

Paulina Riquelme, abogada de Eelaw

“EL ARGUMENTO DE QUE EL TRATADO DE ESCAZÚ GENERARÍA INCERTIDUMBRE JURÍDICA SE PUEDE DEBER A QUE EXISTIRÍA AMBIGÜEDAD Y AMPLITUD EN SUS DISPOSICIONES”

Recientemente la abogada Paulina Riquelme, socia de Eelaw, realizó en SONAMI una interesante exposición sobre las implicancias que tiene para la minería la adhesión de Chile al Tratado de Escazú, destacando que este hecho “constituye un hito de relevancia para Chile en lo que refiere al acceso a la información, participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones en temas ambientales, acceso a la justicia ambiental y protección de los defensores ambientales”.

No obstante, la prestigiosa profesional reconoce que el argumento de que el Tratado de Escazú generaría incertidumbre jurídica “se puede deber a que existiría ambigüedad y amplitud en sus disposiciones, lo que podría dar lugar a diferentes interpretaciones respecto a las obligaciones y responsabilidades de los Estados”.

En entrevista con Boletín Minero, Paulina Riquelme aborda las principales implicancias de este tratado en la minería.

¿Cuál es la importancia de Chile haya adherido al tratado de Escazú? ¿Cómo son los tiempos para su aplicación?

La adhesión de Chile al “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018, denominado también como el Acuerdo de Escazú, confirma el valor que los derechos de acceso consagrados en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 pasa a tener en Chile.

En dicho contexto, la adhesión al Acuerdo de Escazú constituye un hito de relevancia para Chile en lo que refiere al acceso a la



Abogada Paulina Riquelme, socia Eelaw.

información, participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones en temas ambientales, acceso a la justicia ambiental y protección de los defensores ambientales. Lo anterior no sólo en materia de cambios normativos y permisos, sino también en la relación del Estado con todos sus ciudadanos. Por ello, observamos que, en virtud de su adhesión, se generarán e intensificarán criterios y normativa en torno a los derechos de acceso en materia ambiental, aspecto que ya ha sido posible experimentar en recientes actuaciones del SEA.

Respecto a su implementación a nivel nacional, el Acuerdo de Escazú señala que cada uno de los países debe comprometerse, *dentro de sus posibilidades y de conformidad con sus prioridades nacionales*, a realizar las actividades necesarias de implementación para cumplir con las obligaciones allí establecidas. De esta forma, no se indica una fecha límite para la implementación efectiva del Acuerdo, entendiéndose que será un ejercicio continuo y que, en el corto plazo, requiere de un diagnóstico nacional a fin de identificar brechas y oportunidades de mejora de nuestro esquema normativo y prácticas actuales.

A la fecha, es posible observar que las Autoridades ya se encuentran referenciando el Acuerdo de Escazú en orden a robustecer la participación de las comunidades en temas ambientales. En el SEIA, por ejemplo, se observa la modificación del criterio por parte del SEA en relación a la PAC en DIA y también, la reforma a la Ley N°19.300 que flexibiliza los plazos para solicitar la apertura de dicho proceso en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto.

DESAFÍOS

¿Cuáles son los principales desafíos que presenta el tratado de Escazú en sus tres pilares (información, participación pública y acceso a la justicia)?

Respecto al acceso a la información ambiental, en virtud del artículo 6.12 del Acuerdo de Escazú, las partes deberán promover el acceso a la información ambiental que esté en manos de entidades privadas cuyas operaciones, por su naturaleza, puedan presentar riesgos o efectos en la

salud y el medio ambiente. En este sentido, la disposición establece una nueva obligación a las empresas, cuyo principal desafío consistirá en definir la información que debe ser pública (por ejemplo, consumo de agua, emisiones de gases de efecto invernadero, etc.) y a través de qué mecanismos deberán ser entregadas (por ejemplo, memorias anuales o a través de un reporte formal a las autoridades ambientales, bien, se canalizará a través de compromisos específicos en el marco del SEIA).

En materia de participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, el principal desafío es la implementación extensiva de una participación ciudadana no sólo en el marco del SEIA, sino que también a la elaboración y revisión de planes, políticas, estrategias, normas y reglamentos, Instrumentos de Planificación Territorial, logrando una “*bajada*” de la información, de forma clara y entendible para las comunidades, de forma tal que su participación resulte realmente provechosa para el proceso de participación.

Finalmente, respecto al acceso a la justicia en asuntos ambientales, el Acuerdo señala que se debe contar

con una “*legitimación activa amplia*” en defensa del medio ambiente. Este aspecto es uno de los más relevantes respecto de los proyectos de inversión, ya que, en teoría, podría implicar que aumente la judicialización de proyectos, lo que, en principio, resulta como un escenario de incertidumbre que eventualmente podría afectar la inversión. Seguramente, este tema motivará nuevas discusiones legislativas en torno a la legitimación activa en las acciones de carácter ambiental.

