



El acuerdo de Escazú

21 de marzo de 2022

10 años
HORIZONTAL

Resumen ejecutivo

El viernes 18 de marzo, el Presidente Boric anunció que Chile comenzará el proceso para adherir al Acuerdo de Escazú, enviando al Congreso el Acuerdo para su aprobación.

Consideramos que esta es una decisión que va en la dirección correcta, porque Chile ha sido un líder regional en materia medioambiental y también requiere seguir fortaleciendo el acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia en materia ambiental.

Adhiriendo a Escazú, Chile podrá actuar como un articulador y promotor de la protección ambiental en América Latina y el Caribe. La participación de Chile en el régimen de Escazú será un factor relevante para empujar a que otros Estados aumenten sus estándares y normas de transparencia, acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la justicia.

Sin embargo, existe un importante riesgo que no está resuelto: la incierta aplicación de Escazú por nuestros Tribunales de Justicia. ¿En que se traduce este riesgo? Que los jueces podrían resolver controversias aplicando en forma directa las disposiciones del Acuerdo de Escazú, por sobre la ley Chilena, y según la interpretación que ellos mismos hagan de los términos que contiene este Acuerdo.

Como consecuencia de lo anterior, es probable que vivamos con un alto nivel de incertidumbre si cada juez tiene la posibilidad de dejar a un lado la legislación nacional -que es robusta en estas materias- y zanjar un asunto según su propia interpretación de Escazú.

Ahora, existe una solución que el derecho internacional contempla y el Gobierno está a tiempo de implementar: presentar una Declaración Interpretativa estableciendo que las disposiciones del Acuerdo de Escazú, o al menos algunas de ellas, serán considerados como no-autoejecutables para Chile.

La no-autoejecutabilidad de las disposiciones de un tratado internacional significa que dichas disposiciones sólo pueden ser aplicadas en Chile por los tribunales de justicia a través de la legislación implementadora. Dicha legislación puede ya existir, o puede ser necesario dictar nueva legislación. Lo relevante es que los tribunales de justicia no podrían aplicar el Acuerdo de Escazú en forma directa.

Los alcances de dicha Declaración Interpretativa deben ser aprobada por el Congreso en conjunto al Acuerdo de Escazú y son exclusivamente de naturaleza doméstica. Es decir, en el plano internacional, Chile estará obligado y será internacionalmente responsable desde el momento en que el Acuerdo de Escazú entre vigencia. Sin embargo, **el mayor riesgo de Escazú se encuentra en su aplicación nacional y no en las controversias internacionales con otros Estados, que son difíciles de imaginar.**

I. Antecedentes

1. El nombre completo del Acuerdo de Escazú es **Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe**.
2. Este Acuerdo se basa en el Principio N°10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Este Principio busca que toda persona tenga acceso a la información, participe en la toma de decisiones y acceda a la justicia en asuntos ambientales, con el fin de garantizar el derecho a un medio ambiente sano y sostenible para las generaciones presentes y futuras.
3. Entre los años 2012 y 2014 se realizaron cuatro reuniones entre los Estados de América Latina y el Caribe para evaluar la posibilidad de negociar un acuerdo regional en estas materias. El año 2014 se creó un Comité de Negociación y se iniciaron las negociaciones para el Acuerdo de Escazú. Chile lideró estas negociaciones junto a Costa Rica.
4. El 4 de marzo 2018, en Escazú - Costa Rica, se llegó a un acuerdo final sobre el texto. Con eso se **adoptó** este tratado internacional.
5. A la fecha han firmado 24 países¹ y, de ellos, 12 también lo han ratificado². En la región, 8 países no lo han firmado³.
6. El Acuerdo de Escazú (Art. 22) establece que entrará en vigor 90 días después de la undécima ratificación. **Esto ocurrió el 22 de abril 2021, con 12 estados**. Entre el 20 y 22 de abril del año 2022 se realizará la Primera Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú (**COP Escazú**) en la Sede de la CEPAL en Santiago.
7. Chile está en proceso de **adhesión**. Este es el único trámite disponible una vez que se vence el plazo que el mismo tratado dispone para su firma. Ese plazo se venció el 26 de septiembre de 2020. Por lo tanto, ahora Chile puede adherir al tratado. Este trámite se lleva a cabo en tres etapas: **(1)** El envío del Acuerdo de Escazú al Congreso a través de un Mensaje Presidencial. Esto ocurrió el viernes 18 de marzo de 2022. **(2)** La aprobación de la Cámara y el Senado por mayoría simple. **(3)** La publicación del Acuerdo en el Diario Oficial y el depósito del instrumento con el Secretario General de Naciones Unidas. **El Acuerdo de Escazú entrará en vigor para Chile 90 días después de dicho depósito**.

1. Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay

2. Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Ecuador, Guyana, México, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, Uruguay.

