

Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático y principio precautorio. Una formulación débil respecto del marco legal actual



Verónica Delgado Schneider
Profesora Derecho Ambiental
Universidad de Concepción

La discusión del Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático en la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado ha dado lugar a varias intervenciones referidas a los principios que contempla la iniciativa legal, entre los cuales se encuentra el principio precautorio.

En efecto, tal como el reconocido principio preventivo en materia ambiental, el llamado principio precautorio exige tomar medidas anticipatorias para evitar un daño ambiental o aminorar sus consecuencias, pero ante una particular situación: cuando no hay certeza científica sobre los efectos que un fenómeno, un producto, una actividad o un proceso pueda causar. Se trata de cómo actuar o administrar la incertidumbre. Tal como se enuncia en el principio 15 de la Cumbre de Río en 1992: “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”. En el mismo año, el principio es incorporado en la Convención de Cambio Climático y en la de Diversidad Biológica, con matices en su redacción. En paralelo, también se ha ido plasmando la referencia y/o aplicación de este principio en el ámbito jurisdiccional internacional en la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar.

Y su adopción es muy importante, pues la lógica previa era totalmente opuesta: es decir, cuando para la ciencia no había certeza acerca de los efectos que una actividad o una sustancia podría provocar en los ecosistemas o la salud de las personas, no correspondía imponer una medida preventiva de protección que pudiera implicar prohibiciones o restricciones equivocadas en desmedro de la economía. Esta lógica cambia y se impone un deber de precaución, pues tanto la falta de certeza (un riesgo razonable) como los bienes superiores en juego, obligan a

tomar medidas que el conocimiento y el tiempo se encargarán de develar después, sea calificándolas como exageradas (debiendo eliminarse) o bien, como aquellas que evitaron muertes, enfermedades o daños. Los primeros ejemplos y más conocidos internacionalmente de la aplicación de este principio, fueron las prohibiciones o restricciones impuestas, legal y judicialmente, a los cultivos de organismos genéticamente modificados, antenas de telecomunicaciones, uso de pesticidas etc.

Como es previsible, el principio se ha expandido rápidamente en Europa en materias ambientales y de salud (destacando la regulación en Francia y Alemania), y encuentra resistencia en Estados Unidos, por estimarse un freno para el comercio y una excusa de parte de los países de Europa para justificar medidas de índole proteccionista. En América latina se ha reconocido en general y/o para materias específicas (sustancias químicas, biodiversidad, bosques, radiaciones ionizantes, etc.), generalmente a nivel legal e incluso constitucional. También se ha reconocido a nivel jurisprudencial en varios países en que las leyes generales del ambiente sólo aluden al principio preventivo. En tiempos más recientes, el principio precautorio justificó una sentencia brasileña del año 2016, a favor de interrumpir una actividad de explotación de petróleo hasta que las empresas establecieran procedimientos para implementar un plan de abandono del pozo y que se realizaran estudios más profundos. Y en el caso de la Mesa Océanos de Chile, este principio debiera inspirar nuevos estudios y medidas estrictas o moratorias a la actividad de minería submarina por varias razones, incluyendo el valor del subsuelo como sumidero de gases de efecto invernadero.

En Chile, el principio precautorio no estaría reconocido expresamente en la Ley 19.300. Así lo evidencia el Segundo Tribunal Ambiental en un fallo de 2013, relacionado al proyecto de Central de ERNC Tagua Tagua, donde se

argumenta que no podría aplicarse la Declaración de Río que lo contiene, pues no es una norma vinculante que pueda aplicarse a proyectos presentados en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). De esta manera, el SEIA sólo podría fundar el rechazo de un proyecto en el principio preventivo, pero no en el precautorio.

Sin embargo, en la Corte Suprema, si bien hubo algunas sentencias en que se ha confundido con el principio preventivo, existen ya varios fallos que le dan al principio precautorio un adecuado tratamiento y que han sentado importantes precedentes al tildar de ilegales omisiones del Estado en la debida protección del ambiente y las personas. Se destacan el caso del vertimiento de salmones en las costas de Chiloé, donde en el año 2018 se condena a la autoridad, entre otras cuestiones, por tomar decisiones sin contar con toda la información que requería y como exigía un convenio internacional, obligando incluso a seguir con investigaciones científicas sobre el tema; y también la sentencia del año 2019 que acogió el recurso de protección interpuesto por vecinos, autoridades y ONG de Quintero-Puchuncaví, argumentando que se deberá identificar y cuantificar la totalidad de los gases o compuestos químicos producidos por todas y cada una de las empresas que operan en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y demás fuentes existentes en dicho sector, así como establecer cuál es el origen de cada uno de ellos y los efectos que podrían provocar tanto en la salud humana como en el medio ambiente.

El principio precautorio ha ganado vivamente terreno también en otras leyes que lo reconocen expresamente, y se propone en varios proyectos de ley importantes. Sin embargo, las fórmulas en cómo se recepciona este principio son bastante variadas, y esta variedad reviste una importancia no dimensionada hasta ahora, especialmente ad portas de la aprobación de la Ley Marco de Cambio Climático.

