

CAPÍTULO V BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS

LORENZO SOTO OYARZÚN*

1. EL DERECHO DE LA CONSERVACIÓN AMBIENTAL

La historia de la protección de la naturaleza con fines de conservación podríamos cifrarla hacia fines del siglo XIX en Estados Unidos de Norteamérica con la creación del primer reducto de protección oficial: el Parque *Yellowstone*, creado en 1872,¹ acompañada luego de la creación del “*National Park Service*” en 1916, sin duda el régimen jurídico pionero y de referencia a nivel mundial en materia de conservación de la naturaleza.²

En Chile podríamos situar en el año 1907 el primer hito de conservación con la creación de la “Reserva Forestal Malleco”, mediante Decreto N° 1.540,³ que luego le suceden una serie de otras áreas protegidas de corte forestal creadas en el sur de Chile (Villarrica, Alto Biobío, Llanquihue, entre otras), cuya protección se sistematiza con la dictación de la Ley de

* Abogado, U. de Chile. Dr. en Derecho Ambiental, U. de Alicante.

¹ Para un estudio más acabado y profundo sobre el derecho de la conservación y de los recursos naturales a nivel internacional *cfr.* LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980 y sus obras posteriores. Asimismo, MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen III, Recursos Naturales. Editorial Trivium, 1997.

² Para una revisión del modelo estadounidense véase RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (coordinador), *Derecho comparado del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos*. Editorial Comares, Granada, 2000.

³ Los vistos de este decreto señalaban: “que hai manifiesta conveniencia en conservar para el Estado bosques fiscales del territorio de Colonización” por lo cual “destina a reserva de bosques” casi 34.000 hectáreas de la provincia de Malleco.

Bosques en 1925,⁴ complementaria a la protección que se otorga en esa misma época a la fauna por medio de la Ley de Caza de 1929,⁵ legislaciones que toman cauce con la adopción de la Convención para la protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América conocida como “Convención de Washington”, en 1940, y que sentó las bases para la creación de Conaf en 1973⁶ y la adopción luego de las leyes 18.348 orgánica de Conaf y 18.362 que creaba el SNASPE ambas de 1984, que nunca entraron en vigencia.⁷

Sin embargo, un derecho ambiental propiamente dicho en Chile no surge sino incipientemente con la consagración de la garantía constitucional del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación en la Constitución de 1980 y luego con la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300 de 1994, que la desarrolla y que recoge la conciencia global sobre la necesidad de proteger el ambiente plasmada en la Cumbre de la Tierra de Río ‘92. No obstante, este nuevo derecho se ha caracterizado más bien por ser un derecho blando, con marcados rasgos economicistas y subordinado al resto de los regímenes jurídicos de corte productivo, como el minero, por ejemplo, que no se ha hecho cargo debidamente de los francos deterioros que presenta la biodiversidad y el patrimonio natural.⁸ Ello responde lógicamente a las prioridades y perfil de desarrollo que ha adoptado el país, eminentemente extractor de recursos naturales donde “lo ambiental” ha sido visto tradicionalmente más bien como un obstáculo al “desarrollo”, característica que se encarnó en la propia ley

⁴ Decreto Ley N° 656 promulgado el 17 de octubre de 1925 y publicado en el D.O. el 6 de noviembre de 1925.

⁵ Ley N° 4.601 promulgada el 18 de junio de 1929 publicada en el D.O. el 1 de julio de 1929.

⁶ Creada por Decreto N° 455, de 19 de abril de 1973 por modificación de su predecesora la Corporación de Reforestación de 1970.

⁷ Cid. *Infra* 4.1.

⁸ Para un análisis detallado del estado del medio ambiente en Chile *cfr. Informe País. Estado del Medio Ambiente en Chile*. Universidad de Chile. Centro de Análisis de Políticas Públicas, LOM Ediciones, que se actualiza periódicamente y en cuya edición de 2018 se constata que en las últimas décadas “se evidenció un aumento de la presión sobre el ambiente físico, provocando el deterioro del patrimonio natural, una alta dependencia a los mercados externos, un aumento de las desigualdades económicas y sociales, entre otros impactos”, p. 4.

ambiental marco chilena dictada como una forma de insertar y cumplir los requerimientos que imponía la apertura a los mercados internacionales, que Chile inició fuertemente con el advenimiento de la democracia en 1990, y que, desde el punto de vista de su contenido, no es más que una ley ambiental funcional o instrumental, que regula casi en exclusivo, mecanismos para gestionar y evaluar ambientalmente proyectos de inversión que intervienen el medio ambiente. De algún modo, el derecho ambiental, así concebido, no es otra cosa que el derecho a destruir el ambiente, en tanto establece el conjunto de reglas por medio de las cuales se permite y regula la intervención sobre él y sus recursos.

Ha contribuido a ello también la vieja concepción de que “lo ambiental” se ha asociado clásicamente con “preservar”, cuyo ícono más visible ha sido precisamente el centenario sistema nacional de áreas silvestres protegidas chileno, cargado de dicha concepción escénica y de intangibilidad.

El derecho ambiental chileno nace así –si ciframos su origen sistemático en 1994– como un apéndice del derecho económico y no como un derecho público estatal, donde la regulación fundamental versa sobre el procedimiento evaluador de proyectos, dejándose expresamente vigentes todas las demás regulaciones –liberales– sectoriales.

Dentro de este derecho, tal vez el que podríamos decir ha tenido y tiene un desarrollo y atención cualitativamente especial, es el relativo al derecho de la contaminación ambiental, emanación del derecho civil de daños, que por razones históricas y de orden práctico ha sido desarrollado y abordado con cierta autonomía como acontece con el derecho ambiental de daños relativo a los accidentes y contingencias ocasionadas en el medio marino regulado por tratados internacionales de antigua data.

Lo propio ha acontecido a contar de la instauración de la ley marco sobre medio ambiente con el que podríamos denominar derecho adjetivo ambiental o procesal ambiental configurado por los procedimientos e instrumentos de gestión ambiental, centrados en el SEIA.

La conservación ambiental se sitúa así en la antípoda del derecho de la contaminación y del de la gestión ambiental, conformando un capítulo o parte del derecho ambiental nuevo, que ha resultado postergado y con escaso desarrollo doctrinario, pero que dada la condición de crisis global que presenta el Planeta cobrará cada vez mayor relevancia.

Siendo el derecho ambiental de la contaminación, centrado en la responsabilidad por daños, un derecho con tradición y desarrollo propios, y el derecho ambiental adjetivo de la gestión ambiental —centrada en el SEIA— la parte del derecho ambiental legislado y priorizado en Chile a contar de la década de los 90, surge la necesidad de realzar la existencia y relevancia de un derecho ambiental de la conservación como tercer pilar del derecho ambiental chileno y que podríamos definir como aquella parte del derecho ambiental conformado por el conjunto de reglas de derecho destinadas a la protección, mantención y acrecentamiento de los bienes y recursos naturales y procesos biológicos. A diferencia del derecho de daños ambientales o relativo a la contaminación, este derecho no regula emisiones o inmisiones, sino que establece reglas de naturaleza distinta destinadas a proteger o conservar el patrimonio ambiental, sus componentes y funciones. Aquí es donde, por ejemplo, se sitúan las técnicas de protección de áreas naturales, de especies y de ecosistemas.

La concepción de lo que se entiende por “conservación” si bien sigue siendo asociada como sinónimo a “preservación” o a “protección estricta”, en estricto rigor debemos entenderla como inclusiva de “uso y aprovechamiento” pero con el adjetivo sustentable. Esto se debe a que en una primera fase de desarrollo de los intentos conservacionistas se concibió a la naturaleza o a sus componentes como reductos u objetos seleccionados abstraídos de la intervención humana, con fines estéticos o de contemplación, y por tanto intangibles e inviolables. Esta es la base teórica que dio origen a la Convención de Washington de los años 40, incorporada en Chile en los años 60 y a la Ley del SNASPE de los 80 dictada en conformidad a la primera.

La conservación ambiental, en cambio, en su concepción moderna y más acertada es entendida como la gestión ambiental que va desde la “preservación” —entendida esta como el acto de mantener inalteradas las características ambientales de algo—, hasta su “uso” y “aprovechamiento” racional y sostenible, entendidos estos como los actos en virtud de los cuales se intervienen o explotan los recursos para obtener beneficios de ellos sin menoscabar esencialmente otros bienes naturales o su aptitud para seguir generando dichos provechos, esto es, permitiendo la renovación de aquellos, de un modo similar a sus rendimientos originales, de tal manera que las generaciones futuras puedan disfrutar de ellos, a lo que podríamos agregar —o al menos entender subsumido— la acción de reparar,

como bien lo afirma Bermúdez,⁹ a partir de la definición del art. 2° letra b) de la Ley N° 19.300, y que resulta de toda lógica para todas aquellas acciones en las que no es factible volver las cosas a su estado anterior a los de su intervención.

Así el derecho ambiental relativo a la conservación ambiental no es más que aquel que regula la forma o manera en que se preserva, protege, usa, aprovecha y acrecienta, de una manera racional y sostenible, los recursos naturales, el patrimonio natural y sus procesos, a fin de que ellos puedan cumplir adecuadamente sus funciones ecosistémicas y puedan generar beneficios que puedan renovarse en el tiempo, sin comprometer los derechos y expectativas de las generaciones futuras.¹⁰

Para el caso de los recursos naturales denominados “no renovables”, como los minerales, no será posible plantear su conservación en el sentido en que venimos hablando, ya que por definición su aprovechamiento implicará su agotamiento paulatino. En este caso, la gestión sustentable y por tanto la conservación versará sobre la forma en que la actividad se ejecuta o desarrolla en relación a su entorno, de tal manera que se cautelen las funciones ambientales del entorno que se interviene, así como otros bienes ambientales susceptibles de afectar.

En el centro del derecho de la conservación ambiental tiene por tanto que situarse el paradigma de la sostenibilidad, tal como lo plantea Gabriel Real Ferrer, quien abraza este principio como meta global de las nuevas sociedades planetarias que comenzarán a gestarse, incluso postulando la creación de un nuevo derecho, el derecho de la sostenibilidad, del que el derecho ambiental sería parte.¹¹

⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2ª edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 2015, p. 69.

¹⁰ Nuestra jurisprudencia en diversos fallos, tales como en rol N° 300-2012, sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Copiapó, de 15 de julio de 2013, confirmada por la E. Corte Suprema, en caso “Pascua Lama”, ha recogido y desarrollado el concepto de conservación del patrimonio ambiental y su relación con el de desarrollo sustentable al sostener que el primero “exige un uso racional de los elementos del medio ambiente dentro de los parámetros de un “desarrollo sustentable”.

¹¹ REAL FERRER, Gabriel. “Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho” en *Revista de Derecho Ambiental*. AbeledoPerrot, octubre/diciembre 2012, Buenos Aires, Argentina.

El derecho ambiental, así entendido, no puede ser un derecho económico, aunque tenga manifestaciones propias de él, sino un derecho originariamente ético y social, cuyo paradigma no es el “crecimiento” sino la manera en que se garantizan las funciones esenciales del planeta y de los bienes que lo conforman, en permanente interacción, para el sostenimiento y beneficio de las comunidades de vida que la integran, garantizando su herencia para las generaciones futuras. Desde esta perspectiva, el derecho de la conservación ambiental recién emerge y con fuerza en un mundo seriamente amenazado de subsistencia. Así recién comienzan a darse los primeros pasos hacia regulaciones relativas a la conservación de los recursos naturales renovables, flora y fauna (bióticos), suelo, agua y aire (abióticos) y se comienzan a dar los primeros trazos para el diseño de un sistema jurídico integrado para la conservación de la naturaleza o la biodiversidad –en su terminología más moderna–¹² que permitiría dar sustento, justificación y por sobre todo, sustentabilidad a los modelos de desarrollo productivos tanto a escala global como local.

2. MARCO INTERNACIONAL DE LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

El derecho internacional ambiental¹³ aún carece de un desarrollo y maduración suficiente que le permita enfrentar los desafíos de deterioro ambiental global. No existe, por ejemplo, un instrumento marco o general sobre medio ambiente, ni una carta básica sobre el derecho a un medio ambiente sano, ni tampoco se ha logrado establecer algún ente u organis-

¹² El informe OCDE sobre desempeño ambiental de Chile de 2005 estableció que “hasta la fecha la protección de la naturaleza no ha contado con el énfasis y los recursos suficientes para enfrentar las amenazas de largo plazo de la diversidad biológica altamente endémica de Chile. No hay ninguna ley específica de conservación de la naturaleza, y las estructuras institucionales y de manejo dan una importancia secundaria a los objetivos de conservación ante las metas más amplias de los organismos relevantes”. OCDE/CEPAL. *Evaluación del desempeño ambiental-Chile*, Naciones Unidas, 2005, p. 101. Por su parte el segundo informe de este organismo de 2016 estableció en relación al proyecto de ley del SBAP que “El marco institucional propuesto está en sintonía con la práctica internacional” OCDE/CEPAL. *Evaluación del desempeño ambiental-Chile*, Naciones Unidas, 2005, p. 239.

¹³ Para un estudio más detallado del derecho internacional del medio ambiente *cf.* JUSTE RUIZ, José. *Derecho internacional del medio ambiente*. McGraw-Hill, Madrid, 1999.

mo internacional que se encargue de impulsar su desarrollo, a través de la cooperación internacional.

En este contexto, las reglas de derecho internacional relativas a la conservación ambiental son escasas y recientes, gestadas con rezago al deterioro global y progresivo que presenta el medio ambiente global.¹⁴ Ejemplo gráfico de ello es la Convención de Biodiversidad, que con casi 30 años desde su adopción aún no se traduce en una regulación interna y sistemática sobre conservación de la biodiversidad.

A continuación, citamos los principales convenios ambientales que Chile ha suscrito y ratificado y que podemos considerar específicamente orientados a la protección de la biodiversidad y los recursos naturales.

2.1. Convención sobre la biodiversidad

La Convención sobre la Diversidad Biológica¹⁵ fue establecida en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992 y promulgada como ley de la República el 28 de diciembre de 1994.

La Convención reviste singular importancia en Chile por cuanto es el marco rector de todo el régimen de conservación ambiental –a falta de legislación interna– entregando directrices como la definición de “área protegida”¹⁶ y el de “diversidad biológica”.¹⁷ A partir de la Cumbre de la Tierra en el año 1992 se produce un fenómeno radicalmente distinto y

¹⁴ Para conocer con detalle el deterioro del estado del medio ambiente global tanto en términos de emisiones de gases de efecto invernadero, desertificación, pérdida de biodiversidad, contaminación del medio marino, etc. *cf.* *Informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de ONU*, en www.ipcc.ch; Igualmente consultar el *Informe de la Plataforma Intergubernamental en Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos (IPBES)*, de 2019, en www.ipbes.net, según el cual “La principal amenaza para la biodiversidad la constituye el cambio en el uso de la tierra y el mar, según el informe. Alrededor del 75% de toda la superficie terrestre del planeta, y el 66% de la superficie oceánica están “severamente alteradas” por las actividades humanas”.

¹⁵ Incorporada al ordenamiento jurídico chileno por D.S. N° 1.963 de 28.12.1994 del MINRREE.

¹⁶ Art. 2°. “Área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”.

¹⁷ Art. 2°. “Variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos

con el cual “protección de zonas y especies” ha sido sustituida por la que se refiere a la “conservación de la diversidad biológica”.¹⁸

La Convención compromete a los Estados a identificar los componentes de la diversidad biológica que sean importantes para su conservación y utilización sostenible (art. 7° letra a)); a efectuar seguimiento de los componentes de la diversidad biológica con atención especial a los que requieran medidas urgentes de conservación (art. 7° letra b)); a identificar las actividades que tengan o puedan tener efectos perjudiciales a la diversidad biológica (art. 7° letra c)); a establecer un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya de tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica (art. 8° letra a)); a promover la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales (art. 8° letra d)); a rehabilitar y restaurar ecosistemas degradados y promover la recuperación de especies amenazadas (art. 8° letra f)); a exigir la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos con miras a reducir al mínimo sus efectos sobre la diversidad biológica (art. 14 N° 1).¹⁹

No debemos dejar de considerar la importancia del “principio precautorio” en materia ambiental recogido en la Convención en virtud del cual no será admisible la falta de pruebas científicas inequívocas para adoptar medidas de protección a favor del medio ambiente (Preámbulo).²⁰

ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”.

¹⁸ JUSTE RUIZ, José. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, op. cit., pp. 364, 365.

¹⁹ Sobre esta materia en fallo de la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 16 de agosto de 1999, confirmada por la E. Corte Suprema en caso del proyecto forestal “Cascada Chile” se estableció “Que el convenio sobre Diversidad Biológica sólo establece obligaciones para los Estados suscriptores, entre los que se incluye a Chile, materia ajena con la aprobación o rechazo de un Estudio de Impacto Ambiental”.

