

COMPENSACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

JAVIER VERGARA FISHER*

PATRICIO LEYTON FLOREZ**

INTRODUCCIÓN

El objetivo del Estado es propugnar el bien común para los ciudadanos que habitan su territorio. Así, el desarrollo de toda sociedad involucra una constante toma de decisiones y elección de alternativas que muchas veces son vistas como contradictorias por la comunidad. Esto se manifiesta de manera muy importante en materia de medio ambiente donde a menudo el desarrollo económico es visto como contrapuesto a la protección del medio que nos rodea, especialmente en un país que basa su crecimiento económico en la explotación de sus recursos naturales.

De esta manera, y con el propósito de armonizar ambos objetivos, se elaboró el concepto de desarrollo sustentable. Según la Comisión Brundtland,¹ desarrollo sustentable es la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin perjudicar la posibilidad de que las generaciones futuras puedan satisfacer sus propias necesidades. Algunos han tratado de darle un contenido más específico a este concepto, argumentando que el desarrollo sustentable se compone de cuatro pilares, estos son: desarrollo económico, protección del medio ambiente, equidad social y gobernabilidad.²

Con el objeto de materializar y dar aplicación práctica al concepto de desarrollo sustentable, han surgido una serie de instrumentos, tales como: el sistema de evaluación de impacto ambiental, los planes de prevención y descontaminación, el sistema de compensación de emisiones y, el instrumento que analizaremos en este trabajo, la compensación de recursos naturales.

El tema de la protección/utilización de los recursos naturales es un tema complejo que ha sido discutido escasamente en el ámbito nacional. La intención de este trabajo es analizar los cuerpos normativos nacionales y la escasa jurisprudencia judicial y administrativa

* Profesor del curso de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

** Profesor del curso de Derecho Ambiental y Resolución de Conflictos de las Clínicas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1 La Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo (conocida como la Comisión Brundtland) en 1987 presentó un reporte especial a la ONU llamado "Nuestro Futuro Común", donde se profundizó por primera vez en el concepto de desarrollo sustentable.

2 Ver Reporte Final de Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en su página web www.iied.org/mmsd. Ver también Brown-Weiss Edith, In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity (1989).

existente, presentando la manera en que la compensación de recursos naturales ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico.

Es necesario hacer presente que, aunque podríamos dedicar gran cantidad de páginas sobre este tema, en esta presentación sólo pretendemos sentar las bases de una discusión que busca afirmar que hoy existe la posibilidad de avanzar en forma concreta y coherente en la compensación de recursos naturales. Esto nos parece que genera desde ya una importante flexibilidad respecto de proyectos o actividades donde se están postergando decisiones debido a la necesidad de afectar recursos naturales de cierta relevancia ambiental. A través del uso adecuado de este instrumento, se pretende entregar un mayor campo de acción tanto a las autoridades administrativas como al sector privado, en relación a la posibilidad de desarrollar proyectos que pudieran afectar recursos naturales valiosos, pero sin comprometer la función que dichos recursos prestan en nuestro ambiente, proporcionando formas alternativas de suplir dichas funciones.

Para efectos de presentar el tema, hemos dividido este trabajo en tres partes. La primera de estas introduce, presenta la forma en la cual la normativa nacional se refiere a la compensación de recursos naturales. En esta parte revisaremos la legislación específica que contempla la compensación de recursos naturales, así como el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que lo hace de manera general. La segunda parte, el centro de este trabajo, aborda los criterios generales para compensar recursos naturales y la forma en la cual han sido desarrollados por la jurisprudencia. Presentaremos en qué casos es necesario compensar y bajo qué circunstancias. A su vez, desarrollaremos la forma de cumplir los requisitos de equivalencia, cercanía y oportunidad, necesarios para poder llevar a cabo una compensación de recursos naturales. Además, analizaremos los casos en que no es posible compensar recursos. Finalmente, la tercera parte presentará las conclusiones de este trabajo.

1.- COMPENSACIÓN EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL CHILENA ³

El diccionario de la Real Academia Española (RAE) define compensar como “igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con la otra. Dar alguna cosa o hacer un beneficio en resarcimiento del daño o disgusto que se ha causado”. Con esta definición en mente veremos cómo nuestra legislación ha aceptado que se afecten ciertos recursos naturales en la medida que se entregue algo por aquello que se ha dañado, buscando una igualación general del resultado. Veremos, sin embargo, que esta “igualación” no necesariamente significa identidad sino más bien una cierta equivalencia.

Habiendo hecho estas consideraciones, podemos proceder a revisar la normativa nacional que se refiere, muchas veces indirectamente, a la compensación de recursos naturales.

3 Algunos de los criterios contenidos en las letras a), b) y c) de este Capítulo, se extraen del Informe Final de la consultoría que el Centro de Derecho Ambiental, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, desarrolló referida a “Viabilidad Legal de los Instrumentos de Gestión Ambiental para la Actualización del PPDA de la R.M. del año 2000”. Específicamente, en el Capítulo referido a Sistema de Compensación de Emisiones dentro del Plan de Prevención y Descontaminación de la Región Metropolitana, en el cual participó uno de los autores del presente artículo.

a. Plan Regulador Intercomunal de la Región Metropolitana

El Plan Regulador Intercomunal de la Región Metropolitana⁴ se refiere a la compensación de recursos naturales, aún cuando no menciona este concepto, en las secciones 8.3.1.2 relativa a las Áreas de Protección Ecológica con Desarrollo Controlado y 8.3.1.3 relativa a las Áreas de Rehabilitación Ecológica.

La sección 8.3.1.2 establece que, en caso que un proyecto a desarrollarse en un área de protección ecológica con desarrollo controlado implique la tala de especies arbóreas, el titular del proyecto debe reponer el doble de éstas en el mismo terreno desde el cual fueron taladas las especies. Por su parte, la sección 8.3.1.3 dispone que en caso de pretender desarrollar un proyecto en una zona de rehabilitación ecológica se debe obtener la aprobación de un proyecto de reforestación obligatoria de una superficie equivalente a 20 veces la superficie construida y/o destinada a estacionamientos, con especies autorizadas por el organismo competente.

Esta norma no menciona expresamente el concepto de compensación, aunque habla de “reponer”. Reponer, según define la RAE es “reemplazar lo que falta o lo que se había sacado de alguna parte” y por reemplazar “sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces”.

Por otro lado, y en cuanto a la igualación de los efectos producidos, podemos sostener que la obligación de reforestar supera con mucho lo que podríamos considerar como equivalente, sin embargo, pareciera ser que lo que se requiere entregar como compensación es proporcional al nivel de sensibilidad del recurso natural afectado.

b. Ámbito forestal

El D.L. N° 701 del Ministerio de Agricultura⁵ establece la posibilidad que la Corporación Nacional Forestal (CONAF) autorice la corta de algunas especies arbóreas, siempre y cuando se replante la misma especie en las condiciones que CONAF defina.

Dispone el artículo 8 del citado D.L. la obligación de presentar un plan de manejo de reforestación o de corrección en caso de haber realizado cortas no autorizadas. Este plan, sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos que señala el Reglamento, deberá considerar la ejecución de todos los trabajos de reforestación en un plazo que no exceda de 2 años, salvo que la Corporación autorice un plazo mayor.⁶

Por su parte el artículo 22 del mismo cuerpo legal establece que la corta o explotación de bosques en terrenos de aptitud preferentemente forestal obligará a su propietario a reforestar una superficie de terreno igual, a lo menos, a la cortada o explotada, en las condiciones contempladas en el plan de manejo aprobado por la Corporación.⁷

4 Resolución N° 20 del Gobierno Regional de la Región Metropolitana de fecha 6 de octubre de 1994, publicado en el D.O. el 4 de noviembre de 1994.

