

JUSTICIA AMBIENTAL Y RECURSOS NATURALES

DOMINIQUE HERVÉ ESPEJO

Este libro ha sido financiado por la Escuela de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y corresponde a la tesis doctoral de la autora.



DERECHO PUCV
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

© DOMINIQUE HERVÉ ESPEJO, 2015
JUSTICIA AMBIENTAL Y RECURSOS NATURALES

Registro de Propiedad Intelectual N° 259.607
ISBN: 978-956-17-0661-3

Derechos Reservados
Tirada: 500 ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Calle 12 de Febrero 187, Valparaíso
E-mail: euvs@ucv.cl
www.euv.cl

Dirección de Arte: Guido Olivares S.
Diseño: Mauricio Guerra P. / Alejandra Larraín R.
Corrección de Pruebas: Osvaldo Oliva P.

Imprenta Salesianos S.A.

HECHO EN CHILE

AGRADECIMIENTOS

Escribir este libro ha sido posible gracias al apoyo que he recibido de diversas personas e instituciones. En primer lugar, quiero agradecer la orientación, guía y ayuda constante de Jorge Bermúdez, profesor de la Universidad Católica de Valparaíso, quien fue mi supervisor en la investigación de la tesis doctoral que constituye la base de esta publicación. A su vez, mi agradecimiento al Programa de Doctorado en Derecho de dicha Universidad que me acogió y apoyó para la realización de esta investigación. No puedo dejar de mencionar aquí el invaluable apoyo recibido de Becas Chile y del DAAD (Servicio de Intercambio Académico Alemán) para realizar una estadía de investigación doctoral en la Universidad de Heidelberg y en el Instituto Max Planck de Derecho Público. Por último, quiero agradecer a la Universidad Diego Portales que me benefició con una beca de perfeccionamiento académico para la realización del doctorado en derecho y, muy particularmente, a las autoridades y a los académicos de la Facultad de Derecho de dicha Universidad, quienes siempre me dieron las facilidades y el apoyo tanto profesional como personal para dedicarme a trabajar en este proyecto en mi calidad de docente e investigadora de la Facultad. No puedo finalizar estas palabras sin agradecer también a mi familia y especialmente a mis padres por su apoyo incondicional. Sin la ayuda de todas estas personas e instituciones este trabajo no habría sido posible.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
Capítulo Primero	
CONCEPTO, DIMENSIONES Y ELEMENTOS DE LA JUSTICIA AMBIENTAL	
1. Introducción	25
2. Origen y evolución del concepto.....	29
3. Dimensiones de la Justicia Ambiental	35
3.1. La Justicia Ambiental como justicia distributiva.....	36
3.2. La Justicia Ambiental como justicia política	42
3.3. La Justicia Ambiental como justicia correctiva.....	49
3.4. La Justicia Ambiental como justicia social.....	51
3.5. La Justicia Ambiental como justicia ecológica	52
4. Elementos de la Justicia Ambiental	58
4.1. Elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la Justicia Ambiental	60
4.1.1. <i>La equidad en la distribución</i>	60

4.1.2. <i>El reconocimiento</i>	64
4.1.3. <i>La participación</i>	66
4.1.4. <i>Las capacidades</i>	66
4.2. Elementos propios de la Justicia Ambiental.....	67
4.2.1. <i>Elemento colectivo</i>	67
4.2.2. <i>Elemento ecológico</i>	69
5. Conclusión	73

Capítulo Segundo

LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Introducción	77
2. Normas jurídicas que contienen elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental	78
2.1. El derecho a la igualdad y a la no discriminación	78
2.1.1. <i>“Equal Protection Clause”</i>	78
2.1.2. <i>“Civil Rights Act”</i>	79
2.2. El derecho a la participación pública en la adopción de decisiones ambientales.....	80
2.2.1. <i>El acceso a la información ambiental</i>	81
2.2.2. <i>El acceso a la Justicia Ambiental</i>	82
2.2.3. <i>La participación pública</i>	83
2.3. El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas	84
2.4. Los principios de equidad intra e intergeneracional.....	85
2.5. El principio del uso equitativo de los recursos naturales.....	88
2.6. Ordenamiento territorial	90

