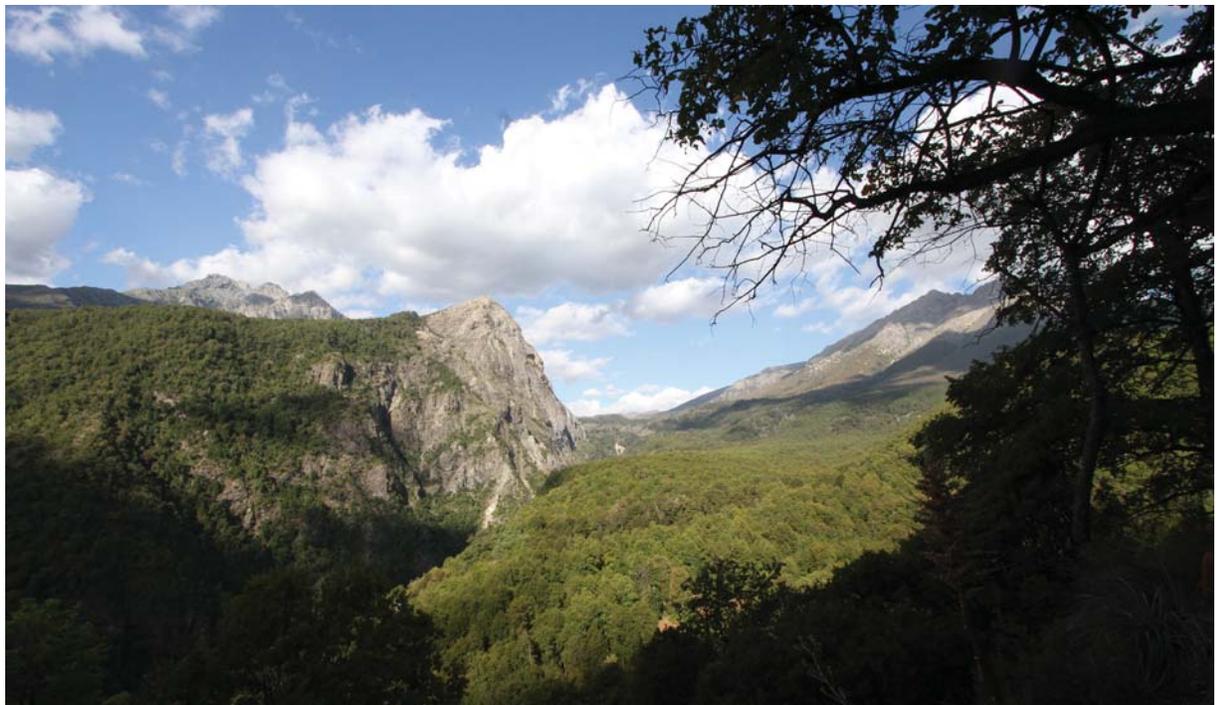
Por la forma en que se encuentra organizado el Derecho Ambiental chileno, este no protege al medio ambiente en su conjunto ni tampoco a todos sus elementos en particular, sino que se centra en generar instrumentos de gestión ambiental que operarán ya sea respecto de un territorio determinado, un proyecto industrial determinado, un contaminante determinado o un elemento ambiental en especial.

Puede haber algo positivo en lo anterior, que dice relación con la especificidad de las normas de protección ambiental, pero el lado negativo es que donde no hay instrumentos de gestión, en la práctica hay desprotección jurídica. Lo más complejo, es que el paso del estado de desprotección al de protección requiere de una serie de actividades estatales que generalmente no son sencillas de gatillar e incluso resulta imposible hacerlo por parte de los y las ciudadanas.

Esta realidad se da, a pesar de la existencia de un deber constitucional de protección de la naturaleza en la Constitución en la segunda parte del nº8 del artículo 19, que contiene el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sucede en este caso, que es una obligación que la Constitución contiene sin mecanismos para hacerla exigible. Vale decir, no hay forma en que las/os ciudadanas/os podamos exigir, mediante un juicio, a la autoridad generar esta protección.

Los instrumentos de gestión ambiental en general son actos administrativos que se generan por la autoridad ejecutiva luego de un procedimiento que se gatilla en determinadas situaciones fácticas. Así, por ejemplo, el procedimiento de evaluación ambiental de un proyecto, encargado al Servicio de Evaluación Ambiental (autoridad ejecutiva) y que concluye con una Resolución de Calificación Ambiental (acto administrativo), donde se establecen las condiciones con que un determinado proyecto

Reserva Nacional Altos de Lircay (Región del Maule), 07 de febrero 2015.
Foto: Andrés Moreira.





