

Ser(a)s Comisión de Minería del Senado
Sr. Presidente Comisión de Minería Sr. Elizalde
PRESENTE

MATERIA: INDICACION DEL EJECUTIVO ES INCONSTITUCIONAL, VULNERA DERECHOS HUMANOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES
--

Documentos Adjuntos:

- Corte Suprema. Oficio N° 110-2016. Informe Proyecto de Ley N°26-2016. Chile. 8 de agosto de 2016.
- Informe Instituto de Derechos Humanos 2015
- Extractos Presentación Instituto Derechos Humanos en Comisión de Medio Ambiente año 2016 (20-01-2016 y sesión siguiente)

Entre los años 2015 y 2016 tanto la Corte Suprema como el Instituto de Derechos Humanos del país emitieron su opinión respecto de la indicación Sustitutiva del Gobierno de Michelle Bachelet ingresada en el 2015 a la moción de Ley de la Bancada Glaciar (Proyecto Boletín N° 9364-12), determinando su inconstitucionalidad y la vulneración de Derechos Humanos así como de una serie de Convenios y Acuerdos Internacionales.

Muchos de estos argumentos vinieron en confirmar lo que desde las comunidades criticábamos de la misma indicación, y fueron razón de que el Proyecto quedara paralizado por casi dos años.

La indicación sustitutiva recientemente ingresada por el actual Ejecutivo, aún más agresiva y con un estándar aún menor de protección que la del Gobierno anterior, repite los errores y los profundiza, repitiendo y profundizando así dicha inconstitucionalidad y violación de derechos que fuera denunciada hace 4 años.

Ante dicha realidad, sostenidos en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Congreso que regula las cuestiones de admisibilidad respecto de una indicación sustitutiva presentada a un determinado proyecto de ley, por medio del cual el Presidente de la Comisión tiene la facultad para resolver las controversias que se susciten, solicitamos a esta Comisión en su totalidad y en especial a su Presidente a que detengan este grave error histórico que significa permitir que las indicaciones inconstitucionales del actual gobierno avancen u se posicionen como posible ley.

A mayor abundamiento destacamos que las indicaciones tampoco cumplen los preceptos del Tribunal Constitucional respecto de aquellas. Dicho Tribunal ha señalado: “Una

indicaciones una propuesta de cambio a la normativa contenida en un proyecto de ley con objeto de perfeccionarla, motivo por el que, necesariamente, ha de tener una vinculación próxima con la materia específica del proyecto, lo que la Constitución llama sus ideas matrices o fundamentales. De ahí que las indicaciones del todo ajenas al proyecto a cuya vinculación con el mismo sea remota, lejana, no resultan constitucionalmente admisibles” (STC 1005, c. 10).

La indicación del Gobierno no es una ley de protección de glaciares, por medio de este título engañoso lo que postula finalmente es legitimar, regular y permitir la destrucción de los mismos, cuestiones totalmente equidistantes al espíritu de la ley original.

Por todo esto, lo cual esta cuidadosamente detallado y probado en el anexo a continuación y los adjuntos, es que, y por el agravio que significa para los ecosistemas, las comunidades y la población toda del país de la cual más del 70% vive del agua que persistentemente drenan los glaciares, así como para Sudamérica que contenemos el 91% de los glaciares de la Región y para el aceleramiento del cambio climático de los cuales son retardadores y amortiguadores los glaciares, solicitamos enérgicamente a esta Comisión y su Presidente que desestimen la indicaciones del Ejecutivo por las razones ya expresadas y a continuación profundizadas.

A grandes rasgos y como elementos más sórdidos, nos encontramos con que el proyecto presentado por el Gobierno:

1- La ley sólo regula a los glaciares insertos en el Inventario Nacional de Glaciares. En este sentido por definición no serán integrados a dicho inventario una gran cantidad de glaciares que entonces siquiera merecerán ser declarados por las empresas en un Estudio de Impacto Ambiental. O sea el gobierno decide sacrificar sin más una gran masa de glaciares. Los glaciares más pequeños de una hectárea no son considerados glaciares, así como los que no fluyen, de esta manera la mayoría de los glaciares de nuestro norte están siendo regalados al extractivismo. Los mismo ocurrirá son una serie de glaciares descubiertos y cubiertos que no cumplan con los porcentajes de detritos en ellos que estipula el artículo 1°.