3. Bahamas, Barbados, Cuba, El Salvador, Honduras, Surinam, Trinidad y Tobago, Venezuela.

8. ¿Cuál es el objeto y propósito de este Acuerdo? [Art. 1 Acuerdo de Escazú]

- Garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales.
- La creación y el fortalecimiento de las capacidades de cada Estado y la cooperación internacional. Contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible

9. **¿Cuál es la naturaleza del Acuerdo?** En lo principal, es un **Acuerdo de Derechos Humanos**, porque establece derechos a favor de personas naturales y jurídicas. El derecho de acceso a la información, de participar en el proceso de toma de decisiones y de acceder a la justicia. En menor medida es un **Acuerdo Ambiental Internacional**, porque establece deberes específicos de cooperación y asistencia técnica con otros Estados. Las consecuencias de esto se analizarán con mayor detalle en los capítulos siguientes.

II. Legislación chilena y el acuerdo de Escazú

10. Para determinar si la legislación chilena incorpora, en forma completa o parcial, las obligaciones que establece el Acuerdo de Escazú, debemos considerar las siguientes normas:

- Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública.
- Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Ley 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales.
- Decreto Supremo N° 95 del 2001 y N° 40 del 2012. Reglamentos SEIA.
- Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado.
- Ley N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

- Decreto Supremo N° 66 de 2013 que Aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en Virtud del Artículo 6 N° 1 Letra A) y N° 2 Del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Ley N° 20.429 que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.
- Ley N° 21.074 que fortalece la regionalización del país (crea la Política Nacional de Ordenamiento Territorial y los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial).

11. Derechos de acceso a la información ambiental (art. 5 y 6)

- Ejemplos en que nuestra Ley **sí** cumple con Escazú
 - › Escazú y la ley chilena se basan en principios similares sobre acceso a la información pública: **gratuidad, no-discriminación, transparencia, facilitación y máxima publicidad.**
 - › La Ley 20.285 permite impugnar la decisión de negar la entrega de información por el Estado, en forma consistente con los Arts. 5.2.c y Art. 5.5 de Escazú.
 - › La Ley 20.285 establece plazos para entregar la información que son incluso menores de los que establece el Artículo 5.12 de Escazú.
 - › La Ley 20.285 no exige mencionar un interés especial ni justificar las razones para solicitar información pública, en forma consistente con el Art. 5.2(a) de Escazú.
 - › La Ley Bases Generales Medio Ambiente contempla la obligación de recopilar información con el fin de hacerla pública permitiendo su acceso abierto, en forma consistente con el Art. 6 de Escazú.
 - › La Ley Bases Generales Medio Ambiente establece un registro de emisiones y transferencias de contaminantes, a través del Reglamento de Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (RETC), en forma consistente con el Art. 6.4 de Escazú.
 - › La Ley Bases Generales Medio Ambiente establece el Sistema Nacional de Información Ambiental (SNIA), en forma consistente con el Art. 6.3 de Escazú.
 - › La Ley Bases Generales Medio Ambiente establece en su artículo 31 bis la posibilidad de acceder a información ambiental. Se entiende por **información ambiental** toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración del Estado. Esto es consistente con lo señalado en el Art. 2 de Escazú.

- Ejemplos en que nuestra Ley **no** cumple con Escazú.
 - › La **autoridad competente**, según el Acuerdo, incluye a organizaciones privadas como sujeto pasivo de la obligación en materia de transparencia. La ley 20.285 no las considera (Art. 2 letra b, del Acuerdo).
 - › El Artículo 5.3 del Acuerdo establece la obligación de establecer procedimientos especiales de atención para facilitar el acceso a la información a personas o grupos en situación de vulnerabilidad. Esto no es algo que esté considerado por la legislación chilena y se podría utilizar fácilmente por pueblos indígenas.
 - › El Artículo 5.8 del Acuerdo altera la carga de prueba en caso de denegación de entrega de información. La ley 20.285 (Art. 24 y 25) señala que ambas partes deberán acompañar la prueba correspondiente.
 - › El Artículo 6.6 del Acuerdo señala que las autoridades competentes deberán divulgar la información ambiental en los “diversos idiomas usados en el país”. Si bien no se define a qué se refiere, podría interpretarse que impone la obligación de entrega de información en un idioma diverso del español, obligación que no existe en la ley 20.285.
 - › El Artículo 6.10 del Acuerdo señala que cada Parte asegurará que los consumidores cuenten con información oficial, pertinente y clara sobre las cualidades ambientales de bienes y servicios. Si bien nuestra legislación contempla sanciones por publicidad engañosa en materia ambiental (Art. 28 f) ley 19.496), no existe una obligación positiva de los proveedores de entregar información sobre las cualidades ambientales de los productos.
 - › El Artículo 6.13 del Acuerdo señala que las Partes incentivarán la elaboración de informes de sostenibilidad de empresas públicas y privadas. Si bien es una práctica común de las empresas en Chile, y en especial sociedades anónimas abiertas, no es una exigencia legal local, ni de la Ley 18.045 ni de la Ley 18.046.

12. Derechos de participación pública en la toma de decisiones (art. 7)

- Ejemplos en que nuestra Ley **sí** cumple con Escazú
 - › La Ley Bases Generales Medio Ambiente asegura la participación informada y dispone que el Servicio de Evaluación Ambiental debe fomentar y facilitar la participación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
 - › La Ley Bases Generales Medio Ambiente establece la participación ciudadana en la elaboración de diversos instrumentos de gestión ambiental: Planes de Prevención y Descontaminación Atmosférica, Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

- No se observan ejemplos en que nuestra Ley **no** cumpla con Escazú.