Garra de León (*Leontochir ovallei*) sobre Copiapoa de Carrizal (*Copiapoa dealbata*), especies clasificadas «EN PELIGRO» y «VULNERABLE» respectivamente, según estado de conservación en Chile (MMA). Totoral, costa de Copiapó (Región Atacama) 05 de octubre 2017.
FOTO: Andrés Moreira.

podrá llevarse a cabo y por lo tanto también la forma en que el territorio a que dicho proyecto afecta, quedará protegido (o no).

Ahora bien, hay unos pocos elementos del medio ambiente que sí tienen una protección relativamente general, como los bosques nativos, y otros que gracias a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile han logrado dicha protección. En este último caso, se encuentran las áreas protegidas y las especies en categorías de vulnerabilidad, las cuales de todas maneras requieren de actos de autoridad que las designen como tales.

Tomando en cuenta lo anterior y adentrándonos en la respuesta a la pregunta que se nos planteara, más que una colección de hechos del Estado en la pérdida de la biodiversidad traeremos a colación sus omisiones y falencias. Así, profundizaremos en primer lugar la dispersión en la protección de la biodiversidad en instrumentos diversos, a la par que analizaremos la dispersión normativa existente en la materia hoy. En segundo lugar, enunciaremos una cierta «estrechez» en el SEIA para dar

cobertura a territorios afectados por la agroindustria y algunas formas de industria forestal. Finalizaremos con una revisión de las facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente y la acción por daño ambiental.

Tras realizar los problemas que el modelo nos genera y de cara a la discusión constitucional propondremos la necesidad de una protección más holística y general del Medio Ambiente y la Naturaleza.

La dispersión normativa y protección de la biodiversidad

El Derecho Ambiental chileno carece de un estatuto jurídico unitario respecto de la biodiversidad, existiendo normativa que principalmente protege algunos espacios y algunas especies, mientras que la única normativa relativamente más genérica es aquella que pretende proteger los bosques nativos, aunque como es por todos y todas sabido, dicho estatuto no tiene la potencia que se requeriría para cumplir su labor.

Partamos por este último. Ya desde la denominación que algunos hacen de la normativa de protección de bosques, llamándola «derecho forestal»¹, podemos empezar a notar un problema en la forma que se ha concebido. Como sucede con muchas otras normativas referidas a un elemento del medio ambiente en particular, ella está pensada principalmente desde la explotación.

Ahora bien, la regla general es que en Chile no se pueden cortar bosques, pero el requisito para hacerlo es un plan de Manejo autorizado por la CONAF, cuestión que generalmente será autorizada en la medida de que se mantengan las condiciones del ecosistema bosque —como conjunto de especies vegetales—, o bien compense la afectación de este. Como se ve, en términos generales lo regulado son actividades económicas en los bosques, y no por ejemplo los

1. Vergara Blanco. (2018) Derecho de Bosques y Áreas Silvestres protegidas en Chile. En Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XVII Zaragoza.

efectos que una plantación de paltos o eucaliptus aguas arriba pueda generar en el bosque, privándole la plantación de agua al bosque por ejemplo.

Si nos adentramos en las áreas protegidas, nos encontraremos que, a pesar de múltiples discusiones en el tiempo, ellas no están reguladas legalmente. La gran fuente de su existencia es la Convención de Washington de 1940 y luego algunas normas de administración de ellas, en las que interviene CONAF; los Gobiernos Regionales, personas particulares y en algunos casos por pueblos originarios². Adicionalmente existen áreas puestas bajo protección oficial que provienen de otras normas, como son las Zonas de Interés Turístico (ZOIT), las áreas prioritarias para la biodiversidad, las reservas naturales municipales y los humedales urbanos, entre otras.

En todos los casos, la protección de la biodiversidad cuando existan estas áreas se circunscribirá a ese territorio determinado, estando sujeto a que exista una declaración previa de la autoridad³.