²⁰ Este principio es rara vez aplicado en el ordenamiento jurídico interno ante conflictos ambientales de grandes dimensiones. Así, por ejemplo, el proyecto de explotación de pozos del Parque Nacional Lauca del Ministerio de Obras Públicas, el proyecto Central Hidroeléctrica “Ralco” de la empresa Endesa, o la planta de celulosa de Celco Valdivia, entre otros, son ejemplos de aquello, en cuanto han sido aprobados sin conocerse las reales dimensiones de sus impactos ambientales, por deficiencias graves en sus líneas de base, por faltas de antecedentes y pruebas científicas, etc. Sin embargo, la jurisprudencia ambiental más reciente en Chile ha adoptado y reconocido expresamente la aplicación de este principio como ha acontecido en los casos de la Continuidad Operacional de Compañía minera Cerro Colorado-BHP sentencia de la E. Corte Suprema de 13 de enero de 2021 en causa rol N° 8573-2019, Dunas de Con-

El Convenio ha efectuado 14 conferencias de las partes (COP), y cuenta con 2 Protocolos adicionales –no ratificados por Chile–, el *Protocolo de Cartagena*,²¹ relativo a la bioseguridad y el de *Nagoya*²² relativo al acceso y beneficios de los recursos genéticos, destacando en sus últimas reuniones, el compromiso de avanzar en el establecimiento de un régimen de acceso a los recursos genéticos y a sus beneficios.²³

En el marco de la décima reunión de la Conferencia de las Partes de la Convención, celebrada del 18 al 29 de octubre de 2010 en Nagoya, Prefectura de Aichi, Japón, los gobiernos acordaron el Plan Estratégico de la Diversidad Biológica 2011-2020 y las “Metas de Aichi” como base para detener y revertir la pérdida de la diversidad biológica del planeta. Sin embargo, en la reciente COP 14 celebrada en Egipto se pudo constatar el fracaso de dicho Plan al mismo tiempo que se estableció un compromiso de alto consenso internacional que lo sustituya, a fin de establecer un nuevo “marco mundial para proteger la biodiversidad posterior a 2020”, el que espera ser alcanzado y definido a contar de la COP 15.²⁴

2.2. Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres “CITES”

Firmada en Washington el 3 de marzo de 1973 y enmendada en Bonn, el 22 de junio de 1979 cuenta a la fecha con más de 180 países miembros, incluido Chile, que mediante Decreto Ley N° 873 de 20 de enero de 1975 y Decreto Supremo N° 141 del Ministerio de Relaciones Exteriores de igual año, la aprueba e incorpora al ordenamiento jurídico nacional.

Con sentencia de la E. Corte Suprema de 27 de junio de 2012 en causa rol N° 2138-2012 o Central Termoeléctrica Castilla sentencia de la E. Corte Suprema de 28 de agosto de 2012 en causa rol N° 1960-2012.

²¹ Adoptado en la 1ª Conferencia Extraordinaria de las Partes celebrada en Montreal, Canadá el 29 de enero de 2000.

²² Adoptado en la 10ª Conferencia de las Partes celebrada en Nagoya, Japón el 29 de octubre de 2010.

²³ Materias especialmente desarrolladas en el Protocolo Adicional sobre Seguridad de la Biotecnología adoptado en la Conferencia de las Partes de 29 de enero de 2000 y en el Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización, adoptado en la Conferencia de las Partes el 29 de octubre de 2010.

²⁴ Cfr: www.cbd.int.

Este tratado tiene como foco central el hacer frente al comercio ilegal transfronterizo de especies exóticas de flora y fauna silvestre combinando bien la perspectiva del comercio con la de la conservación ambiental.

El tratado CITES conocida así por sus siglas en inglés "*Convention on international trade in endangered species of wild fauna and flora*", constituye sin duda uno de los convenios pioneros en materia de protección de la biodiversidad. Fruto del espíritu emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, es un acuerdo internacional ambiental de gran adhesión y de un grado considerable de cumplimiento internacional.

La Convención surge a raíz de la toma de conciencia adoptada a escala mundial respecto de la magnitud de la sobreexplotación de las especies, a consecuencia de un comercio internacional de especies de fauna y flora silvestres —que conlleva al posterior detrimento de su supervivencia— que asciende a miles de millones de dólares por año, responsable de una considerable disminución del número de muchas de las especies incluidas en el texto del Convenio a nivel mundial.

El objetivo²⁵ de CITES es prohibir y regular el comercio internacional de especies de flora y fauna silvestres que se encuentren amenazadas,²⁶ mediante su inclusión en un sistema de "*Listado de especies*",²⁷ en anexos al texto del tratado (apéndices I, II y III), a los que se destinan distintas normas de protección. Cualquier animal o planta silvestre puede incluirse en la lista de especies protegidas dependiendo de su situación de acuerdo a principios fundamentales contenidos en el art. 2:

²⁵ Los fines y espíritu del tratado se encuentran claramente definidos en su preámbulo que señala las siguientes consideraciones:

"Reconociendo que la fauna y flora silvestres, en sus numerosas, bellas y variadas formas constituyen un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras;

Conscientes del creciente valor de la fauna y flora silvestres desde los puntos de vista estético, científico, cultural, recreativo y económico;

Reconociendo que los pueblos y Estados son y deben ser los mejores protectores de su fauna y flora silvestres".

²⁶ CITES otorga protección a 25.000 especies de flora y a 5.000 de fauna que viven diversos tipos de peligro de extinción debido al comercio indiscriminado que sufren.

²⁷ Estos pueden ser consultados en www.cites.org.

a) *Especímenes en peligro de extinción (apéndice I)*: incluye las especies amenazadas de extinción, cuyo comercio debe estar rigurosamente regulado, autorizándose solo en circunstancias excepcionales y generalmente para fines de investigación.

b) *Aquellas en vías de llegar al estado anterior y que requieren reglamentación (apéndice II)*: comprende especies no necesariamente amenazadas de extinción en actual momento, pero que podrían estarlo si su comercio no se regula estrictamente.

c) *Aquellas que requieren un control de su explotación y comercio (apéndice III)*: incluye las especies reguladas dentro de la jurisdicción de una de las Partes y que precisan la colaboración de otras Partes para prevenir o restringir su explotación.

La Convención funciona sobre la base de un sistema de "permisos y certificados" que se pueden expedir solo si se cumplen una serie de condiciones y deben presentarse antes de la salida o entrada de especímenes dentro de los países firmantes. Cada país participante debe designar una o varias "autoridades administrativas" encargadas de expedir estos permisos y certificados y que contarán con el asesoramiento de una o varias "autoridades científicas" designadas para tal efecto.

CITES asimismo es una de las pocas convenciones reguladas internamente en Chile por medio de la Ley N° 20.962 de 2016 que aplica sus disposiciones.

2.3. Convención para la protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América o "Convención de Washington"

La Convención para la protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, es sin duda uno de los convenios pioneros a nivel mundial en materia de protección ambiental y de ASP y de especial relevancia en el ámbito americano.²⁸ Fue firmada por el Gobierno de Chile en Washington el 12 de octubre de 1940 y es Ley de la República

²⁸ Un análisis jurídico más profundo de esta Convención puede consultarse en Lyster, Simon. *Internacional Wildlife Law*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1985.

desde el 23 de agosto de 1967 fecha en la que fue promulgada como tal y publicada en el Diario Oficial el 4 de octubre de 1967.²⁹

El fundamento general de esta Convención es el deseo de proteger y conservar las especies de flora y fauna en sus ambientes naturales con el objeto de evitar su extinción, como asimismo proteger y conservar los paisajes y lugares naturales.³⁰

Para los objetivos que se propone la Convención contempla y crea las siguientes categorías de protección:

- Parques Nacionales.
- Reservas Nacionales.
- Monumentos Naturales.
- Reservas de Regiones Vírgenes.

La "*Convención de Washington*" es sin duda, la principal fuente formal de derecho internacional de las categorías de áreas protegidas en Chile, dada la ausencia de legislación interna sistematizada y puede ser considerada la principal fuente de derecho internacional convencional sobre ASP en el ámbito americano.

Se trata de un Convenio propio de la prehistoria del derecho internacional del medio ambiente según los términos de KISS.³¹

Las principales medidas de protección se contemplan en el art. 3° que establece como limitantes a todo proyecto o actividad que pretenda desarrollarse en Parques Nacionales las siguientes:

- Solo por ley pueden alterarse sus límites, es decir, no puede mudarse su estatus jurídico, si no es por ley.
- Solo por ley puede enajenarse parte de él, es decir, venderse, arrendarse, hipotecarse, prestarse o ejecutarse cualquier otro acto de disposición entendido en sentido amplio, como es propio del acto enajenatorio.
- Sus riquezas no pueden explotarse comercialmente, es decir, ni el suelo, el agua, su flora o fauna o cualquier otro componente natural puede ser utilizado a objeto de explotación comercial.

²⁹ Incorporada al ordenamiento jurídico chileno por D.S. N° 531 de 23.08.1967 del MINRREE.

³⁰ Cfr. Preámbulo de la *Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América*.

³¹ Kiss, A. *Droit international de l'environnement*, Paris, 1992.

- Prohíbe la caza, la matanza y la captura de especímenes de fauna existentes en los Parques Nacionales, excepto cuando se hace por las autoridades del parque o con su autorización para fines científicos.

- Prohíbe la recolección de ejemplares de flora existentes en los Parques Nacionales, excepto cuando se hace por las autoridades del parque o con su autorización para fines científicos.

Esta Convención ha entrado en pugna frecuente con legislación ambiental interna, caso del Decreto Ley N° 1.939 sobre Bienes del Estado, el art. 17 del Código de Minería, así como reglamentación ambiental o de incidencia ambiental como los decretos de creación de monumentos naturales y el D.S. N° 40/12³² que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA).

2.4. *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*³³

Con toda seguridad, la segunda gran Convención especialmente referida y aplicable a Chile en materia de áreas silvestres es la otorgada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) en su 17ª reunión durante la Conferencia General, realizada en París en noviembre de 1972, que adoptó la *Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural*, firmado hasta la fecha por más de 190 Estados. Chile (Estado Parte de la Unesco desde 1953) ratificó la Convención en 1980 y es ley de la República de Chile, desde su promulgación el 27 de marzo de 1980 y publicación en el Diario Oficial el 12 de mayo del mismo año.

En ella se establecen importantes normas de protección para lo que denomina "patrimonio cultural y natural".³⁴ Particular interés reviste el concepto de "patrimonio natural" que entrega la Convención en su artículo 2° que incluye:

³² D.S. N° 40 del MMA, de 30 de octubre de 2012, publicado en el D.O. el 12 de agosto de 2013.

³³ Incorporada al ordenamiento jurídico chileno por D.S. N° 259 de 27.03.1980 del MINRREE.

³⁴ Para un estudio más desarrollado sobre los conceptos asociados a patrimonio natural cfr. BLANC ALTEMIR, ANTONIO. *El Patrimonio Común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*. Bosch, Barcelona, 1992, p. 31.

a) Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

b) Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies de animales y vegetales amenazados, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

c) Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la convención o de la belleza natural.

Además, bajo la administración de Unesco³⁵ también encontramos la institución de "Reservas Mundiales de la Biosfera", categoría que, si bien no cuenta con un cuerpo jurídico en el plano internacional, ni nacional,³⁶ representa manifestación de voluntad y de buena fe internacional, que no puede ser desconocida y a la que han adscrito también algunas ASP nacionales por voluntad soberana y libre del Estado chileno.

De acuerdo al "Marco Estatutario de la Red Mundial de Reservas de Biosfera"³⁷ de Unesco, las Reservas de Biosfera son zonas de ecosistemas terrestres o costeros/marinos, o una combinación de los mismos, reconocidas en el plano internacional como tales en el marco del Programa sobre el Hombre y la Biosfera (MAB) de la Unesco, de acuerdo con el presente Marco Estatutario.

Las reservas en su conjunto conforman lo que se denomina la "Red Mundial de Reservas de Biosfera" la que "constituirá un instrumento para la conservación de la diversidad biológica y el uso sostenible de sus componentes, contribuyendo así a alcanzar los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica y de otros acuerdos e instrumentos pertinentes".³⁸ Teniendo reconocimiento oficial en Chile, estas áreas deben al menos ser consideradas a efectos del SEIA (art. 10 letra p)).³⁹

³⁵ Cfr. www.unesco.org.

³⁶ El proyecto de Ley del SBAP legaliza esta institución incorporándola en su art. 36.

³⁷ Art. 1º "Marco Estatutario de la Red Mundial de Reservas de Biosfera".

³⁸ Art. 2º "Marco Estatutario de la Red Mundial de Reservas de Biosfera".

³⁹ Las Reservas de la Biosfera son establecidas por Unesco a propuesta de los Estados en virtud del Programa MAB adoptado por Chile y a cargo de Conicyt, por D.S. N° 420 de 2 de julio de 1974, publicado en el D.O. el 2 de agosto de 1974.

2.5. CONVENCION RELATIVA A LOS HUMEDALES DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL ESPECIALMENTE COMO HÁBITAT DE AVES ACUÁTICAS O "CONVENCION DE RAMSAR"⁴⁰⁻⁴¹

Este tratado internacional es también uno de los primeros en el ámbito mundial, pre Río, sobre áreas naturales protegidas que tuvo por objeto preferente y específico la protección del medio ambiente a través de zonas o espacios determinados.

Su otorgamiento está fechado el 2 de febrero de 1971, en Ramsar, Irán. El Estado de Chile la hizo suya como ley de la República recién el 10 de septiembre de 1980 por medio del D.L. N° 3.485.

Sus prescripciones apuntan a que los Estados Partes adopten medidas tendientes a establecer y favorecer la conservación de los humedales que se encuentren en sus respectivos territorios jurisdiccionales y en particular aquellos incorporados en un listado de humedales de importancia internacional por su función ecosistémica para las aves migratorias, confeccionado a partir de la información que los propios Estados entregan.

Asimismo, se obliga a los Estados a compensar la pérdida de humedales por medio de la creación de nuevas zonas o áreas naturales.

Esta Convención tiene importancia en Chile por cuanto las zonas de humedales relevantes frecuentemente corresponden a zonas de alta relevancia ambiental que se encuentran desprotegidas en nuestro país.

De otra parte, la Convención interesa en Chile dado que algunos territorios o sitios naturales cuentan con esta declaratoria como única herramienta para su conservación.⁴²

Sin embargo, esta herramienta como es propio del derecho ambiental internacional, establece más bien obligaciones genéricas y de medios que en Chile se cumplen mediante políticas públicas no vinculantes como la Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de Humedales de 2005, implementada por medio del Plan de Acción de la Estrategia de Humedales de 2006.

⁴⁰ Incorporada al ordenamiento jurídico chileno por Decreto Ley N° 3.485 de 10.09.1980.

⁴¹ Para un completo panorama en esta materia Vid. UICN-Sur. *Legislación ambiental sudamericana aplicable a los Humedales*, compilador: SOLANO, Pedro. SPDA, Wetlands International, Quito, Ecuador, 1997.

⁴² PRAUS, Sergio y otros. *La Situación Jurídica de las Actuales Áreas Protegidas de Chile*. Proyecto GEF-PNUD-MMA, diciembre de 2011. Anexo III.

Así, la Convención resulta relevante en Chile por cuanto le da sustento a la escasa regulación interna sobre humedales⁴³ y a las políticas públicas dictadas en el marco de la “Estrategia Nacional para la Conservación y uso racional de los Humedales”.⁴⁴

3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO AMBIENTAL

La Constitución Política de la República de 1980 asegura en su art. 19 N° 8, a todas las personas: “*El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*” y acto seguido establece que “*Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*”. El numeral 8 termina con un inciso de remisión a la ley para aquellas materias que traten sobre restricciones de determinados derechos para proteger el medio ambiente al señalar que “*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”. Por su parte, el art. 19 N° 24 consagra como limitación del derecho de propiedad cuanto exija la “*conservación del patrimonio ambiental*”.

Consagrado como un derecho fundamental material amparado procesalmente por el recurso de protección,⁴⁵ fue la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la que recién en 1994 aspira a dotar de contenido sustantivo y concreto a la garantía del numeral 8 antes citada, señalando que este derecho se regulará por sus disposiciones, “sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia”.⁴⁶

El constituyente de 1980, haciendo eco de las corrientes conservacionistas clásicas de la época habló de “tutelar la preservación de la naturaleza”⁴⁷ (art. 19 N° 8) y de “conservar el patrimonio ambiental” (art. 19

⁴³ Ley de Humedales Urbanos N° 21.202 de 23 de enero de 2020 y Reglamento de suelos, aguas y humedales, de la Ley N° 20.283 contenido en D.S. N° 82 de 20 de julio de 2010 del Minagri publicado en el D.O. el 11 de febrero de 2011.

⁴⁴ Estrategia Nacional para la Conservación y uso racional de los Humedales, aprobada por el Consejo Directivo de Conama en diciembre de 2005 por Acuerdo N° 287/2005.

⁴⁵ Cfr. JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, Bosh, 1995.

⁴⁶ Artículo 1° de la Ley N° 19.300.

⁴⁷ Término que también fue utilizado, de un modo amplio, por las primeras leyes que la consideraron como la Ley de Navegación de 1978 cuando habla de “preservación de la

N° 24), indistintamente, entendiendo, según recogió la jurisprudencia de la época que “*el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y la fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistema ecológico de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven*”,⁴⁸ conceptos que luego vienen a ser definido por la Ley N° 19.300 de distinto modo, poniéndose énfasis en la “mantención” de las condiciones naturales, respecto a la “preservación” y en el “uso” y “aprovechamiento” de los recursos naturales, respecto de la “conservación”.⁴⁹ Así, no se debe perder de vista que estos conceptos han ido evolucionando con el tiempo y el avance de la ciencia que hoy habla más bien de “conservación de la biodiversidad”, entendiendo que dicho concepto comprende la mantención, así como el uso y aprovechamiento racional y sustentable tanto de los bienes o componentes de la naturaleza —que podemos denominar genérica y tradicionalmente como recursos naturales— (bióticos y abióticos) como de los procesos biológicos mismos que ellos presuponen. Así, la preservación de la naturaleza a que se refiere la Constitución implica un deber estatal de custodia y aseguramiento de condiciones que garanticen la vida natural en todas sus dimensiones, para cuyo fin dispone del poder estatal de regulación que establecerá la medida en la que las intervenciones humanas son permisibles o no.