5 Decreto Ley N° 701 de 1974, Ley de Bosques. Texto vigente según modificaciones introducidas en el D.L. N° 2.565 de 1979, Ley N° 18.959 y Ley N° 19.561

6 Artículo 8 inciso 2 D.L. 701 complementado por lo dispuesto en el artículo 34 del reglamento del D.L. 701.

7 No obstante, para cortar o explotar plantaciones efectuadas en terrenos de aptitud preferentemente forestal, ubicadas desde la V Región de Valparaíso hasta la X Región de Los Lagos, ambas inclusive, se requerirá sólo la previa presentación y registro en la Corporación del respectivo plan de manejo, la que deberá contemplar, a lo menos, la reforestación, de una superficie igual a la cortada o explotada, con una densidad adecuada a la especie ocupada en la reforestación de acuerdo a criterios técnicos de carácter general, propuestos por la Corporación y las medidas de protección establecidas en el Reglamento. Complementado por lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento.

En este mismo artículo, la Ley establece una clarísima preferencia para que la reforestación se produzca en el mismo terreno de aquél en que se efectuó la corta o explotación, pues sólo se podrá hacer en un terreno distinto cuando el plan aprobado por la CONAF así expresamente lo permita. Esta disposición es complementada por lo dispuesto en el Reglamento que establece que cuando la reforestación se realice en un terreno distinto de aquel en que se efectuó la corta o explotación, ésta deberá efectuarse en terrenos de aptitud preferentemente forestal que carezcan de especies arbóreas o arbustivas o que estando cubiertos de dicha vegetación, ésta no sea susceptible de ser manejada para constituir una masa arbórea o arbustiva con fines de preservación, protección o producción. Los terrenos en que se efectúe la reforestación deberán estar ubicados preferentemente dentro de la provincia donde se efectúe la corta.⁸

El Reglamento, además, concede otra posibilidad a la obligación de reforestar, sustituyéndola por la recuperación para fines agrícolas del terreno explotado extractivamente, siempre que el cambio de uso no sea en detrimento del suelo y se acredite en el plan de manejo que el área a intervenir satisface esos objetivos, señalando específicamente el plazo y las labores agrícolas a ejecutar.⁹

De esta manera, sin perjuicio de que la norma no menciona explícitamente la palabra "compensación", en el hecho sí lo es, lo cual fue recogido por la Resolución de calificación ambiental del proyecto Ralco según se verá más adelante.

No obstante lo anterior, cabe hacer la salvedad que, en ciertas circunstancias, las acciones señaladas tanto en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago, señaladas en la letra a) precedente y algunas acciones de reposición de vegetación derivadas del cumplimiento del plan de manejo, se encuentran mejor comprendidas en el concepto de medidas de reparación, que en el de compensación.

c. Emisiones al aire

El Decreto Supremo N° 4 del Ministerio de Salud del año 1992, y en general los otros Decretos Supremos y Resoluciones que lo desarrollan,¹⁰ constituyen el primer esfuerzo claro y orgánico por establecer un sistema de compensación de emisiones. Sin perjuicio de que esto no es un sistema de compensación de recursos naturales, sino que de emisiones, parece apropiado explicar brevemente el funcionamiento de este sistema por la aplicación del concepto de compensaciones.

El D.S. N° 4 define compensación como:

Aquel acuerdo entre titulares de fuentes de modo tal que una de las partes practica una disminución en sus emisiones de material particulado al menos en el monto en que el otro aumenta .

En consecuencia, el sistema de compensación de emisiones consiste en que una vez definida la calidad ambiental a la cual se debe llegar mediante las reducciones de las diversas fuentes, la autoridad determina metas de emisiones aceptables para las fuentes (sean éstas existentes o nuevas). Las fuentes pueden desprenderse de la diferencia existente entre su

8 Artículo 33 del Reglamento del D.L. 701.

9 Artículo 33 inciso 2 del Reglamento del D.L. 701.

10 D.S. N° 1583 del Ministerio de Salud de 1992, D.S. N° 1905 del Ministerio de Salud de 1993, D.S. N° 2467 del Ministerio de Salud de 1994 y D.S. N° 812 del Ministerio de Salud de 1995.

emisión real y la meta asignada, siempre y cuando la primera sea inferior a la segunda. Por su parte, las fuentes nuevas deben adquirir emisiones para ingresar a la zona regida por el sistema. Lo mismo deben hacer las fuentes existentes que no sean capaces de cumplir con la meta definida. En ambos casos, rige la limitación que, a pesar de que compensen sus emisiones, no pueden superar ciertos valores máximos que no son aceptados como tolerables en ningún caso.

Cabe mencionar que en virtud de la publicación del Plan de Prevención y Descontaminación de la Región Metropolitana¹¹ y su posterior modificación del año 2000,¹² se modificó el criterio de compensaciones establecido en el D.S. N° 4. De un criterio de equivalencia en la compensación, se modificó para exigir que las fuentes nuevas compensaran primero un 120% y luego un 150%.

d. Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana

El D.S. N° 20 del M. SEGPRES¹³ modificó el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la RM¹⁴ con el propósito de, entre otros, fomentar la construcción y mantenimiento de las áreas verdes en la Región Metropolitana.

Para estos efectos se establece que parte de las áreas verdes especificadas en la norma se podrán destinar a otro uso en la medida que el proponente del cambio cumpla con los siguientes de requisitos:

- Que otro terreno, con una superficie equivalente a la porción del área verde intervenida, y ubicado dentro de los límites del Plan Regulador, se destine a área verde.
- Que una persona se obligue a construir y mantener por un lapso de 20 años, un área verde de una cabida equivalente, como mínimo, al área que se intervendrá y, como máximo, al cuádruple de la misma más la nueva área a que se refiere el número anterior, con indicación del proyecto, monto de inversión y plazo de construcción.
- Además, y con el propósito de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, se establece el deber de otorgar una garantía al Secretario Regional Ministerial Metropolitano de Vivienda y Urbanismo.
- Finalmente, se reafirma que los terrenos que se entregan en compensación deberán servir a objetivos similares que la porción del área verde cuya destinación se modifica.¹⁵

En este punto sólo es necesario hacer presente que la redacción de esta norma es extremadamente compleja y de difícil entendimiento por lo cual, a pesar de ser una norma muy interesante por la flexibilidad y las oportunidades que establece de crear verdaderas áreas verdes con financiamiento ad-hoc, es necesario que algunos casos concretos permitan esclarecer cómo se aplicará en la práctica. Además, es necesario dilucidar si dichas normas se pueden

11 D.S. N° 16 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del 22 de enero de 1998, publicado en el D.O. el 6 de junio de 1998, que establece el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana.

12 D.S. N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del año 2000 que modifica el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana.

13 Supra nota 13.

14 Supra nota 14.

15 Artículo 1, número 2 que reemplaza la medida M4OTR1 de la Línea de Acción 2 "Desarrollo de Parques y Áreas Verdes", de la Estrategia 2 "Manejo y Reparación del Recurso Suelo", del número 4.5 "Actividades y fuentes relacionadas con el polvo resuspendido", establecidas en el Capítulo Sexto del artículo 1° del PPDA.

emplear directamente desde la publicación del referido D.S. N° 20 o es necesario modificar el Plan Regulador Metropolitano de Santiago para que sean operativas. No nos detendremos en este punto, dado que esta es una situación puntual, y parece razonable avanzar hacia los criterios generales.

e. Convención de Ramsar sobre Protección de Humedales

La legislación chilena no ha regulado expresamente la protección y conservación de los humedales. Sin embargo, en 1980 fue aprobada como Ley de la República la Convención de Ramsar relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Habitat de Aves Acuáticas de 1971 (Convención de Ramsar, o simplemente la Convención).¹⁶ Esta Convención, firmada en la actualidad por 113 países, regula la protección de humedales, a través del establecimiento de una Lista de Humedales de Importancia Internacional.¹⁷

Por su parte, el artículo 3 dispone que las Partes Contratantes deberán elaborar y aplicar su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, **el uso racional de los humedales de su territorio**.

