

INFORME PARA EL 3º CICLO DEL EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL DEL ESTADO DE CHILE - ENERO 2019

Coalición Pro Derechos Ambientales

Elaborado por:

ONG FIMA fima@fima.cl
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE
cdh@derecho.uchile.cl

Con derecho al ambiente



En coordinación con:

AGRUPACIÓN DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS – AFEP afepchile@yahoo.es
AGRUPACIÓN LÉSBICA ROMPIENDO EL SILENCIO agrupacion@rompiendoelsilencio.cl
ASOCIACIÓN NACIONAL DE MUJERES RURALES E INDÍGENAS – ANAMURI directoriod@anamuri.cl
ASOCIACIÓN ORGANIZANDO TRANS DIVERSIDADES (OTD CHILE) juridica@otdchile.org
COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS comisionchilenadh@gmail.com
COMISIÓN CHILENA PRO-DERECHOS JUVENILES – CODEJU presidencia@codeju.cl
COMISIÓN ÉTICA CONTRA LA TORTURA – CECT comisioneticacontralatoratura@gmail.com
COMITÉ DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA POBLACIÓN LA LEGUA
ddhhlalegua@gmail.com
CORPORACIÓN MILES CHILE cdides@mileschile.cl
LITIGACIÓN ESTRUCTURAL PARA AMÉRICA DEL SUR – ONG LEASUR contacto@leasur.cl
MESA REGIONAL INDÍGENA DE SANTIAGO climate.changenbc.pucv@gmail.com
OBSERVATORIO DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN CHILE – OVIC observatorioovic@gmail.com
PLATAFORMA POLÍTICA MAPUCHE marcelino.collio@gmail.com
SERVICIO JESUITA A MIGRANTES – SJM info@simchile.org
GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDÍGENAS - IWGIA ap@iwgia.org

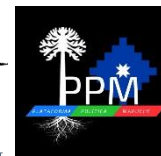


Tabla de contenido

Introducción	2
Acceso a la justicia y reparación de las víctimas de daños ambientales	2
Normas ambientales relativas a las emisiones de contaminantes por fundiciones	4
Acceso al agua como derecho humano	5
Bancos de compensación de biodiversidad.....	7

Introducción

1. El presente informe reporta vulneraciones al derecho de todas las personas y los pueblos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y proteger la naturaleza como base fundamental para el ejercicio de todos los Derechos Humanos. Hemos priorizado analizar los problemas que presenta la institucionalidad ambiental, la regulación de contaminantes, el derecho humano al agua y la protección de la biodiversidad, habida consideración de que éstas temáticas constituyen un eje fundamental para avanzar en el respeto y garantía del derecho fundamental al medio ambiente, garantizado en el artículo 19 N° 8 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. El informe se pronuncia expone situaciones de las que se ha tomado conocimiento como consecuencia del trabajo y experiencia en promoción y defensa de los Derechos Humanos de las organizaciones y pueblos parte de esta articulación.

2. A lo largo de este informe se emplea un lenguaje inclusivo, propendiendo a la utilización de sustantivos y frases neutras de género. Adicionalmente, cada vez que nos referimos a un colectivo que podría incluir personas con identidades no binarias, hemos reemplazado los morfemas de género “-a” u “-o”, muy característicos en muchas palabras del castellano; por las terminaciones “-e”.

3. En la elaboración de este Informe participó ONG FIMA. El CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, proveyó asesoría técnica.

Acceso a la justicia y reparación de las víctimas de daños ambientales

4. A partir de 2010, comenzó a implementarse en el país una nueva institucionalidad ambiental, con miras a resolver los principales problemas de fiscalización, participación y acceso a la justicia ambiental. Sin embargo, hoy las limitaciones persisten.

5. La SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE (SMA)¹, entidad encargada de la fiscalización de los instrumentos ambientales, **no posee los recursos ni la capacidad para responder adecuadamente a las denuncias que se realizan**. Se verifica una excesiva demora en el procesamiento de las denuncias, una escasa participación de *le denunciado* en el

¹ Creada por la ley N° 20.417, 2010.

procedimiento,² y falta de mecanismos alternativos de solución de los conflictos ambientales que eviten la instancia judicial y que permitan disminuir la carga de trabajo de la SMA, de modo de asegurar su eficacia.³

6. El SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (SEIA), procedimiento administrativo para evaluar impactos y daños ambientales en el diseño y ejecución de proyectos, establece el único mecanismo de participación de las personas y pueblos para ser oídos sobre los proyectos que pueden eventualmente vulnerar sus derechos. No obstante, este procedimiento **no asegura una participación ciudadana influyente en el SEIA, ni tampoco tiene las herramientas institucionales que permitan nivelar a las comunidades con sus contrapartes empresariales y estatales**, manteniéndose las brechas de información, capacidades técnicas y políticas.