A los conceptos antes señalados, es posible entender que se agregan los elementos que conforman el patrimonio cultural, conforme a una interpretación amplia de la garantía constitucional del art. 19 N° 8 por la

ecología en el mar” o la Ley Navarino, de 1985, que habla de “preservación de la naturaleza y del medio ambiente”.

⁴⁸ Sentencia de la E. Corte Suprema, de 19 de marzo de 1997, Causa rol N° 2732-96 en el mentado “caso Trillium”.

⁴⁹ El art. 2° de la Ley N° 19.300 define “Preservación de la Naturaleza” como “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país” y “Conservación del Patrimonio Ambiental” como “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración;”.

integración normativa que hace la Ley N° 19.300, que en su artículo 2°, letra II), define medio ambiente “para todos los efectos legales” como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”, como así lo ha entendido la jurisprudencia administrativa de nuestra Contraloría,⁵⁰ si bien no existe uniformidad doctrinaria ni de la jurisprudencia judicial sobre este punto.⁵¹

4. ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS (ASP)

4.1. Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE)

Como hemos indicado, la conservación de la naturaleza comenzó a estructurarse hace ya más de un siglo con la creación de sucesivos reductos de conservación preeminentemente forestales. Esta práctica fue coronada con la adopción, por una parte, de la Convención para la protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América en 1940 y luego con la dictación de la Ley N° 18.362 en 1984 que crea el “Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado”, que recoge la nomenclatura establecida en la primera. En efecto, esta señala que el SNASPE se conforma por parques nacionales, reservas nacionales o forestales, monumentos naturales y reservas de regiones vírgenes, dejando su administración en manos de la “Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales” (Conaf).

Sin embargo, la Ley N° 18.362 nunca entró formalmente en vigencia, ya que ello sucedería, según expresa su art. 39, una vez que entrara en vigencia la Ley N° 18.348⁵² que creaba la Conaf como servicio público del

⁵⁰ Dictamen CGR N° 4.000 de 15 de enero de 2016.

⁵¹ Cfr. GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos*. LexisNexis, Chile, 2005.

⁵² Ley publicada en el Diario Oficial el 1984 cuyo artículo 1° señala: “Créase la Corporación Nacional, Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, que podrá usar como denominación abreviada la expresión “Conaf”. La Corporación será una

Estado, lo que nunca aconteció, no obstante lo cual ha sido Conaf como entidad privada y por medio de la atribución que le han dado sucesivas leyes y decretos sectoriales, —muchos de ellos de dudosa constitucionalidad— la que ha administrado el SNASPE y diversos sitios destinados a conservación hasta la fecha,⁵³ a la espera de la creación de un servicio público y de un sistema nacional integrado sobre la biodiversidad y las áreas protegidas: el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP),⁵⁴ de acuerdo al mandato del artículo octavo transitorio de la Ley N° 20.417.⁵⁵

La Ley N° 19.300 tanto solo consagró un par de disposiciones marco para la protección de la naturaleza reconociendo la preexistencia del sistema nacional de áreas silvestres protegidas agregando como parte de él, los parques y reservas marinas, regulados en la Ley de Pesca y las áreas silvestres de propiedad privada, sin regulación legal,⁵⁶ a los que debiéramos agregar los santuarios de la naturaleza, regulados en la Ley

institución autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Agricultura”, en tanto que su artículo 19 establece que: “La presente ley, con excepción de su artículo 15, entrará en vigencia el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal a que se refiere la letra i) del artículo 4° o aquel mediante el cual apruebe su disolución”.

⁵³ Existe sobre el particular un proyecto de ley que pretende convertir a la Conaf en un servicio público del Estado: Servicio Nacional Forestal (Sernafor). Boletín N° 11.175-01 ingresado el 4 de abril de 2017.

⁵⁴ Proyecto de Ley que “Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas”. Boletín N° 9.404-12 ingresado a tramitación al Congreso Nacional el 18 de junio de 2014.

⁵⁵ Ley que reformó la Ley N° 19.300 cuya disposición señala que “dentro del plazo de un año desde la publicación de esta ley, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional uno o más proyectos de ley por medio de los cuales se cree el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, y se transforme la Corporación Nacional Forestal en un servicio público descentralizado”.

⁵⁶ Art. 34. “El Estado administrará un sistema nacional de áreas silvestres protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental” (art. 34). Debíáramos concluir que al hablar del SNASPE el legislador ha querido referirse al establecido en la Ley N° 18.362 y en las demás que regulen las ASP.

de Monumentos Nacionales, a contar de la reforma ambiental de 2010 de la Ley N° 20.417.⁵⁷

Desde el punto de vista institucional, la Ley N° 19.300 estableció que esta administración se radicaría en lo sucesivo en un servicio especializado denominado Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas que aún no ha sido creado.

4.1.1. Parques Nacionales

De acuerdo a la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas de América, los Parques Nacionales son “las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial” (art. 1°).

Por su parte, la Ley de Bosques, sin entrar a definir el concepto de Parques Nacionales, faculta al Presidente de la República para establecerlos con el objeto de “garantizar la vida de determinadas especies arbóreas” y “conservar la belleza del paisaje”.

Los Parques Nacionales, según esta ley, se podrán establecer “en los terrenos fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación”.

El instituto de los Parques Nacionales representa un tipo de área protegida con alta protección ambiental o protección estricta tanto en el derecho interno como en el internacional, admitiendo sin embargo actividades o intervenciones compatibles y sustentables tales como turismo, investigación científica y las demás que sirvan o sean compatibles con los objetivos del área.

De acuerdo a la Convención de Washington no pueden alterarse sus límites ni enajenarse parte alguna de ellos si no es por acto legislativo (art. 3), principio que recoge el proyecto de ley SBAP (art. 70 inciso final),

⁵⁷ Adicionalmente de acuerdo al art. 56 del proyecto de ley que crea el SBAP integrarían también el SNASPE las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos (AMCP-MU), los Humedales de Importancia Internacional o Sitio Ramsar; y las Área de Conservación de Pueblos Indígenas.

aun cuando existe cierta jurisprudencia que sostiene que dicho mecanismo no sería exigible.⁵⁸

4.1.2. Reservas Forestales y Nacionales⁵⁹

Según el artículo 1° de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas de América, las Reservas Nacionales corresponden a “las regiones establecidas para la conservación y utilización,

⁵⁸ Sobre la intervención de Parques Nacionales la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido disímil y ambigua. Así, por ejemplo, en el famoso caso del “Lago Chungará” sobre extracción de aguas en Parque homónimo se estableció por medio de sentencia definitiva de la E. Corte Suprema de 19 de diciembre de 1985 que “Las riquezas existentes en los Parques Nacionales no podrán explotarse con fines comerciales. En este caso, es cierto, la instalación de una estación de bombeo y la extracción que se ha hecho y que se propone continuar no tiene por fin primordial una explotación comercial pues su finalidad es proveer de más agua a la agricultura de Azapa y de más agua a la central hidroeléctrica de Chapiquiña, pero es evidente, también, que ello se traducirá en una fuente de entradas fiscales...”; en tanto en fallo de la Corte Suprema de fecha 8 de enero de 2009 en Caso “Palmar Correntoso” sobre instalación de central hidroeléctrica en Parque Puyehue la E. Corte Suprema simplemente, rechazando la protección deducida, se desentendió del argumento sobre la aplicabilidad de la Convención de Washington atendiendo sólo al tenor del art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 a partir del cual, a su juicio, “como surge del tenor de la norma transcrita, se puede concluir que es posible realizar proyectos u obras en parques nacionales y otras áreas protegidas...”; por último, en sentencia de la E. Corte Suprema en causa rol N° 10220-2012, de 4 de abril de 2012 en el conocido caso de Centrales Hidroeléctricas de Aysén “Hidroaysén”, en su parte resolutoria, estableció: “Que en cuanto a la circunstancia que se permita la afectación de un sector del parque y que como medida de compensación se agreguen 100 hectáreas de superficie colindantes a los actuales límites del Parque Nacional Laguna San Rafael, lo que involucra alterar los límites del área sin que exista una ley para ello como lo dispone la Convención de Washington, cabe precisar que la Constitución Política de la República consagra en su artículo 60 las materias que son objeto de ley, dentro de las cuales no se contemplan los límites de los parques nacionales, de modo que no existe impedimento para que su modificación se haga a través de un instrumento distinto al de una ley” (considerando 12°).

⁵⁹ Debíamos entender que las Reservas Forestales quedan comprendidas en la nueva terminología de Reservas Nacionales por la adecuación que establece el art. 33 de la propia ley del SNASPE que señala que las “Reservas de Bosques” y las “Reservas Forestales” pasarán a denominarse “Reservas Nacionales”, criterio refrendado por la legislación vigente, por ejemplo, por la Ley N° 19.300 (art. 10 letra p)). Sin embargo, hay que reconocer que el tema no ha sido zanjado legalmente manteniendo ambas tipologías autonomía.

bajo vigilancia oficial, de las riquezas naturales, en las cuales se dará a la flora y la fauna toda protección que sea compatible con los fines para los que son creadas estas reservas”.

La Ley de Bosques, como señalamos, faculta al Presidente de la República para establecer reservas de bosques con el objeto de:⁶⁰

- a) regularizar el comercio de maderas.
- b) garantizar la vida de determinadas especies arbóreas.
- c) conservar la belleza del paisaje.

Entre Reservas Nacionales y Forestales el legislador no ha efectuado distinción careciéndose a la fecha de una regulación sistemática. Tal vez la distinción evidente que podríamos establecer es la vocación forestal de las segundas en contraposición al resguardo más integral y más extensivo a otros recursos de las primeras.

A diferencia de los Parques Nacionales, las Reservas Nacionales y Forestales han sido establecidas para el cumplimiento de los siguientes objetivos:

- a) Conservación de la naturaleza y de su flora y fauna.
- b) Utilización vigilada de sus recursos, en particular, los madereros.

Así, a diferencia de los Parques, las Reservas tanto nacionales como forestales admiten la utilización y aprovechamiento de sus recursos naturales, a través de actividades económicas, tales como pesca y acuicultura, en la medida que dichas actividades resulten compatibles con los objetivos de conservación del área. Naturalmente, la determinación de esta compatibilidad, en la medida en que no esté expresamente reglamentado, debiera emanar de la evaluación ambiental a que se debieran someter los proyectos o actividades que puedan afectarlas.⁶¹

⁶⁰ Art. 10.

⁶¹ El art. 158 de la Ley de Pesca señala que “Las zonas lacustres, fluviales y marítimas que integren el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura”. Sin embargo, su inciso 2° agrega que “No obstante, en las zonas marítimas que formen parte de Reservas Nacionales y Forestales, podrán realizarse dichas actividades”. Sobre el particular, por Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 56.465 de 2008, N° 38.429 de 2013 y N° 17.795 de 2019 se ha establecido este criterio.

4.1.3. Monumentos Naturales⁶²

El caso de los monumentos naturales en la legislación chilena es tal vez el ejemplo de mayor desregulación legal. No existe ninguna regulación interna con rango de ley, salvo la mención de la Ley de Medio Ambiente, de tal suerte que su marco jurídico, aunque restringido, está dado fundamentalmente por el “Convenio de Washington”, los decretos que los crean y cierta jurisprudencia que ha emanado sobre la materia.⁶³

La Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas de América los define como “las regiones, los objetos o las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta”.

Los Monumentos Naturales pueden ser:

- a) Áreas geográficas determinadas.⁶⁴
- b) Objetos de interés estético o valor histórico o científico.⁶⁵
- c) Especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico.⁶⁶

En cuanto a sus objetivos la Convención señala que “los Monumentos Naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable, excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales”.

⁶² En Chile presentan la calidad de monumentos naturales un conjunto de especies de flora nativa entre ellas el Alerce y la Araucaria, además de algunos sitios y objetos naturales. Cfr. RAMÍREZ SIERRA, Agustín. *La protección jurídica*, op.cit. p. 303.

⁶³ Vid., por ejemplo, reconocimiento de la calidad de Monumento Natural para el Alerce en caso “Forestal Venecia Ltda. Apelación de Queja Civil”, en *Fallos del Mes*, N° 347, pp. 672 y ss. octubre de 1987; y reconocimiento de la calidad de Monumento Natural a la Araucaria en caso “García Sabugal, Mario con Ministro de Agricultura” (Recurso de Protección), en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, N° 2, 2ª parte, sección V, pp. 122 y ss., 1990.

⁶⁴ Por ejemplo, el cerro Ñielol en la región de la Araucanía, reconocido como monumento natural por D.S. N° 617 del MINBNAC de 1988.

⁶⁵ Por ejemplo, la formación geológica denominada “La Portada” de Antofagasta reconocida como monumento natural por D.S. N° 51 del Minagri de 1990.

⁶⁶ Las especies vegetales araucaria y alerce, por ejemplo. Vid. Dictamen N° 1.797 de la Contraloría General de la República de 22.01.1988.

Así, este instituto goza de una protección estricta similar a los Parques, en cuanto admiten determinadas actividades exceptuadas que excluyen su aprovechamiento o su intervención por razones comerciales o industriales.

4.1.4. Reservas de Regiones Vírgenes

Las reservas de regiones vírgenes carecen completamente de regulación jurídica y de existencia fáctica en Chile. Nunca se han establecido ni se han regulado por el ordenamiento jurídico chileno.⁶⁷

Las reservas de regiones vírgenes son “una región administrada por los poderes públicos, donde existen condiciones primitivas naturales de flora, fauna, vivienda y comunicaciones con ausencia de caminos para el tráfico de motores y vedada a toda explotación comercial” definida así tanto por la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas de América como por la ley de SNASPE.

El artículo 4° de la Convención establece como una de las características fundamentales de esta categoría su inviolabilidad “en tanto sea factible, excepto para la investigación científica debidamente autorizada y para la inspección gubernamental, o para otros fines que estén de acuerdo con los propósitos para los cuales la reserva ha sido creada”.

Esta tipología importa un mayor grado de preservación de sus recursos que impiden toda intervención.

4.1.5. Santuarios de la Naturaleza

Definidos por el artículo 31 de la Ley N° 17.288 como “todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuya conservación sea de interés para la ciencia o para el Estado”.

⁶⁷ A juicio nuestro ostenta esta calidad la “Reserva de Región Virgen Parque Nacional ‘Cabo de Hornos’”, creada por D.S. N° 995 del Ministerio de Tierras y Colonización de la época, de 1945, por cuanto el Decreto que la crea lo hace “con el carácter de Reserva de Región Virgen”.

Su tuición está bajo el Consejo de Monumentos Nacionales, organismo técnico que depende del Ministerio de Educación, al menos transitoriamente, mientras se crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas”.⁶⁸

Los santuarios de la naturaleza, a diferencia de las anteriores ASP protegidas pueden:

- a) Emplazarse al interior de bienes públicos o privados.
- b) Conformarse por territorios terrestres o marinos.⁶⁹

Los objetivos, entonces, de esta categoría de ASP, son fundamentalmente la investigación científica y, en segundo término, la conservación ambiental, admitiendo el desarrollo de actividades económicas compatibles con su objeto para lo que es necesario someterlas al SEIA además de contar con la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales.⁷⁰

4.2. Otras ASP bajo protección oficial⁷¹

Existen otras áreas protegidas, que no forman parte del llamado Snaspe, que resulta relevante mencionar particularmente por su implicancia a efectos de la exigencia de ingreso de proyectos al SEIA cuando se desarrollen o ejecuten actividades en ellas conforme al art. 10 letra p) de la Ley N° 19.300 por tratarse de áreas bajo protección oficial.⁷²

Entre ellas, y sin que exista una enumeración taxativa al respecto, debemos considerar a lo menos las siguientes áreas bajo protección oficial:

- Los lugares declarados de interés histórico o científico para efectos mineros, del art. 17 N° 6 del Código de Minería;

⁶⁸ Cfr. Dictamen N° 26.190 de la Contraloría de 7 de mayo de 2012.

⁶⁹ Por ejemplo, la “Isla de Sala y Gómez e Islotes adyacentes a Isla de Pascua” establecidas por D.S. N° 556 del Mineduc de 1976. El resto de las ASP tradicionales pueden contener territorio marino, pero han sido pensadas para proteger territorios terrestres.

⁷⁰ Cfr. Sentencia de la E. Corte Suprema, rol N° 10477-2019, caso “Dunas de Concón”.

⁷¹ Para un mayor desarrollo de estas ASP Vid. SOTO OYARZÚN, LORENZO. *Derecho de la Biodiversidad y los Recursos Naturales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, capítulo III.

⁷² De acuerdo al Dictamen CGR N° 59.686, para que se esté en presencia de un área colocada bajo protección oficial, se requiere de un acto formal de la autoridad competente en el cual se declara la voluntad de sujetar un bien o una zona determinada a un régimen jurídico de protección ambiental previsto en el ordenamiento.