2- Glaciares en Parques Nacionales y Regiones vírgenes (que en Chile no existen) quedan a disposición de ser afectos ya que sólo se prohíben en ellos proyectos o actividad **que puedan** afectarlos.

3- Para los glaciares dentro del inventario, de manera engañosa esboza como un gran avance presunta prohibición a posible “remoción, traslado y cubrimiento de un glaciar”, como si esto estuviese permitido hoy en día (recordar que Pascua Lama se permitió justamente con la condición de lo remover, trasladar y afectar glaciares). Sin embargo los condena a muerte al permitir el ingreso de proyectos en glaciares, su entorno y glaciares de roca por medio del Sistema de Impacto Ambiental y logrando a su vez un permiso sectorial a la DGA.

4- Cualquier persona puede solicitar la desafectación de un nuevo glaciar catastrado en el Inventario de Glaciares. Cabe recordar que por lo expresado en el número 1 muchos glaciares ya quedan fuera del Inventario.

5- Se retira el espíritu retroactivo del otro proyecto. Los proyectos que cuenten con permisos y hoy en día estén realizando actividades en glaciares y su entorno no quedarán afectados a las disposiciones de la ley.

6- Intentando de demostrar resguardo a los glaciares, propone que la SMA dentro del plazo de dos años desde la publicación de la ley deberá requerir un plan de seguimiento a proyectos en zona de influencia de glaciares y su entorno para ver si las variables evaluadas con que fueron establecidas condiciones o medidas siguen comportándose conforme a lo evaluado. En caso contrario se deberá abrir un proceso de revisión de la RCA. O sea se irán modificando los permisos ambientales en favor de la empresa, para que ella logre cumplir, en vez de determinar afección o daño a los glaciares.

Desarrollo Inconstitucionalidad Corte Suprema

1- Considerando Cuarto: Que el contenido del proyecto cuyo informe se solicita llama la atención de este tribunal por su trascendencia e importancia, advirtiendo de sus disposiciones que su consagración en la manera propuesta podría debilitar la situación de los glaciares, al regular un procedimiento que posibilitará su explotación.

La indicación del actual Gobierno se asemeja a la de Bachelet en:

No protege a todos los glaciares

No protege las zonas periglaciares y formas criosféricas (permafrost) que cumplen funciones análogas

Permite desafectar un glaciar protegido

Tienen preferencia de protección glaciares de mayor volumen

Desprotección finalmente de glaciares en Parques Nacionales, Reservas y Vírgenes (que no existen en Chile)

Permite ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental proyectos en zona de influencia de glaciares.

Considera a los glaciares como Reservas de recursos hídricos.

Es peor a las indicaciones de Gobierno Bachelet en:

Modifica definición de glaciares (sólo los de 1ha, los que fluyen y que tienen 10% de detrito)

Entiende que hoy en día se pueden remover, trasladar y cubrir glaciares.

No protege de ninguna manera la zona periglacial donde abundan glaciares de roca y el permafrost.

Siquiera define jurídicamente a los glaciares. Indicación de Bachelet propuso Bien Nacional, el cual es criticado.

En este sentido esta opinión se traslapa a las indicaciones actuales.

Ante estos puntos en específico la Corte Suprema ha dicho:

- En la actualidad no existe duda que los glaciares son bienes nacionales, que forman parte del patrimonio ambiental de Chile y no pueden ser objeto de proyectos de inversión con fines económicos. Sin embargo, el artículo 1° establece que los glaciares constituyen "reserva de agua dulce", lo que implica que se podría disponer de ellos en el futuro próximo o lejano.
- A continuación, la norma señala que forman parte del patrimonio ambiental de Chile, lo que implica que para su protección, conservación y preservación, constitucionalmente el Estado está autorizado para establecer las limitaciones al dominio que sean pertinentes, e imponer las obligaciones necesarias que deriven de la función social de la propiedad, incluso la expropiación de las propiedades en que se encuentren, conforme lo indica el inciso 2° del N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Quinto: A su turno, el artículo 4° establece su naturaleza jurídica sindicándolos como bienes nacionales de uso público, en circunstancias que forman parte del patrimonio ambiental de Chile, de modo que su categoría corresponde a la de bienes nacionales, conforme el inciso 1° del artículo 589 del Código Civil, dado que su uso no lo puede disponer la autoridad. Así, entonces, los glaciares no son un bien explotable, bajo ningún respecto.