7. Por último, el procedimiento judicial de carácter ambiental tiene restricciones materiales e institucionales. En primer lugar, no hay una legitimación activa de carácter amplio para acceder a los Tribunales, estableciéndose legalmente quiénes pueden reclamar, bajo qué causales y condicionando el acceso a ciertas causales de participaciones previas, como es el caso de las observaciones ciudadanas.⁴ Asimismo, los tribunales ambientales tienen competencias acotadas, restringidas al conocimiento de la legalidad de los actos, funcionado como un contrapeso de la SUPERINTENDENCIA Y DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL sin incidencia en los asuntos ambientales de fondo. No existe acceso a defensa jurídica gratuita para los casos ambientales, defensa que, además, ha incrementado su valor de mercado dado la especialización que ha supuesto la creación de estos tribunales. Además, se presenta la dificultad de acceder a pruebas que hagan plausible la demanda de los afectados en casos de daño ambiental, existiendo peritajes a costo del Estado que operan ya iniciado el juicio y que son escasamente utilizados. En caso de pronunciarse favorablemente sobre las pretensiones de las personas, comunidades y pueblos, faltan mecanismos para asegurar el cumplimiento de estos fallos.⁵ Adicionalmente, la tendencia jurisprudencial que han generado en los últimos años las CORTES DE APELACIONES y CORTE SUPREMA ha restringido la aplicación de la acción de protección en resguardo del artículo 19 N° 8 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, desestimando los recursos de protección que presentan las personas o pueblos vulnerado en sus derecho ambientales, obligándolos a recurrir a los tribunales ambientales (salvo recientes excepciones).⁶

² Costa, Ezio (2015): “Un contaminado trepa por Chile, parte I”, *El Mostrador*, 11 de septiembre. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/09/11/un-contaminado-trepa-por-chile-parte-i/> [Consulta: 10-julio-2018].

³ Cordero, Luis; Durán, Valentina; Palacios, Camila; Rabi, Violeta; Sanhueza, Andrea; Urquiza, Anahí (2017): “Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile”, *Informe de Políticas Públicas*. pp 68. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2017/12/2017_12_21-IPP-Acceso-a-la-justicia-ambiental-digital-final-PDF.pdf [Consulta: 10-julio-2018].

⁴ *Ibídem*.

⁵ *Ibídem*.

⁶ Fernandois Vöhringer, Arturo (2016): “El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia post institucionalidad ambiental (2010-2015)”, *Rev. chil. derecho* vol.43 no.1; Tramón

8. **Recomendaciones**

- 8.1. **Firmar y ratificar el TRATADO DE ESCAZÚ DE DEMOCRACIA AMBIENTAL**, para fortalecer la participación, el acceso a la información y el acceso a la justicia en materias ambientales.
- 8.2. Adoptar medidas que **garanticen el acceso a la justicia ambiental y tutela judicial efectiva de las personas, comunidades y pueblos indígenas** afectados por proyectos de inversión privados o públicos.
- 8.3. **Adoptar medidas legislativas para establecer un recurso judicial efectivo para víctimas de daño ambiental**, que incluya una reparación integral, a través de medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

Normas ambientales relativas a las emisiones de contaminantes por fundiciones

9. En diciembre de 2013, se dictó la NORMA DE EMISIÓN PARA FUNDICIONES DE COBRE Y FUENTES EMISORAS DE ARSÉNICO (DECRETO SUPREMO N° 28 DE 2013, DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE). Esta norma establece los límites máximos de emisión de azufre y arsénico que deberán acatar las fundiciones en el territorio nacional a partir de diciembre de 2018, las que además deberán cumplir con un porcentaje de captura y fijación de azufre y arsénico igual o superior a 95%.