El artículo 4 señala que cada Parte Contratante fomentará la conservación de los humedales y de las aves acuáticas creando reservas naturales en aquellos, estén o no incluidos en la Lista, y tomará las medidas adecuadas para su custodia.

Continúa el mencionado artículo prescribiendo que cuando una Parte Contratante, por motivos urgentes de interés nacional, retire de la Lista o reduzca los límites de un humedal incluido en ella, deberá compensar en la medida de lo posible, la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una porción adecuada de su habitat original, en la misma región o en otro lugar.

Si bien es cierto, esta disposición sólo se aplica a aquellos lugares que han sido incorporados en la lista de sitios protegidos por la Convención, se puede concluir que si es posible compensar el uso racional de sitios que están incluidos en la Lista, nos parece que más aún se podría usar racionalmente otros humedales no incluidos aunque, siempre, con la obligación de compensar. En todo caso, esto no sería bajo las disposiciones de la Convención Ramsar, sino que en virtud de las disposiciones generales de nuestro ordenamiento jurídico.

La Convención no define qué es lo que debe entenderse por "compensar". Sin embargo, la Resolución VII.24: sobre Compensación de la pérdida de habitat y otras funciones de los humedales¹⁸ hace referencia a la política federal de los Estados Unidos en cuanto a la no pérdida neta global de valores y funciones de humedales y a la Directiva sobre Protección de Habitats de la Unión Europea,¹⁹ por lo cual presentaremos someramente los criterios básicos de esta normativa.

16 Aprobada como Ley en septiembre de 1980 y promulgada a través del D.L. 3.485 de 27 de septiembre del mismo año y publicado en el D.O el 11 de noviembre de 1981, en el D.S. 711 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

17 Chile ha incorporado los siguientes sitios a la Convención: Salar de Tara; Sistema Hidrológico de Soncor; Complejo lacustre laguna del Negro Francisco y laguna Santa Rosa, pertenecientes al Parque Nacional Nevado de Tres Cruces; Salar de Surire; Humedal El Yali; Salar de Huasco; y el sitio Carlos Anwandter en Río Cruces.

18 Resolución VII.24: Compensación de la pérdida de habitat y otras funciones de los humedales, San José (Costa Rica), 10 al 18 de mayo de 1999.

19 Resolución 92/43 de la Comunidad Económica Europea de mayo de 1992.

i). La Directiva de la Unión Europea establece que con respecto a las zonas especiales de conservación, los Estados miembros fijarán las medidas de conservación necesarias que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de habitats naturales establecidos en los anexos de la Directiva.²⁰

De esta manera, cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar. Las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.²¹

Sin embargo, si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar, y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará **cuantas medidas compensatorias sean necesarias** para garantizar la coherencia global de los objetivos de la Directiva.²²

De esta manera, en principio, no se pueden afectar estas zonas protegidas; sin embargo, en caso de existir razones fundadas, se pueden desarrollar proyectos en la medida que se compensen dichas afectaciones.

ii). Por su parte, el sistema federal de los Estados Unidos regula la protección de los humedales a través de un permiso que debe solicitarse en virtud de la sección 404 de la Clean Water Act²³ cada vez que, con la realización de un proyecto o actividad, se pueda afectar un humedal.²⁴

El Cuerpo de Ingenieros del Ejército es la autoridad encargada de otorgar el referido permiso aplicando el principio de “no pérdida neta” (“no net loss”) cuyo objetivo es que los humedales sean conservados cada vez que sea posible, y que las áreas de humedales donde no sea posible conservarlos, sean compensadas a través de la restauración y creación de humedales, manteniendo o aumentando la base física de estos.²⁵

La Directiva Federal²⁶ que regula el otorgamiento del permiso de la Sección 404 de la Clean Water Act establece que la mitigación se refiere, generalmente, a evitar, minimizar, y compensar el daño a los humedales. De esta manera, en principio, estas etapas se aplican de manera secuencial: primero, el titular de un proyecto debe demostrar que usará la alternativa ambientalmente menos dañina; segundo, el titular debe desarrollar un plan para minimizar el daño ambiental para aquellos impactos inevitables; y, finalmente, el titular debe compensar aquellos daños que no pueden ser evitados o minimizados.²⁷ Este enfoque de tres fases o etapas es conocido como “sequencing” (seguir una secuencia), el cual ha sido

20 Artículo 6 número 1 de la Directiva de la Unión Europea de Protección de Humedales.

21 Ídem número 3.

22 Ídem número 4.

23 La Ley sobre Agua Limpia entrega al gobierno federal la autoridad para regular las descargas de contaminantes en humedales según se establece en la parte 33 U.S.C. sección 1311(a) de 1988.

24 La Sección 1344 letra (a) de la Ley de Agua Limpia entrega a la autoridad la posibilidad de emitir permisos para realizar descargas de material de relleno o dragado en las aguas navegables o cualesquiera otras aguas en los Estados Unidos.

25 El principio de “no pérdida neta” se originó dentro de la política federal de humedales en el Foro de Política de Humedales de 1987, donde un grupo de académicos, empresarios, políticos y ambientalistas definieron este criterio como un objetivo que podría asegurar una base permanente de humedales, mejorando, y ojalá aumentado, el área de terrenos cubiertos por humedales.

26 Directiva Federal de Protección de Humedales en 40 C.F.R. Sección 230.10(a) y (d) de 1994.

27 Royal C. Gardner, Banking on Entrepreneurs: Wetlands, Mitigation Banking, and Takings, Iowa Law Review 1996.

acordado como el proceso preferido de mitigación en un memorando de acuerdo (MOA) entre el Cuerpo de Ingenieros del Ejército y la Agencia de Protección Ambiental.²⁸

De esta manera, y una vez que ha sido establecida la necesidad de compensar, es decir, cuando no se pudo evitar o minimizar el daño, el titular satisface el requisito de compensación al resaltar, restaurar, o preservar humedales ya existentes, o incluso crear humedales. Estos sitios pueden estar ubicados tanto en el mismo lugar donde se realizará del proyecto, los cuales son preferidos, o en lugares totalmente distintos.

f. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

El concepto de compensación aparece mencionado de forma más bien indirecta por la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300 o simplemente la Ley). Sin embargo, dos instrumentos de gestión ambiental se refieren expresamente a la compensación: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)²⁹ y los Planes de Prevención y Descontaminación,³⁰ aunque es el Reglamento sobre Evaluación de Impacto Ambiental (el Reglamento) el cuerpo normativo que desarrolla el concepto de compensación. Dado que ya hemos presentado el PPDA de la Region Metropolitana de Santiago y la forma en la que se refiere a la compensación de áreas verdes, nos abocaremos ahora al SEIA.

El artículo 16 de la Ley señala en su inciso cuarto que:

“El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, **compensación** o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado.”(el destacado es nuestro).