Conforme a lo anterior, los glaciares no pueden ser considerados simplemente como reserva de agua dulce y entregar a la Dirección de Aguas su supervigilancia, labor que debería ser de cargo, a lo menos, del Ministerio del Medio Ambiente, en tanto se crea un servicio especial al efecto [Servicio de la Biodiversidad y Áreas Protegidas, Boletín 9.404-12, artículo 6°, letras c) y h)], siendo una consecuencia deseable de su inclusión en la lista que se crea al efecto, que respecto de ellos quede prohibida cualquier actividad económica, incluso el turismo.

Sexto: Que la norma constitucional dispone que la función social de la propiedad comprende la conservación del patrimonio ambiental del país, determinación que, sin duda, es reflejo del mandato dado al Estado de promover el bien común. De acuerdo a lo expresado, corresponde realizar un análisis más profundo de la posibilidad de regular la explotación de los glaciares que la legislación hoy no prevé, y que se podrá lograr al omitir su inclusión en el listado de reserva estratégica o mediante la desafectación realizada por la autoridad administrativa, determinación que podría o no ser objeto de revisión administrativa o judicial.

En este aspecto, la iniciativa que se analiza podría ser regresiva y eventualmente transgredir el principio de no regresión en materia medioambiental, que se encuentra recogido en diferentes instrumentos internacionales y jurisprudencia nacional e internacional.

• **Séptimo:** El proyecto, en sus artículos 6° a 11° regula una nomenclatura que posibilitará desarrollar actividades económicas en los glaciares y en su entorno (al efecto, ver el artículo 13 que incorpora el artículo 129 bis 22 del Código de Aguas y el artículo 14, que modifica la Ley de Bases del Medio Ambiente, en los que claramente se establece que para los proyectos, obras o actividades "que se realicen EN un glaciar o en su entorno", en cualquiera de sus fases, debe realizarse Evaluación de Impacto Ambiental, con excepción de aquellos "sometidos a un régimen de protección especial"- los declarados de reserva estratégica, por ejemplo- los cuales deben entenderse que no podrán estar afectos a explotación alguna, conclusión relativa a la luz de los artículos 8 y 11).

En definitiva, queda claro que la iniciativa permite desarrollar proyectos, obras y actividades de distinto orden, entre ellas las económicas: a) en los glaciares no incluidos en la declaración de reserva estratégica; b) en el entorno de los glaciares afectos a la declaración de reserva estratégica; y c) en los glaciares incluidos en la declaración de reserva estratégica, pero desafectados. **Como se ha dicho, solamente se requerirá de un Estudio de Impacto Ambiental, que no debiera permitirse en ningún caso.**

- No se consagra la posibilidad de reclamar en contra de los Decretos Supremos que desafectan un glaciar o un conjunto de éstos.

Desarrollo Vulneración de Derechos Humanos y Convenios y Acuerdo Internacionales INDH:

- Desde una perspectiva de derechos humanos, el devenir de los glaciares impacta en el goce y ejercicio de diversos derechos, especialmente porque aquellos son la principal fuente permanente de agua en Sudamérica (UNEP & WGMS, 2008, pág. 42). Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 15 respecto del sentido y alcance que le da al derecho al agua, ha identificado la afectación –por carencia de agua– al derecho a la vida, al derecho a la alimentación adecuada, al derecho a la salud, al derecho a ganarse la vida mediante un trabajo o al derecho a participar de la vida cultural. Incluso, la inexistencia de agua disponible podría afectar las condiciones de existencia y de mantenimiento de la cultura de pueblos indígenas que viven de la agricultura. Las consideraciones anteriores, unidas a otras en materia de preservación de la naturaleza, hacen necesario que el Estado adopte medidas y dicte normas para la protección de glaciares y otras formaciones de hielo. En este contexto, se ingresó en mayo de 2014 un proyecto de ley por parte de un grupo de diputados, que busca su protección⁷⁴. Este proyecto fue objeto de una indicación sustitutiva de la Presidencia de la República en marzo de 2015, que cambió en gran medida el sentido del proyecto original.