10. Con acuerdo unánime de sus miembros, la COMISIÓN DE MINERÍA Y ENERGÍA DEL SENADO presentó, en 2015, un informe⁷ donde sugieren a los ministerios de MINERÍA, HACIENDA Y MEDIO AMBIENTE la conveniencia de elevar los estándares de la captación de elementos nocivos a un 99%, en vez del 95% exigido por el DECRETO. Esto, pues, la aplicación de esta nueva norma implica una enorme inversión, en torno a los US\$ 1.800 millones que, sin embargo, en los estándares actuales, **sólo permitiría “modernizar” las plantas en el corto plazo, ya que éstas quedarían “obsoletas prontamente”⁸.**

11. **Recomendaciones:**

- 11.1. **Adecuar las normas ambientales sobre emisiones de contaminantes por fundiciones a los estándares internacionales sobre la materia.**

Pérez, Gabriela Francisca (2014): *Recurso de Protección y Tribunales Ambientales: nuevo contencioso administrativo ambiental*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

⁷ Comisión Minería y Energía del Senado (2015): *Informe relativo a las perspectivas de la industria de la fundición de minerales, su situación en el país y las alternativas estratégicas para su desarrollo en condiciones de competitividad en el mercado internacional*. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=196&tipo=3&legi=0&ano=2015&desde=0&hasta=0&comi_nombre=de+Miner&idsesion=9716&idpunto=&fecha=22%2F07%2F2015&inicio=11%3A00&termino=13%3A40&lugar=Sala+N%C2%BO+1+de+Comisiones%2C+Valpara%C3%ADso&listado=2 [Consulta: 10-julio-2018].

⁸ (2017): “Nueva normativa: fundiciones en la mira”, *Nueva minería y energía*, 5 de diciembre. Disponible en: <http://www.nuevamineria.com/revista/nueva-normativa-fundiciones-en-la-mira/> [Consulta: 10-julio-2018].

- 11.2. Modificar el DECRETO SUPREMO N° 28 DE 2013, DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE en orden a establecer **capturas de 99% o superiores**.

Acceso al agua como derecho humano

12. En Chile, de conformidad con el artículo 595 del CÓDIGO CIVIL y el artículo 5 del CÓDIGO DE AGUAS, las aguas son bienes nacionales de uso público. Sin embargo, la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (CPR) de 1980⁹ y el CÓDIGO DE AGUAS de 1981¹⁰, han instaurado un **modelo de privatización que permite otorgar a los particulares derechos de propiedad privada sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas**,¹¹ lo que a la postre contradice la declaración del CÓDIGO CIVIL y del mismo CÓDIGO DE AGUAS que, como ha sido señalado, asignan al agua la condición jurídica de un bien nacional de uso público.

13. La legislación chilena, ha puesto en el mercado de bienes y servicios los recursos hídricos, para dar respuestas a las exigencias que impone el modelo económico que impera en el país y que se sustentan precisamente en la extracción de recursos naturales, particularmente el agua, habida consideración de la importancia estratégica que tienen en todos los procesos productivos.

14. Bajo este modelo **los recursos naturales y el agua son concebidos como commodities (mercancías)**. En la base del modelo está la convicción de que su aprovechamiento por la industria de bienes (agua cruda) y servicios (agua potable y saneamiento), se garantiza de un modo más eficaz a través de la libre circulación de estos bienes en el mercado¹².

15. La concesión de derechos de agua, bajo el modelo chileno, tiene la característica de ser un DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO (DAA)¹³, que otorga al titular el derecho de dominio, a fin de que pueda usar, gozar y disponer de él libremente.¹⁴ El derecho es transferible y transmisible y susceptible de adquirirse y perderse por prescripción, conforme a las normas del CÓDIGO CIVIL.¹⁵ Puede ser otorgado en hipoteca¹⁶. La tradición del derecho de aprovechamiento se efectúa por la inscripción en el REGISTRO DE PROPIEDAD DE AGUAS DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES y la constitución y tradición de derechos reales constituidos sobre dicho derecho de aprovechamiento requiere de la correspondiente inscripción en el REGISTRO DE HIPOTECAS Y GRAVÁMENES DE AGUAS DEL CONSERVADOR DE BIENES

⁹ El artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980.

¹⁰ DL 1.222 de 1981 — Código de Aguas— y Ley 20.027 de 2005 y Ley 20.099 de 2006, que modifican el Código de Aguas.

¹¹ Artículo 19 N° 25, Constitución Política de la República.

¹² Gentes, 2007 [Büchi, 1992: 85 – 87]

¹³ Artículo 6, Código de Aguas.

¹⁴ Artículo 6, inciso 2°, Código de Aguas.

¹⁵ Artículo 2, Código de Aguas.

¹⁶ Artículo 110 y siguientes, Código de Aguas.

RAÍCES respectivo.¹⁷ No existe mecanismo de caducidad del derecho, el que se pierde sólo en caso de enajenación o renuncia voluntaria del titular.¹⁸ El derecho es otorgado gratuitamente por el Estado, salvo que el titular no haga aprovechamiento productivo del recurso, caso en el cual debe pagar una patente por el no uso¹⁹.