2.6.1. <i>La anticoncentración</i>	91
2.6.2. <i>La compensación</i>	91
2.6.3. <i>La concentración local de proyectos contaminantes</i>	92
2.6.4. <i>La división o separación de usos en conflicto</i>	92
2.6.5. <i>La reserva de espacios para protección</i>	93
2.6.6. <i>La apreciación de la sustentabilidad de planes territoriales</i>	93
2.7. Evaluación de impacto ambiental	94
2.7.1. <i>La exigencia del análisis de distribución de los impactos ambientales y en la salud</i>	94
2.7.2. <i>La exigencia del análisis de impactos socio-económicos</i>	96
2.7.3. <i>La exigencia del análisis de impactos acumulativos e indirectos</i>	98
2.7.4. <i>La exigencia de la evaluación de alternativas, incluyendo la de no realizar el proyecto</i>	99
2.7.5. <i>La exigencia de la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)</i>	100
2.7.6. <i>La exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental</i>	101
2.8. El acceso a los recursos genéticos.....	102
2.8.1. <i>El consentimiento fundamentado previo</i>	103
2.8.2. <i>La distribución equitativa de los beneficios</i>	103
2.9. Los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales	104
2.9.1. <i>Derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes dentro de sus tierras y territorios</i>	105
2.9.2. <i>Derecho a consulta antes de la prospección o explotación de aquellos recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público</i>	105

2.9.3. <i>Derecho a beneficiarse de las ganancias y beneficios que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público</i>	105
2.9.4. <i>Derecho a indemnización por los daños que se ocasionen a raíz de la prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público</i>	106
2.10. El enfoque ecosistémico	107
3. La Justicia Ambiental como principio jurídico	108
3.1. Los principios en el ordenamiento jurídico	109
3.1.1. <i>Los principios jurídicos como un estándar normativo diferente de las reglas</i>	109
3.1.2. <i>Los principios jurídicos más allá del binomio “reglas y principios”</i>	117
3.1.3. <i>Ordenando el panorama de los principios jurídicos</i>	122
3.2. Los principios jurídicos en el derecho ambiental	125
3.2.1. <i>Identificación de los principios de derecho ambiental</i>	125
3.2.2. <i>Tipos de principios en el derecho ambiental</i>	126
3.2.3. <i>Valor jurídico de los principios de derecho ambiental</i>	132
3.2.4. <i>Funciones de los principios en el derecho ambiental</i>	134
4. Conclusión: la Justicia Ambiental constituye una norma jurídica	139
Capítulo Tercero	
EL ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	
1. Introducción	143
2. Los recursos naturales como bienes comunes	149
2.1. Evolución histórica	158

2.2. Características de los bienes comunes.....	161
2.2.1. <i>Distinción entre el sistema y la unidad de un bien común</i>	162
2.2.2. <i>Multiplicidad de usos y dificultad de exclusión. El problema del “Free Rider”</i>	163
2.2.3. <i>El problema de la sustracción o reducción del recurso</i>	164
2.3. Cuestiones jurídicas que presenta el enfoque de los recursos naturales como bienes comunes	165
3. Acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.....	167
3.1. Soberanía y recursos naturales	167
3.1.1. <i>Reglas internacionales de acceso y uso de los recursos naturales</i>	171
3.1.2. <i>Limitaciones a la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales</i>	179
3.2. Propiedad y Recursos Naturales	186
3.2.1. <i>Las teorías justificatorias de la propiedad sobre los recursos naturales</i>	186
3.2.2. <i>Tipos de propiedad sobre los recursos naturales</i>	193
3.2.3. <i>Teorías que delimitan el alcance de los derechos al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales</i>	207
4. Conclusión	218

Capítulo Cuarto

REGULACIÓN NACIONAL APLICABLE AL ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

1. Introducción	223
2. Regulación aplicable a los recursos naturales que constituyen bienes nacionales de uso público y bienes de dominio exclusivo del Estado	226
2.1. Otorgamiento de la concesión en ausencia de una planificación pública del uso del recurso	227