13. Derechos de acceso a la justicia en materia ambiental (art. 8)

- Ejemplos en que nuestra Ley **sí** cumple con Escazú⁴.
 - › La ley N° 20.600 crea los Tribunales Ambientales. Esto se complementa con el resto de la institucionalidad ambiental: el Ministerio de Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación ambiental.
- Ejemplos en que nuestra Ley podría **no** cumplir con Escazú.
 - › El Artículo 8.5 del Acuerdo señala que cada Parte atenderá a las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda. En nuestra legislación no existe una obligación de establecer mecanismos de asistencia técnica gratuita.
 - › El Artículo 8.7 del Acuerdo señala que cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales como la mediación, conciliación y otros. En nuestra legislación no existe la mediación obligatoria en materia ambiental.

CONCLUSIÓN: Luego de estudiar la legislación chilena vigente, se concluye que no existen incompatibilidades entre nuestra legislación y las disposiciones del Acuerdo de Escazú. Por lo tanto, nuestra legislación es, en su gran mayoría, consistente con el Acuerdo de Escazú.

No obstante, se observan diversos riesgos derivados de la interpretación y aplicación del Acuerdo de Escazú que podrían hacer tribunales nacionales e internacionales.

A continuación, se pasan a explicar los riesgos inherentes al Acuerdo Escazú, en virtud de su interpretación y aplicación práctica.

4. Los derechos de acceso a la justicia ambiental se fortalecerán con el Proyecto de Ley que Moderniza el SEIA. Este Proyecto crea nuevos recursos que permiten someter a conocimiento de los tribunales ambientales los actos de la administración de naturaleza ambiental. También se elimina la distinción de recurso de reclamación administrativo y judicial, creando una reclamación general en contra de las RCA. Esta nueva reclamación general, que será conocida por los Tribunales Ambientales, permite recurrir a cualquier persona que se sienta directamente afectada en un interés legítimo ambiental ocasionado por la RCA. Por último, el Proyecto de Ley que Moderniza el SEIA permite recurrir de reclamación ante cualquier acto administrativo de carácter ambiental en donde la ley que regule dicho instrumento establezca un reclamo de ilegalidad.

III. Riesgos inherentes al acuerdo de Escazú

En esta sección mencionaremos tres riesgos y luego ejemplos concretos.

14. La naturaleza jurídica del Acuerdo de Escazú

- El Acuerdo de Escazú es **principalmente** un Tratado de Derechos Humanos, si revisamos su objeto y el contenido de la mayoría de sus obligaciones.
- El único artículo de Escazú que contiene obligaciones inter-estatales es el Artículo 11. Este artículo establece un deber de cooperación entre los Estados a través de diferentes instrumentos. Por lo tanto, un tercer Estado no puede utilizar Escazú para solicitar información o participar de un proceso de toma de decisiones en Chile. Sólo lo pueden hacer personas naturales o jurídicas. Por eso decimos que es un tratado de Derechos Humanos.
- **¿Cuál es la consecuencia de que sea un tratado de Derechos Humanos?**
 - › **Algunas disposiciones** del Acuerdo de Escazú tendrán rango **supra-legal** en el ordenamiento jurídico chileno, según el Artículo 5 de la Constitución.
 - › Las **normas** chilenas de acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la justicia son regidas por leyes o decretos supremos.
 - › **POR LO TANTO:** si existe algún conflicto entre la ley chilena y el Acuerdo de Escazú, los Tribunales Nacionales podrían privilegiar el Acuerdo de Escazú antes que la legislación chilena en algunos casos.
- Adicionalmente, es relevante mencionar que los derechos humanos que reconoce Escazú están establecidos en favor de **“EL PÚBLICO”**. Según el Art. 2 del Acuerdo, esto incluye: *“una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas”*. **Por lo tanto**, el propio Acuerdo de Escazú permite a personas naturales, grupos de personas, ONG, empresas públicas y estatales exigir al Estado los derechos que reconoce el Acuerdo.
- Si aceptamos que algunas disposiciones de Escazú tienen rango supra-legal (en virtud del artículo 5 de la Constitución), sería difícil hacer modificaciones legales en el futuro que sean inconsistentes con Escazú. Además, si uno acepta que el Acuerdo irá evolucionando vía interpretación de los tribunales (ver, *infra*, punto. 15), su naturaleza supra-legal será incluso más problemática.

- Independientemente del rango que se asigne al tratado, su incorporación al ordenamiento jurídico sería posterior a las leyes ambientales vigentes. Entonces, algunas disposiciones de Escazú podrían igual aplicarse con preferencia en virtud del principio de la *lex posteriori*.