¿Cómo se está implementado el acuerdo de Escazú en Chile en el SEIA? ¿Afectará a otras regulaciones que no sean las ambientales solamente? Por ejemplo, el tema información, afecta sólo a la administración del Estado, ¿o también al sector privado?

Uno de los aspectos más importantes de implementación de Escazú en nuestro país en el SEIA es la consulta pública (finalizada recientemente), que tiene por objeto modificar el Reglamento del SEIA (DS N°40/2012), y que pretende ampliar el concepto de carga ambiental para la participación ciudadana en las DIA (tema también tratado en un Instructivo dictado por el SEA en junio del año pasado), así como también la Ley N°21.449 que modifica el artículo



El 18 de marzo de 2022, el presidente Gabriel Boric encabezó la ceremonia de firma del proyecto para aprobar el Acuerdo de Escazú.

30 bis de la Ley N°19.300, ampliando el plazo de 10 a 30 días para solicitar PAC en una DIA.

Respecto a la segunda pregunta, se debe tener presente que probablemente se necesite la adecuación de otras leyes y cuerpos normativos que van más allá de lo ambiental, pero que tienen directa relación con la efectiva implementación del Acuerdo, como, por ejemplo, la Ley N°20.285, sobre acceso a la información pública.

Además, es importante relevar que los Estados son los principales sujetos obligados de este Acuerdo, y así es como se encuentran redactados la mayoría de sus artículos. Sin embargo, y como lo mencionamos anteriormente, existen ciertas disposiciones (como los artículos 6.12 y 6.13) que tendrán una bajada enfocada hacia el sector privado, principalmente ampliando la información que entregan respecto de sus operaciones, con el objetivo de reflejar a la ciudadanía su desempeño social y ambiental.

Finalmente, resulta relevante que la implementación del Acuerdo de Escazú, sea acompañada de recursos económicos suficientes para resguardar tramitaciones efectivas, plazos razonables y una gestión de la carga de trabajo proporcional y acorde a las capacidades de la Administración.

IMPACTO EN EL SECTOR MINERO

¿Cuál es el impacto que este tratado tiene desde el punto de vista minero?

Los principales impactos para el sector minero dicen relación con la bajada normativa que podrían tener los pilares del Acuerdo. Por ejemplo, sobre la generación y divulgación de información

ambiental, se deberá incentivar por el Estado que las empresas (sobre todo las más grandes) elaboren informes de sostenibilidad empresarial que reflejen su desempeño social y ambiental, así como también promover el acceso a información ambiental de aquellas entidades privadas en relación con el ejercicio de funciones públicas.

Por otra parte, en materia de participación pública, Escazú busca garantizar el acceso amplio de la ciudadanía a estos mecanismos, por lo que una consecuencia directa podría ser un aumento (aunque no significativo) en los tiempos de tramitación de un Proyecto y en los recursos que se deban invertir durante la evaluación ambiental, debido a la apertura de procesos de participación ciudadana en la gran mayoría de Proyectos que ingresen al SEIA por DIA (recordemos que la participación ciudadana en los EIA está asegurada por ley), que es la tendencia que ha mostrado el SEA a través de instructivos y propuestas de reforma al Reglamento del SEIA.

Finalmente, se ha sostenido que Escazú podría aumentar la judicialización en los Proyectos del sector minero, ya que el artículo 8.3, letra c) del Acuerdo, señala que se debe garantizar una legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente. Sin embargo, se deja que cada parte defina esta legitimación activa amplia en su normativa interna, por lo que se podrían modificar, eliminar o mantener los requisitos actuales de la Ley N°20.600 para acceder a la justicia ambiental, y de cualquier forma se estaría cumpliendo con lo establecido en el Acuerdo de Escazú.

¿Tiene alguna incidencia el adherirse al EITI respecto al Tratado de Escazú?

El EITI (Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas) y el Acuerdo de Escazú son dos iniciativas que abordan aspectos similares en relación a la transparencia, pero que tienen objetivos y alcances diferentes. En este sentido, el EITI fue creado con la finalidad de divulgar y ajustar los ingresos de las industrias extractivas (petróleo, gas y minería) pagados y recibidos por los Gobiernos (impuestos, regalías, etc.), de forma de evitar irregularidades tales como la corrupción. Por su parte, Escazú busca dar a conocer a la ciudadanía datos e información relacionada al impacto de todo tipo de proyectos (no sólo de la industria extractiva) en el medio ambiente y en la salud de la población, lo que se podría ejecutar, por ejemplo, a través de la publicación de las empresas de sus emisiones de GEI o consumo de agua. No obstante, ambos instrumentos contribuyen en generar mayor flujo de información entre las empresas y sus stakeholders.