Por su parte, el Reglamento en la letra h) del artículo 12 señala, dentro de los contenidos mínimos de un estudio de impacto ambiental, la existencia de un Plan de Medidas de mitigación, reparación y **compensación**, las cuales deberán acompañarse cuando corresponda. Así también, el extracto del Estudio de Impacto Ambiental que se publica para dar inicio al proceso de participación ciudadana debe contener, entre otras menciones, la indicación de las medidas de compensación que se proponen.³¹ Además, la resolución que califica un estudio de impacto ambiental debe contener las medidas de compensación cuando sean éstas necesarias.³²

Sin embargo, las disposiciones más importantes sobre compensación están contenidas en

28 Memorando de Acuerdo entre la Agencia de Protección Ambiental, y el Departamento del Ejército sobre la Determinación de Mitigación según la Sección 404(b)(1) de la Ley de Agua Limpia y el Reglamento ubicado en 55 Fed. Reg. 9210, 9211 (Mar. 12, 1990).

29 Artículos 8 y siguientes de la Ley y artículo 3 y siguientes del Reglamento.

30 Artículos 41 y siguientes de la Ley de Bases y el D.S. 94 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de 1995 que establece el Reglamento que fija el Procedimiento y Etapas para Establecer Planes de Prevención y de Descontaminación.

31 Letra e) del artículo 51 del Reglamento

32 Artículo 38 de la Ley de Bases: “ Tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental, si la resolución es favorable pura y simplemente o sujeta a condiciones o exigencias, ésta certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables; que el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los requisitos de carácter ambiental contenidos en los permisos ambientales sectoriales que se señalan en el Título VII de este Reglamento, y que, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley, se proponen medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas.”

el Párrafo Primero del Título VI del Reglamento que se refiere al Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación. El artículo 61 señala al efecto:

“Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado.

Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad.”

De esta manera, el Reglamento entiende por compensación el reemplazar un bien por otro que se pierde, existiendo algún grado de equivalencia en dicha transacción, y una relación entre la pérdida sufrida por el medio ambiente y el efecto positivo alterno que se pretende causar.

El diccionario de la RAE entiende por “similar” aquello “que tiene semejanza o analogía con algo”. En consecuencia, el Reglamento no exige que aquello que se entrega en compensación sea exactamente igual a aquel recurso que se afecta, sino solamente de “similares” o “semejantes” características, clase, naturaleza y calidad, lo que le da cierta discrecionalidad a la autoridad para establecer, caso a caso, estas condiciones.

Por su parte, el artículo 62 del Reglamento dispone que la compensación debe llevarse a cabo en el **mismo lugar** donde se produzcan los efectos adversos significativos que resulten de la ejecución o modificación del proyecto o actividad.

En conclusión, son dos los requisitos que establece el Reglamento: la similitud y la cercanía del lugar donde se llevan a cabo las compensaciones, los cuales, sin lugar a dudas, se encuentran contenidos de manera consistente en los diversos cuerpos normativos que hemos citado. A continuación desarrollaremos estos criterios y otro que, en nuestra opinión, debe tenerse presente a la hora de estudiar la compensación de recursos naturales en el país.

2.- CRITERIOS PARA LA COMPENSACIÓN DE RECURSOS NATURALES.

Para elaborar estos criterios hemos considerado los elementos comunes que se desprenden del análisis de la legislación presentada, los cuales hemos reforzado con la escasa jurisprudencia judicial y administrativa existente sobre la materia.

Previo a esto, sin embargo, es necesario hacer ciertas prevenciones relacionadas con el principio de legalidad. La autoridad debe encontrarse expresamente habilitada por el ordenamiento jurídico para aceptar una compensación de recursos naturales. Esto se desprende de la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado. La sanción de los actos realizados sin esta autorización es la nulidad de derecho público. En el caso que nos ocupa, y tal como se ha explicado, nuestra legislación contempla procedimientos específicos para realizar compensación de recursos naturales en determinados casos. Asimismo, contempla una manera general, a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Cabe hacer presente que, el caso de la Central Renca³³ es uno de los pocos donde nuestros

Tribunales de Justicia se han pronunciado sobre este tema, aún cuando sea en materia de emisiones y no precisamente de recursos naturales. En efecto, dicho fallo explícitamente reconoce la legalidad de la compensación de emisiones atmosféricas, utilizando como fundamento normativo no sólo el D.S. N° 4 del Ministerio de Salud, sino que también el artículo 16 de la Ley 19.300.

Esto es de fundamental relevancia, dado que la Resolución de calificación ambiental se dictó antes de la vigencia del Reglamento sobre Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que no se encontraban vigentes los artículos 61 y 62 del Reglamento. En consecuencia, estas normas sólo vinieron a ratificar lo que la jurisprudencia ya había sentenciado.

A continuación pasamos a desarrollar los que consideramos son los criterios más relevantes en el ámbito de la compensación.

a. Cuándo es necesario compensar

Según hemos visto, la obligación de compensar se genera cuando se presentan algunos de los supuestos que nuestro ordenamiento jurídico establece para tal efecto, por ejemplo: El Plan Regulador Intercomunal de Santiago establece la obligación de compensar cuando se afectaren especies arbóreas dentro de ciertas áreas especialmente protegidas por dicho instrumento de planificación; el DL 701 impone la obligación de compensar cuando se pretende cortar ciertas especies nativas; el PPDA de la RM cuando ingresa una fuente nueva; y, finalmente, la Convención de Ramsar cuando se pretende retirar de la Lista o reducir los límites de un humedal declarado sitio Ramsar. Todos estos cuerpos normativos permiten la afectación de ciertos recursos naturales, en la medida que, cumpliendo con los requisitos que establecen los respectivos cuerpos legales, se repongan, reemplacen, o compensen con otros de similar naturaleza.

La pregunta de cuándo es necesario compensar, se hace más interesante dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puesto que constituye la única institución general que regula la compensación de recursos naturales. Además, es la institución a través de la cual se hace posible destrabar la discusión respecto de muchos proyectos que, estando sometidos a evaluación de impacto ambiental, afectan de un modo u otro, recursos que pueden ser considerados valiosos y que, por lo tanto, la autoridad pretende evitar que sean afectados o, en caso de serlos, que ello no importe una disminución global para el patrimonio ambiental.

Los titulares de los proyectos señalados en el artículo 10 de la Ley, y desarrollados en el artículo 3 y siguientes del Reglamento, deberán presentar un Estudio de Impacto Ambiental en la medida que presenten alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley.³⁴ Para efectos de este trabajo las letras de mayor importancia son las letras b) relativo a los

33 Al respecto ver "Bosselin Correa y otros con COREMA Región Metropolitana". Fallos del mes N° 470, Pág. 2430. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de julio de 1997. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de enero de 1998.

“efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire”; letra d) relativo a la “localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”; e incluso la letra e) relativa a la “alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”. Los contenidos de dichas letras han sido desarrollados en el artículo 6,³⁵

-
- 34 El artículo 11 de la Ley establece que si un proyecto presenta alguno de los siguientes efectos deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental:
- a. Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;
 - b. Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
 - c. Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
 - d. Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;
 - e. Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y
 - f. Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. “
- 35 Art. 6. El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire.
- Prosigue el artículo prescribiendo que, “a objeto de evaluar los efectos adversos significativos a que se refiere el inciso anterior”, se deberán considerar una serie de circunstancias, de las cuales citamos sólo aquellas que nos parecen relevantes para los efectos de este trabajo:
- f) la diferencia entre los niveles estimados de ruido emitido por el proyecto o actividad y el nivel de ruido de fondo representativo y característico del entorno donde se concentre fauna nativa asociada a hábitat de relevancia para su nidificación, reproducción o alimentación;
 - i) la relación entre las emisiones de los contaminantes generados por el proyecto o actividad y la calidad ambiental de los recursos naturales renovables;
 - j) la capacidad de dilución, dispersión, autodepuración, asimilación y regeneración de los recursos naturales renovables presentes en el área de influencia del proyecto o actividad;
 - k) la cantidad y superficie de vegetación nativa intervenida y/o explotada;
 - l) la forma de intervención y/o explotación de vegetación nativa;
 - m) la extracción, explotación, alteración o manejo de especies de flora y fauna que se encuentren en alguna de las siguientes categorías de conservación: en peligro de extinción, vulnerables, raras e insuficientemente conocidas;
 - n) el volumen, caudal y/o superficie, según corresponda, de recursos hídricos a intervenir y/o explotar en:
 - n.1. vegas y/o bofedales ubicados en las Regiones I y II, que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas;
 - n.2. áreas o zonas de humedales que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas o superficiales;
 - n.3. cuerpos de aguas subterráneas que contienen aguas milenarias y/o fósiles;
 - n.4. una cuenca o subcuenca hidrográfica transvasada a otra; o;
 - n.5. lagos o lagunas en que se generen fluctuaciones de niveles;
 - ñ) la introducción al territorio nacional de alguna especie de flora o de fauna, u organismos modificados genéticamente o mediante otras técnicas similares, en consideración a:
 - ñ.1. la existencia de dicha especie u organismo en el territorio nacional; y
 - ñ.2. las alteraciones que su presencia pueda generar sobre otros elementos naturales y/o artificiales del medio ambiente;
 - o) la superficie de suelo susceptible de perderse o degradarse por erosión, compactación o contaminación;
 - p) la diversidad biológica presente en el área de influencia del proyecto o actividad, y su capacidad de regeneración.

artículo 9,³⁶ y el artículo 10³⁷ del Reglamento sobre Evaluación de Impacto Ambiental, respectivamente.

Será a través de este instrumento que el titular del proyecto, en caso de afectar recursos naturales, deberá demostrar a la autoridad de qué manera pretende compensar esta afectación. Posteriormente, y si el EIA se hace “cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 ya citado, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas”, el estudio debe ser aprobado. En caso contrario, se debe rechazar.³⁸

De este modo, si respecto de un proyecto corresponde realizar un EIA en virtud de que éste produce alguno de los efectos indicados en el referido artículo, especialmente si es alguna de la letras mencionadas, será necesario que el EIA analice si los impactos que motivaron su presentación han quedado adecuadamente tratados. Dentro de estas situaciones, cuando el proyecto implique la pérdida o deterioro de ciertos recursos naturales, corresponde que se establezcan, según la naturaleza del impacto producido, medidas de mitigación, reparación y, sólo en caso de ser necesario, medidas de compensación.

En este punto, es necesario hacer presente que la autoridad ha tendido a confundir estos tres tipos de medidas. Las medidas de mitigación, según define el artículo 59 del Reglamento del SEIA, son “aquellas que tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución”. Por su parte, las medidas de reparación, definidas en el artículo 60 del Reglamento del SEIA, son “aquellas que tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.

Se desprende de estas definiciones que existe una prelación en la aplicación de estas medidas: primero se debe tratar de mitigar o minimizar los efectos de un proyecto, luego, en caso de ello no ser totalmente posible, se debe analizar la posibilidad de reparar o restaurar

36 Art. 9. El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad, incluidas sus obras o acciones asociadas, en cualquiera de sus etapas, se localiza próximo a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.

37 Art. 10. El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas, en cualquiera de sus etapas, genera o presenta alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, se considerará: a) la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en zonas con valor paisajístico y/o turístico; b) la duración o la magnitud en que se obstruye la visibilidad a zonas con valor paisajístico; c) la duración o la magnitud en que se alteren recursos o elementos del medio ambiente de las zonas con valor paisajístico o turístico; d) la duración o la magnitud en que se obstruye el acceso a los recursos o elementos del medio ambiente de las zonas con valor paisajístico o turístico; e) la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en un área declarada zona o centro de interés turístico nacional, según lo dispuesto en el Decreto Ley N° 1.224 de 1975.

38 Artículo 16, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

aquello que sea reparable y, finalmente, aquello que no sea reparable, debe ser compensado. Es por esta razón que la doctrina ha sostenido que las medidas compensatorias tienen el carácter de subsidiarias en relación a las otras medidas que se denominan correctoras.³⁹

Aún cuando nuestro ordenamiento jurídico no lo establezca claramente de ese modo, la forma en que estas medidas se presentan dentro del Reglamento sobre Evaluación de Impacto Ambiental dan cuenta de un cierto orden de prelación. En efecto, parece razonable entender que la posibilidad de compensar se puede desarrollar una vez que se han llevado hasta el límite de lo razonable las posibilidades de mitigar o reparar el impacto.

El único caso donde la autoridad ambiental se pronunció con un poco más de detalle respecto de cuándo corresponde compensar, es el referido a la Central Hidroeléctrica Ralco.⁴⁰ En este caso, ENDESA presentó una reclamación a la Resolución que calificó favorablemente el proyecto, a la cual la Directora Ejecutiva resolvió, en su considerando 10.1, que : “La compensación exigida tiene fundamentos al estar afectándose directamente bienes protegidos, que dicen relación con la letras b) y d) del artículo 11 de la Ley 19.300, por cuanto en dichas zonas existen especies de interés ecológico como se reconoce en el propio Estudio de Impacto Ambiental, y formaciones vegetales de especial relevancia. Además, la localización de las especies afectadas en fondo de quebradas y laderas escarpadas, genera la imposibilidad legal y práctica de su uso productivo. En efecto, la propia Ley de Bosques define este tipo de áreas como bosques de protección, por sus condiciones topográficas.”

En este caso, en forma expresa la autoridad definió que, al afectarse bienes protegidos conforme a la letra b) y d) del artículo 11 de la Ley 19.300, corresponde compensar. Además la autoridad ha señalado que los bienes deben tener una entidad especial para ser necesario compensar.

b. Requisitos para compensar recursos naturales.

De la normativa presentada en la primera parte de este trabajo podemos señalar que las características que debe cumplir un adecuado plan de compensación son las siguientes:

- Los habitats que se compensan deben ser equivalentes, entendiendo por tal que los recursos naturales que reemplacen a los afectados deben ser de similar clase, características, naturaleza y calidad que estos.
- Los planes o medidas de compensación deben realizarse en las mismas áreas en que los efectos adversos o significativos derivados de la ejecución del proyecto se presenten.
- La compensación debe realizarse en un plazo determinado por la autoridad competente.

39 Juan Rosa Moreno, “Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental” pág. 273. En el capítulo que dice relación con los contenidos obligatorios mínimos de los Estudios de Impacto Ambiental se refiere a las medidas protectoras o correctoras. En él se indica que, conforme al Real Decreto 1131/1988, las medidas deberán orientarse hacia dos objetivos: Uno primario: suprimir o minimizar los impactos, suprimiendo o limitando la agresividad de la acción que los produce. Subsidiariamente: compensar los efectos negativos de los impactos, cuando la actuación sobre el medio lo permita. El profesor Rosa señala que la admisión de las medidas compensatorias puede chocar de plano con la perseguida defensa del ambiente, señalando ciertos cuidados que es necesario tomar respecto de estas medidas.