2.1.1. <i>La excepción: La Política Nacional del Uso del Borde Costero ..</i>	227
2.2. Diversidad de mecanismos de asignación.....	231
2.2.1. <i>Regla de asignación directa basada en el primer solicitante</i>	231
2.2.2. <i>Regla de asignación directa basada en una zonificación.....</i>	233
2.2.3. <i>Regla de asignación basada en una licitación pública.....</i>	233
2.3. Derecho de propiedad privada sobre el título concesión	235
2.4. Derecho y obligación de usar el recurso	238
2.4.1. <i>Obligación de usar sólo los recursos naturales objeto de la concesión.....</i>	238
2.4.2. <i>Obligación de usar el recurso respetando la finalidad de la concesión.....</i>	246
2.4.3. <i>Inexistencia de usos preferentes para el recurso</i>	247
2.4.4. <i>Obligación de usar los recursos de manera compatible con otras actividades y el derecho a usarlos con preferencia de otras actividades</i>	248
2.4.5. <i>Ausencia de limitaciones sobre la cantidad del recurso natural que se puede utilizar.....</i>	249
2.4.6. <i>Obligación de usar los recursos naturales en armonía con el interés público y los derechos de terceros.....</i>	250
2.5. Derechos a explorar y explotar	252
2.6. Derecho a apropiarse del producto	253
2.7. Derecho a realizar negocios jurídicos sobre la concesión.....	254
2.8. Derecho a constituir gravámenes sobre bienes de terceros.....	256
2.9. Duración de la concesión	257
2.9.1. <i>Regla de temporalidad.....</i>	258
2.9.2. <i>Regla de perpetuidad.....</i>	259

2.10. Constitución y ejercicio de la concesión a título gratuito u oneroso ...	261
2.10.1. <i>Título oneroso</i>	261
2.10.2. <i>Título gratuito</i>	262
2.11. Derecho de terceros a participar en el procedimiento de constitución de la concesión	263
3. Regulación aplicable a recursos naturales de propiedad privada	265
3.1. Ausencia de planificación pública del uso y aprovechamiento	267
3.2. Reserva de autorización para el uso y aprovechamiento	269
3.2.1. <i>Plan de manejo forestal</i>	269
3.2.2. <i>Permisos de caza</i>	271
3.2.3. <i>Autorizaciones de pesca</i>	273
3.3. Establecimiento de incentivos para ciertos usos	278
4. Reglas comunes aplicables a recursos naturales de titularidad pública y privada	279
4.1. Obligación de respetar el ordenamiento jurídico de carácter ambiental	279
4.2. Reserva de zonas para usos especiales	281
4.2.1. <i>Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (AMERB)</i>	282
4.2.2. <i>Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO)</i>	283
4.3. Prohibición de ciertos usos	285
4.4. Derecho de consulta previa respecto de recursos naturales en tierras y territorios indígenas	287
5. Reglas aplicables a recursos naturales comunes a todos los "hombres"/seres humanos	287
5.1. Aire, Alta Mar, Fondos Marinos Oceánicos (la Zona)	288

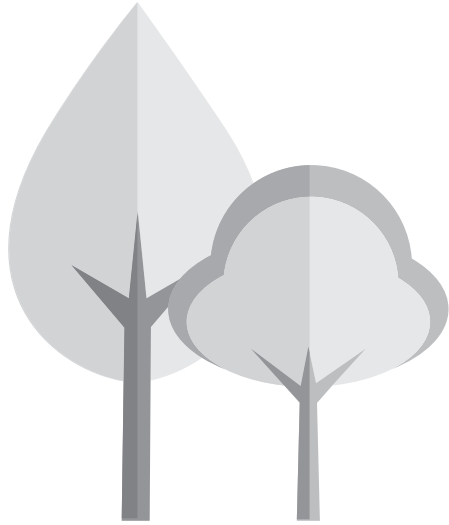
5.2. Recursos genéticos.....	290
5.3. Glaciares.....	293
5.4. Recursos que constituyen la materia prima de las energías renovables no convencionales.....	295
5.5. Servicios ecosistémicos.....	296
6. Conclusión.....	298

Capítulo Quinto

REGLAS DE JUSTICIA AMBIENTAL EN EL RÉGIMEN DE ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

1. Introducción.....	303
2. Reglas de Justicia Ambiental en el régimen jurídico de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.....	306
2.1. Enfoque sistémico e integrador.....	306
2.2. Planificación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales.....	309
2.3. Mecanismos de asignación de derechos sobre recursos naturales.....	312
2.4. Establecimiento de prioridades en el uso de un recurso.....	313
2.5. La reserva de zonas para usos especiales.....	315
2.6. Distribución de beneficios provenientes del uso y aprovechamiento de un recurso.....	317
2.7. La participación pública significativa.....	320
2.7.1. <i>El acceso a la información</i>	321
2.7.2. <i>La participación pública</i>	322
2.7.3. <i>El acceso a la justicia</i>	323
2.8. La proporcionalidad ambiental o ecológica.....	327
2.9. El no uso de los recursos naturales.....	330