- Los Distritos de Conservación de Suelos, Bosques y Agua, de la Ley N° 18.378;
- Las Áreas de Protección Turística de la Ley N° 18.378;
- Las Zonas de Interés Turístico (ZOIT), con fines ambientales, de la Ley de Turismo;⁷³
- Las Zonas Típicas o Pintorescas de la Ley N° 17.288;
- Las áreas aledañas a cursos de agua, manantiales y pendientes de la legislación forestal;
- Las áreas de protección de recursos de “valor natural”, “parques”, “áreas verdes”, así como las otras áreas que sean reconocidas por su valor ambiental en cualquier instrumento de planificación territorial bajo la regulación de la legislación urbanística;
- Los Bienes fiscales protegidos o destinados a conservación, del D.L. N° 1.939;
- Las Zonas o Áreas preferentes para la conservación definidas y declaradas en los decretos de Zonificación de Uso del Borde Costero;
- Las Áreas de Desarrollo Indígena, de la Ley Indígena;
- Las Zonas de prohibición de explotación de acuíferos: vegas y bofedales, del Código de Aguas;
- Los Humedales protegidos de la Ley de humedales urbanos y los declarados en virtud de la Convención Ramsar;
- Los Sitios Prioritarios para la Conservación;⁷⁴
- El listado de bienes o áreas reconocidas en la Lista de Patrimonio Mundial de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural y las Reservas de la Biosfera, de Unesco;
- Los espacios costeros marinos de los Pueblos Originarios (ECMPO) de la ley Lafkenche”;
- Las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos (AMCP-MU), en virtud de los arts. 70 y 71 de la Ley N° 19.300.⁷⁵

⁷³ Vid. Ord. N° 130.844/13 del SEA de 22 de mayo de 2013.

⁷⁴ Vid. Ord. D.E. N° 100.143 de 15 de noviembre de 2010 del SEA que actualiza y complementa instructivo sobre “Sitios prioritarios para la conservación en el SEIA”.

⁷⁵ Las disposiciones citadas solo consagran la competencia del Ministerio del Medio Ambiente para su creación, pero estas áreas suelen crearse fundadas en el Convenio de Biodiversidad y en la Convención para la protección del medio ambiente marino y zona costera del Pacífico Sudeste.

4.3. Áreas marinas protegidas

La Ley de Pesca actualmente vigente N° 18.892 crea las primeras áreas protegidas marinas:⁷⁶ las reservas marinas y los parques marinos,⁷⁷ bajo la administración de Sernapesca, mientras no se cree el servicio especializado en áreas protegidas.⁷⁸

Señala el art. 2° N° 43 de la Ley de Pesca que “reserva marina” corresponde a un “área de resguardo de los recursos hidrobiológicos con el objeto de proteger zonas de reproducción, caladeros de pesca y áreas de repoblamiento por manejo”, en las que solo pueden efectuarse actividades extractivas por períodos transitorios previa resolución fundada de la Subsecretaría de Pesca. Es decir, admiten ciertas actividades extractivas, en similitud a su homónimo terrestre.

Por su parte el art. 3° letra d) de la Ley N° 18.892 de Pesca agrega que entre las facultades de conservación de los recursos hidrobiológicos de la autoridad pesquera puede declarar áreas específicas como “parques marinos” destinados a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat.

Sus objetivos son eminentemente conservacionistas, a diferencia de las “reservas”, que admiten el desarrollo de actividades productivas acotadas, además de las de carácter recreativo o investigativo, a tal punto que la propia ley agrega luego en la misma disposición que en ellos no puede efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas de propósitos de observación, investigación o estudio,⁷⁹ lo que incluye por ejemplo la prohibición de ejecutar actividades pesqueras extractivas industriales.⁸⁰

⁷⁶ Para un estudio detallado de las áreas protegidas marinas Vid. ORTIZ GARCÍA, Mercedes. *La conservación de la biodiversidad marina: las áreas marinas protegidas*. Editorial Comares, 2002.

⁷⁷ La ley de pesca contempla también las denominadas “Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos” que más que ASP marinas constituye un régimen especial de administración y explotación de los recursos hidrobiológicos.

⁷⁸ El SBAP tendría bajo su tuición, en el ámbito marino, Parques Marinos, Reservas Marinas y AMCP-MU (art. 56).

⁷⁹ Cfr: Reglamento sobre Parques y Reservas Marinas contenido en D.S. N° 238 de 16 de septiembre de 2014 publicado en el D.O. el 4 de agosto de 2005.

⁸⁰ Dictamen CGR N° E44.423, de 19 de octubre de 2020.

La legislación chilena en esta materia ha invertido las conceptualizaciones utilizadas internacionalmente,⁸¹ en donde las “reservas marinas” normalmente ponen su énfasis en la protección del medio y de sus especies, en tanto los “parques marinos” permiten “el acceso del público como nota caracterizadora, así como otros usos siempre que no pongan en peligro el medio que se quiere proteger”.⁸²

Existen, adicionalmente, otras áreas marinas protegidas con regímenes especiales de protección entre las que hay que destacar las *áreas marinas y costeras protegidas de uso múltiple* (AMCP-UM) que permiten una mayor flexibilidad para el desarrollo de diversas actividades económicas, establecidas con el “objeto de establecer una gestión ambiental integrada sobre la base de estudios e inventarios de sus recursos y una modalidad de conservación *in situ* de los ecosistemas y hábitat naturales, a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”.⁸³ Estas áreas no cuentan con desarrollo normativo en nuestro derecho y solo la Ley N° 19.300, a propósito de las competencias del Ministerio del Medio Ambiente y del Consejo de Ministros las considera a efectos de establecer las potestades públicas para su creación y supervisión.⁸⁴

Por último, debemos mencionar la existencia de otras áreas relevantes desde el punto de vista marino como los espacio marinos y costeros de los pueblos originarios (EMCPO) de la Ley N° 20.249 o “Ley Lafkenche”⁸⁵ establecidos para el resguardo del uso consuetudinario, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comu-

⁸¹ La UICN reserva el término “parque nacional” para las categorías de conservación de ecosistemas y turismo y el término “reserva” para la protección integral del área. *Vid.* UICN, *Directrices para las categorías de manejo de áreas protegidas*, Centro de Parques Nacionales y Áreas Protegidas (CPNAP)-Centro Mundial de Monitoreo de la Conservación (WCMC), UICN, Cambridge, 1995.

⁸² ORTIZ GARCÍA, Mercedes. *La Conservación de la biodiversidad marina*, *op. cit.*, p. 168.

⁸³ www.subpesca.cl.

⁸⁴ Creadas al amparo del proyecto PNUD “Conservación de la Biodiversidad de Importancia Mundial a lo largo de la Costa Chilena”, 2007-2011 y cuya fuente legal son los arts. 70 y 71 de la Ley N° 19.300. En tanto el proyecto de Ley del SBAP las incorpora definiéndolas en su art. 64 como “un área marina costera en la que existen especies, hábitats, ecosistemas o condiciones naturales y paisajísticas, asociadas a valores culturales o al uso tradicional y sustentable de los servicios ecosistémicos”.

⁸⁵ Publicada en el D.O. el 16 de febrero de 2008.

nidades vinculadas al borde costero; y las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos (AMERB) de la Ley de Pesca (Título IV, párrafo III), en las que es posible efectuar, por parte de pescadores artesanales, la extracción de recursos hidrobiológicos conforme a un plan de manejo y sujeto a las medidas de administración para la conservación de dichos recursos (vedas, prohibiciones de captura, cuotas, etc.).

4.4. Áreas protegidas privadas⁸⁶

Las ASPP no tienen aún un desarrollo normativo en el ordenamiento chileno.⁸⁷ No obstante ello, existen dos disposiciones legales que establecen sus bases.⁸⁸ Se trata de los arts. 35 y 36 de la Ley N° 19.300 cuyo contenido podemos sintetizar como sigue:

- Estarán afectas a igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.⁸⁹

- Su supervisión corresponderá al organismo administrador del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado: Conaf mientras se crea el SBAP.

- La afectación de estas áreas será voluntaria y se perfeccionará mediante resolución dictada por el organismo administrador.

- La desafectación se producirá por vencimiento del plazo, por resolución del organismo administrador fundada en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el reglamento, o a petición anticipada del propietario. En los dos últimos casos podrá aplicarse una multa.

⁸⁶ *Cfr.* Codeff, *Las áreas silvestres protegidas privadas en Chile. Una herramienta para la conservación*, 1999.

⁸⁷ Existe un proyecto de reglamento sobre ASPP de 2003, aún no promulgado, además de la regulación expresa que considera el proyecto de ley del SBAP (arts. 100-108).

⁸⁸ A pesar de la ausencia de reglamentación, existen, de hecho, algunas experiencias destacadas de ASP privadas en Chile entre las que se contaba el “Parque Pumalín” –hoy Parque Nacional– ubicado en la provincia de Palena, X Región de Los Lagos, o la “Reserva Biológica Huilo-Huilo” ubicada en la comuna de Panguipulli, Región de Los Ríos.

⁸⁹ En la actualidad están exentas de impuesto territorial en virtud de la legislación tributaria, exención que recoge el proyecto de ley del SBAP el que añade la exención al impuesto a la herencia (art. 108).

- El reglamento⁹⁰ establecerá los requisitos, plazos y limitaciones de aplicación general que se deberán cumplir para gozar de las franquicias, ejercer los derechos y dar cumplimiento a las obligaciones y cargas.

- Formarán parte de las ASPP las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro.

- Sobre estas áreas protegidas mantendrán sus facultades los demás organismos públicos, en lo que les corresponda.

Sin perjuicio de ello, no podemos obviar la Ley N° 20.930⁹¹ que instituyó en nuestro derecho privado el derecho real de conservación como “facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste” (art. 2°). Se trata, no de un mecanismo de establecimiento de área protegida privada, sino más bien de una técnica jurídica del derecho privado, para la conservación privada.

5. ECOSISTEMAS PROTEGIDOS FUERA DE LAS ASP

Tradicionalmente los enfoques regulatorios sobre la conservación ambiental han echado mano única y exclusivamente a la protección singular de espacios y especies silvestres, técnica absolutamente superada hoy para la conservación efectiva de la biodiversidad entendida como un continuo de procesos biológicos en permanente cambio.

Nuestro legislador no ha atendido mayormente la protección de ecosistemas⁹² fuera de ASP y de especies. Tal vez la única referencia indirecta que podamos considerar al respecto es la norma más bien programática del art. 39 de la Ley N° 19.300 que establece que la ley velará porque el uso del suelo se haga en forma racional, a fin de evitar su pérdida y degradación. Sin embargo, esta disposición no ha tenido desarrollo legal ni reglamentario, por lo que su protección nos reconduce necesariamente a las otras regulaciones que directa o indirectamente consideran a este recurso, como acontece principalmente con la legislación forestal. Este déficit es

⁹⁰ Ver nota anterior.

⁹¹ Promulgada el 10 de junio de 2016 y publicada en el D.O. el 25 de junio de 2016.

⁹² El art. 3° N° 11 del proyecto de Ley del SBAP define “Ecosistema: complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”.

recogido en parte por el proyecto de ley del SBAP al incorporar regulaciones básicas sobre instrumentos para la conservación de ecosistemas.⁹³

5.1. Protección de ecosistemas marinos y acuáticos

5.1.1. Ecosistemas marinos

La protección de ecosistemas marinos no ha escapado a la lógica de establecimiento de sitios o áreas de conservación, lo que resulta especialmente ineficiente para el medio marino que alberga recursos que se desplazan como las pesquerías.

Así la expresión normativa sobre la protección de ecosistemas marinos fuera de las ASP marinas, es escasa.

La ley de pesca consagra algunas expresiones singulares de ecosistema tales como los “ecosistemas marinos vulnerables” que corresponde a una “unidad natural conformada por estructuras geológicas frágiles, poblaciones o comunidades de invertebrados de baja productividad biológica, que ante perturbaciones antrópicas son de lenta o escasa recuperación, tales como en montes submarinos, fuentes hidrotermales, formaciones coralinas de agua fría o cañones submarinos” (art. 2° N° 68), en el que se aplican las siguientes medidas:

- Prohibición de realizar actividades de pesca de fondo con artes, aparejos o implementos de pesca que afecten a ecosistemas marinos vulnerables en un área determinada.

- Regulación de las características y diseño de las artes, aparejos e implementos de pesca.

- Prohibición del uso y porte de las artes y aparejos e implementos de pesca o que no cumplan con las características y diseño antes señalados.

Considerado como uno de estos ecosistemas vulnerables, la ley contempla a los “montes submarinos” en los que no se permite la pesca de fondo, a menos que exista una investigación científica (art. 4° D).

⁹³ Entre ellos la clasificación de ecosistemas según estado de conservación; planes de manejo para la conservación; declaración de ecosistemas degradados; planes de restauración ecológica; iniciativas privadas de conservación marina; paisajes de conservación; reservas de la biósfera; compensaciones de biodiversidad.

Es interesante considerar que la Ley de Pesca aquí, contempla como innovación en nuestra legislación ambiental el “enfoque ecosistémico” a aplicar para la conservación y administración de los recursos pesqueros y la protección de sus ecosistemas incluso definiéndolo como aquel “que considere la interrelación de las especies predominantes en un área determinada” (art. 1° C. letra c)).

Junto al ámbito pesquero, los ecosistemas marinos están también bajo la protección de la institucionalidad marítima (Subsecretaría de Fuerzas Armadas (ex marina), Directemar y demás órganos desconcentrados) encargados de resguardar los espacios marítimos y costeros desde 2 puntos de vistas:

– Por medio de la legislación marítima que resguarda al “medio ambiente marino” a través de las regulaciones para impedir la contaminación marina, como lo hace la Ley de Navegación (Título IX sobre contaminación).⁹⁴

– Por medio de las zonificaciones de uso del borde costero, a cargo de las Comisiones de Uso del Borde Costero,⁹⁵ en cuya virtud de pueden establecer también áreas preferentes, reservadas o de protección ambiental.⁹⁶

5.1.2. Humedales

Los humedales en Chile han contado con escasa protección jurídica por el derecho interno estando su marco de protección limitado a la Convención internacional Ramsar.

Sin embargo, recientemente se cuenta con una ley destinada a la conservación de los humedales urbanos, la Ley N° 21.202.⁹⁷ Esta ley define humedales como “aquellas extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial,

⁹⁴ D.L. N° 2.222 promulgado el 21 de mayo de 1978 y publicado en el D.O. el 31 de mayo de 1978.

⁹⁵ Creadas en virtud de D.S. N° 475/94 que establece Política Nacional de uso del borde costero del litoral de la República y crea Comisión Nacional que indica.

⁹⁶ Vid. D.S. N° 153/04 que “Declara áreas de usos preferentes específicos los espacios del borde costero del litoral de la XI Región Aysén” y D.S. N° 518/15 que “Declara áreas de usos preferentes específicos los espacios del borde costero del litoral de la IV Región de Coquimbo”, ambos del Ministerio de Defensa Nacional.

⁹⁷ Promulgada el 16 de enero de 2020 y publicada en el D.O. el 23 de enero de 2020.

permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina, cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros y que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano”.

El objeto de esta ley es limitar o impedir la urbanización que pueda afectar humedales y por esa vía la afectación de estos ecosistemas que se encuentren emplazados dentro de los límites urbanos, para lo que se requiere de la previa declaratoria de humedal urbano requerida por la municipalidad respectiva o bien declarada de oficio por el Ministerio del Medio Ambiente, a excepción de aquellos ya reconocidos en instrumentos de planificación territorial (IPT).⁹⁸

La ley establece 2 efectos jurídicos relevantes a aquellos humedales urbanos, que sean declarados como tales conforme al procedimiento que se regula:

a) Otorga a la municipalidad respectiva la potestad para postergar la entrega de permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcciones en los terrenos en que se encuentren emplazados, hasta por 6 meses, desde que sea requerida la declaratoria del humedal.

b) Asimila los humedales urbanos a la categoría especial de área bajo protección oficial de “área de protección de valor natural” que consagra el derecho urbanístico (art. 60 Ley General de Urbanismo y Construcciones), por lo que deben ser reconocidos o consagrados en dicha calidad en todo IPT, a efectos de las regulaciones que dichos IPT otorguen o establezcan para estas áreas.

La Ley N° 21.202 consagra un régimen aplicable solo a aquellos humedales que se sitúen en todo o parte dentro del límite urbano que la propia ley define y que sean declarados como tales por el Ministerio del Medio Ambiente de oficio o a petición del municipio en el que se sitúe, en todo o parte, el humedal respectivo. Asimismo, si bien no los mencionó expresamente, debe considerarse aplicable este régimen a humedales especiales como salares, vegas y bofedales, siempre que cumplan los criterios de profundidad no superior a 6 metros en marea baja, los que además cuentan con el sistema de protección de prohibición o restricción de extracciones del Código de Aguas definido por la DGA.

⁹⁸ Toma de razón con alcance de CGR, oficio E51.700, de 13 de noviembre de 2020.

La ley de humedales urbanos quedó en parte supeditada en su aplicación al Reglamento correspondiente aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, el 30 de julio de 2020.⁹⁹ Este reglamento básicamente regula el procedimiento administrativo para la declaratoria de humedales urbanos fijando para dicho propósito un conjunto de modernos “criterios” de las ciencias ecológicas y biológicas que “se deberán considerar”:

a) Criterios mínimos para su sustentabilidad.