40 Al respecto ver Resolución N° 10 del 6 de Junio de 1997 de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, la cual aprueba el proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco.

i). Los recursos deben ser equivalentes

Este es un elemento central del sistema de compensación. En el balance del bien perdido respecto del bien generado, no puede haber una pérdida global para el medio ambiente. Sin perjuicio de lo difícil que puede ser esta cuantificación en materia ambiental, es útil analizar nuevamente las resoluciones dictadas en torno al caso Ralco.

En la Resolución que califica favorablemente al proyecto, en su considerando 7.4, pronunciándose sobre una medida de compensación exigida a ENDESA, sostiene la Directora Ejecutiva de CONAMA que la medida solicitada a ENDESA: "...Constituye una medida apropiada para compensar la pérdida de un territorio con valor ambiental por cuanto permite conservar otro de características similares al que será inundado." Profundiza la autoridad esta idea al establecer que "debe tenerse especial cuidado que las medidas exigidas, no vayan más allá del valor ambiental real perdido, y no intentar el desarrollo de otros programas que intenten generar un beneficio mayor que el impacto causado por el proyecto. Es por ello que las condiciones que se proponen a este respecto pretenden generar un efecto positivo alternativo, equivalente a la pérdida sufrida, y no por el contrario hacerse cargo de responsabilidades que, en caso de que el Estado quisiera tomarla, deberían ser de su absoluto cargo."

Por su parte, en la Resolución que se pronuncia sobre el recurso de reclamación presentado por ENDESA, en el considerando 10.3, la autoridad se refirió expresamente al tema de la compensación y la equivalencia entre los recursos compensados de la siguiente manera:

"Que solicitar una medida de compensación no importa prohibir o afectar el uso racional de los recursos naturales, sino que por el contrario importa generar las condiciones adecuadas para este uso, al imponer a quien desarrolla el proyecto la carga de internalizar los costos ambientales que causa. Sin perjuicio de ello, la medida debe tender, más que a una relación simétrica de hectáreas perdidas, a una valorización ambiental de la pérdida, para que se compensen aquellos bienes ambientales a los cuales la sociedad le otorga una especial importancia; esto debe hacerse respetando los criterios de equivalencia y similitud citados por el reclamante. Asimismo, la compensación debe ser compatible con la reforestación exigida por el D.L. 701 del Ministerio de Agricultura, de modo de evitar una doble compensación por la pérdida vegetal. Es así como en el territorio donde se realizará la compensación se podrá proceder a reforestar, y esta reforestación debe ser valorizada dentro de la compensación ambiental. Sin perjuicio de ello, es importante que en dicha zona existan, dentro de lo posible, especies respecto de las cuales todavía no existen experiencias de reproducción para reforestación".

Con estos antecedentes en consideración, la autoridad resolvió, en su punto 2.3, modificar la Resolución que calificó favorablemente el estudio presentado por los titulares del proyecto Ralco. Lo fundamental de este punto es que la autoridad define las características que debe contener el área entregada como medida de compensación. Además, la autoridad fue especialmente cuidadosa en buscar que las compensaciones fueren equivalentes y no generar un gravamen excesivo a la empresa.

El SEIA sólo exige que la compensación sea equivalente, lo cual ha sido ratificado por la autoridad ambiental, de manera que en caso de pretender la autoridad exigir más que lo equivalente, debe el legislador establecerlo expresamente, tal y como lo ha hecho en la normativa específica que citamos en la sección primera.

Cabe hacer presente que el criterio señalado por el Reglamento descarta de plano la posibilidad que se intente compensar la pérdida de recursos naturales con bienes de otra naturaleza. El objetivo perseguido con esto es evitar que se otorguen beneficios económicos como contraprestación a la afectación de recursos naturales.⁴¹ Este es un punto respecto del cual se debe tener especial cuidado puesto que muchas veces las autoridades buscan aportes o beneficios socioeconómicos de las empresas que pretenden llevar a cabo un proyecto. No faltará quien pretenderá hacerlo a través del sistema de compensaciones del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ello está obviamente vedado por nuestro ordenamiento jurídico, salvo que se esté compensando un impacto socioeconómico por otro de la misma naturaleza.

ii). Principio de la cercanía

El segundo elemento que debe tenerse presente es que los recursos naturales a compensar deben estar a una distancia razonable del lugar donde se produjo la afectación. Este elemento, si bien es cierto ha sido aplicado de manera estricta en algunos casos donde se ha exigido que los recursos se ubiquen en el mismo lugar de la afectación, en otros casos su aplicación ha sido más flexible.

El Plan Regulador de la RM exige que la reforestación se produzca en el mismo lugar donde se produjo la tala o corta de especies arbóreas. Por su parte, el D.L. 701 no aplica este principio de manera tan estricta. Sostiene el D.L. que los terrenos en que se efectúe la reforestación deberán estar ubicados preferentemente dentro de la provincia donde se efectúe la corta, no eliminando la posibilidad que se pueda realizar en otra provincia, aunque ciertamente se requerirá de autorización de la CONAF. Por su parte, el PPDA de la RM exige que el terreno que se destina como área verde en compensación por la utilización de otro terreno debe ubicarse dentro de los terrenos regulados por sus normas.

La Convención de Ramsar, en aplicación del principio de no pérdida-neta, prefiere que los humedales que se entregan en compensación se ubiquen en la misma zona donde se produce la afectación, aunque no limita la posibilidad que se destinen otros terrenos.

Finalmente, el Reglamento, aunque no entra en mayores detalles, sostiene que la medida de compensación debe llevarse a cabo en el mismo lugar donde se producirán los efectos adversos significativos, dando a entender claramente una preferencia por la cercanía, aunque deberá determinarse caso a caso.

iii). Oportunidad para realizar la compensación

El tercer elemento que puede desprenderse de nuestro ordenamiento jurídico dice relación con la oportunidad para llevar a cabo la medida con la que se pretende compensar la afectación de los recursos naturales.

Así, el DL 701 establece que la ejecución de todos los trabajos de reforestación debe ser realizada en un plazo que no exceda de 2 años salvo que la CONAF autorice un plazo

41 Op. cit. N°21. Al respecto el profesor Rosa expresamente previene que en caso de admitirse compensación de bienes de distinta naturaleza, no se atenúa el daño causado el medio ambiente, sino que sólo se contribuye a su mejor aceptación.

mayor. Por su parte, en el caso de la compensación de emisiones, es necesario haber adquirido los derechos a emitir antes de poder superar el límite que la autoridad le ha fijado para una determinada fuente.

Finalmente, en el caso del SEIA, ni la Ley ni el Reglamento han establecido plazo alguno para llevar a cabo la medida de compensación. Sin embargo, en el caso Ralco la autoridad estableció que el área que se presentara como compensación por la zona inundada “deberá estar constituida en forma previa a la inundación”.

Continúa la autoridad administrativa, señalando que “al menos un año antes del proceso de inundación, ENDESA deberá acompañar una o más propuestas a la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, la cual, previa solicitud de informe a CONAF, y a consultores externos contratados para el efecto, resolverá sobre la suficiencia e idoneidad de la o las propuestas presentadas, con el objeto que ENDESA desarrolle al menos una de éstas. Esta área deberá mantenerse durante toda la vida útil del Proyecto. Conjuntamente con lo anterior, ENDESA presentará, para su sanción, un programa que dé cuenta de la forma de administración de esta área, de modo que se cumplan los objetivos de protección propuestos.”