En su versión original, el proyecto define como objeto de protección a los glaciares, al ambiente glaciar⁷⁶, al ambiente periglacial⁷⁷ y al *permafrost*⁷⁸, que estén

dentro del territorio nacional, independiente de que se emplacen o no en Áreas Protegidas.

- Sin embargo, en la indicación sustitutiva, el nivel de protección de los glaciares disminuye considerablemente en los siguientes términos:

– Solo tendrán algún grado de protección los glaciares que se encuentren en una Reserva, en un Parque Nacional o aquellos glaciares que sean una reserva hídrica relevante y que sean declarados como Reserva Estratégica por los Ministros de Obras Públicas y Medio Ambiente, previo informe de la Dirección General de Aguas.

-Para las actividades no prohibidas, realizadas en cualquier glaciar, se requerirá el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental, asimilándose la intervención de los glaciares a la regulación común ambiental, otorgándose los permisos correspondientes por la Dirección General de Aguas

(Informe 2015)

- Ahora la preocupación central del INDH en relación a las indicaciones, es que consideramos que no se otorga o que se disminuye considerablemente la protección a los glaciares independientemente del espacio en que estén dentro del territorio nacional, toda vez que los limita a los parques nacionales, reserva de región virgen que no existen, los declarados como Reserva Estratégica Glaciar. Ustedes bien saben por la información que han tenido que analizar, los que están en parques nacionales son muy limitados, entiendo que son 7.000 de un total de 24.000 y están solamente en ciertas regiones, por tanto se limita la protección de los glaciares. Se prohíben en estas áreas actividades comerciales, sin embargo se deja abierta la posibilidad de otras obras, programas y actividades a través de su sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Se desprotege ciertas categorías de hielo y se disminuye, como ya señalaba, el concepto del entorno del glaciar. Entiendo que a un kilómetro o mil metros aguas abajo del glaciar, deconstruyendo la moción parlamentaria que tenía un concepto mucho más amplio de toda el área de el glaciar y toda el área que suministra el agua, como por ejemplo el permafrost, y no se garantiza, este es un tema crítico ya lo dijimos, este es un principio del derecho internacional del derecho domestico, del medioambiente, no se garantiza el principio preventivo,
- Todo esto se da, y con esto estoy concluyendo, y esto no está en el informe, pero me parece muy pertinente señalarlo, no está en el informe porque la decisión de los acuerdos de París en el marco de la Convención de Cambio Climático son de diciembre, nuestro informe se entregó al ejecutivo, al legislativo y al judicial el 10 de diciembre, el día internacional de los DD.HH, la Convención de París sobre cambio climático, frente a este inminente cambio que tiene afectación a los glaciares, indudable, hace la relación entre el deber de los Estados de proteger los

DD.HH en el marco del cambio climático. A mí me parece absolutamente pertinente que ésta comisión analice las implicancias de ésta convención sobre el cambio climático de París de diciembre pasado, y cómo ésta hace la relación de la obligación de los Estados de proteger los DD.HH en el marco del cambio climático.

