

¿Cómo aterrizamos algunos de los principios jurídicos del derecho ambiental a la Ley Marco de Cambio Climático?



Jorge Femenías

Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Ambiental y Derecho Administrativo en Derecho UC. E-mail: jafemeni@uc.cl Director del Área de Resolución de Controversias Contencioso – Administrativas en Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría.

INTRODUCCIÓN

Durante la tramitación del Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático (PLMCC) en las sucesivas sesiones de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, se recibieron opiniones de científicos, gremios, organizaciones no gubernamentales y de representantes de asociaciones ciudadanas. Ello, sin duda, legitimó el proceso legislativo y, de paso, demostró que en nuestro país los temas ambientales son prioritarios para todos los actores sociales y que estos gozan de espacios preponderantes de participación.

Un dato interesante de las exposiciones: casi todas se refirieron a los principios jurídicos del derecho ambiental contenidos en el proyecto.

Dado que la mayoría de los intervinientes fijaron su atención en este punto, caben de inmediato una serie de preguntas: ¿qué son los principios jurídicos?, ¿cuáles son los principios jurídicos del derecho ambiental?, ¿qué importancia tienen para la disciplina?, ¿deberían estar presentes en la futura Ley de Cambio Climático? Todo ello considerando que, como afirma Jordano Fraga, “el proceso de construcción del derecho ambiental como rama autónoma en formación ha decantado unos principios en torno a los cuales se aglutina”. (Cfr. Jordano Fraga, Jesús, La Protección del Derecho a un Medio Ambiente adecuado, Bosch, Barcelona, 1995, p. 131).

A continuación, se intenta responder a dichas preguntas, a la luz del proyecto original del Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, ingresado para su tramitación legislativa a la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, en enero de 2020.

PRINCIPIOS JURÍDICOS

Lo primero que quisiera relevar es que los principios jurídicos pueden ser concebidos de tres formas en el

derecho: (a) como una fuente de derecho internacional, (b) como una categoría metajurídica y (c) como una regla positivizada.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta distinción suele no formularse y, por ello, generalmente, se piensa en los principios solo “como estas categorías metajurídicas” que deben inspirar la actividad de la administración del Estado, los tribunales de justicia e incluso de los legisladores o, como expresa Betancor, “poseen, en consecuencia, una función informadora de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos (Cfr. Betancor, Andrés, Derecho Ambiental, La ley, Madrid, 2014, p. 144). Serían, por lo tanto, sólo máximas que sirven para la dictación de políticas públicas o la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Pero lo cierto es que los principios, como herramientas jurídicas, cumplirán su función más determinante cuando se traduzcan en reglas positivizadas, esto es, cuando se integran al texto de la ley, pero no como una fuente inspiradora o un auxiliar a la hermenéutica legal, sino como parte de una determinada prescripción normativa que la incorpora, además de una regla que se puede invocar directamente para adoptar una decisión o resolver un conflicto.

Como expresa García Enterría:

Tienen a la vez los principios generales así entendidos una capacidad heurística (para resolver problemas interpretativos de leyes y de los simples actos en vista de una solución), inventiva (para organizar o descubrir combinaciones nuevas), organizativa (para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica); son ellos los que prestan a esta su dinamicidad característica, su innovación y su evolución incesante. (Cfr. García Enterría, Eduardo,

Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo, RAP, Madrid, N°40, 1963, p. 194)

Por ello, para que los principios jurídicos sean una herramienta eficaz y útil para el cumplimiento de esta ley, lo adecuado es integrarlos a sus normas con prescripciones precisas que los apliquen de manera de no dejarlos solo como un marco interpretativo del articulado. Ese es el verdadero desafío y donde deben volcarse los esfuerzos intelectuales.

En este sentido, lo determinante es que estos principios dejen de ser “categorías metajurídicas” y se transformen en “reglas positivizadas” que puedan invocarse y aplicarse directamente. Ese es el aterrizaje que requieren los principios en una normativa concreta.

PRINCIPIOS JURÍDICOS AMBIENTALES Y EL PROYECTO DE LEY DE CAMBIO CLIMÁTICO

En este contexto, para responder a la pregunta que encabeza esta breve nota, diríamos que el aterrizaje de los principios que contempla el Proyecto de Ley podría darse de la siguiente forma:

Principio precautorio

El texto original del Proyecto de Ley enuncia este principio en los mismos términos que es recogido en diversos instrumentos de derecho internacional ambiental (como el principio 15 de la declaración de Río, o el Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono), y, en tal sentido, se reduce a la máxima de “la falta de certeza científica no debe utilizarse como excusa para no tomar medidas, si existe riesgo de un daño grave e irreversible”.

Pero esta enunciación no permite explicar cómo debe aplicarse el principio en materia de cambio climático, ni tampoco otorga directrices claras. Y lo anterior, porque tampoco da cuenta de cómo opera este principio.