En lo que se refiere a las especies, el Ministerio del Medio Ambiente administra un inventario de especies a fin de fiscalizar las normas que ponen restricciones a «su corte, captura, caza, comercio y transporte, con el objeto de adoptar las acciones y medias tendientes a conservar la diversidad biológica y preservar dichas especies»⁴. La administración de la protección de la especie variará dependiendo si es flora o fauna o si es silvestre o marina; así respecto de la fauna silvestre terrestre tiene competencia el Servicio Agrícola y Ganadero⁵; y en el caso de la fauna marina la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura y el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura⁶.

Como es posible observar, no existen en Chile normas que protejan la biodiversidad como tal ni tampoco una protección de espacios o especies que

se dé por una declaración legal general, sino que toda ella está mediada por declaraciones específicas relativas a espacios y especies, encontrándose la protección normativa e institucionalmente fraccionada, haciendo más difícil el cumplimiento de los objetivos de protección.

La estrechez del SEIA para proteger la biodiversidad

Nos centramos en particular en este instrumento de gestión, porque es aquel que se ha considerado como el de mayor difusión y relevancia en la regulación ambiental actual. Mediante este instrumento el Servicio de Evaluación Ambiental predice y regula los impactos ambientales que pueden ser producidos por un proyecto o actividad, poniendo condiciones para su ejecución en vista del resguardo a determinados objetos de protección ambiental dispuestos por la ley.

Los proyectos que deben evaluarse ambientalmente están listados en la ley (específicamente en el artículo 10 de la ley 19.300) y ahí se señalan por un lado actividades específicas (la minería, las líneas de transmisión eléctrica, etc.), y por otras actividades susceptibles de generar impactos en determinados elementos del medio ambiente

Entre los segundos, y en particular en lo que nos interesa en esta reflexión, encontramos entre las actividades que se deben evaluar, (i) La actividad forestal de dimensiones industriales cuando esta se desarrolle en suelos frágiles o terrenos cubiertos de bosque nativo. (ii) actividades en áreas puestas bajo protección oficial (iii) aplicación masiva de productos químicos en áreas próximas cursos de agua o humedales (iv) proyectos que utilicen organismos genéticamente modificados en áreas no confinadas y (v) Ejecución de obras o actividades que puedan afectar los ecosistemas de humedales urbanos.

2. Candia Inostroza (2013) Áreas silvestres protegidas privadas y de pueblos originarios: Integración de diversos actores en la protección de las áreas silvestres en Chile.. En Revista Justicia Ambiental de la ONG Fima N°5; pp. 170-174; pp. 179-180; pp.188-189.

3. Solo en el caso de los humedales, esto ha sido puesto en mayor tensión, existiendo al menos jurisprudencia de la Corte Suprema que valora a los humedales aún sin declaraciones de autoridad.

4. Artículo 38 de la Ley N° 19.300.

5. Véase la «Legislación sobre Fauna Silvestre» en la web del SAG: https://www.sag.gob.cl/sites/default/files/ley_de_caza_y_su_reglamento_2015.pdf

6. Véase la Ley de Pesca y Acuicultura: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=13315>



Grupo de Albatros junto a otras aves, alimentándose en el mar frente a Valparaíso (Región de Valparaíso) 30 de junio 2019. FOTO: Fernando Díaz.

El problema con el SEIA es que precisamente no ingresan a él todos los proyectos que pueden afectar la biodiversidad que no se encuentran listados como son los casos de, por ejemplo, la actividad agrícola, la pesca industrial, la actividad forestal no ubicada en suelo frágil, en bosques nativos o de dimensiones no industriales que pueden afectar la disponibilidad hídrica, las actividades cercanas a áreas puestas bajo protección oficial o la afectación de lugares ricos en biodiversidad que no poseen una declaratoria oficial, entre otras.

De forma particularmente notoria, mientras que los espacios protegidos al menos tienen un lugar para efectos de la determinación de ingreso al SEIA, las especies protegidas no tienen ninguno y por lo tanto un proyecto que afecte a dichas especies, pero no se encuentre en una de las hipótesis del artículo 10, podrá llevarse a cabo sin ni siquiera evaluarse ambientalmente.

Mientras que lo anterior genera que la biodiversidad que se vea amenazada por actividades no reguladas por el artículo 10 del SEIA quede fuera de la

Bandada de Parina chica (*Phoenicoparrus jamesi*), especie clasificada como <VULNERABLE> según estado de conservación en Chile (MMA). Salar de Surire (Región Arica y Parinacota) 30 de septiembre 2021. FOTO: Fernando Díaz.



tutela del principal instrumento de gestión ambiental, preventivo, que tenemos en nuestro derecho.