Así, fue incorporado a la Ley de Pesca y Acuicultura el año 2013 bajo la expresión “enfoque precautorio”, el cual debiera aplicarse para interpretar y aplicar la ley y, especialmente, a la hora de decidir imponer o no medidas de conservación y administración. Y se precisa qué significa: i) Se deberá ser más cauteloso en la administración y conservación de los recursos cuando la información científica sea incierta, no confiable o incompleta, y ii) No se deberá utilizar la falta de información científica suficiente, no confiable o incompleta, como motivo para posponer o no adoptar medidas de conservación y administración.” La recepción del principio resulta ser bastante menos estricta (y, por ende, más beneficiosa para la protección ambiental) que la redacción adoptada en la Cumbre de la Tierra de 1992 y, de hecho, no menciona siquiera la palabra “riesgo de daño grave e irreparable”, incluyendo tres hipótesis sobre

la falta de certeza científica (insuficiente, no confiable o incompleta) sin exigir que ella sea absoluta. Además, no se impone expresamente hacer un análisis de costos. En todo caso, en la práctica, este principio todavía no está muy operativo, faltando -como sugiere la FAO- varias reformas reglamentarias.

Esta visión del principio se mantendría en el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9.040-12). El texto aprobado hasta ahora tampoco hace referencia al daño, no exige que la falta de certeza sea “absoluta” e incluso destaca con énfasis (“en ningún caso”) que no habrán excepciones en su aplicación: “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”. Tampoco se exige hacer un análisis de costos.

En la misma línea, el principio fue incorporado en la Ley N° 20.920, de 2016, que establece el marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, en su art. 2: “Precautorio: la falta de certeza científica no podrá invocarse para dejar de implementar las medidas necesarias para disminuir el riesgo de daños para el medio ambiente y la salud humana derivado del manejo de residuos”. Se debe actuar ante el riesgo de un “daño” (es decir, una afectación significativa, importante) y basta que no exista certeza científica, sin exigir que ella sea absoluta. Tampoco se exige hacer un análisis de costos.

Pero, aunque ganando terreno (cuestión importante), se retrocedería a una redacción más tradicional y exigente en el Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, presentado este 2020 al Congreso Nacional por el Gobierno (Boletín N° 13.191-12): “cuando haya antecedentes que permitan anticipar un 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 los efectos adversos del cambio climático.” (art. 2 letra d). Con esto, la nueva ley de cambio climático se acoge a la llamada postura minimalista o débil del principio, en virtud de la cual el principio precautorio sólo sería aplicable en caso de riesgo de un daño grave o irreversible y cuando la falta de certeza científica sea “absoluta”, sin aclarar además, si el análisis de costos a ponderar se refiere sólo los económicos, aunque el mismo proyecto reconoce el principio de costo efectividad, que mandata priorizar aquellas medidas que, siendo eficaces para la mitigación y adaptación, sean las que representen menores costos económicos, ambientales y sociales.

Paradójicamente, en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, donde quizá tenemos el mayor desafío dada las variadas incertezas de la ciencia mundial (respecto a las causas, efectos y el cómo adaptarnos a este fenómeno) y de la información nacional (sobre muchos aspectos, como

biodiversidad, agua, emisiones al aire, etc.) y, especialmente, cuando es la misma ley la que consagra expresamente el principio de no regresión, se retrocede. De hecho, este principio podría ser el más importante y útil de consagrar en este proyecto de ley, unido al de no regresión (nunca retroceder en la ambición) y el de justicia ambiental (aunque se le llame de equidad y transversalidad). Ojalá, durante la discusión en el Congreso Nacional, se modifique su recepción hacia una más flexible, la llamada “intermedia”, que subordina la utilización del principio a un riesgo científicamente creíble, admitido como plausible por parte significativa de la comunidad científica. En Francia, por ejemplo, en la Carta de la Naturaleza, que incluyó el tema en su constitución el año 2005, basta con que la ocurrencia de un daño sea incierto dentro del estado de los conocimientos científicos.

Además, pero con bastante polémica, se discute su inclusión en el Proyecto de ley que “moderniza” el SEIA (Boletín Nº 11952-12). Parlamentarios lo proponen, pero el Gobierno no lo acepta, argumentando que ya en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, se propone que se incluya la variable cambio climático en el SEIA. Debiera incluirse, sin duda, y en ambos tipos de evaluación (Declaraciones y Estudios), pues hasta ahora, el SEIA evalúa los proyectos considerando solo sus líneas de base “históricas”, con datos “hacia atrás”, pero no con proyecciones que consideren la variabilidad climática, como si la calidad y cantidad del agua y los ecosistemas, por ejemplo, se mantuvieran iguales en los próximos cien años. Se requiere perfeccionar la norma, haciendo alusión clara y concreta a cómo la variable climática y el principio precautorio reformarán el SEIA.

Sería esperable, también, que se incluya el principio precautorio en la reforma al Código de Aguas, un código atrasado, de corte liberal, que no asume que la sequía en Chile es ya una situación casi normal en varias zonas y que, quizá esto es lo más grave, no “protege” el agua como elemento del ambiente, toma decisiones sin participación ciudadana y con poca o deficiente información. Urge que las decisiones se tomen con más información y anticipación; y que, cuando no exista certeza científica sobre el devenir, el principio precautorio se imponga y obligue al Estado a tomar medidas que, legitimadas por la ciudadanía, permitan asegurar que los ecosistemas se mantengan, que se garantice el derecho humano al agua y que el uso extractivo sea racional para ser respetuosos con el planeta, sobrevivir y ser justos con las generaciones que vendrán. Lamentablemente, ahora la reforma no incluye el principio, ni expresa ni tácitamente.

En fin, el principio precautorio ha ganado terreno en el derecho chileno y, si se aprueban los proyectos de ley comentados, qué duda cabe, llegó para quedarse; aunque

sería esperable coherencia en la forma de su reconocimiento, especialmente en la Ley Marco de Cambio Climático, donde, paradójicamente se considera expresamente el principio de no regresión.