Respecto a este punto parece razonable evitar distanciamientos temporales en la mitigación, los cuales pueden de algún modo afectar su efectividad. En efecto, si se permite compensar una vez que se ha demostrado que ya se produjo el impacto, obviamente la dificultad de reconstruir un medio similar será mayor que si se hace antes del inicio del proyecto o, cuando menos, en una fecha cercana al inicio del proyecto. Parece adecuado que el plan de compensación quede bien estructurado desde la resolución aprobatoria del proyecto, y su ejecución sea lo más temprana posible.⁴²

Quisiéramos comentar a propósito de estos requisitos, que en países desarrollados como Estados Unidos, se ha propuesto en relación con el tema de la compensación de humedales la creación de “bancos de mitigación” (mitigation banking). Este sistema consiste en que se autoriza a grupos de especialistas que hagan recuperación de humedales generando créditos por cada unidad o hectárea recuperada, para luego ser intercambiada por aquellas áreas que se vean afectadas por el desarrollo de algún proyecto particular.

Esta propuesta se basa en que la experiencia de los últimos 20 años demuestra que la realización de las medidas de compensación por parte de los titulares de los proyectos no ha sido exitosa. Las razones fundamentales de esto han sido la falta de experiencia y recursos de parte de los titulares de proyectos. Por otra parte, otro elemento decisivo ha sido la postergación de la entrega de la medida de compensación hasta después de la entrega del permiso, lo cual disminuye el incentivo del titular del proyecto para llevarla a cabo. Sostienen los proponentes de este sistema que los bancos de mitigación aseguran el éxito de las medidas de compensación pues éstas se realizan con anterioridad a la afectación del recurso natural, por expertos en temas de recuperación o construcción de humedales, y por empresas con respaldo económico para enfrentar cualquier eventualidad en que las medidas de compensación no sean totalmente exitosas.

42 Op. cit. 21. Al respecto, el profesor Rosa señala entre las cautelas que deben tenerse, las que dicen relación con el distanciamiento en el espacio (se destruye aquí y se compensa en otro lado), tema ya analizado, distanciamiento en el tiempo (se destruye ahora, se compensa más tarde), y distancia en la propia naturaleza (se destruye tal aspecto, se mejora otro).

No quisiéramos ir tan lejos como para proponer un sistema tan complejo como los “bancos de mitigación” para nuestro ordenamiento jurídico, pues nos parece que primero es necesario generar una discusión en torno a la compensación de recursos naturales para luego construir sistemas más elaborados. No obstante esto, resultan interesantes las razones por las cuales se ha propuesto un sistema como los “bancos de mitigación”, y deben tenerse presente al momento de establecer los requisitos de la compensación.

c. Improcedencia de la compensación de recursos naturales.

No obstante ser la opinión de los autores de este trabajo –que en la medida que concurren los requisitos legales, por regla general debería ser posible compensar entre recursos naturales– nos parece válido plantear la interrogante en cuanto a si existe algún límite a la posibilidad de compensar o si siempre ésta es posible.

Sin perjuicio de que el sistema de compensación de recursos naturales es la última opción a la cual debe recurrir un proyecto como forma de paliar sus impactos ambientales, creemos que su aplicación, con las prevenciones que se han señalado, constituiría una práctica positiva dentro de nuestro sistema ambiental. No obstante ello, dicho derecho no es, ni puede ser absoluto, debiendo estar sujeto a ciertas limitaciones. Es más, en nuestra opinión, el ámbito de discrecionalidad del administrador para definir la posibilidad de aceptar la medida de compensación dependerá del nivel de protección con que cuenta el área que se pretende afectar. A continuación pasamos exponer ciertos casos donde nos parece que no es posible compensar recursos naturales o que, cuando menos, las autoridades pueden rechazar una compensación en atención a sus facultades discrecionales.

i) No concurrencia de los requisitos que establece.

Esta situación es evidente: si el titular de un proyecto desea obtener su aprobación ofreciendo medidas de compensación, deberá cumplir con los requisitos de equivalencia, cercanía y oportunidad, mencionados anteriormente.

ii) En los casos que el ordenamiento jurídico lo prohíbe en forma expresa.

Es perfectamente posible que el propio ordenamiento jurídico niegue la posibilidad de compensar entre recursos naturales. Por ejemplo, la Convención de Washington define, en el número 3 del artículo primero, como monumentos naturales a “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 ha dado protección absoluta...”.

Sin embargo, y no obstante el carácter absoluto de esta definición, los mismos decretos que declaran estas especies como monumentos naturales establecen excepciones a esta prohibición, como son los casos del Alerce⁴³ o de la Araucaria.⁴⁴

En estos casos, si la administración pretende que se puedan afectar dichas especies, aún cuando sea compensándolas, nos parece que debería consagrarse en los mismos textos que los declara monumentos, la posibilidad de que ello ocurra, e incluso los eventuales requisitos para que se permita tal desafectación. Algunos requisitos podrían ser: que el proyecto no consista en la explotación del bien declarado monumento natural; que no exista otra alternativa razonable para que el proyecto se desarrolle; que se apruebe un plan de compensación de manera previa a la realización de los trabajos.

Cabe hacer presente que también se puede sostener que existe una excepción a este criterio de prohibición casi absoluta en el número 2 del artículo 17 del Código de Minería, el cual señala que, con permiso del Intendente respectivo, se pueden ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales. En el inciso final de dicho artículo se señala que en el permiso respectivo, se pueden prescribir medidas tendientes a la preservación de los sitios allí referidos. Pero lo anterior es discutible, dado que, a contrario sensu es posible argumentar que la restricción es absoluta, emanada de un tratado internacional y, por lo tanto, su entidad es mayor incluso al Código de Minería. Por lo tanto, para que opere dicho permiso sería necesario que el propio D.S. que creó el monumento natural, señale dentro de las causales en virtud de las cuales se puede levantar la prohibición a los proyectos mineros, sujeto al tipo de requisitos que se señalaron anteriormente. A modo de ejemplo se puede citar el caso de levantamiento a la prohibición para la construcción de obras públicas.

iii) En los casos de zonas declaradas parques nacionales o reservas nacionales, o en general zonas sujetas a protección oficial.

Respecto de estas zonas, el ámbito de la potestad discrecional es mayor que en otras, pero nos parece que no se encuentra vedada la compensación de recursos naturales. En este ámbito de definiciones debemos considerar que los niveles de protección que tiene un área respecto de otra son absolutamente distintos. Existen áreas que son declaradas parques nacionales, las cuales tienen un nivel de protección muy alto. Asimismo, existen áreas donde el ámbito de protección es menor y, sujeto a ciertos requisitos, es posible desarrollar en ellas ciertas actividades. Este es el caso de los santuarios de la naturaleza o las áreas de protección dentro de un plan regulador. En estas últimas, podría incluso ser debatible si a su respecto se debería aceptar trabajar sólo con medidas mitigatorias que minimizan el impacto, o la zona es de tal

43 D.S. 490 del Ministerio de Agricultura de 1976. Dispone este Decreto en su artículo segundo: "A partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial del presente Decreto, declárase inviolable y prohíbese la corta y destrucción del Alerce, salvo autorización expresa, calificada y fundamentada de la Corporación Nacional Forestal, la que procederá solamente cuando estas operaciones 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 organismos forestales del Estado, o de aquellos en los cuales éste tenga interés directo o indirectamente."

44 D.S. 43 del Ministerio de Agricultura de 1990. Señala este Decreto en su número 2, 2º: "A partir de la publicación del presente Decreto, en el Diario Oficial, la Corporación Nacional Forestal sólo podrá autorizar la corta o explotación de araucarias vivas, cuando ésta 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 organismos oficiales del Estado y cuyo exclusivo objeto sea el de conservar y mejorar la especie. Esta autorización deberá ser necesariamente otorgada, por escrito, por el Director Ejecutivo de la Corporación Nacional Forestal."

valor que debe compensarse. Parece imposible dar una respuesta general a esas interrogantes, las cuales deberán responderse caso a caso.