2.10. La compensación en recursos naturales	336
2.10.1. <i>Compensación de emisiones</i>	338
2.10.2. <i>Compensación forestal</i>	340
2.10.3. <i>Compensación en el contexto del SEIA</i>	341
2.10.4. <i>Compensación en conservación de biodiversidad</i>	344
3. Conclusión	345
CONCLUSIONES	347
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	355



INTRODUCCIÓN



En Chile, tal como en gran parte del mundo, es posible apreciar profundas inequidades en la distribución de las cargas y beneficios ambientales. Existen numerosos ejemplos de esta situación, entre los cuales se pueden distinguir la construcción de autopistas urbanas en Santiago, los conflictos por el uso del agua entre la minería y las comunidades indígenas en el norte grande, y la concentración industrial en la zona de la región de Valparaíso correspondiente a Ventanas y Puchuncaví. Todos estos casos reflejan una distribución inequitativa de las cargas y beneficios ambientales dentro de la sociedad.

Por su parte, el ordenamiento jurídico nacional contempla diversos instrumentos que tienen por objeto regular las actividades que usan y afectan los elementos del medio ambiente. De la aplicación de estos instrumentos deriva, por lo tanto, una determinada distribución de cargas y beneficios ambientales. Sin embargo, por regla general, nuestro ordenamiento jurídico no se ha preocupado expresamente de establecer normas que apunten a una distribución equitativa de dichas cargas y beneficios lo que sin duda dificulta la posibilidad de evitar la generación de situaciones como las enunciadas con anterioridad. Prueba de lo anterior es la todavía escasa doctrina jurídica y jurisprudencia nacional que ha pretendido analizar y solucionar problemas de equidad ambiental.¹ Como

¹A la fecha de término de este trabajo existen algunas publicaciones jurídicas en Chile que se refieren a la idea de justicia material ambiental, las cuales han servido de base al trabajo aquí desarrollado. En particular ver: BERMÚDEZ, J., "Acceso a la Información Pública y Justicia Ambiental: Interrelaciones de dos instituciones de Derecho Administrativo Ambiental", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXXIV, 2010, pp. 571-596; HERVÉ, D., "Noción y Elementos de la Justicia Ambiental: Directrices para su Aplicación en la Planificación Territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica", en *Revista de Derecho, Universidad Austral*, julio 2010, pp. 9-36; y BERMÚDEZ, J. & HERVÉ, D. (Eds.) *Justicia ambiental. Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, julio 2013). En cuanto a jurisprudencia nacional, cabe

se verá en este trabajo, todo ello ha permitido que el derecho ambiental chileno avance sin incorporar expresamente dentro de sus objetivos el de la “Justicia Ambiental”.

Cabe señalar que la mayor parte de la literatura especializada en Justicia Ambiental se refiere a su análisis con relación particularmente a casos de contaminación y localización de fuentes industriales peligrosas. Sin embargo, si se considera que en nuestro país son los recursos naturales los que se han visto mayormente presionados producto del desarrollo económico experimentado en las últimas décadas, se puede afirmar que las condiciones para el acceso, uso y aprovechamiento de dichos recursos constituyen también un factor clave en la distribución de las cargas y sobre todo de los beneficios ambientales dentro de la sociedad. Evidentemente, la interacción entre actividades económicas que usan y aprovechan los recursos naturales y el medio ambiente tiene consecuencias en la mejor o peor calidad de vida de las poblaciones o grupos que disfrutan o sufren de la distribución y acceso a los servicios ambientales que tales recursos proporcionan.

Esta investigación parte de la hipótesis consistente en que la Justicia Ambiental constituye un principio jurídico que debe ser observado por los instrumentos normativos utilizados para regular el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. De ello se deriva que el reconocimiento y aplicación de un principio general y reglas específicas de Justicia Ambiental trae como consecuencia que los instrumentos normativos en virtud de los cuales se ordena el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales supongan un mayor grado de equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales y mayores niveles de participación en la toma de decisiones ambientales.