En este sentido, como sostienen McIntyre y Mosedale:

... la precaución debe actuar cuando: (i) exista una vulnerabilidad del medio ambiente; (ii) la ciencia se encuentre limitada para predecir de manera anticipada y con exactitud los daños que puede sufrir el ambiente; y, (iii) existen alternativas de llevar a cabo actividades (procesos, productos, etc.) que sean menos dañinos. (Cfr. *The Precautionary Principle as a Norm Customary International Law*”, en *Journal of Environmental Law*, vol. 9, N° 2, 1997)

Así, la formulación del artículo 2 debe ser más precisa y concreta resolviendo: ¿qué es daño ambiental grave o irreversible?, ¿corresponde a la definición de daño ambiental de la Ley N° 19.300, pero en una hipótesis

calificada? En todo caso, y siendo determinante otorgarle densidad normativa al artículo, ya que no existe una noción jurídica de daño ambiental grave en nuestro país, no se pueden generar innovaciones que creen antinomias insolubles entre los diversos cuerpos legales que forman el ordenamiento ambiental.

A su turno, podría incorporarse en el artículo 9 número 2, particularmente en las letras c) y e), reformulando la redacción y precisando que lo que se debe gestionar es el peligro que ocasiona una determinada actividad, esto es, su capacidad de producir un daño, con prescindencia de su riesgo, esto es, la probabilidad de que tal capacidad se manifieste en un daño concreto. (Cfr. Betancor, Andrés, *Derecho Ambiental*, La ley, 2014, p. 250).

En el artículo 11 letra a, podría expresar que los Planes de Acción Regional de cambio climático deberán considerar el contexto del cambio climático, sus proyecciones y sus potenciales impactos en la región, teniendo presente que ante una sola amenaza de daños estimados suficientemente serios al medio ambiente no se debe esperar a que se obtenga una certidumbre científica absoluta para tomar las medidas protectoras necesarias. (Cfr. Femenías S., Jorge A. *La responsabilidad por daño ambiental*, Ediciones UC, Santiago, 2017, p. 136)

Principio preventivo

Se ha criticado su ausencia en el Proyecto de Ley y, en cierta medida, esas críticas parecen plausibles. Antes de indicar por qué, es necesario aclarar la relación de este principio con el precautorio: el principio preventivo se trata de daños o efectos ambientales negativos que pueden conocerse anticipadamente y, por lo tanto, se pueden adoptar medidas tendientes a evitarlo.

Este principio posee tres vertientes: (a) constituye el fundamento jurídico de la evaluación de impacto ambiental, (b) se refiere a las autorizaciones y permisos ambientales, siendo el fundamento inspirador de las normas de calidad y emisión, y (c) como obligación jurídica de evitación y reparación del daño ambiental.

Así, parece razonable incluir este principio al Proyecto de Ley en el artículo 2. Sin embargo, también nos parece adecuada su introducción en el artículo 5 para definir los lineamientos y directrices de las letras e, f y g. En tal sentido, sería deseable que los diversos literales expresen concretamente qué -acción u omisión materialmente considerada- podría ocasionar una mayor contribución a los efectos concretos del cambio climático, estableciendo una directriz más clara sobre cómo gestionar los peligros y riesgos para conjurarlos.

Asimismo, podría introducirse una mención a él en el artículo 5 inciso 6 y 8, disponiendo que si se cumplen las directrices que proporciona, el ministerio respectivo podría demostrar que su sector no genera actividades que contribuyan mayormente a los efectos del cambio

climático. Es decir, para aplicar la excepción de la norma deberían utilizarse los parámetros y directrices del principio como estándar de cumplimiento.

En este mismo sentido, podría señalarse en el artículo 11 letra a, que, para considerar el contexto del cambio climático, sus proyecciones y sus potenciales impactos en la región, deberán utilizarse las directrices que proporciona el principio preventivo, tanto para incorporar como para descartar medidas.

Finalmente, se recomienda su introducción expresa en el artículo 13, por cuanto el principio preventivo es, precisamente, uno de los fundamentos de las normas de emisión y normas de calidad.

Principio “el que contamina, paga”

Probablemente, por lo que evoca su enunciación, este principio ha llevado a confusión o, al menos, a considerar solo una de sus vertientes. En efecto, este principio tiene una faz preventiva y una función reparadora.

Así, el principio es mucho más que la obligación que tiene el agente causador de un daño al medio ambiente de pagar por su reparación o descontaminación (que es la faz restauradora), sino que implica:

... que los costos de las medidas necesarias para evitar la contaminación o para reducirla, en su caso, a los niveles aceptados como permisibles, deben ser de cargo de los causantes de las mismas, sin subsidios sociales de ninguna especie que falseen las condiciones de producción y de consumo o se presten para distorsiones en las transacciones comerciales o en la localización de las inversiones. (Valenzuela, Rafael, *El Derecho Ambiental. Presente y pasado*. Editorial Jurídica de Chile, 2010, Santiago, p. 311).