16. Bajo este modelo, el régimen de derecho de agua chileno ha derivado de un **modelo concesional** sujeto a mecanismos de priorización de usos y reglas de caducidad para resguardar la función pública del recurso y el interés común,²⁰ a uno donde la **redistribución de los recursos hídricos se efectúa por el mercado y donde la administración carece de facultades para incidir en el proceso de asignación una vez constituido el derecho de aprovechamiento, de modo tal que la condición de bien nacional de uso público pierde todo contenido jurídico**. Además, este modelo ha permitido la concentración de derechos de agua en manos de particulares, para fines extractivos y especulativos, lo que ha incidido en el alto precio de estos bienes en el mercado y, por consiguiente, situaciones de extrema inequidad para usuarios tradicionales y grupos vulnerables que han sido excluidos del acceso a los recursos hídricos existentes en sus territorios o en acuíferos ribereños a estos espacios territoriales.

17. Esta forma de administración, que atenta contra un régimen que asegure el derecho humano al agua y saneamiento, se encuentra hoy en un estado de **sobreexplotación del recurso hídrico por un sobre otorgamiento del derecho de aprovechamiento de aguas,**

¹⁷ Artículo 117, Código de Aguas.

¹⁸ Artículo 6, Código de Aguas.

¹⁹ Artículo 129 bis 4 y siguientes, Código de Aguas.

²⁰ El primer Código de Agua fue promulgado en el año 1951. El Código mantuvo la definición establecida en el Código Civil de las aguas como bienes nacionales de uso público y reglamentó los derechos de uso bajo la modalidad de “derechos de aprovechamiento”. Sin embargo, hay notables diferencias en el régimen regulatorio instaurado por este código y el actualmente vigente. Conforme al Código de 1951, estos derechos tenían la naturaleza jurídica de concesiones administrativas otorgadas por el Estado, condicionadas al uso específico que había determinado su otorgamiento y al aprovechamiento beneficioso del agua lo que determinaba la caducidad del derecho por no uso, el que debía ser restituido al patrimonio público. Respecto de la concesión, el titular ejercía un derecho de propiedad que le permitía comercializar los derechos concesionados, debiendo obtener previamente la aprobación de la asociación de canalista de la que formaba parte dicho concesionario, previo a su enajenación. El Código de 1951, además, armonizaba los intereses en conflictos dando preferencia a ciertas categorías de uso, las que en orden de prioridades correspondían a los siguientes usos: consumo personal y doméstico; riego; generación de electricidad y otros usos industriales. Las categorías de preferencia permitían dirimir las solicitudes a favor de aquella que esgrimía un uso prioritario, conforme al orden de prelación antes señalado. La Ley de Reforma Agraria N° 16.640, promulgada el año 1967, modificó el código de aguas. La reforma pretendía adecuar la institucionalidad del Código de Agua a los requerimientos que imponían los cambios en la estructura agraria propiciados por la Reforma Agraria y que exigían modificar conjuntamente con la propiedad de la tierra, la propiedad de las aguas que la beneficiaban. El objetivo principal de la reforma legal era facilitar los procesos de transformación del agro y aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua. En ambos instrumentos se salvaguarda preferentemente los derechos de la población a acceder a agua para el consumo humano y los derechos de usuarios tradicionales para el desarrollo de sus actividades productivas, principalmente agrícolas (Matus et al, 2004).

muchos en desuso, además de haber sido instaurado en los años '80 en condiciones en las cuales no se vivía la situación de escasez de hoy.²¹

18. La reforma al CÓDIGO DE AGUAS, que se tramita desde el año 2011 en el CONGRESO,²² se ha orientado a dar más certeza jurídica sobre el derecho de propiedad respecto al derecho de aprovechamiento de aguas y responder a la sobreexplotación por medio de la autorregulación los titulares en cuanto a su uso, gestión y distribución.

19. Es urgente garantizar el derecho humano al agua en Chile. Esto es, el derecho de todas las personas al agua potable y el saneamiento, los derechos de las comunidades indígenas y locales a las fuentes de agua que dan sustentabilidad a sus territorios y a su sistema de vida y costumbres y asegurar las funciones ambientales de las aguas superficiales y subterráneas. Para estos efectos, **los recursos hídricos deben ser regulados como un bien nacional de uso público** y su otorgamiento, en forma de concesiones para aprovechamiento privado, deben tener como límite **la priorización de su uso para consumo humano, el uso ecosistémico y los derechos de pueblos y grupos cuyos sistema de vida dependen de los recursos hídricos que surten sus territorios.**

20. Recomendaciones:

21. Reformar la CONSTITUCIÓN y consagrar la protección del derecho humano al agua, como el derecho de todas las personas al agua potable y el saneamiento, de las comunidades indígenas y locales a las fuentes de agua que dan sustentabilidad a sus territorios y a su sistema de vida y costumbres y asegurar las funciones ambientales de las aguas superficiales y subterráneas.