15. La aplicación e interpretación evolutiva del acuerdo

- Las obligaciones contenidas en el Acuerdo de Escazú son de naturaleza amplia, lo que permite una interpretación evolutiva de sus términos. Es otras palabras, el contenido de la obligación podría ir evolucionando hacia un estándar más exigente con el paso del tiempo. Este principio tiene aplicación en el derecho internacional,⁵ especialmente en el ámbito de los Derechos Humanos por aplicación de los principios de No Regresión y Progresividad (Art. 3 Escazú).
- La conclusión anterior se confirma a través del Artículo 4.8 del Acuerdo de Escazú. Dicha disposición establece que, al implementar el Acuerdo, **cada Parte avanzará para adoptar la interpretación que sea más favorable al pleno goce de los derechos de acceso**. Este artículo puede servir como argumento frente a los tribunales para hacer una interpretación extensiva de varias disposiciones del Acuerdo de Escazú. A su vez, el Artículo 4.8 deja poco espacio para las interpretaciones restrictivas y reduce la aplicación de excepciones, en caso de ser necesarias.
- El Acuerdo de Escazú no crea un órgano cuya función sea realizar la interpretación autorizada de sus disposiciones. Sin embargo, la Secretaría Ejecutiva de Escazú (a cargo de la CEPAL) y el Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento, ejercerán un rol importante en la interpretación de este Acuerdo. Existe incertidumbre sobre el peso que tendrán estas instituciones en las controversias que los tribunales deban resolver.

16. La aplicación del principio pro persona y el principio precautorio

- El Acuerdo de Escazú, en su Artículo 3, reconoce expresamente estos dos principios.
 - › **Principio pro-persona.** Es definido y aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como aquel que exige la interpretación más extensiva posible a todas las normas que reconocen derechos humanos y la interpretación más restrictiva posible a todas las normas que limitan el ejercicio de un derecho humano.⁶ Además, bajo este principio, si existe un conflicto entre normas de derechos humanos, debe siempre prevalecer la que mejor protege al individuo. Por lo tanto, no es sólo un principio interpretativo, sino también un criterio para resolver conflictos de normas.

5. Caso De Las Plantas de Celulosa sobre El Rio Uruguay (Argentina c. Uruguay) Corte Internacional De Justicia del 20 abril 2010.

6. Other Treaties” Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court, Advisory Opinion OC-1/82, Inter-American Court of Human Rights Series A No 1 (24 September 1982)

Este principio es utilizado en forma frecuente para interpretar disposiciones ambiguas de un tratado y resolver a favor de los peticionarios. A veces, sin la consideración a los intereses del Estado.

- › El **principio precautorio** establece que los Estados deben tomar precauciones adicionales en caso que exista una sospecha de que una actividad pueda generar grave daño ambiental, pero no existe suficiente evidencia científica para demostrar que ese daño no existe.⁷ Este principio ha sido reconocido en varias Declaraciones Políticas, pero no en Tratados Internacionales. De hecho, este principio no está en la Convención de Aarhus, que es el equivalente europeo de Escazú.
- Todas las obligaciones del Acuerdo de Escazú se interpretan a la luz de los principios señalados en el artículo 3. Por lo tanto, los Tribunales Naciones podrían utilizar estos principios como una herramienta para ampliar los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental. Sobre todo, si se considera el efecto de del principio Pro Persona, los principios de No Regresión y Progresividad, y lo dispuesto en el artículo 4.8 de Escazú.

17. Ejemplos de interpretaciones riesgosas

Art 4.1 del Acuerdo de Escazú.

“Cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano.”

Análisis: Este artículo está desconectado del resto del Acuerdo. No tiene relación directa con los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental. Todos los otros numerales del Artículo 4 tienen una relación directa con la implementación del Acuerdo, **salvo** este. Es cierto que la disposición es de carácter genérico y no indica una forma específica de cumplimiento, sin embargo, su aplicación se puede prestar para abusos. De hecho, ningún otro tratado de Derecho Humanos establece un deber de garantizar un medio ambiente **sano**, porque es demasiado amplio y difícil de definir. La única excepción es el Protocolo de San Salvador.

7. Freestone, D. and Hey, E. The Precautionary Principle and International Law, 1996.

Art 5.1 del Acuerdo de Escazú.

“Cada Parte deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad”.

Análisis: En Chile, el deber de entregar información corresponde sólo al órgano competente y no basta que ese órgano sólo tenga la información en su poder o custodia. Es cierto que el Artículo 5 (2) de Escazú sí se refiere a los órganos competentes, pero sólo en relación a los derechos de las personas y no en relación a las obligaciones del Estado.

Art 4.6 del Acuerdo de Escazú.

“Cada Parte garantizará un entorno propicio para el trabajo de las personas, asociaciones, organizaciones o grupos que promuevan la protección del medio ambiente, proporcionándoles reconocimiento y protección”.

Análisis: No queda claro qué implica garantizar un entorno propicio de trabajo y qué significa proporcionarles reconocimiento y protección.

Art. 6.1 del Acuerdo de Escazú.

“Cada Parte garantizará, en la medida de los recursos disponibles, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente esta información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local”.