Entre estos, el Reglamento a su vez distingue entre aquellos que permiten resguardar las características ecológicas y el funcionamiento de los humedales urbanos, a saber:

- Conservación, protección y/o restauración de las características ecológicas del humedal.

- Mantenimiento de la conectividad biológica de los humedales urbanos.

- Mantenimiento de la superficie de humedales urbanos.

Diferencia los anteriores de aquellos que permiten mantener el régimen hidrológico superficial y subterráneo de los humedales urbanos, a saber:

- Mantenimiento del régimen y conectividad hidrológica de los humedales urbanos.

- Enfoque de manejo integrado de recursos hídricos.

Y agrega luego criterios mínimos para el uso racional de los humedales urbanos, a saber:

- Enfoque de desarrollo sustentable.

- Integración de los humedales urbanos como infraestructura ecológica de las ciudades.

b) Criterios para su gestión sustentable y gobernanza, donde se distingue entre:

- Participación efectiva y gobernanza para la conservación y protección de humedales urbanos.

- Gestión adaptativa y manejo activo del humedal.

- Educación ambiental, formación integral e investigación para la protección y conservación de humedales urbanos.

En esta prolífica consideración de los modernos criterios de la ciencia, que el Reglamento adopta, se acercó más a un documento de políticas

⁹⁹ D.S. N° 15, del Ministerio del Medio Ambiente, de 30 de julio de 2020, publicado en el D.O. el 24 de noviembre de 2020.

públicas de carácter indicativo —con un excesivo recurso a semántica de contenido jurídico indeterminado como el “se propenderá”—, que a un cuerpo jurídico propio de la potestad reglamentaria de ejecución de la ley, con prescripciones claras e imperativas para la administración y para los administrados, lo que da cuenta de las dificultades en avanzar en reglas de *hard law* sobre derecho de la conservación ambiental.

Esta ley, asimismo, olvidó la protección que requieren los humedales que se encuentran fuera de los límites urbanos, para los que solo existe la Convención Ramsar y cierta reglamentación marginal como el Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales.¹⁰⁰

Así, conforme a esta última reglamentación, aplicable tanto a humedales urbanos como rurales, se establece una serie de prohibiciones, siempre y cuando dichos humedales hayan sido declarados “sitios prioritarios de conservación” o “Sitios Ramsar”, a saber:

- La corta, destrucción, eliminación o menoscabo de su vegetación hidrófila nativa.

- La descarga de aguas de lavado de equipos, maquinarias y envases que hayan contenido sustancias químicas, desechos orgánicos, productos químicos, combustibles, residuos inorgánicos tales como cables, filtros, neumáticos, baterías.

- Su utilización como vía de tránsito de maquinarias y equipos que comprende a trineos, catangos y similares.

- El depósito de desechos de explotación.

- La corta de bosques nativos deberá dejar una faja de 10 metros de ancho, medidos en proyección horizontal a partir de sus límites, en la cual se podrá intervenir dejando una cobertura arbórea de a lo menos un 50%.

No hay que olvidar, por último, que en el marco del SEIA se consideran y nominan algunos de estos ecosistemas a efectos de la evaluación ambiental de proyectos para determinar la significancia de sus impactos cuando aquellos impliquen el drenaje o desecación de vegas, bofedales, suelos ñadis, turberas y humedales en general (art. 3° Reglamento SEIA).

¹⁰⁰ D.S. N° 82 del Minagri, de 20 de julio de 2010, publicado en el D.O. el 11 de febrero de 2011.

5.1.3. Acuíferos continentales

Los otros ecosistemas acuáticos continentales (lagos, ríos y otros acuíferos fuera de humedales) en tanto presentan igualmente una muy escasa atención y protección de parte del legislador. Para aquellos en condición de amenaza por efectos de contaminación o degradación por diversas causas debemos considerar las llamadas “normas secundarias de calidad ambiental”. (también aplicable a las aguas marinas). El objetivo preciso de este instrumento es conservar o preservar los ecosistemas acuáticos y sus servicios ecosistémicos, a través de la mantención o mejoramiento de la calidad de las aguas de la cuenca. La norma secundaria por sí sola no garantiza su conservación, ya que solo fija parámetros medibles que son monitoreados. El mecanismo se complementa con la declaratoria de zonas saturadas o latentes que a su vez debieran dar origen a los respectivos planes de descontaminación y/o prevención y cuyo objeto es regular actividades con miras a nuevamente alcanzar los niveles normados.¹⁰¹ Las normas de emisión en cambio apuntan más bien a evitar la contaminación, por medio de la regulación de las descargas a medio ambiente regulado, teniendo un fin indirecto en la preservación y conservación de sus recursos.

Complementariamente, debemos considerar la fijación de caudal ecológico, del Código de Aguas, en el proceso de otorgamiento de derechos de aguas en ríos y cauces superficiales correspondiente a aquel caudal mínimo para la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.¹⁰²

Por último, tenemos los acuíferos subterráneos, con mayor grado de rezago normativo en nuestro sistema ambiental, que se rigen, básicamente, por las reglas generales de uso, exploración y explotación del Código de Aguas, y por las reglas generales de la evaluación ambiental de proyectos de la Ley N° 19.300, salvo contadas excepciones como las restricciones y prohibiciones de exploración y explotación que rigen para vegas y bofedales del norte del país (humedales a los que además ha de aplicarse

¹⁰¹ Estos instrumentos de descontaminación no han sido utilizados para cuerpos de agua en Chile habiendo solo un anteproyecto de Plan de descontaminación para el Lago Villarrica.

¹⁰² Arts. 127 Código de Aguas y Reglamento para la determinación del caudal ecológico mínimo contenido en D.S. N° 14 de 22 de mayo de 2012 publicado en el D.O. el 30 de julio de 2013.

la nueva normativa que les son aplicables) y las escasas regulaciones ambientales contenidas en el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas,¹⁰³ como la que exige informe de las medidas y previsiones adoptadas para su resguardo y protección, en caso de exploración (art. 5°), la que faculta a la DGA a denegar una autorización de exploración ante riesgo de contaminación (art. 13), o cuando la explotación no sea la adecuada para su conservación y protección en el largo plazo en caso de explotación (art. 20).¹⁰⁴

5.2. Protección de ecosistemas terrestres: bosques

La protección jurídica de ecosistemas terrestres en Chile se ha limitado casi exclusivamente a la protección de bosques, y a partir de ellos, a una protección indirecta de los suelos.¹⁰⁵ Así, es la legislación forestal la que, con larga data, ha establecido su regulación, incluyendo la clasificación normativa de ecosistemas forestales amenazados atendiendo al estado del recurso suelo y con una mirada y objetivos eminentemente productivos, distinguiendo entre:¹⁰⁶

- *Suelos degradados*: Aquellos suelos de secano y los de clase IV de riego según la clasificación que utiliza el Servicio de Impuestos Internos en la tasación fiscal de los terrenos para determinar los avalúos agrícolas, que presentan categorías de erosión de moderada a muy severa, susceptibles de ser recuperados mediante actividades, prácticas u obras conservacionistas del uso del suelo (art. 2° D.L. N° 701).

- *Suelos Frágiles*: Aquellos susceptibles de sufrir erosión severa, debido a factores limitantes intrínsecos, tales como pendiente, textura, estructu-

¹⁰³ Contenido en D.S. N° 203 del MOP, promulgado el 20 de mayo de 2013 y publicado en el D.O. el 7 de marzo de 2014.

¹⁰⁴ Cfr. Sentencia de la E. Corte Suprema de 13 de enero de 2021 en causa rol N° 8573-2019 dictada en contra de Compañía minera Cerro Colorado-BHP por la intensiva explotación de los acuíferos subterráneos de Pampa Lagunillas en la Región de Tarapacá.

¹⁰⁵ No hay que olvidar el art. 39 de la Ley N° 19.300 que mandata que “la ley velará porque el uso del suelo se haga en forma racional, a fin de evitar su pérdida y degradación”, disposición puramente programática que no ha dado origen a la necesaria legislación sobre suelos que mandata.

¹⁰⁶ Para un estudio más acabado del derecho y la legislación forestal *vid.* GALLARDO, G. Enrique. *Manual de Derecho Forestal*, Conaf, Chile, 2013.

ra, profundidad, drenaje, pedregosidad u otros, debidamente certificados por los organismos competentes que establezca el reglamento de esta ley (arts. 2º D.L. N° 701 y 3º del Reglamento General del D.L. N° 701).

- *Suelos ñadis*: suelos derivados de cenizas volcánicas, de profundidad moderada a delgada, con un substrato de gravas y arenas cementado por un pan férrico que origina problemas graves de drenaje, y que se encuentran temporal o permanentemente inundados (arts. 1º i) y 3º del Reglamento General del D.L. N° 701).

- *Suelos ubicados en áreas en proceso de desertificación*:¹⁰⁷ Son los suelos de secano ubicados en las áreas de expansión de las zonas desérticas (art. 3º del Reglamento General del D.L. N° 701).

- *Suelos de secano degradados y dunas*: si bien no están definidos debemos entender que corresponden a aquellos ubicados en áreas en proceso de desertificación que presentan erosión de moderada a muy severa, según las definiciones anteriores (art. 3º del Reglamento General del D.L. N° 701).

Esta clasificación es efectuada para los efectos de optar a las distintas bonificaciones establecidas para la recuperación de suelos amenazados, así como para la forestación en ellos. Es decir, mantiene el foco productivo propio de toda la legislación sectorial sobre recursos naturales.

Por su parte la Ley de Bosque Nativo distingue entre los siguientes tipos de ecosistemas forestales y vegetacionales:

- *Bosques de preservación*: aquel que, cualquiera sea su superficie, presente o constituya actualmente hábitat de especies vegetales protegidas legalmente o aquellas clasificadas en las categorías de “en peligro de extinción”, “vulnerables”, “raras”, “insuficientemente conocidas” o “fuera de peligro”; o que corresponda a ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país, cuyo manejo solo puede hacerse con el objetivo del resguardo de dicha diversidad y que se considerarán, en todo caso, incluidos en esta definición, los bosques comprendidos en las categorías de manejo con fines de preservación que integran el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado

¹⁰⁷ La ley entiende por “desertificación” el proceso de degradación de suelos de zonas áridas, semiáridas o subhúmedas secas, resultante de la influencia de diversos factores, tales como variaciones climáticas, actividades humanas u otros (art. 2º D.L. N° 701).

o aquel régimen legal de preservación, de adscripción voluntaria, que se establezca (art. 2º N° 4).

Este tipo de ecosistema es de protección estricta, lo que no obsta a su “intervención” acorde a su condición y objetivos, conforme al plan de manejo y no está sujeto a la restricción de superficie de 5.000 metros cuadrados establecida para definir “bosque nativo” cuando señala que es aquel “cualquiera sea su superficie”.

- *Bosque nativo de conservación y protección*: aquel, cualquiera sea su superficie, que se encuentre ubicado en pendientes iguales o superiores a 45%, en suelos frágiles, o a menos de doscientos metros de manantiales, cuerpos o cursos de aguas naturales, destinados al resguardo de tales suelos y recursos hídricos (art. 2º N° 5).

Este tipo de ecosistema también es de protección estricta lo que no obsta a su “intervención” acorde a su condición y objetivos conforme al plan de manejo y no está sujeto a la restricción de superficie de 5.000 metros cuadrados establecida para definir “bosque nativo” cuando es definido como aquel “cualquiera sea su superficie”, lo que es consistente con los RR.NN. que protege.

- *Bosque nativo de uso múltiple*: aquel, cuyos terrenos y formaciones vegetales no corresponden a las categorías de preservación o de conservación y protección, y que está destinado preferentemente a la obtención de bienes y servicios maderables y no maderables (art. 2º N° 6).

Se trata de bosques nativos sobre los que es posible efectuar aprovechamientos económicos sustentables. No obstante, hay que tener presente la imposibilidad de sustituir bosque nativo por plantaciones agrícolas, conforme a los últimos criterios jurisprudenciales.¹⁰⁸

- *Formación xerofítica*: formación vegetal, constituida por especies autóctonas, preferentemente arbustivas o suculentas, de áreas de condiciones áridas o semiáridas ubicadas entre las Regiones I y VI, incluidas la Metropolitana y la XV y en las depresiones interiores de las Regiones VII y VIII (art. 2º N° 14).

Estos ecosistemas pueden ser objeto de corta, destrucción o descepa-do previo plan de trabajo aprobado por Conaf, el que deberá cumplir las normas de protección ambiental establecidas en el Título III de la ley,

¹⁰⁸ Vid. *Infra* acápite 8.1.2.3.

y asimismo pueden ser objeto de bonificaciones para su conservación, recuperación y manejo.¹⁰⁹

En materia de protección de ecosistemas fuera de las ASP existen, por último, instrumentos de planificación territorial que en el último tiempo han establecido mecanismos de conservación ambiental para ecosistemas relevantes mediante una diversidad de declaratorias que dependiendo del instrumento y de la forma en que se establece la regulación gozan de cierta protección que hay que considerar, tales como áreas de preservación ecológica o áreas de relevancia ecológica.¹¹⁰ Entre dichos instrumentos se cuenta a las zonificaciones del borde costero y marítimo, los planes reguladores en sus diversas manifestaciones e instrumentos de desarrollo local.

6. ESPECIES PROTEGIDAS

Como ha sido habitual en casi todos ordenes normativos sobre recursos naturales, la regulación de la flora y fauna silvestres se ha hecho desde la perspectiva de su aprovechamiento productivo, mediante leyes de caza y corta de especies.

Recién con la Ley N° 19.300 y particularmente a contar de la Ley N° 20.417 que modificó la Ley ambiental marco, se estableció un enfoque de conservación ordenado "...clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias" (art. 37).

¹⁰⁹ Reglamento General de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal contenido en D.S. N° 93 de 26 de noviembre de 2008; Reglamento del Fondo de Conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo contenido en el D.S. N° 95 de 26 de noviembre de 2008.

¹¹⁰ *Cfr.* Dictamen CGR N° E39.766, de 30 de septiembre de 2020, que considera a las áreas de preservación ecológica dentro de la categoría de "área colocada bajo protección oficial", en conformidad con el artículo 10, letra p), de la Ley N° 19.300, para efectos de su ingreso al SEIA, en relación con Instructivo SEA, Ordinario N° 202099102647, de fecha 12 de noviembre de 2020.

El actual Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres, siguiendo las pautas de UICN distingue ahora entre especies "Extinta"; "Extinta en el Estado Silvestre"; "En Peligro Crítico"; "En Peligro"; "Vulnerable"; "Casi Amenazada"; "Preocupación Menor"; "Datos insuficientes".¹¹¹

De conformidad a dichas clasificaciones el Ministerio del Medio Ambiente deberá aprobar "planes de recuperación, conservación y gestión de dichas especies". Estos planes se encuentran reglamentados en el D.S. N° 1 de 2014 del MMA, que regula el procedimiento de su elaboración, el sistema de información pública y su contenido.¹¹²

El Ministerio del Medio Ambiente tiene la responsabilidad de velar porque se elaboren y mantengan actualizados los inventarios de especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres y de fiscalizar las normas que imponen restricciones a su corte, captura, caza, comercio y transporte, con el objeto de adoptar las acciones y medidas tendientes a conservar la diversidad biológica y preservar dichas especies (art. 38).¹¹³

6.1. Flora silvestre

La protección de especies singulares de flora silvestre, a nivel sectorial, se ha efectuado tradicionalmente por la legislación forestal que contempla diversas normas para dicho efecto que van desde decretos de declaratoria de monumentos naturales donde destaca un conjunto de especies protegidas: el Alerce, protegida bajo esta categoría de conservación por el D.S. N° 490 de 1976, la Araucaria, protegida desde 1990 por D.S. N° 43; el Queule, Quitao, Belloto del Sur, Belloto del Norte y Ruil, protegidos por D.S. N° 13 de 1995, además de la protección especial

¹¹¹ Reglamento sobre clasificación de especies silvestres contenido en Decreto Supremo N° 75 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de 3 de junio de 2004 publicado en el Diario Oficial el 11 de mayo de 2005 que fuera reemplazado en abril de 2011 por el Decreto Supremo N° 29 del Ministerio del Medio Ambiente.

¹¹² Promulgado el 6.01.2014 y publicado en el D.O. el 22.09.2014.

¹¹³ *Cfr.* Reglamento de la Ley de Caza contenido en Decreto Supremo N° 5/98 de Agricultura.

de especies tales como la Palma Chilena¹¹⁴ que ostenta una condición similar a los Monumentos Naturales; la Yareta;¹¹⁵ el Quillay, Tamarugo, Algarrobo, Chañar, Guayacán, Olivillo, Carbón o Carbonillo, Espino, Boldo, Maitén, Litre y Bollen.¹¹⁶ hasta las regulaciones sobre protección y aprovechamiento de masas y ecosistemas forestales (D.L. N° 701 sobre fomento forestal y Ley de bosque nativo).

En la ley de bosque nativo al respecto destaca la norma que prohíbe la corta, eliminación, destrucción o descepado de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas, de conformidad con la Ley N° 19.300¹¹⁷ y su reglamento, en las categorías de “en peligro de extinción”, “vulnerables”, “raras”, “insuficientemente conocidas” o “fuera de peligro”, que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat.