El objetivo general de este trabajo consiste, por lo tanto, en definir la Justicia Ambiental y determinar su carácter de principio jurídico, el que debe operar como marco conceptual para la regulación del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Y, en segundo lugar, busca identificar diversas reglas que se deben considerar en los instrumentos regulatorios para distribuir equitativamente las cargas y beneficios ambientales que derivan de las actividades que usan y aprovechan dichos recursos.

A tal efecto, el libro se divide en cinco capítulos que abordan los siguientes aspectos. El primer capítulo analiza el concepto, las dimensiones y los elementos de la Justicia Am-

señalar que el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, ha incorporado recientemente en dos de sus fallos referencias expresas al concepto de justicia ambiental (sentencia de 16 de agosto de 2013, Rol R-5-2013 y sentencia de 3 de marzo de 2014, Rol R-6-2013). A su vez, existen algunas sentencias que aunque no han utilizado el marco conceptual de la Justicia Ambiental han resuelto conflictos que representan problemas de inequidad en el acceso y uso de los elementos del medio ambiente. Por ejemplo, se pueden citar los conocidos casos de Toconce (Corte Suprema, 22 de marzo de 2004, Rol 986-03) y Chusmiza (Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009, Rol 2840-08), en el norte grande, que han reconocido el derecho ancestral de algunas comunidades indígenas al uso del agua frente a ciertos usos industriales.

biental. Este primer capítulo pretende introducir el tema dando una mirada comprensiva del fenómeno de la justicia ambiental con el objeto de entender la idea, su origen, su evolución, sus fundamentos teóricos, sus distintas dimensiones y sus elementos constitutivos. Analiza, por lo tanto, el concepto de justicia ambiental desde su formulación histórica y teórica.

Luego, en un segundo capítulo, se debate acerca del lugar que esta idea ocupa en el ordenamiento jurídico. Se postula, luego de hacer una revisión de diversas normas –de derecho ambiental internacional, comparado y nacional– que contienen elementos de Justicia Ambiental, que este concepto, a la luz de la distinción teórica entre principios y reglas, puede entenderse como un principio jurídico.

El tercer capítulo, en tanto, persigue analizar cuáles son los elementos esenciales que definen un ordenamiento jurídico en materia de recursos naturales. Para ello, en una primera parte se abordan las características de los recursos naturales como bienes –en particular, como bienes comunes categoría que, como se verá, escapa a una caracterización propiamente jurídica– lo que permite analizar con posterioridad los distintos modelos institucionales y jurídicos que se pueden aplicar para la regulación del acceso, uso y aprovechamiento de tales recursos.

El cuarto capítulo se refiere al estado de la cuestión en Chile en materia de regulación del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Aquí se procede, en primer lugar, a categorizar jurídicamente los recursos naturales y, luego, a analizar los mecanismos regulatorios que determinan el acceso, uso y aprovechamiento de tales recursos. En este capítulo se propone una sistematización de la regulación nacional aplicable a los recursos naturales basada en la titularidad del recurso, esto es, en la determinación de si los recursos naturales son bienes objeto de dominio y, en tal caso, si éste es público o privado.

Por último, en el capítulo final, se analiza la aplicación de la Justicia Ambiental a la regulación en materia de recursos naturales. Es decir, aquí se identifican y analizan las reglas de Justicia Ambiental que son aplicables a las regulaciones del acceso y uso de los recursos naturales y si éstas se incorporan concretamente en nuestro ordenamiento jurídico.

La presente investigación es de carácter dogmático, por lo que la metodología de investigación empleada para alcanzar los objetivos propuestos es la propia de las ciencias jurídicas, esto quiere decir que por la vía de la interpretación de las normas jurídicas, se intenta deducir principios y reglas que permitan sistematizar el conjunto de normas relativas al acceso y uso de los recursos naturales, para aplicar sobre ellos los criterios provenientes de la Justicia Ambiental. Por consiguiente, la doctrina, normativa y juris-

prudencia comparada y nacional se someten a un detallado estudio, análisis crítico y sistematización.

Al finalizar esta investigación se pretende haber perfilado a la Justicia Ambiental como un principio jurídico que otorga un marco conceptual y analítico en el cual la regulación sobre el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales debe enmarcarse. De esta manera se busca contribuir a identificar las reglas derivadas de la Justicia Ambiental en el derecho ambiental.