Análisis: La obligación del artículo 6.1 tiene un alcance demasiado amplio. El estándar que fija Escazú, para exigir esta obligación, es que la información ambiental sea **relevante**. La definición de lo que es o no **relevante** puede ser muy subjetiva. Una mejor redacción hubiese sido: *la información necesaria para el ejercicio de sus funciones*.

Además, Escazú define **información ambiental** como cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y los

recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que puedan afectar el medio ambiente y la salud.

Por ende, si sumamos la definición del concepto de **información ambiental** con la subjetividad del término **relevante**, este artículo se vuelve riesgoso.

Art 8.3 del Acuerdo de Escazú.

La *letra (d)* de este artículo establece que cada parte contará con la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente. *La letra (e)* establece que cada parte contará con medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, incluyendo la inversión de la carga de la prueba.

Análisis: Si bien este artículo sólo es aplicable *“considerando las circunstancias de cada país”*, podría ser interpretado en forma discrecional por los tribunales. Este artículo debería decir que las obligaciones se cumplirán *“en el marco de la legislación nacional”*. Sin embargo, se optó por una formulación mucho más amplia que deja espacio para abusos. Por ejemplo, en virtud de la *letra (d)*, se podría dar efecto suspensivo a un recurso donde se impugne un procedimiento de participación ciudadana, deteniendo un proyecto de inversión completo.

Art. 7.2 del Acuerdo de Escazú:

“Cada Parte garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud.”

Análisis:

Este artículo establece la obligación de garantizar mecanismos de participación en dos casos:

- (a) *Toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades*
- (b) *Otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud.*

Según esta interpretación, los mecanismos de participación serían siempre obligatorios en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones. En cualquier proyecto o actividad. A diferencia de la letra (b), en el primer caso no sería necesario que puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente.

En la legislación chilena, sólo es obligatoria la participación ciudadana para aquellos proyectos que deben someterse a un Estudio de Impacto Ambiente. Incluso en aquellos proyectos que deben someterse a una Declaración de Impacto Ambiental, la autoridad competente puede decidir discrecionalmente si abre o no un proceso de participación ciudadana (Art. 30 bis Ley 19.300).

Por el contrario, pareciera que Escazú exige participación ciudadana más allá de la ley chilena, pues no establece un calificativo o circunstancia para hacer exigible esta obligación. La letra (a) sería aplicable a cualquier proyecto, incluso si no tienen un impacto significativo sobre el medio ambiente.

Además, según el Art. 7.2 de Escazú, también tendrían que someterse a un procedimiento de participación ciudadana las actualizaciones de un proyecto o actividad. Todos términos muy amplios. Esto podría llevar a que cualquier modificación a un proyecto, con algún tipo de efecto ambiental, deba pasar por consulta ciudadana. Nuestra legislación define claramente lo que se entiende por “modificación de un proyecto o actividad”, circunscribiéndolo a obras que ocasionen cambios considerativos (Art. 2(G) del Reglamento del SEIA). Sin embargo, Escazú no tiene esa definición y se podría interpretar de forma mucho más amplia.

IV. Los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales

18. Escazú es el primer tratado internacional en incluir una disposición vinculante sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. La razón de esta disposición, es proteger a los defensores ambientales que enfrentan agresiones e intimidaciones.
19. En concreto, el Art. 9 del Acuerdo de Escazú establece las siguientes obligaciones:
 - › El deber de garantizar un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.

- › Tomar las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente.
- › Tomar las medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo.

20. El mayor riesgo de esta disposición es que no está definido el contenido ni alcance de estas obligaciones. **Por ejemplo:** ¿Qué implica el deber de garantizar un entorno seguro y propicio? ¿Cuáles son todos los derechos de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales? – no existe un catálogo.

21. Hoy está preso el líder mapuche Alberto Curamil (Premio Nobel Verde), por causar disturbios públicos. Esta condena penal podría ser cuestionada bajo el Acuerdo de Escazú y eventualmente llevada ante la Corte Interamericana de DDHH.

22. Es bastante incierta la interpretación que los tribunales nacionales o internacionales puedan hacer de este artículo. Sobre todo, en relación al status de las ONG y los líderes medioambientales. El Artículo 9 podría incluso derivar en una obligación de financiamiento a ONG ambientalistas.

V. *Mitigación de los riesgos: determinar la no-autoejecutabilidad de Escazú*

23. Si una persona natural o jurídica considera que Chile no ha cumplido con el Acuerdo de Escazú, lo más probable es que presente una demanda ante tribunales chilenos.

24. El juez tendrá que preguntarse si la cláusula de Escazú puede ser invocada directamente ante el tribunal o si es necesario antes dictar normas legislativas o administrativas para implementar esa cláusula de Escazú. En el primer caso se trata de una cláusula autoejecutable, y en el segundo caso de una cláusula no-autoejecutable.

25. En otras palabras, la (no) auto-ejecución de los tratados internacionales determina la forma en que un tribunal de justicia puede aplicar las cláusulas del tratado con el objetivo de resolver una controversia.

26. La forma más efectiva para mitigar todos los riesgos discutidos anteriormente es declarar la no auto-ejecución de algunas cláusulas del Acuerdo de Escazú. Esto permitirá que los jueces no puedan aplicar el Acuerdo de Escazú, o parte de él, sin tener antes un acto legislativo o administrativo implementador que desarrolle el contenido de esa norma.