Sin embargo, esta misma norma permite a continuación de manera excepcional, intervenir o alterar el “hábitat” de los individuos de dichas especies, mas no los individuos mismos, previa autorización de la Corporación, la que se otorgará por resolución fundada, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) No se amenace la continuidad de la especie a nivel de la cuenca.
- b) Fuera de la cuenca, cuando sean imprescindibles y tengan por objeto la realización de investigaciones científicas, fines sanitarios o estén destinadas a la ejecución de obras o al desarrollo de las actividades productivas

¹¹⁴ Decreto N° 908 del Ministerio de Tierras y Colonizaciones. Declara forestales los terrenos que comprenden zonas de vegetación natural de palma chilena y reglamenta su explotación, de 3 de julio de 1941 publicado en el D.O. el 26 de julio de 1941.

¹¹⁵ Protegida por Decreto N° 1.427 del Ministerio de Tierras y Colonizaciones que reglamenta su explotación, de 23 de octubre de 1941 publicado en el D.O. el 21 de noviembre de 1941.

¹¹⁶ Protegida por Decreto N° 366 del Ministerio de Tierras y Colonizaciones que reglamenta su explotación, de 17 de febrero de 1944 publicado en el D.O. el 30 de marzo de 1944.

¹¹⁷ Atendido lo dispuesto en el nuevo artículo 37 que establece “El reglamento fijará el procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias”, ha de entenderse que la nomenclatura referida ha sido reemplazada por la que recoge el actual Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres que distingue entre “Extinta”; “Extinta en el Estado Silvestre”; “En Peligro Crítico”; “En Peligro”; “Vulnerable”; “Casi Amenazada”; “Preocupación Menor”; “Datos insuficientes”.

del art. 7° de la ley (infraestructura, minería, energía), siempre que tales obras o actividades sean de interés nacional.

6.2. Fauna silvestre

La regulación relativa a la protección de las especies de fauna silvestre se encuentra fundamentalmente establecida a partir de la regulación de la actividad cinegética o relativa a la caza o captura de especies contenida básicamente en la Ley N° 18.755 orgánica del SAG y en la Ley de Caza, o bien, en la legislación que regula su comercio contenido en la Convención CITES y la ley que la regula, de competencias preferentes del SAG.

La Ley de Caza¹¹⁸ básicamente regula las especies y lugares con prohibición de caza, entre las que destacan las especies en peligro de extinción, vulnerables, raras, y escasamente conocidas, así como la de las especies catalogadas como beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria, para la mantención del equilibrio de los ecosistemas naturales o que presenten densidades poblacionales reducidas. Asimismo, regula las especies y lugares autorizados para la caza (coto), los sistemas de permisos asociados, de conservación *ex situ*, el régimen de internación y transporte de especies y un régimen de sanción.

Complementariamente, desde el punto de vista del comercio de especies –aplicable tanto a especies de flora y fauna– contamos con la Ley N° 20.962 que aplica Convención CITES¹¹⁹ que regula las obligaciones asumidas por Chile como Estado Parte de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).

En tal sentido, regula el comercio de los especímenes, partes, productos o derivados de las especies listadas en los Apéndices I, II y III de la Convención.

Dentro de la legislación relativa a la conservación de especies de fauna silvestre obviamente que debemos considerar a la Ley de Pesca con todas sus técnicas de protección. Dentro de este sistema destacamos la Ley de Protección de Cetáceos N° 20.293, una de las escasas leyes especiales

¹¹⁸ Ley N° 19.473 de 1996 que sustituye texto de la Ley N° 4.601, sobre caza, de 1929 y el artículo 609 del Código Civil.

¹¹⁹ Promulgada el 21 de octubre de 2016 y publicada en el D.O. el 16 de noviembre de 2016.

dictadas para la protección de determinadas especies de fauna silvestre en Chile, gestada en el contexto de campañas nacionales e internacionales para la protección de las ballenas que circulan y frecuentan las costas chilenas.

La ley declaró el territorio marino chileno como libre de caza de cetáceos y prohibió dar muerte, cazar, capturar, acosar, tener, poseer, transportar, desembarcar, elaborar o realizar cualquier proceso de transformación, así como la comercialización o almacenamiento de cualquier especie de cetáceo que habite o surque los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional.

Asimismo, estableció, mediante una modificación a la Ley de Pesca, normas de protección de mamíferos, reptiles y aves hidrobiológicas a través de procedimientos de rescate de los individuos que se encuentren en amenaza evidente e inminente de muerte o daño físico, o que se encuentren incapacitados para sobrevivir en su medio.¹²⁰

Finalmente existe la Ley N° 20.380 sobre Protección de Animales de 2009¹²¹ a través de la cual se instituye un régimen legal de protección de los animales enfocada a los aspectos del bienestar animal reconociendo en ellos el ser merecedores de un trato adecuado que evite causarles sufrimientos innecesarios cuando el ser humano se relacione con ellos, por ejemplo, en las técnicas de crianza, al transportarlos, al efectuar experimentos con ellos, etc. Se trata de una regulación de tránsito entre la que le reconoce la naturaleza jurídica de meras cosas que hoy ostentan los animales y un virtual reconocimiento de derechos.¹²²

7. BIODIVERSIDAD GENÉTICA

La conservación de la biodiversidad incluye conceptualmente la protección del patrimonio genético. De acuerdo al Convenio de Biodiversidad

¹²⁰ Su art. 13 A establece que es el proceso orientado a salvaguardar o a liberar a uno o más individuos, de una amenaza evidente o inminente de muerte o daño físico, cuando ello sea producto de efectos de actividades antrópicas, contaminación de su medio o factores ambientales adversos, y reinsertarlo a su medio natural cuando las condiciones lo permitan.

¹²¹ Publicada en el D.O. el 3 de octubre de 2009.

¹²² Para profundizar acerca de la reflexión sobre derechos de los animales vid. SINGER, Peter. *Ética práctica*, 2ª edición, Cambridge, University Press, 1995; *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals*, New York Review/Random House, New York, 1975.

“material genético” se entiende todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia” (art. 2º). De acuerdo a la OCDE “ningún marco jurídico o reglamentario rige el acceso a los recursos genéticos y su utilización”¹²³ salvo escasas excepciones acotadas, por ejemplo, a algunas regulaciones sobre uso de organismos modificados genéticamente (OMG), su manipulación y liberación intencional al medio ambiente¹²⁴ o al uso indiscriminado de plaguicidas. En este sentido, la conservación y gestión del patrimonio genético, a través de las modernas técnicas de la biotecnología, puede ser clave para el futuro de la biodiversidad.

Antecedentes remotos en esta materia tenemos en 1961 cuando se suscribió, en París, el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales conocido como UPOV,¹²⁵ bajo un enfoque de regulación de la propiedad intelectual. Complementariamente, bajo el sistema FAO, se cuenta con el “Tratado Internacional sobre Recursos Genéticos Vegetales para la Agricultura y la Alimentación”.¹²⁶ Finalmente bajo una perspectiva más ambiental debemos considerar junto al Convenio de Biodiversidad sus Protocolos adicionales relativos a la Bioseguridad o Protocolo de Cartagena de 2000 y el Protocolo sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización o Protocolo de Nagoya de 2010.

A nivel interno la diversidad genética carece casi por completo de regulación de carácter ambiental y su enfoque es más bien productivo y en el mejor de los casos, sanitario. El SEIA considera, por ejemplo, la evaluación ambiental para aquellos proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que

¹²³ OCDE/CEPAL. *Evaluación del desempeño ambiental-Chile*, Naciones Unidas, 2006, p. 242.

¹²⁴ Para el estudio jurídico de esta materia, con especial énfasis en el ámbito agroalimentario europeo Vid. ALMODÓVAR IÑESTA, María, *Régimen jurídico de la biotecnología agroalimentaria*. Editorial Comares, Granada, 2002.

¹²⁵ Suscrito en París el 2 de diciembre de 1961, modificado por sus dos Actas Adicionales, firmadas en Ginebra, el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, promulgado el 5 de enero de 1996 y publicado en el D.O. el 23 de marzo de 1996.

¹²⁶ Adoptado en la Conferencia de la FAO de noviembre de 2001 y en vigor desde 2004.

utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas (art. 10 letra r)).¹²⁷

Chile además cuenta con áreas marinas protegidas que han sido creadas y destinadas especialmente como reservas genéticas o bancos naturales de semillas, creadas en "Pullinque" (ostra) y Putemún" (choro zapato) en Chiloé.

Luego tal vez las escasas atenciones en el orden interno las encontremos en la labor que efectúa el SAG por medio de técnicas de conservación *ex situ* en materia de protección del patrimonio fito y zoonosanitario mediante bancos de semillas, germoplasma regulaciones relativas a semillas (D.L. N° 1.764) y en la Ley N° 19.342 que regula derechos de nuevos obtentores vegetales.¹²⁸

En materia de OMG, el SAG es el órgano estatal encargado de autorizar su importación y liberación al ambiente, así como su trazabilidad, a fin de mejorar la producción agroalimentaria y materias primas, bajo reglas y protocolos de bioseguridad a su cargo.¹²⁹

La legislación pesquera, en tanto, es tal vez la que presenta, junto con la agropecuaria, un desarrollo comparativo mayor en esta materia,

¹²⁷ De acuerdo al art. 2° letra r.1. del D.S. N° 40/12 "se entenderá que no tienen fines de producción aquellas actividades y proyectos que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de investigación, entendiéndose por tal, aquella actividad orientada a la obtención de nuevos conocimientos, a generar cambios genéticos conducentes a la creación de nuevas variedades o híbridos no comerciales o para dar solución a problemas o interrogantes de carácter científico o tecnológico.

r.2. Se entenderá por áreas confinadas, los locales, instalaciones, estructuras físicas o predios que cuenten con límites de aislamiento reproductivo o medidas de bioseguridad, sean físicas o biológicas, destinadas a evitar la liberación de organismos genéticamente modificados al medio ambiente o limitar en forma efectiva su cruzamiento con especies sexualmente compatibles.

El Ministerio sectorial correspondiente, con acuerdo del Ministerio del Medio Ambiente, establecerá mediante resolución las medidas generales de bioseguridad que permitan la utilización de organismos genéticamente modificados en áreas confinadas, bajo los parámetros establecidos en el literal r.2. precedente".

¹²⁸ Publicada en el D.O. el 3 de noviembre de 1994, regula básicamente los derechos de propiedad sobre las variedades vegetales que han sido descubiertas mediante ingeniería genética, entregando la tuición sobre esta materia al Departamento de Semillas del SAG, correspondiendo a una legislación más propiamente del derecho de propiedad intelectual.

¹²⁹ Cfr. Resolución N° 1.523/2001 del SAG.

a través de la regulación de la acuicultura experimental que persigue la mejora genética de especies; la reglamentación de medidas de protección y control bajo las cuales se autoriza la introducción, investigación, cultivo y comercialización de organismos genéticamente modificados a fin de evitar su propagación al ambiente natural;¹³⁰ y con la reglamentación sanitaria a la que deben sujetarse los centros de cultivo acuícola particularmente en lo relativa a los programas de mejoramiento genético a los que se someten.¹³¹

8. INSTRUMENTOS PARA LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD¹³²

8.1. SEIA

En Chile el SEIA ha obrado en la práctica como casi el único y exclusivo mecanismo institucional en el que se gestiona la biodiversidad fuera de las ASP y la protección de especies de flora o fauna singulares que no cuenten con una protección especial, con todas las limitaciones e imperfecciones que este instrumento conlleva para este propósito. En efecto, dada la falta de concepción ecosistémica y holística del SEIA, se evalúan y consideran los componentes de la biodiversidad por separado como se aprecia en el sistema de listas de la ley y el Reglamento del SEIA y, asimismo, se tiende a minusvalorar su rol y relevancia ambiental por el inevitable conflicto de interés que supone un instrumento destinado a evaluar y aprobar proyectos de inversión.

¹³⁰ De acuerdo a la Ley de Pesca corresponde a aquel "organismo cuyo material genético ha sido alterado en una forma que no ocurre naturalmente por cruzamiento y/o por recombinación natural".

¹³¹ D.S. N° 319/01 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que aprueba el Reglamento sobre las medidas de protección, control y erradicación de las enfermedades de alto riesgo para las especies hidrobiológicas.

¹³² Nos referimos a los principales instrumentos de gestión ambiental de carácter general, por cuanto existen desde luego muchos otros instrumentos a través de los cuales se puede gestionar la biodiversidad o una expresión de ella como los caudales ecológicos, los inventarios de especies, las normas secundarias de calidad ambiental, etc.

8.1.1. La biodiversidad como presupuesto para la evaluación ambiental

Si tomamos el listado de presupuestos de ingreso al SEIA (art. 10 Ley N° 19.300) y el de presupuestos para la confección de un EIA (art. 11 Ley N° 19.300) notaremos que en una u otra medida la gran mayoría de ellos da cuenta de una expresión de biodiversidad.

Con todo, el literal de ingreso que por antonomasia debemos considerar que recoge la protección de la biodiversidad es la letra p) del art. 10 que en su última versión modificada por la Ley de humedales urbanos,¹³³ exige el ingreso al SEIA para la “ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas, humedales urbanos o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita.”

Además, la referida Ley de Humedales creó un nuevo literal s) en el art. 10 para el ingreso al SEIA de aquellos proyectos que se emplacen en humedales urbanos. Así, siguiendo la misma técnica de la letra p) del art. 10 que no distingue entre tipologías de actividades sino derechamente se atiende y asume el criterio de impacto ambiental a producir. Así, se establece la obligación de someterse al SEIA para la “ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o de áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación azonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal de turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie”.

Así, por medio de este literal se exige la evaluación ambiental a las actividades, independiente de sus dimensiones, que comprendan al menos alguna de las formas de intervención que la ley señala, siempre que importen una “alteración” de algunos de los elementos señalados, circunstancia que al igual que el criterio de “afectación” (arts. 10 p) y 11 d)) será

¹³³ Ley N° 21.202 promulgada el 16 de enero de 2020 publicada en el D.O. el 23 de enero de 2020.

objeto de la evaluación técnica ambiental,¹³⁴ siguiéndose, por cierto, las pautas del Reglamento de Humedales Urbanos o las directrices establecidas en las Guías e instructivos del SEA. Lo anterior es congruente con la susceptibilidad de causar impacto ambiental, presupuesto básico para someter un proyecto a evaluación ambiental, por lo que aquellas actividades o proyectos que no supongan dichos efectos no deben someterse al sistema. Del tenor de la ley, además, no sería exigible que el humedal goce de un reconocimiento o declaratoria previa, pues el nuevo literal así no lo exige y atiende a las condiciones ecosistémicas del medio y no a su condición normativa.

El legislador no consagró de manera específica la alteración o afección a la diversidad biológica como causal para la elaboración de un EIA, manteniendo con ello la nomenclatura y referencia clásica que distingue entre expresiones de ella: agua, suelo, etc. Así los criterios fundamentales, a los que el legislador ambiental asocia el concepto biodiversidad exigiendo que la evaluación ambiental se realice mediante un Estudio de Impacto Ambiental serían los siguientes:¹³⁵

1. La generación de efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire.¹³⁶

El Reglamento aquí se refiere a los diversos componentes de la biodiversidad presentes especialmente fuera de ASP. Antes se hacía referencia a la “diversidad biológica presente en el área de influencia del proyecto o actividad, y su capacidad de regeneración”, única mención y consideración expresa que el antiguo Reglamento del SEIA hacía a la biodiversidad. Ahora el legislador ha reformado dicha premisa con 2 grupos de consideraciones. Primero ha definido lo que se entiende por dichos “efectos adversos significativos” y luego ha listado los elementos y supuestos a considerar a efectos de evaluar dichos efectos.

¹³⁴ Cfr. Sentencia de la E. Corte Suprema, de 5 de julio de 2019, rol N° 12808-19, caso Dunas de Concón.

¹³⁵ Art. 11 Ley N° 19.300.

¹³⁶ Art. 11 letra b) Ley N° 19.300 que agrega que para los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

Así el reglamento considera que se producen estos “efectos adversos significativos” si (art. 6° RSEIA):

- Se afecta la permanencia del recurso.
- Se altera la capacidad de regeneración o renovación del recurso.
- Se alteran las condiciones que hacen posible la presencia y desarrollo de las especies y ecosistemas.

El Reglamento exige poner “especial énfasis” en aquellos recursos propios del país que sean escasos, únicos o representativos, esto es, el grado de endemismo debe ser un factor determinante a efectos de exigir un EIA.

Ahora, en cuanto a los elementos a considerar para determinar que concurren dichos efectos adversos significativos, el legislador lista un conjunto de hipótesis relativas al valor de la biodiversidad presente o intervenida:¹³⁷

- La pérdida de suelo o de su capacidad para sustentar biodiversidad por degradación, erosión, impermeabilización, compactación o presencia de contaminantes.
- La superficie con plantas, algas, hongos, animales silvestres y biota intervenida, explotada, alterada o manejada y el impacto generado en dicha superficie.¹³⁸
- La magnitud y duración del impacto del proyecto o actividad sobre el suelo, agua o aire en relación con la condición de línea de base.
- Superación de las normas secundarias de calidad ambiental vigentes.¹³⁹

¹³⁷ Adicionalmente se considera:

e) La diferencia entre los niveles estimados de ruido con proyecto o actividad y el nivel de ruido de fondo representativo y característico del entorno donde se concentre fauna nativa asociada a hábitats de relevancia para su nidificación, reproducción o alimentación.

f) El impacto generado por la utilización y/o manejo de productos químicos, residuos, así como cualesquiera otras sustancias que puedan afectar los recursos naturales renovables.