Pareciera ser que en el primer caso, el nivel de cuidado que debe tener el ente regulador a la hora de analizar la compensación es muy alto y pueden existir motivos muy especiales por los cuales a toda costa se quiera preservar dicha área, negando lugar a las compensaciones. En ese contexto, pareciera ser que la posibilidad de compensación debería estudiarse caso a caso, y resolverse en conformidad a criterios como los siguientes:

- El proyecto que se pretende desarrollar requiere necesariamente afectar el parque;
- La afectación que se hará será la estrictamente necesaria;
- El lugar a afectar no es una belleza absolutamente singular. Por ejemplo, es distinto querer compensar un área como las Torres del Paine, que es absolutamente única, a una zona que se caracteriza por tener cierta vida salvaje y cierta flora especial, respecto de la cual se puede entregar a protección oficial o se pueden reconstruir habitats similares. Es posible que en ambos casos nos encontremos ante Parques Nacionales, pero no necesariamente se está afectando bienes de la misma singularidad. En estos casos, la existencia de medidas de compensación aparece como una alternativa interesante, pero también es claro que el ámbito de discrecionalidad de la autoridad es más amplio, dado que la valoración de la calidad del bien perdido tiene o puede tener fuertes elementos subjetivos. Esto es de especial complejidad en un país como Chile, donde por ejemplo, en el norte existen grandes extensiones de terreno sujeto a protección oficial, y no todos ellos dicen relación con un claro criterio ecológico, lo cual muchas veces se ha señalado está sobredimensionado. Cabe hacer presente que, en todo caso, en materia minera existe una excepción contemplada en el mismo numerando 2) del artículo 17 antes citado que permite el desarrollo de minería en esas zonas.

Nos parece que este numerando abre un amplio ámbito de discusión para la compensación de recursos naturales, y que parece altamente conveniente que la autoridad comience a desarrollar criterios de compensación de estas áreas, tal como pueden ser los utilizados por la Convención de Ramsar.

3. CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma general que específicamente desarrolle la institución de la compensación de recursos naturales. Sin embargo, existe normativa específica que permite la posibilidad de compensar estos recursos con la entrega de otros de similares características. Asimismo, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental permite de manera más o menos general compensar la utilización de recursos naturales, definiendo que esta es una medida que se aplica después del ejercicio de medidas mitigatorias o reparatorias y sujeta a los criterios de equivalencia, de cercanía y de oportunidad.

No obstante quedar establecida la posibilidad de compensar, es necesario avanzar más consistentemente en el desarrollo conceptual de estas medidas, e incluso en la definición detallada de los criterios bajo los cuales la autoridad las debería aceptar. En efecto, a partir del nivel general que se ha mencionado en el presente artículo, es necesario que las autoridades comiencen a desarrollar criterios claros y detallados sobre cómo compensar.

Por otra parte, parece necesario solicitar mayor rigurosidad a las autoridades en el tratamiento de las medidas de compensación puesto que muchas veces omiten hacer un análisis

detallado para saber si en un caso específico se está compensando o reparando y, por lo tanto, hablan en general sobre los diversos tipos de medidas, sean de reparación o de compensación, sin ponderar cuándo procede una u otra, o sencillamente han dejado para ocasiones muy posteriores el desarrollo de los planes de compensación, sin poder analizar en detalle la claridad de estos. Parece razonable solicitar al administrador un mayor celo en el ejercicio de un deber casi educativo, de modo que muchas de las interrogantes que se abren en este artículo puedan ir siendo resueltas.

Por último, parece ser interesante explorar en qué otras áreas del Derecho puede la compensación de recursos naturales jugar un rol relevante. Desde ya podemos enunciar que la responsabilidad por daño ambiental puede ser una alternativa en aquellos casos en que sea imposible restablecer propiedades básicas del medio ambiente dañado. Al respecto parece pertinente citar la Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales,⁴⁵ en la cual se distingue entre la reparación primaria y la reparación compensatoria. Esta distinción no existe en nuestra Ley de Bases del Medio Ambiente, pero debe ser analizada con especial interés por nuestra doctrina, en cuanto puede constituir una razonable válvula de salida para los casos en que no se puede restituir el medio ambiente, o uno de sus componentes, a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, a restituir sus propiedades básicas.⁴⁶ Al respecto, parece interesante que quienes ejerzan la acción tendiente a obtener la reparación del medio ambiente, consideren esta posibilidad como una manera de hacer frente a un problema complejo, como asimismo, que los Tribunales de Justicia, haciendo una interpretación extensiva del concepto de reparación, pudieran aceptar la posibilidad de conceder reparaciones compensatorias, en las cuales la gran diferencia con la mera reparación estaría dada porque se recrea un hábitat, no exactamente en el mismo lugar, ni de la misma forma a como existía anteriormente. En este caso, la mayor responsabilidad estará en definir los criterios para ejecutar dicha "reparación compensatoria".⁴⁷ Si la ley no entrega estos lineamientos, ellos deberán definirse por el sentenciador, basado en la mayor o menor calidad de los

45 Al respecto, ver Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Responsabilidad Ambiental en Relación con la Prevención y Reparación de Daños Ambientales. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 23 de enero de 2002. Dicho texto, en su numerando 16, del apartado 1º del artículo 2, establece los siguientes textos al referirse a reparación:

16) Reparación, cualquier acción o conjunto de acciones encaminadas a reparar, rehabilitar o reemplazar los recursos naturales y servicios dañados, o a facilitar una alternativa equivalente a los mismos incluyendo:

a) Reparación primaria: cualquier acción, incluida la recuperación natural, que restituya los recursos naturales y servicios dañados a su estado básico.

b) Reparación compensatoria: cualquier acción reparadora que se lleve a cabo en relación con los recursos naturales y servicios en un lugar distinto de aquel en que se produjo el daño y cualquier acción que se lleve a cabo para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y servicios que se registren desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que los recursos naturales y servicios vuelven a su estado básico.

46 Ello en conformidad a la definición de "reparación" contenida en la letra s) del artículo 2º de la Ley 19.300. Al respecto, es necesario recordar que la necesidad de reparación nace del ejercicio de la acción destinada a obtener reparación del medio ambiente dañado, en el caso de una situación de daño ambiental. Ver. Art. 53 de la Ley 19.300.

47 Cabe hacer presente que el Anexo II, de la citada propuesta de Directiva de la Unión Europea, referida a la Reparación de Daños Ambientales, establece criterios generales de cómo debe realizarse el proceso de reparación, sea esta primaria o compensatoria. Criterios que pueden ser de gran utilidad en el caso chileno.

antecedentes técnicos que le entreguen las partes de la causa. En ese contexto, creemos que los elementos esbozados en este documento pueden ser usados como antecedentes para dicho trabajo.

En otro ámbito de la discusión, es posible explorar la creación de bancos de proyectos de compensación, lo cual puede abrir una posibilidad insospechada de colaboración entre las organizaciones gubernamentales que se dedican a la protección de recursos naturales y la empresa privada que, de un modo u otro, afecta a los recursos naturales en sus procesos productivos.

En nuestra opinión, la compensación de recursos naturales es un instrumento que puede ser de fundamental importancia para el desarrollo económico de nuestro país, especialmente en una nación como la nuestra en donde parte importante de la economía se sustenta en la explotación e intervención de recursos naturales. Nos parece que una discusión académica e informada es la manera de proceder en este tema, y así esperamos cooperar, aunque sea modestamente con esta nota, a la discusión que está siendo fomentada por la revista del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.