En tal sentido, se debe tener presente que el EITI corresponde a un instrumento con propósitos distintos e independientes a los de Escazú, toda vez que este último corresponde, principalmente, a un acuerdo internacional para consagrar el acceso a la información en materia ambiental, mientras que EITE busca fortalecer la transparencia y divulgación de información a lo largo de la cadena de valor de las industrias extractivas, ayudando a detectar y eliminar canales de corrupción.

¿Algunos piensan que este tratado afectaría el desarrollo productivo? ¿Qué implica una participación "más amplia" en los procesos de evaluación ambiental?

Tal como se está planteando actualmente

en Instructivos del SEA o en la reforma al Reglamento del SEIA, pareciera ser que uno de los principales ejes del Gobierno en esta materia, es que la mayoría (y quizás en un futuro cercano, todos) de los proyectos que ingresen al SEIA, ya sea por DIA o EIA, cuenten con una etapa de participación ciudadana. Como consecuencia, esto implicaría que la tramitación de aquellos proyectos que antes no eran considerados como objeto de participación ciudadana (porque no producían externalidades negativas y beneficios sociales), sea mayor.

Lo anterior, podría dar lugar a mayores costos y aumento de tiempos asociados a la tramitación del proyecto, aspecto que podría dar lugar a ciertas inquietudes en el sector privado. Sin embargo, la ampliación de la participación ciudadana también puede ser vista como una oportunidad, toda vez que, cuanto antes pueda participar el público, más efectiva e incidente puede ser su participación, lo que da mayor legitimidad al proyecto. También cabe esperar que, al involucrar al público de manera más amplia, el responsable de tomar la decisión, en este caso el SEA, esté en mejores condiciones de prever, prevenir y resolver los posibles conflictos, pudiendo evitar en ciertos casos una judicialización de estos proyectos.

Sin embargo, el relacionamiento comunitario no debe reducirse a la participación de las comunidades en el marco del SEIA, sino que debe ser un proceso que inicie antes de la evaluación ambiental y que se mantenga a lo largo del ciclo de vida de un proyecto. En tal sentido, es relevante que las empresas y comunidades se conozcan como actores relevantes de un territorio, evitando

que el SEIA se transforme en una “caja negra”, en el cual se deba dialogar en acotados tiempos, sin asegurar que se llegue a acuerdos que permitan un desarrollo sustentable.

¿Por qué su adhesión en Chile ha despertado voces y contra? El gobierno anterior no lo ratificó.

Además de la posible incerteza jurídica o el aumento en general de los plazos de tramitación de los proyectos en el marco del SEIA, una de las principales inquietudes que llevó al Gobierno anterior a no ratificar el Acuerdo de Escazú era lo dispuesto en el artículo 19 del Acuerdo, relacionado a la solución de controversias.

En virtud de este artículo, si dos o más partes no logran resolver un conflicto por medio de la negociación o por cualquier otro medio de solución de controversias, dicha pugna debe ser resuelta por la Corte Internacional de Justicia o a través de un arbitraje, lo que, para algunos especialistas, abriría la puerta a una nueva demanda territorial y/o marítima de parte de Bolivia, que ratificó el Acuerdo en el año 2019.

Sin embargo, la solución a la que llegó el Gobierno actual es que, debido a que este tratado no admitía reservas, junto con la adhesión de Chile se presentaron 4 declaraciones interpretativas, que permiten aclarar que entiende un Estado de forma unilateral sobre determinados aspectos. En este sentido, además de declarar que nuestro país recoge en su legislación parte importante de las exigencias previstas en el Acuerdo, hacen presente que, mientras no se haga una declaración en el sentido contrario, no se aceptarán los medios de solución de controversias señalados

en el Acuerdo, esto es, el arbitraje o el sometimiento de la disputa a la Corte Internacional de Justicia.

¿Algunos estiman que este tratado genera inseguridad jurídica, cuál es su opinión?

El argumento de que el Tratado de Escazú generaría incertidumbre jurídica se puede deber a que existiría ambigüedad y amplitud en sus disposiciones, lo que podría dar lugar a diferentes interpretaciones respecto a las obligaciones y responsabilidades de los Estados.

Es innegable que la adhesión al Acuerdo tensionará el marco normativo ambiental existente, sin embargo, para ponderar las circunstancias particulares de nuestro país, cabe considerar que, a diferencia de la mayoría de los países que han ratificado el Acuerdo, Chile ya cuenta con una robusta institucionalidad ambiental (SEA, SMA, MMA y Tribunales Ambientales) y diversas normas sobre transparencia y acceso a la información pública. De esta forma, gran parte de los aspectos y obligaciones consideradas en el Acuerdo son actualmente cumplidas por nuestro país.

Finalmente, cabe tener presente que los tratados internacionales siempre tienen una bajada en la legislación nacional. De esta forma, aquellas brechas normativas e institucionales identificadas en el Proceso Participativo de Implementación del Acuerdo, serán precisamente transformadas a nuevas leyes (o proyectos de ley), reglamentos, instructivos, entre otros, que brinden una certeza jurídica respecto a su aplicación.