¹³⁸ Para la evaluación del impacto se deberá considerar la diversidad biológica, así como la presencia y abundancia de especies silvestres en estado de conservación o la existencia de un plan de recuperación, conservación y gestión de dichas especies, de conformidad a lo señalado en el artículo 37 de la Ley.

¹³⁹ A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las normas vigentes en los Estados que se señalan en el artículo 11 del presente Reglamento. En caso que no sea posible evaluar el efecto adverso de acuerdo a lo anterior, se considerará la magnitud y duración del efecto generado sobre la biota por el proyecto o actividad y su relación con la condición de línea de base.

• Impacto sobre recursos hídricos a intervenir o explotar, así como el generado por el transvase de una cuenca o subcuenca hidrográfica a otra, incluyendo el generado por ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas y superficiales.¹⁴⁰

• Los impactos de la introducción de especies exóticas al territorio nacional o en áreas, zonas o ecosistemas determinados.

2. Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.¹⁴¹

Aquí el Reglamento opta, en general, por los medios de protección de la biodiversidad a través de áreas oficiales de protección aportando algunas definiciones a efectos de certeza y precisión.¹⁴²

¹⁴⁰ La evaluación de dicho impacto deberá considerar siempre la magnitud de la alteración en:

- g.1. Cuerpos de aguas subterráneas que contienen aguas fósiles.
- g.2. Cuerpos o cursos de aguas en que se generen fluctuaciones de niveles.
- g.3. Vegas y/o bofedales que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas.
- g.4. Áreas o zonas de humedales, estuarios y turberas que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas o superficiales.
- g.5. La superficie o volumen de un glaciar susceptible de modificarse.

¹⁴¹ Art. 11 letra d) Ley N° 19.300. El propio Reglamento, primero define que “Se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad”.

¹⁴² Poblaciones protegidas: pueblos indígenas, independiente de su forma de organización; Recursos protegidos: aquellos colocados bajo protección oficial mediante un acto administrativo de autoridad competente, con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental; Áreas protegidas: cualesquiera porciones de territorio, delimitadas geográficamente y establecidas mediante un acto administrativo de autoridad competente, colocadas bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental; Humedales protegidos: aquellos ecosistemas acuáticos incluidos en la Lista a que se refiere la Convención Relativa a las Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, promulgada mediante Decreto Supremo N° 771, de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores. A estos habría que agregar aquellos creados en virtud de la Ley de humedales urbanos N° 21.202; Territorio con valor ambiental: territorio con nula o baja intervención antrópica y provea de servicios ecosistémicos

Llama la atención que el reglamento no definió lo que se entiende por “sitios prioritarios para la conservación”¹⁴³ ni por “glaciares”.¹⁴⁴ Sin embargo, sobre estos componentes ambientales habrá que estar al listado que de estos sitios mantiene el MMA y la DGA respectivamente.

8.1.2. Permisos ambientales sectoriales

8.1.2.1. Áreas protegidas

Junto con establecerse a las ASP como presupuesto de ingreso al SEIA, así como presupuesto para el ingreso vía EIA en los casos y supuestos examinados, el Reglamento del SEIA listó los siguientes PAS específicamente asociados a ASP:

- *Permisos relativos a categorías del SNASPE*

No obstante que el criterio normado para la evaluación ambiental no atiende a la actividad sino al sitio o lugar protegido, en estos casos, el Reglamento de todos modos optó por seguir el criterio por actividad considerando algunas actividades que por realizarse en ASP consideran permisos contemplados en la legislación sectorial. Así solo se contempló:

El permiso para ejecutar labores mineras en Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales.¹⁴⁵ Llama la atención que no fueron incluidos permisos para actividades en Reservas Forestales ni en áreas marinas protegidas, que no se hayan regulado permisos no mineros y que no se haya zanjado el criterio del art. 10 letra p) que exige distinguir los casos en que la legislación permite o no la intervención de la ASP.¹⁴⁶

locales relevantes para la población, o cuyos ecosistemas o formaciones naturales presentan características de unicidad, escasez o representatividad.

¹⁴³ Vid. Instructivo N° 103.008, del 28 de septiembre de 2010 de Conama.

¹⁴⁴ En concordancia con el art. 3° letra a) del propio Reglamento habrá que entender por tales a lo menos a aquellos glaciares que se encuentren incorporados como tales en un Inventario Público a cargo de la Dirección General de Aguas. Sin embargo, dado que aquí la norma no hace remisión a dicho inventario, cualquier glaciar reconocido científicamente como tal debiera caer bajo los supuestos de esta norma.

¹⁴⁵ Art. 121 relativo al PAS del art. 17 N° 2 del Código de Minería.

¹⁴⁶ A modo de ejemplo, no se consideraron PAS requeridos por el Reglamento sobre Parques y Reservas Marinas, los que deberán ser obtenidos fuera del SEIA.

El permiso para ejecutar labores o actividades en santuarios de la Naturaleza.¹⁴⁷ Aquí por ejemplo se consideró “cualquier otra actividad que pudiera alterar el estado natural” del área como PAS.

- *Permisos relativos a otras áreas protegidas*

Los permisos en otras áreas colocadas bajo protección oficial solo consideraron las que siguen, por lo que, al igual que en el acápite anterior, no se consideraron permisos para el resto de las áreas colocadas bajo protección oficial.¹⁴⁸

- Permiso para ejecutar labores mineras en lugares de interés histórico o científico.¹⁴⁹

- Permiso para exploraciones y explotaciones en zonas de prohibición de acuíferos protegidos que alimentan vegas y bofedales.¹⁵⁰

- Permiso para realizar trabajos en Monumentos Históricos.¹⁵¹

- Permiso para construir en Zona declarada típica o pintoresca.¹⁵²

- Permiso para la corta de árboles y/o arbustos aislados ubicados en áreas declaradas de protección.¹⁵³

8.1.2.2. Fauna Silvestre

Las intervenciones sobre la fauna silvestre en el SEIA normalmente se producen por efecto del impacto que causan las actividades u obras objeto de la evaluación sobre nichos ecológicos o rutas migratorias, hábitats o de desplazamiento de las especies, las que requieren ser capturadas, cazadas, recolectadas o desplazadas. Para ello se requiere de permisos ambientales sectoriales (PAS) para los siguientes casos:

¹⁴⁷ Art. 120 relativo al PAS del art. 31 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

¹⁴⁸ Así, por ejemplo, no se consideraron PAS como los relativos a áreas protegidas contenidas en IPT que requieren de la autorización de las Direcciones de Obras de la Municipalidad respectiva y que deberán ser obtenidos fuera del SEIA.

¹⁴⁹ Art. 122 relativo al PAS del art. 17 N° 6 del Código de Minería.

¹⁵⁰ Arts. 130 y 154 relativos al PAS de los arts. 58, 63 y 64 del Código de Aguas.

¹⁵¹ Art. 131 relativo al PAS de los arts. 11 y 12 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

¹⁵² Art. 131 relativo al PAS del art. 30 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

¹⁵³ Art. 153 relativo al PAS del artículo 4° de la Ley N° 18.378.

- Permisos relativos a la reproducción de especies hidrobiológicas: en este ítem se integran las diversas expresiones de acuicultura que requieren de PAS regulados ambientalmente y que corresponden al permiso propiamente tal para ejercer acuicultura (PAS 116);¹⁵⁴ para realizar repoblación y siembra de especies hidrobiológicas con fines de pesca recreativa (PAS 117);¹⁵⁵ para realizar acuicultura en AMERBS (PAS 118).¹⁵⁶

- Permisos para realizar pesca de investigación.¹⁵⁷ El requisito para su otorgamiento consiste en preservar los recursos hidrobiológicos.

- Permiso para la introducción en el medio natural de especies de fauna silvestre, sea esta del país o aclimatada, semen, embriones, huevos para incubar y larvas en regiones o áreas del territorio nacional donde no tengan presencia y puedan perturbar el equilibrio ecológico y la conservación del patrimonio ambiental.¹⁵⁸ El requisito para su otorgamiento consiste en que la introducción no perturbe el equilibrio ecológico y la conservación del patrimonio ambiental.

- Permiso para la caza o captura de ejemplares de animales de especies protegidas para controlar la acción de animales que causen graves perjuicios al ecosistema.¹⁵⁹ El requisito para su otorgamiento consiste en que el proyecto de caza o captura sea adecuado para la especie y necesario para el fin indicado.

- Permiso para la caza o captura de ejemplares de animales de especies protegidas para fines de investigación, para el establecimiento de centros de reproducción o criaderos y para la utilización sustentable del recurso.¹⁶⁰ El requisito para su otorgamiento consiste en que el proyecto de caza o captura sea adecuado para la especie y necesario para los fines indicados.

¹⁵⁴ Art. 87 de la Ley de Pesca.

¹⁵⁵ Art. 11 de la Ley N° 20.256, que establece normas sobre pesca recreativa.

¹⁵⁶ Art. 7° del D.S. N° 314 Reglamento de Actividades de Acuicultura en AMERBS.

¹⁵⁷ Art. 119 del D.S. N° 40/12 Reglamento del SEIA.

¹⁵⁸ Art. 123 del D.S. N° 40/12 Reglamento del SEIA en relación con el inciso 2° del artículo 25, del artículo 1° de la Ley N° 19.473, que sustituye el texto de la Ley N° 4.601, sobre Caza, y artículo 609 del Código Civil.

¹⁵⁹ Art. 124 del D.S. N° 40/12 Reglamento del SEIA en relación con el inciso 1° del artículo 9°, del artículo 1° de la Ley N° 19.473, que sustituye el texto de la Ley N° 4.601, sobre Caza, y artículo 609 del Código Civil.

¹⁶⁰ Art. 146 del D.S. N° 40/12 Reglamento del SEIA en relación al inciso 1° del artículo 9° de la Ley N° 4.601, sobre Caza, modificada por la Ley N° 19.473, que sustituye el texto de la Ley N° 4.601, sobre Caza, y artículo 609 del Código Civil.

- Permiso para la recolección de huevos y crías con fines científicos o de reproducción.¹⁶¹ Los requisitos para su otorgamiento consisten en acreditar que la recolección es con fines científicos o de reproducción y que sea adecuada para la especie.

8.1.2.3. Flora Silvestre

En tanto la Ley de Medio Ambiente contempla a su vez como PAS los siguientes, en relación a intervenciones sobre flora silvestre o nativa:

- Permiso para la corta y destrucción del Alerce.¹⁶²

Este permiso pugna con la condición de inviolabilidad de la especie por su carácter de Monumento Natural.¹⁶³

- Permiso para la corta o explotación de Araucarias vivas.¹⁶⁴

Este permiso pugna con la condición de inviolabilidad de la especie por su carácter de Monumento Natural.¹⁶⁵

- Permiso para la corta o explotación de Queule –*Gomortega keule* (Mol.) Baillon–, Pitao –*Pitavia punctata* (Mol.)–, Belloto del Sur –*Bei-*

¹⁶¹ Art. 147 del D.S. N° 40/12 Reglamento del SEIA en relación al artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 19.473, que sustituye el texto de la Ley N° 4.601, sobre Caza, y artículo 609 del Código Civil.

¹⁶² El permiso para la corta y destrucción del Alerce, será el establecido en el artículo segundo del Decreto Supremo N° 490, de 1976, del Ministerio de Agricultura, que declara monumento natural a la especie forestal Alerce.

¹⁶³ El Reglamento establece que los requisitos para su otorgamiento consisten en que se trate de actividades que tengan por objeto llevar a cabo investigaciones científicas debidamente autorizadas; habilitación de terrenos para la construcción de obras públicas; de defensa nacional; o la consecución de planes de manejo forestal por parte de órganos de la Administración del Estado forestales; o de aquellos en los cuales éste tenga interés directo o indirectamente; y que no se afecte la continuidad de la especie.

¹⁶⁴ El permiso para la corta o explotación de araucarias vivas, se encuentra establecido en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 43, de 1990, del Ministerio de Agricultura, que declara monumento natural a la Araucaria araucana.

¹⁶⁵ El Reglamento establece que los requisitos para su otorgamiento consisten en que la actividad tenga por objeto llevar a cabo investigaciones científicas debidamente autorizadas; la habilitación de terrenos para la construcción de obras públicas; obras de defensa nacional o cuando sean consecuencia de planes de manejo forestal por parte de órganos de la administración del Estado oficiales y cuyo exclusivo objeto sea el de conservar y mejorar la especie; todos los anteriores siempre y cuando no se afecte la continuidad de la especie.

Ischmiedia berteriana (Gay) Kostern., Ruil –*Nothofagus alessandrii* Espinoza–, Belloto del Norte –*Beilschmiedia miersii* (Gay) Kostern.¹⁶⁶

Este permiso pugna con la condición de inviolabilidad de la especie por su carácter de Monumento Natural.¹⁶⁷

- Permiso para corta de bosque nativo.¹⁶⁸

Permiso para la ejecución de cualquier proyecto o actividad de las señaladas en el artículo 3° del Reglamento del SEIA, con excepción de los proyectos a que se refiere el literal m.1.¹⁶⁹ El requisito para su otorgamiento consiste en reforestar o regenerar una superficie de terreno igual, a lo menos, a la cortada o explotada, con especies del mismo tipo forestal.

Hay que tener presente que las regulaciones forestales “no contemplan dentro de la obligación de reforestar o regenerar, producto de la acción

¹⁶⁶ El permiso para su corta o explotación será el establecido en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 13, de 1995, del Ministerio de Agricultura, que declara monumento natural a las especies forestales Queule, Pitao, Belloto del Sur, Belloto del Norte y Ruil.

¹⁶⁷ Los requisitos para su otorgamiento consisten en que la actividad consista en desarrollar investigaciones científicas debidamente autorizadas; habilitar terrenos para la construcción de obras públicas o de defensa nacional; desarrollar planes de manejo forestal por parte de órganos de la Administración del Estado oficiales cuyo exclusivo objeto sea el de conservar y mejorar el estado de conservación de las especies protegidas; todos los anteriores siempre y cuando no se afecte la continuidad de la especie.

¹⁶⁸ Art. 148 D.S. N° 40/12 Reglamento del SEIA. Corresponde al establecido en el artículo 5° de la Ley N° 20.283 sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal.

¹⁶⁹ Proyectos de desarrollo o explotación forestal que abarquen una superficie única o continua de corta de cosecha final o corta de regeneración por tala rasa de más de veinte hectáreas anuales (20 ha/año), tratándose de las Regiones de Arica y Parinacota a la Región de Coquimbo, de doscientas hectáreas anuales (200 ha/año), tratándose de las Regiones de Valparaíso y la Región Metropolitana de Santiago, de quinientas hectáreas anuales (500 ha/año), tratándose de las Regiones del Libertador General Bernardo O’Higgins a la Región de Aysén, o de mil hectáreas anuales (1.000 ha/año), tratándose de la Región de Magallanes y Antártica Chilena, y que se ejecuten en:

m.1.1. Suelos frágiles, entendiéndose por tales aquellos susceptibles de sufrir erosión severa debido a factores limitantes intrínsecos, tales como pendiente, textura, estructura, profundidad, drenaje, pedregosidad u otros, según las variables y los criterios de decisión señalados en el artículo 22 del Decreto Supremo N° 193, de 1998, del Ministerio de Agricultura; o

m.1.2. Terrenos cubiertos de bosque nativo, entendiéndose por tales aquellos terrenos con presencia de bosque nativo, definidos de acuerdo a la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

Se entenderá por superficie única o continua la cantidad total de hectáreas de bosques continuos en que se ejecute el proyecto de desarrollo o explotación forestal.

de corta o explotación del bosque nativo, la opción de sustituir dicha reforestación o regeneración por la recuperación de superficie para cultivos agrícolas”.¹⁷⁰

- Permiso para la corta de plantaciones en terrenos de aptitud preferentemente forestal¹⁷¹

El requisito para su otorgamiento consiste en reforestar una superficie de terreno igual, a lo menos, a la cortada o explotada.

- Permiso para la intervención de especies vegetales nativas amenazadas, que formen parte de un bosque nativo, o alteración de su hábitat.¹⁷²

Los requisitos para su otorgamiento consisten en que la intervención o alteración no amenace la continuidad de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella, y que la intervención o alteración sea imprescindible.

Este permiso debemos entenderlo acotado a la “intervención del hábitat” de las especies amenazadas y no a la especie nativa misma cuya intervención prohíbe la ley, excepto aquellas plantadas,¹⁷³ de tal modo que la extensión que el Reglamento del SEIA, así como el Reglamento General de la Ley, hacen a las “especies” referidas sobrepasa los márgenes autorizados por la ley. No obstante ello, la Contraloría entiende –a nuestro

¹⁷⁰ Dictamen CGR N° 6.271 de 16 de marzo de 2020 por medio del cual se ha interpretado que no es admisible la sustitución de bosque nativo por plantaciones agrícolas, criterio refrendado judicialmente por sentencia dictada en contra de la SNA en causa 33.748-2020 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por el E. Corte Suprema en causa 139.872-2020 de 2 de febrero de 2021.