Bancos de compensación de biodiversidad

22. Uno de los aspectos más críticos que presenta el actual proyecto de ley que crea el SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS (SBAP) y el SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS (SNAP) (Boletín N°9404-12), dice relación con la creación de los BANCOS DE COMPENSACIÓN DE BIODIVERSIDAD (BCB), dentro de los instrumentos económicos de conservación de la biodiversidad que administrara la nueva institucionalidad que se busca crear con esta iniciativa legislativa.

23. Con la creación de estos BCB, se busca superar las dificultades para determinar si las medidas de compensación que proponen los titulares de proyectos de inversión sometidos al SEIA, resultan apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la LEY 19.300 SOBRE BASES DEL MEDIO AMBIENTE.

24. De esta manera, de acuerdo al artículo 53 del proyecto de ley, los BCB corresponden a proyectos de conservación en territorios determinados, que generan créditos en biodiversidad, los que pueden ser utilizados por los titulares de proyectos o actividades

²¹ En un estudio realizado por World Resource Institute, Chile se encuentra dentro de los 33 países con mayor escasez de recursos hídricos para el 2040, siendo el primero en la lista de la región con un 4.45 puntos. Estudio disponible en: <http://www.wri.org/blog/2015/08/ranking-world%E2%80%99s-most-water-stressed-countries-2040> [Consulta: 23 de mayo de 2018]

²² Boletín 7543-12, Cámara de Diputados.

que, en el marco de la evaluación ambiental de los mismos, deban proponer medidas para compensar los impactos en biodiversidad. Tales créditos, según lo dispuesto en el artículo 38 del proyecto, deberán ser cuantificados con base a criterios de equivalencia en biodiversidad que establezca el SBAP, que den cuenta, al menos, de una pérdida neta cero o de una ganancia en biodiversidad.

25. La incorporación de los BCB ha sido fuertemente criticada por organizaciones de la sociedad civil y naciones indígenas. Así, se ha señalado que, en tanto instrumento que legitima un determinado daño ambiental, no debiera ser parte de una ley que tiene por finalidad promover efectivamente la protección y conservación de la diversidad biológica.

26. Asimismo, durante el proceso de consulta a los pueblos indígenas efectuado durante la tramitación legislativa del proyecto, las organizaciones indígenas representativas que participaron, realizaron observaciones que ponían en evidencia las **amenazas que representaban los BCB para sus sistemas de vida y culturas estrechamente relacionada con biodiversidad que existe dentro de sus territorios ancestrales.** De esta manera, se señalaba que por la vía de los BCB podía terminar considerándose apropiada la compensación de impactos ambientales de proyectos sobre la biodiversidad dentro de los territorios que dichos pueblos utilizan u ocupan de una u otra manera, desconociendo la importancia de dicha hábitat para mantener y conservar sus sistemas de vida y culturas.

27. En efecto, la consagración actual de los BCB en el proyecto de ley que crea el SBAP y SNAP no toman en cuenta el impacto sociocultural de las inversiones y el cambio en el uso del suelo y los paisajes, cuyo impacto muchas veces no puede ser compensado. Este impacto puede ser una pérdida de calidad de vida, pérdida del rol espiritual, cultural o comunitario desempeñado por la naturaleza, pérdida de recreación, pérdida de servicios ecosistémicos, etc. Esto significa un retroceso en el reconocimiento internacional que se ha hecho respecto de que la naturaleza y las sociedades humanas están íntimamente ligadas. Las compensaciones en materia de biodiversidad sólo debieran ser implementadas al amparo de un ordenamiento territorial previamente diseñado, en el marco de una planificación estratégica, de lo contrario, tal como ha demostrado la experiencia internacional, no es posible garantizar que dichas compensaciones serán apropiadas y efectivas.

28. Recomendación:

28.1. Garantizar la integridad de los territorios ambientalmente relevantes que representan la biodiversidad del país, asegurando que éstos no se vean disminuido de ninguna forma: para estos efectos, se deben ampliar las áreas protegidas y garantizar la integridad de la biodiversidad en aquellos territorios que, si bien no están dentro de SBAP y SNAP, albergan flora y fauna que asegura la biodiversidad de Chile.