27. Esta determinación, tradicionalmente, la han hecho los mismos tribunales de justicia o el Tribunal Constitucional frente a un caso concreto.

- **Tribunal Constitucional:** En relación al Convenio 169 de la OIT sostuvo que las cláusulas autoejecutables son aquellas que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno. Las cláusulas no autoejecutables, en cambio, requieren de actos administrativos o legislativos que las hagan aplicables.⁸
- **Corte Suprema:** Determinó que la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio no era aplicable porque el delito que se imputaba no estaba tipificado en la legislación nacional, incluso aunque el tratado estuviera ya vigente en Chile.⁹ Es decir, era una cláusula no-autoejecutable.

28. No existe ninguna razón para que esta determinación no pueda ser hecha antes por del Ejecutivo y el Congreso al momento de ratificar o adherir a un tratado. El Poder Ejecutivo tiene la facultad de incorporar Reservas o Declaraciones Interpretativas a un tratado. El Acuerdo de Escazú no permite reservas, pero sí permite Declaraciones Interpretativas. El objetivo de ellas es aclarar la interpretación que debe darse a un término o disposición del tratado. En el derecho comparado (por ejemplo, en Estados Unidos y el Reino Unido), se utilizan comúnmente las Declaraciones Interpretativas para determinar la no-auto ejecución de las cláusulas de un tratado.¹⁰

29. Desde el punto de vista procesal, esta Declaración Interpretativa debe ser ingresada por el Ejecutivo, ya que el Congreso sólo tiene la facultad de aprobar o rechazar el texto del Acuerdo. Esta Declaración podría ser ingresada como una indicación por el Ejecutivo, que se aprobará por el Congreso y se promulgará/publicará en el Diario Oficial junto al texto del Escazú.

30. Es relevante hacer dos aclaraciones:

- La determinación de (no) auto-ejecución es irrelevante en relación a las obligaciones internacionales de Chile, que existirán desde el momento en que Escazú entre en vigencia con

8. Rol N-309. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. 4 de agosto de 2000.

9. Corte Suprema, 24 de agosto de 1990, Insunza Bascañán, Iván Sergio, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo LXXX-VII, N° 2, mayo-agosto, 1990, pp. 64-86).

10. David L. Sloss, Non-Self-Executing Treaties: Exposing a Constitutional Fallacy, 36 U.C. Davis L. Rev. 1 (2002)

independencia si sus cláusulas son autoejecutables o no. Chile será internacionalmente responsable si no cumple con el Acuerdo desde ese momento.

- Las cláusulas de Escazú también se pueden implementar a través de leyes y actos administrativos ya existentes. Es decir, la no auto-ejecución incluye las normas nacionales ya existentes y las nuevas normas que se deberán dictar para cumplir con la totalidad del Acuerdo de Escazú.
- 31.** Con el objetivo de mitigar lo más posible la discrecionalidad por parte de los tribunales de justicia, el escenario ideal es que en las Declaraciones Interpretativas del Ejecutivo se vinculen específicamente las cláusulas de Escazú con aquellas leyes o actos administrativos que dan por cumplida dicha cláusula.
- 32.** La no auto-ejecución tiene dos límites
- Aquellas cláusulas que evidentemente tienen el contenido y la precisión necesarias para ser aplicadas sin ningún otro trámite. Por ejemplo, los artículos 5.12 y 5.16 son probablemente auto-ejecutables. Sin embargo, los artículos 6.9, 6.12, 6.13 no deberían serlo y es importante establecerlo así.
 - Las disposiciones que consagren derechos que emanen de la naturaleza humana, porque tienen rango supra-legal en virtud del artículo 5 inciso 2 de la Constitución.
- 33.** Existe una razón adicional para adoptar esta estrategia. La autoejecutabilidad de Escazú podría incluso abrir situaciones de interpretación administrativa por parte de la Contraloría General de la República. Por ejemplo, la CGR podría señalar que los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental deben dar cumplimiento a Escazú, sin que medie la necesidad de dictar disposiciones de derecho interno.
- 34.** El riesgo. Esta estrategia, como es novedosa, también es riesgosa. No está claro si los tribunales chilenos aceptarían o no una declaración interpretativa de este tipo. Los tribunales podrían decir que son ellos los que tienen la competencia para decidir sobre los efectos de los tratados en el sistema jurídico y que las declaraciones interpretativas del Ejecutivo no obligan al Poder Judicial. Uno podría contra argumentar que, al incluirse en la promulgación y publicación del Acuerdo, tendría rango legal.

VI. Ejemplos de declaraciones interpretativas

• Ejemplo de una Declaración Interpretativa de naturaleza general para todo el Acuerdo:

“El Estado de Chile declara que todas las disposiciones del Acuerdo que no consagren derechos que emanen de la naturaleza humana, según el Artículo 5 inciso 2 de la Constitución, no son auto-ejecutables.”