¹⁷¹ Art. 149 D.S. N° 40/12 Reglamento del SEIA. Este permiso puede aplicar a especies nativas o exóticas en tanto sean plantadas y establece que el permiso para la corta de plantaciones en terrenos de aptitud preferentemente forestal, cuya corta o explotación sea necesaria para la ejecución de cualquier proyecto o actividad de las señaladas en el artículo 3° del Reglamento del SEIA, con excepción de los proyectos a que se refiere el literal m.1, será el establecido en el artículo 21 del Decreto Ley N° 701, de 1974, del Ministerio de Agricultura, que fija régimen legal de los terrenos forestales o preferentemente aptos para la forestación, y establece normas de fomento sobre la materia.

¹⁷² El permiso será el establecido en el artículo 19 de la Ley N° 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal.

¹⁷³ La norma prescribe que “Esta prohibición no afectará a los individuos de dichas especies plantados por el hombre, a menos que tales plantaciones se hubieren efectuado en cumplimiento de medidas de compensación, reparación o mitigación dispuestas por una resolución de calificación ambiental u otra autoridad competente”.

juicio erradamente— que la norma en comento autorizaría la intervención de la especie.¹⁷⁴

- Permiso para la corta, destrucción o descepa de formaciones xerofíticas.¹⁷⁵

El requisito para su otorgamiento consiste en asegurar la diversidad biológica. Su corta, destrucción o descepa se encontraría prohibida si la especie se encuentra en las categorías de amenaza del art. 37 de la Ley N° 19.300.

- Permiso para el manejo de bosque nativo de preservación que corresponda a ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país.¹⁷⁶

Los requisitos para su otorgamiento consisten en que su objetivo sea el resguardo de la diversidad biológica, asegurando la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y desarrollo de las especies y ecosistemas contenidos en el área objeto de su acción, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos. Al igual que el caso anterior la corta, destrucción o descepa de sus especies en categoría de amenaza del art. 37 de la Ley N° 19.300 se encontraría prohibida.

8.2. Compensaciones sobre biodiversidad

Sabemos que de acuerdo a nuestro SEIA los proyectos evaluados mediante EIA pueden aprobarse y ejecutarse si, junto con cumplir la normativa de carácter ambiental se hacen cargo de los efectos ambientales que generan, proponiendo medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas (art. 16 inciso final Ley N° 19.300).

Sin embargo, los impactos significativos sobre la biodiversidad no se encuentran definidos por medio de reglas claras, objetivables y exigibles ni tienen asociadas medidas del mismo tenor que den contenido a lo “apropiado”.

¹⁷⁴ Cfr. Dictamen CGR N° 32.569 de 16 de junio de 2010.

¹⁷⁵ El permiso será el establecido en el artículo 60 de la Ley N° 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal y en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 93, de 2008, del Ministerio de Agricultura, Reglamento general de dicha ley.

¹⁷⁶ El permiso será el establecido en el artículo 2° número 4 de la Ley N° 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal y el artículo 4° del Decreto Supremo N° 93, de 2008, del Ministerio de Agricultura, Reglamento general de dicha ley.

Dentro del sistema de compensaciones, surge así el desafío de establecer y regular un sistema de compensaciones adecuado por intervenciones o pérdida de biodiversidad conocido también como “*Business and Biodiversity Offset*” que bien podría ser desarrollado dentro del SEIA o como un instrumento de gestión aparte.

La lógica detrás de este instrumento es que la biodiversidad proporciona servicios ecosistémicos,¹⁷⁷ y por tanto su afección importa dejar de prestar dichos servicios, lo que se debe traducir en medidas de evitación de dicho efecto y para aquellos casos en que ello no sea posible, compensarlos adecuadamente.

Las pérdidas de biodiversidad y las transacciones o negocios por dicho efecto, que podríamos denominar en palabras de Fernando de Rojas “transacciones de deuda por Naturaleza”,¹⁷⁸ constituyen un nuevo ámbito o expresión de las regulaciones de la biodiversidad que demandan pronta regulación a efectos de responder y valorizar las intervenciones sobre ella y de alguna manera establecer un “costo” por ello, que hoy, por regla general, no se paga.

En términos del *Business and Biodiversity Offsets Programme* “Las compensaciones por pérdida de diversidad son resultados medibles de la conservación que provienen de las acciones diseñadas para compensar los impactos residuales adversos significativos sobre la biodiversidad que surgen del desarrollo de un proyecto, después de haber tomado medidas de mitigación y prevención apropiadas. La meta de las compensaciones por pérdida de biodiversidad es alcanzar la no pérdida neta y preferiblemente una ganancia neta de biodiversidad sobre el terreno, con respecto a la composición de especies, la estructura del hábitat, la función del ecosistema, el uso por la gente y los valores culturales asociados a la biodiversidad”.¹⁷⁹

¹⁷⁷ La legislación ambiental vigente no define servicios ecosistémicos. Si lo hace la ley de bosque nativo en su art. 2° N° 23) “Servicios ambientales: aquellos que brindan los bosques nativos y las plantaciones que inciden directamente en la protección y mejoramiento del medio ambiente”. El proyecto de ley del SBAP en tanto en su art. 3° N° 31) define “Servicios ecosistémicos: contribución directa o indirecta de los ecosistemas al bienestar humano”.

¹⁷⁸ DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, Fernando. *Los Espacios Naturales Protegidos*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2006, p. 94.

¹⁷⁹ Programa de Negocios y Compensaciones por Pérdida de Biodiversidad (Business and Biodiversity Offsets Programme) (BBOP). Estándar sobre compensaciones por pérdida de biodiversidad. BBOP, 2012, Washington, D.C., p. 18.

Bajo los términos jurídico-ambientales que conocemos, las compensaciones en biodiversidad se caracterizarían por operar primero evitando su pérdida, luego mitigándola (reduciendo su impacto), luego reparándola (remediándola) y finalmente, cuando las acciones anteriores no sean fructíferas, compensando su pérdida.

Lo novedoso a diferencia del sistema clásico de responsabilidades civiles y ambientales, que opera con similar lógica en los órdenes de la reparación/reposición e indemnización/compensación, es que aquí se actúa y se determinan las medidas y acciones *ex ante* de la generación del impacto.

Los mecanismos de compensaciones de biodiversidad son una de las seis áreas identificadas en la Decisión IX/11 del CDB de 2008, para un mayor desarrollo como un medio innovador para movilizar recursos para la implementación del CDB.

Luego este concepto fue recogido por la Decisión X/21 de la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 2010 sobre Intervención del sector empresarial, en la que se pide al Secretario Ejecutivo del CDB que “Aliente el desarrollo y la aplicación de instrumentos y mecanismos que puedan facilitar aún más la intervención del sector empresarial en la integración de consideraciones de diversidad biológica en su labor (...)”, incluidas las compensaciones.

El *Business and Biodiversity Offsets Programme* trabaja en la actualidad en diversas guías, instrumentos y alianzas para hacer efectivo este concepto.

Se han establecido ciertos principios para dar lugar a compensaciones de biodiversidad como los que propone The Biodiversity Consultancy:

- “Hay límites para la compensación: algunas pérdidas son tan grandes en su clase o cantidad que ninguna compensación podría ser adecuada –como la extinción de especies. Ayudamos a evaluar, y mejorar cuando es posible, las opciones de compensación de impactos de proyectos de desarrollo.

- Las compensaciones deben ser adicionales: las ganancias en biodiversidad deben ser debidas a las acciones de compensación y no a otros factores. En otras palabras, las ganancias en biodiversidad no habrían sucedido en escenarios comerciales habituales. Esto es similar al concepto de adicionalidad en el programa de reducción de emisiones de carbono

producto de la deforestación y la degradación de los bosques (REDD, por sus siglas en inglés).

- Las compensaciones deben ser comparables: el equilibrio entre pérdidas y ganancias debe representar un intercambio justo. Esto requiere intercambiar clases y cantidades similares de biodiversidad, incluyendo una medición cuantitativa de pérdidas y ganancias para la biodiversidad.
- Las compensaciones deben ser duraderas: las ganancias deben durar al menos tanto como los impactos”.¹⁸⁰

En Chile este mecanismo podría ser una novedosa solución para las intervenciones de biodiversidad no resarcidas ni recuperadas ambientalmente, e incluso, como mecanismo efectivo para soslayar las autorizaciones discrecionales excepcionales que se otorgan, sin compensación, para intervenciones prohibidas o restringidas sobre determinados recursos naturales. Así se determinaría el valor ecológico de los bienes intervenidos a partir de los servicios ambientales que prestan y luego estableciendo las acciones, valores y transacciones que por equivalencia se requieran.

Los titulares de las compensaciones de biodiversidad debieran ser el Estado, en el caso de bienes del que es titular como bienes fiscales, los órganos o servicios tanto públicos como privados que administren o tengan tutela sobre dichos bienes, y las comunidades locales que sean propietarias, administradoras o usuarias de los bienes naturales afectados.

En la actualidad, el SEA cuenta con una “Guía para la compensación de biodiversidad en el SEIA”, de 2014, que establece ciertos criterios que los titulares de proyecto debieran seguir al intervenir biodiversidad y a propósito de definir las medidas de compensación “apropiadas” a que se refiere la ley (art. 11) y el reglamento del SEIA (art. 100).

El Proyecto de Ley del SBAP, recoge este concepto, pero deja, en términos facultativos, en manos del Servicio su establecimiento pudiendo consistir en “acciones de restauración o preservación”. Para este último caso, los titulares de proyectos o actividades podrían recurrir a los denominados “bancos de compensación” (art. 37), correspondientes a “proyectos de conservación en territorios determinados, que generan créditos en biodiversidad” (art. 52), como mecanismos para obtener una pérdida neta cero o incluso una ganancia neta de biodiversidad.

¹⁸⁰ Vid. <http://www.thebiodiversityconsultancy.com/es/>.

8.3. Planes de manejo

Uno de los instrumentos clásicos de gestión de los recursos naturales son los planes de manejo regulados desde una perspectiva sectorial (pesca, bosques, ASP, etc.) previa a la visión ambiental establecida en la Ley N° 19.300. Así, sin entrar a modificar estos instrumentos sectoriales la ley ambiental vino a superponer lo que podríamos denominar un plan de manejo ambiental, de carácter general y supletorio de los demás planes de manejo sectoriales.

Así se desprende de los arts. 41 y 42 de la Ley N° 19.300 cuando se establece que la autoridad competente en materia ambiental y de RR.NN. que corresponda exigirá este instrumento para:

- a) Mantenimiento de caudales de aguas y conservación de suelos;
- b) Mantenimiento del valor paisajístico, y
- c) Protección de especies amenazadas.

La ley agrega que estas exigencias son sin perjuicio de las exigidas sectorialmente por lo que dichos planes deben agregar estos requerimientos de carácter ambiental a los establecidos sectorialmente, salvo que la actividad o proyecto haya sido sometida al SEIA en cuyo caso la RCA sustituye o reemplaza el plan de manejo en lo que a requisitos de carácter ambiental se refiere.

9. DESAFÍOS E INSTRUMENTOS EMERGENTES DE TUTELA DE LA BIODIVERSIDAD

Las regulaciones y el derecho que se establezca sobre la conservación de la biodiversidad deben hacerse cargo de ciertos desafíos que enfrenta la crisis ambiental moderna.

El primero de ellos es avanzar en ordenar, planificar y gestionar todo el territorio en función de sus valores, vocaciones, aptitudes, riesgos y opciones de desarrollo para, sobre la base de dicho diagnóstico, establecer un régimen dinámico e integrado de medidas de conservación de la biodiversidad que puedan adaptarse a las necesidades y condiciones de los tiempos actuales. En este sentido la técnica de establecer áreas de protección ambiental debe ser una más dentro del diseño de una estrategia y visión más amplia de conservación de la biodiversidad, que se integre con las técnicas de protección de especies y con los instrumentos de gestión

de otros RR.NN, haciendo uso de múltiples herramientas que se vinculen o relacionen entre sí, tales como la EAE, el manejo integrado de cuencas, el establecimiento de corredores biológicos, de zonas de amortiguación y la interrelación con el resto de áreas o zonas que gozan de protección oficial, pero que se encuentran en las fronteras del sistema nacional de áreas protegidas como las ZOIT, las ADI, los IPT, entre otras, pero también echando mano a técnicas económicas como incentivos y desincentivos económicos y tributarios, sistema de compensaciones por intervenciones de la biodiversidad, sistemas de pagos por servicios ambientales, entre otros sistemas de gestión ambiental utilizados en el derecho comparado.

Entre las técnicas para gestionar la biodiversidad cobra un rol central en Chile el SEIA y la EAE. De hecho, es principalmente a través del SEIA que en la práctica se ha gestionado la biodiversidad, sin ser el instrumento idóneo o pensado para dicho fin. Es por ello que estos instrumentos deben hacerse cargo e integrar el componente biodiversidad con un rol propio, específico y de mayor peso a la hora de efectuar las evaluaciones ambientales, estableciendo reglas y criterios objetivables a la hora de establecer medidas de reparación, mitigación o compensación ambiental sobre la biodiversidad. En este plano resulta interesante explorar las recientes iniciativas sobre compensaciones en biodiversidad que se estudian a nivel internacional. Este sistema, sin embargo, demanda una regulación propia junto a la que se echa de menos respecto de los demás instrumentos para la gestión ambiental del territorio y de los demás componentes del ambiente, fuera del SEIA.

Las técnicas de conservación de la biodiversidad deben mirar la globalidad de las amenazas ambientales incluyendo las derivadas de la introducción de especies exóticas invasoras o las que surgen fruto de la intervención del patrimonio genético, por ejemplo, mediante el uso no regulado de organismos modificados genéticamente, su manipulación y liberación intencional al medio ambiente,¹⁸¹ el uso indiscriminado de plaguicidas o la eliminación de ecosistemas, hábitats o especies, como una cuestión de interés para la seguridad nacional.

¹⁸¹ Para el estudio jurídico de esta materia, con especial énfasis en el ámbito agroalimentario europeo *Vid.* ALMODÓVAR IÑESTA, María. *Régimen jurídico de la biotecnología agroalimentaria*. Editorial Comares, Granada, 2002.

Los desafíos que demanda la conservación de la biodiversidad así como las consecuencias que derivan de su degradación no reconoce fronteras; en este sentido, las limitaciones propias de las regulaciones derivadas de los estados nacionales tenderán cada vez a ser más ineficaces por lo que se deberá empujar con mayor eficacia por establecer instrumentos multilaterales tendientes a crear mecanismos de bioseguridad, de gestión integral de ecosistemas, territorios y cuencas cuyos deslindes se superponen biológicamente a los definidos política y administrativamente.

Finalmente, la conservación de la biodiversidad es un factor clave para hacer frente al cambio climático, hasta ahora acotado a medidas de reducción de emisiones que han fracasado, como los sistemas de Kioto y de París. Así, se requerirá pasar de dicha lógica a una de conservación, restauración y acrecentamiento de ecosistemas como fórmula de garantía para la estabilidad del Planeta. Las medidas que adoptemos en este sentido debieran cumplir un rol fundamental y estratégico de contención del fenómeno del cambio climático, por la intrínseca relación existente que hemos ido descubriendo entre este fenómeno y la pérdida de vida en el planeta, de los servicios ambientales que prestan los ecosistemas, por ejemplo, como fijadores de carbono, proveedores de agua, amortiguador y mitigador de riesgos y desastres, etc. En este contexto, el patrimonio natural y particularmente el que alberga grandes fuentes de sumideros de carbono como los bosques, deben ser reconocidas, valoradas, protegidas e incrementadas en función de los múltiples servicios ambientales que prestan, lo que es replicable para todos y cada uno de los seres vivos del Planeta. Surgen de este modo nuevos desafíos para el derecho ambiental, ahora como instrumento de garantía de las condiciones fundamentales de la vida en el Planeta.

CAPÍTULO VI PAISAJE

MARÍA VICTORIA GALLEGUILLOS ALVEAR¹

“No hay paisaje sin contemplación porque la acción humana de mirar es sólo el primer paso para «ver» paisaje”²

I. ¿QUÉ ES EL PAISAJE?

El paisaje ha sido abordado por diversas disciplinas, dentro de ellas el arte, la geografía, la ecología, diversas humanidades como la antropología y la historia, como también el diseño y la arquitectura. Dada la multiplicidad de áreas comprometidas en su estudio, el paisaje se presenta como un término polisémico, existiendo múltiples definiciones y referencias para su entendimiento. Al respecto, se ha planteado que es la elasticidad del concepto aquello que permite un análisis multidisciplinario, sin embargo, esta misma característica, unida a su intangibilidad, es lo que dificulta la generación de instrumentos sencillos y comunes de protección.

Considerando lo expuesto, y solo con el objeto de puntualizar la complejidad del concepto, es útil referirse a las cuatro dimensiones conceptuales del paisaje establecidas desde la geografía.³ La primera de ellas es *estética* y a partir de ella se asocia al paisaje a una combinación armónica de formas y colores en el territorio, según veremos, esta acepción del término paisaje estuvo muy presente en los orígenes y en buena parte del desarrollo de la protección jurídica del paisaje. Seguidamente, se encuentra la dimensión *ecológica* la que enfatiza en las interrelaciones de los diversos

¹ Agradezco la colaboración prestada por Carmen Reyes Saldivar y Alexa Soto Peña, en la elaboración de este capítulo.

² FERNÁNDEZ, C. 2007. *La protección del paisaje, Un estudio de Derecho español y comparado*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 16 pp.

³ TESSER, C. 2000. *Algunas reflexiones sobre los significados del paisaje para la Geografía*. *Revista de Geografía Norte Grande* (27):19-26.