Desde este punto de vista, parece razonable que el Proyecto de ley contemple este principio, aunque más que enunciándolo en su párrafo 2 -lo que nos parece correcto- incorporándolo en el articulado como un mecanismo para adscribir los costos de la producción de gases de efecto invernadero a un determinado agente que los ocasiona.

De esta manera, podría ser incorporado en el artículo 5 para todos sus literales, particularmente la letra b, enfatizando que los costos de la reducción deben ser de cargo de quienes los ocasionan. Lo mismo en el inciso 5 del artículo 5, incorporando una frase que señale: “siempre considerando el principio quien contamina, paga”.

De igual forma en el inciso 6 y 8 del mismo artículo 5, como un estándar para demostrar que un determinado sector contribuye muy poco.

También en el artículo 9, especialmente en la letra c y e del número 2, disponiendo que la asignación de

responsabilidad y la determinación de los costos deberán considerar las directrices del principio quien contamina, paga, en el sentido de no imponer mayores medidas o costos a un sector que terminen por distorsionar el mercado, concediendo subsidios implícitos o grabando más onerosamente a quien no corresponde.

En síntesis, como sostiene Alonso García en España, por ejemplo, lo que el principio busca evitar es que se le atribuya a la comunidad la carga de luchar contra la contaminación -o en este caso con la producción de gases de efecto invernadero-, siendo imputable al contaminador -o productor de estos- el costo de las medidas necesarias para su eliminación o reducción hasta estándares o medidas equivalentes de objetivos de calidad ambiental.

Como enseñó Guzmán Brito:

Es muy constante que las investigaciones sobre el concepto de unos ‘principios generales del Derecho’, suelen omitir el examen de la noción previa y sustantiva, vale decir, la de ‘principio’ misma, como si la dieran por sentada y conocida; o, lo que es peor, como si supusieran que tal examen carece de relevancia para la determinación del concepto que se quiere investigar. No es, por consiguiente, extraño que, en torno al punto de qué sean los principios generales del Derecho, con semejante método terminemos por permanecer en la ignorancia inicial. Desconociendo, en efecto, cuál sea el género, es imposible conocer cuáles sean sus especies” (Guzmán Brito, Alejandro, *La idea de principio mentada en la expresión Principios generales del Derecho, en Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2014, Madrid, p.2).

Debido a ello, parece decisivo que la incorporación de los principios jurídicos ambientales en el articulado de la futura Ley de Cambio Climático, “principie” por comprender cabalmente en qué consisten cada uno de ellos, para, luego, hacer un esfuerzo intelectual por desarrollar las normas a luz de prescripciones concretas y precisas que reflejen la aplicación de estos mentados principios en aras de una mayor y mejor protección de la “casa común”.

RECOMENDACIONES PARA TOMADORES DE DECISIONES

Respecto al principio precautorio:

- La formulación del artículo 2 debe ser más precisa y concreta resolviendo: ¿qué es daño ambiental grave o irreversible?, ¿corresponde a la definición de daño ambiental de la Ley N° 19.300, pero en una hipótesis calificada?
- Precisar en el artículo 9, número 2, letras c y e, que lo que se debe gestionar es el peligro que ocasiona una determinada actividad, esto es, la probabilidad de que se manifieste un daño concreto.
- Expresar, en el artículo 11, letra a, que los Planes de Acción Regional de cambio climático deben considerar el contexto del cambio climático, sus proyecciones y sus potenciales impactos en la región.

Respecto al principio preventivo:

- Incluirlo en el artículo 2 y/o en el artículo 5 (letras e, f y g), expresando qué podría ocasionar una mayor contribución a los efectos del cambio climático y cómo gestionarlo.
- Mencionarlo en el artículo 5, incisos 6 y 8
- Señalarlo en el artículo 11, letra a, indicando que utilizarán las directrices de este principio.
- Su introducción expresa en el artículo 13, ya que es uno de los fundamentos de las normas de emisión y normas de calidad.

Respecto al principio “el que contamina, paga”:

- Incluirlo en todos los literales del artículo 5, particularmente, la letra b.
- Incluirlo en el inciso 5 del artículo 5, incorporando la frase: “siempre considerando el principio quien contamina, paga”.
- Incluirlo en el inciso 6 y 8 del artículo 5.
- Incluirlo en el artículo 9, letras c y e, del número 2.

REFERENCIAS

Betancor, A. (2014). Derecho Ambiental. *La ley, Madrid*.