• Ejemplo de una Declaración Interpretativa específica en relación a cláusulas de Escazú que Chile ya cumple

“Los Arts. 5.2.c y Art. 5.5 del Acuerdo de Escazú se entenderán en los términos que establece la Ley 20.285, que permite impugnar la decisión de negar la entrega de información por el Estado.”

“Las obligaciones de los artículos 5.5 al 5.10 del Acuerdo de Escazú se entenderán en la forma y términos que lo establecen los artículos 20, 21 y 22 de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública.”

- El objetivo de esta Declaración Interpretativa es evitar que el Acuerdo de Escazú se utilice para abusar de las causales excepcionales que nuestra legislación contempla para denegar el acceso a la información pública. Por ejemplo:
 - El Art. 5.7 del Acuerdo de Escazú dice que los Estados deberán tener en cuenta sus obligaciones de derechos humanos al momento de regular las excepciones de acceso a la información. No queda muy claro el alcance de esta obligación y es mejor sujetarlo a los términos de la Ley 20.285.
 - El Art. 5.8 del Acuerdo de Escazú dice que los motivos de denegación deberán tomar en cuenta el interés público, y, por lo tanto, serán de interpretación restrictiva. Tampoco queda claro el alcance de esta obligación.
 - El Art. 5.9 del Acuerdo de Escazú dice que cuando aplique esa prueba de interés público, la autoridad competente ponderará el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Tampoco queda claro el alcance de esta obligación.

VII. Conclusiones generales

- No existen incompatibilidades entre la legislación chilena vigente y las disposiciones del Acuerdo de Escazú. Nuestra legislación es, en su gran mayoría, consistente con el Acuerdo de Escazú.
- No obstante, se observan diversos riesgos derivados de la interpretación y aplicación del Acuerdo de Escazú que podrían hacer los tribunales. Estos riesgos se podrían traducir en recursos judiciales para detener proyectos de inversión, acusando falta de acceso a la información o falta de participación en los procesos de toma de decisiones. Escazú también podría otorgar un status especial a las ONG o líderes medioambientales (Defensores de Derechos Humanos en Asuntos Ambientales), impugnando sentencias o solicitando mayor financiamiento. El problema es similar al que enfrentamos hoy con el Convenio OIT 169.
- No es correcto decir que Escazú pone en riesgo nuestra soberanía y menos la integridad territorial, porque todos los tratados internacionales implican una cesión de soberanía.
- Los temas sustantivos de los que trata Escazú deberían ser regulados por la legislación nacional. Son asuntos específicos sobre acceso a la información, participación y justicia ambiental. Nuestra legislación nacional se puede ir perfeccionando y fortaleciendo. En virtud de lo anterior, es fundamental consagrar la no auto-ejecución de las cláusulas de Escazú.
- La discusión de la auto-ejecución es especialmente relevante porque algunas cláusulas podrían tener rango supra-legal. Por ello, es importante determinar en el proceso de adhesión qué cláusulas consagran derechos que emanen de la naturaleza humana en virtud del Artículo 5, inciso 2 de la Constitución. Será más difícil sujetar la aplicación judicial de dichas cláusulas a normas implementadoras.

Anexo: riesgos de internacionalizar controversias ambientales

Los riesgos que se describen a continuación son de laboratorio. La posibilidad de que ocurran es muy baja.

1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA O TRIBUNALES ARBITRALES

- El Acuerdo de Escazú **no** impone la jurisdicción de tribunales internacionales en forma directa. El artículo 19(2), que regula esta materia, es de carácter **optativo**.
- Sin embargo, Chile es parte del Pacto de Bogotá, que sí reconoce la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y Tribunales Arbitrales en forma directa.
 - › Para aplicar el Pacto de Bogotá, se deben cumplir dos requisitos. **(1)** agotar previamente las negociaciones. **(2)** El Tratado sustantivo en cuestión debe ser posterior a 1948.
 - › El Acuerdo de Escazú cumple con ambos requisitos. Exige a las partes una negociación previa (Art. 19.1 de Escazú) y fue adoptado después de 1948.
- **Por lo tanto:** el Acuerdo de Escazú obliga a los Estados a negociar. Si esa negociación fracasa, entonces un Estado puede utilizar el Pacto de Bogotá para llevar la aplicación del Acuerdo de Escazú a la Corte Internacional de Justicia o un Tribunal Arbitral. Entonces, el asunto **sustantivo** será el cumplimiento o incumplimiento de Escazú, mientras que el **instrumento jurisdiccional** será el Pacto de Bogotá.

EN LA PRÁCTICA: ¿Cómo podría ocurrir esto?

- › **Un incumplimiento al Artículo 11.** Este artículo establece el deber de cooperación entre los Estados para fortalecer sus respectivas capacidades nacionales e implementar las medidas necesarias para cumplir con Escazú. **El párrafo 1** establece el deber general de cooperación. **El párrafo 2** establece que se considerarán especialmente los intereses de países sin litoral. **El párrafo 3** ofrece mecanismos específicos para ejecutar esta cooperación, **incluyendo la creación de Comité y Comisiones.**

Este es el único artículo que establece directamente una obligación entre dos Estados. Es poco probable que se genere un litigio internacional por incumplir una cláusula de cooperación. Sin embargo, este artículo puede ser riesgoso porque Bolivia podría invocarlo para intentar crear un Comité o Consejo de Cooperación con Chile. Si Chile se niega a crear un Comité o Bolivia considera que no estamos cooperando como ellos

quisieran, podrían llevarnos ante el Comité de Apoyo a la Aplicación y Cumplimiento o eventualmente ante la Corte Internacional de Justicia. Con todo, esta hipótesis es de baja probabilidad.