Como veremos en la sección siguiente, esto se agrava en el hecho de que los instrumentos de carácter correctivo con los que cuenta el Estado, tampoco abordan de manera suficiente el problema.

Problemas frente a la producción de daños a la biodiversidad

El organismo a cargo de la fiscalización y sanción en materia ambiental es la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). La SMA es un organismo que puede sancionar de manera bastante importante (con multas de hasta US 12 millones y con clausuras definitivas), pero cuya competencia ha quedado supeditada a la existencia de instrumentos de gestión ambiental que hayan sido infringidos.

Así entonces, si bien es cierto que puede fiscalizar y sancionar respecto de cualquier norma o instrumento de gestión ambiental⁷ y pudiendo reconducirse en general la afectación de la biodiversidad a un daño ambiental que agrave la sanción, ella siempre dependerá de esa operación previa de la autoridad ejecutiva, manifestada en un instrumento de gestión. Por lo mismo, seguimos sin herramientas para sancionar, por ejemplo, al uso intensivo de agua de parte de una plantación de paltos que signifique secar hectáreas de bosque nativo aguas abajo.

Sin perjuicio de lo anterior, en los casos en que exista daño ambiental, sería de todas formas posible plantear dicha hipótesis como demanda ante los Tribunales Ambientales, para que se obligue a quien dañó a reparar el medio ambiente, aunque no existan instrumentos de sin referencia a instrumentos o normas ambientales específicas.

7. A este respecto véase el Dictamen N°: 027035 N19 de la Contraloría.

En este caso, sin embargo, nos encontramos con otras dificultades, puesto que (i) llevar adelante un juicio como ese requiere de una importante inversión de recursos por parte de quien quiera llevar adelante esa demanda (generalmente una comunidad organizada o una municipalidad), (ii) habiendo una baja tasa de éxito en su ejercicio, en parte por (iii) la compleja y costosa carga probatoria que se le impone al demandante, cuestión que es aún más difícil en los casos en que no hay un instrumento de gestión ambiental que haya sido infringido.

Siendo este el escenario, se produce una baja persecución de los daños al medio ambiente en general y a la biodiversidad en particular, cuestión que atenta directamente contra las posibilidades de su protección.

Reflexiones finales

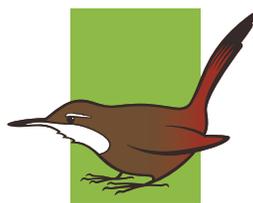
Entre las dificultades que enfrenta la biodiversidad en Chile en la actualidad, nos encontramos con una configuración normativa de su protección que es poco adecuada. Mientras la crisis climática y ecológica avanza poniendo en riesgo las bases de nuestra existencia, parecería prudente pensar en que la protección de la naturaleza debiera centrarse en la naturaleza misma y no solamente en instrumentos de gestión.

Como hemos intentado mostrar en este artículo, una buena parte de la omisión de la acción estatal en materia de biodiversidad está relacionada precisamente con la configuración normativa antedicha

y que ha dejado a la institucionalidad ambiental relegada a posibilidades de acción muy acotadas frente a las amenazas o daños que se producen a la biodiversidad. Al mismo tiempo, hay actividades con claros impactos sobre la biodiversidad, como es el caso de la agroindustria y la industria forestal, que ni siquiera alcanzan a ser cubiertos por el mínimo de los instrumentos de gestión ambiental.

Una parte de las soluciones está radicada en la prometida creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP), en la medida que dicho servicio tenga las competencias adecuadas. Pero otra parte más importante tiene que ver con la forma en que se legisla en torno a los elementos naturales, donde la tendencia a delegar la efectiva protección por parte del legislador a la administración del Estado debiera dejarse atrás, en pos de normativas generales que contengan una base mínima de protección que luego pueda ser complementada por la Administración.

Por último y viendo con optimismo que podamos contar próximamente con una Constitución Ecológica, las normas que en ella se contengan y que den cuenta de un valor intrínseco de la naturaleza, como por ejemplo el reconocimiento de derechos de la naturaleza, serán esenciales en propiciar esta mejora en la protección pública de la biodiversidad.



La Chiricoca

DICIEMBRE DE 2021

Santiago de Chile

lachiricoca@redobservadores.cl

www.redobservadores.cl