Femenías, J. (2017). *La responsabilidad por daño ambiental*. Ediciones UC.

García Enterría, E. (1963) Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, (40), 189-224

Guzmán, A. (2014) La idea de principio mentada en la expresión Principios generales del Derecho. En *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (pp. 1-10), Aranzadi Thomson Reuters.

Jordano, J. (1995). La protección del derecho a un medio ambiente adecuado. Barcelona.

McIntyre, O. & Mosedale, T. (1997) The Precautionary Principle as a Norm Customary International Law. *Journal of Environmental Law*, vol. 9, N° 2, 221

Valenzuela, R. (2010). *El Derecho Ambiental. Presente y pasado*. Editorial Jurídica de Chile.

Actual texto del PLMCC aprobado por la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado

Preparado por el equipo del Observatorio de la Ley de Cambio Climático en el marco de su seguimiento legislativo (en azul las modificaciones al texto original)

Artículo 2°. Principios. Las políticas, planes, programas, normas, acciones y demás instrumentos que se dicten o ejecuten en el marco de la presente ley, se inspirarán por los siguientes principios:

- a. Científico: **los instrumentos** y las medidas de mitigación o adaptación para enfrentar los efectos adversos del cambio climático, se adoptarán **e implementarán** sobre la base de la mejor **información** científica disponible.
- b. Costo-efectividad: la gestión del cambio climático priorizará aquellas medidas que, siendo eficaces para la mitigación y adaptación, sean las que representen menores costos económicos, ambientales y sociales, **considerando los costos indirectos de la inacción para la adaptación**.
- c. Equidad y Justicia Climática: es deber del Estado procurar una justa asignación de cargas, costos y beneficios, **resguardando la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades**, con enfoque de género y especial énfasis en sectores, **territorios**, comunidades y ecosistemas vulnerables al cambio climático. La Justicia climática busca el trato justo de todas las personas, así como evitar las discriminaciones que pueden conllevar determinadas políticas y decisiones que pretenden abordar el cambio climático.
- d. Preventivo: las medidas destinadas al cumplimiento del objeto de esta ley deberán propender a **prever y evitar los efectos adversos del cambio climático, reduciendo sus causas y mitigándolas en caso de producirse**.
- e. Precautorio: cuando haya **un riesgo o peligro de daño grave o irreversible**, la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas **para evitar dichos riesgos o peligros, o impedir los efectos adversos del cambio climático, considerando el principio de costo efectividad**.
- f. No regresión: la gestión del cambio climático no podrá ser modificada cuando se comprometan los objetivos de mitigación o adaptación establecidos, o cuando ello implicara retroceder en los niveles de protección ambiental alcanzados o establecidos previamente.
- g. Progresividad: **los instrumentos** y las medidas **para la gestión del cambio climático** deberán avanzar

gradualmente con el fin de cumplir con el objeto de esta ley, de acuerdo con el principio de no regresión.

h. **Transparencia:** es deber del Estado facilitar el acceso oportuno y adecuado a la información sobre cambio climático, fomentando la difusión y sensibilización de la materia y reduciendo la asimetría de información.

i. **Transversalidad:** la actuación del Estado para la gestión del cambio climático debe promover la participación coordinada del Gobierno a nivel central, regional y local, así como la participación del sector privado, la academia y la sociedad civil.

j. **Participación:** es deber del Estado contar con mecanismos que permitan asegurar el derecho de participación de toda persona o agrupación de personas en la gestión del cambio climático, tanto a nivel nacional como regional y local.

k. **Territorialidad:** las políticas, planes y programas de nivel nacional deberán tener presente la diversidad propia de cada territorio a nivel comunal, regional y macroregional, mientras que los instrumentos de carácter local o regional deberán ajustarse y ser coherentes con los instrumentos de carácter nacional.

l. **Enfoque ecosistémico:** aquel que considera la interrelación de las especies en un área determinada.

Artículo 5.

Letra e modificada:

Lineamientos para las acciones transversales de adaptación que se implementarán en el país, estableciendo objetivos, metas e indicadores de vulnerabilidad y adaptación a nivel nacional, a mediano y largo plazo, conforme a lo establecido en la letra i) de este artículo, que permitan hacer seguimiento de los avances en la materia y establecer prioridades que orienten las medidas sectoriales y regionales. Dichos lineamientos deberán resguardar el uso del agua para consumo humano de subsistencia y saneamiento, y para la conservación de la biodiversidad. Estas directrices corresponderán al Plan Nacional de Adaptación.

Letra f modificada:

“Lineamientos para que las medidas de mitigación y adaptación consideren soluciones basadas en la naturaleza, con especial énfasis en la sostenibilidad ambiental en el uso del agua frente a amenazas y riesgos asociados a sequías, crecidas y contaminación, y la consideración de refugios climáticos”.