- › **Un incumplimiento de los Artículos 5,6,7,8 y 9.** Estas disposiciones establecen derechos a favor de personas naturales o jurídicas. Los Estados pueden defender, ante tribunales internacionales, los derechos de uno de sus ciudadanos o empresas frente a los abusos o violaciones de otro Estado. Esto se llama **Protección Diplomática**. Hay casos que lleguen a tribunales internacionales por esta vía, pero tiene como requisito haber agotado las instancias internas primero.

35. COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- El Acuerdo de Escazú no reconoce directamente la competencia de la CIDH. Sin embargo, la CIDH puede utilizar el Acuerdo de Escazú para interpretar la Convención Americana DDHH.
- Esto no es algo nuevo. La CIDH constantemente recurre a otros instrumentos para interpretar la Convención Americana DDHH y determinar si hubo un incumplimiento de los Estados.
 - › La CIDH ya utilizó el Acuerdo de Aarhus, equivalente de Escazú en Europa, para fundamentar la Opinión Consultiva que solicitó Colombia sobre la relación entre las obligaciones medioambientales y los derechos a la vida y la integridad personal. Esto ocurrió el año 2017.
 - › El Acuerdo de Aarhus también fue citado en el caso de la CIDH Claude Reyes vs. Chile del año 2006.
 - › La CIDH ya publicó un Informe donde fijó como prioridad la aplicación del Acuerdo de Escazú en resguardo de los defensores de DDHH en Asuntos Ambientales.
- La CIDH podría utilizar el Acuerdo de Escazú para fundamentar las violaciones a los artículo 8 (garantías judiciales), artículo 25 (protección judicial), artículo 26 (desarrollo progresivo).
- **La hipótesis sería la siguiente:** una persona o grupo de personas demandan al Estado por incumplir el Acuerdo de Escazú ante tribunales chilenos. Pierden en Chile en todas las instancias. Luego pueden ir a la CIDH y argumentar allá que la conducta del Estado (es decir, el incumplimiento de Escazú) constituye una violación a la Convención Americana de DDHH: Art 8, 25 o 26.

36. EL COMITÉ DE APOYO A LA APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO

- El Art. 18 del Acuerdo de Escazú crea este Comité. Es un órgano subsidiario de la Conferencia de las Partes (COP – Escazú), para promover la aplicación e implementación del Acuerdo.
- Su composición y su funcionamiento **no** quedan definidos por el Acuerdo. Deberán ser acordados en la primera Conferencia de las Partes.
- Las resoluciones del Comité no son vinculantes, pues este no es un órgano judicial. Es decir, sólo tienen carácter **recomendatorio**.
- No obstante, sus recomendaciones serán de carácter público. Por lo tanto, Chile tendrá que exponer los motivos para haber denegado la entrega de información o rechazar un mecanismo de participación.
- Su naturaleza es similar a lo que ocurre con el Comité CEDAW o cualquier otro órgano creado por los Tratados de Derechos Humanos para supervisar su cumplimiento.
- No está claro si personas naturales o jurídicas pueden presentar directamente reclamos ante el Comité. Esto es algo que seguramente se discutirá en la primera COP.

HIPÓTESIS DE CASOS EN CHILE:

- › Caso de las salmoneras en el Canal Beagle. Los habitantes de Ushuaia han manifestado su preocupación por el efecto de las salmoneras en las aguas del Beagle. Esas personas podrían invocar el Acuerdo de Escazú para reclamar la entrega de información más allá de lo que es posible bajo la Ley 20.285 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- › Grupo de personas o empresa boliviana en la zona fronteriza, que sufre los efectos de un proyecto con impacto ambiental que se desarrolla en Chile.

El ciudadano argentino o la empresa boliviana, pueden solicitar información sobre un determinado proyecto en virtud de Escazú. Chile deniega esa información por cuanto se estima que la información puede afectar las relaciones internacionales de Chile y se ampara en las excepciones a la entrega de información contenidas en la Ley 20.285.

La persona o empresa reclama que se ha violado el Acuerdo de Escazú y presenta una demanda ante los Tribunales Chilenos o eventualmente un reclamo ante el Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento del Acuerdo de Escazú.

Esa persona o empresa pierde en todas las instancias ante los tribunales chilenos.

Se abren dos posibilidades:

- (a)** Utilizar el incumplimiento del Acuerdo de Escazú para fundamentar una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto le permitiría llevar el caso ante la CIDH.
- (b)** Ejercer Protección Diplomática en favor de la persona o empresa y utilizar el Pacto de Bogotá para llevar a Chile a la Corte Internacional de Justicia.