- Claramente hay una afectación a los estándares internacionales del derecho humano al agua, el derecho humano al agua, tanto agua potable, agua de saneamiento, acceso de grupos vulnerables al agua. Hay un debilitamiento y una vulneración a ese derecho humano al agua reconocido por Naciones Unidas interpretado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Claramente también hay una vulneración al derecho humano al medio ambiente. Cuando la Convención de Biodiversidad dice que debe hacerse un uso sostenible de los componentes de la biodiversidad. Los glaciares contiene agua y ese es un componente fundamental de la biodiversidad y hay un debilitamiento. Y claramente hay también una afectación del derecho a la vida, sería largo exponer que el derecho a la vida tiene un sentido no solo individual sino también colectivo. Y en el caso de los pueblos indígenas muchos de los cuales se ven afectado por la explotación o uso comercial de los glaciares que no quedan lo suficientemente protegidos, al entender del INDH se produce una vulneración de esos grupos vulnerables que afecta el derecho a la vida en un sentido colectivo, a la sobrevivencia material y cultural de un pueblo, de modo que hay una afectación.

**(JOSÉ AYLWIN: Representante INDH. Cámara de Diputados,
Comisión de Medio ambiente 20-01 2016)**

- En el 2012, nuestro Informe Anual, ya el Instituto señaló que Chile si bien es un país que aspira al desarrollo y que para ello debe buscar maneras sustentables de lograrlo cumpliendo específicamente las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, sin empeñar el bien estar de su población. O sea, el progreso y desarrollo al que queremos llegar, no puede ser empeñando la vida, la salud, el medioambiente, en términos de las obligaciones que el país ha adquirido en materia de derechos humanos.

Y en particular, el informe del 2015, señala que la relevancia del Derecho a un Medio Ambiente Libre de contaminación se denota entre otras cosas en que el país ha adquirido no solamente compromisos a través de Tratados de Derechos Humanos, sino que también, es signatario por ejemplo de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kioto, que derivan en obligaciones para el Estado en materia de medioambiente y de enfrentamiento al calentamiento global y a los efectos que ello pudiera traer sobre la población, entonces ahí hay un marco general de análisis.

- “(...) hay instrumentos de Derechos Humanos que relevan obligaciones en materia de derecho al medioambiente, en materia del derecho al agua y a otros derechos conexos. Y en ese sentido es importante recordar que por ejemplo, en materia de un derecho a un medio ambiente libre de contaminación, existen obligaciones que el Estado debe cumplir, a partir del Convenio sobre Diversidad Biológica, sobre el Convenio 169 de la OIT (en materia de pueblos indígenas), de la Convención de los Derechos del niño y el Protocolo de San Salvador (aun cuando este ultimo aun no ha sido ratificado)”
- En materia de Derecho al Agua y otros derechos humanos conexos, existe jurisprudencia de la Corte Interamericana y también de la Corte Europea, que señalan que el medioambiente y el derecho al agua, de alguna manera se vinculan con el ejercicio y pleno goce de los Derechos Humanos de las personas. En este sentido, lo que han hecho las Cortes ha sido enverdecer otros derechos, como el derecho a la vida, para poder instar a los Estados a que generen mayor protección sobre el medioambiente. Y, incluso han abierto la posibilidad a limitar el derecho a la propiedad privada, para la protección al medioambiente.
- Los glaciares corresponden al 75% de las reservas de agua dulce existentes y Chile posee 23.641 km² de glaciares, es decir, más de 3.000 km³. Es una reserva importante, es una fuente de vida, sobre todo en contextos de escasez hídrica y desde una perspectiva de los DD.HH, el devenir de los glaciares impacta en el goce y en el ejercicio de diversos derechos especialmente porque son la principal fuente permanente de agua en Sudamérica. Es importante señalar que la totalidad de glaciares que existen en Sudamérica una proporción importante se encuentra en el territorio de Chile. Estas consideraciones unidas a otras materias de preservación de la naturaleza hace necesario que el Estado adopte medidas y dicte normas para la protección de los glaciares y otras formaciones de hielo que no están contenidas en el proyecto que se está tramitando.

Al analizar el proyecto de ley en la versión original que fue de moción parlamentaria nos pareció positivo que se buscara proteger los glaciares, el ambiente periglacial y el permafrost que están ubicados en el territorio nacional, independiente de que se encuentren en áreas protegidas o no. Nos parecía que esa protección general y amplia era un paso importante que estaba dando el Estado en consideración a todos los compromisos que ha adquirido internacionalmente en relación a la protección del medio ambiente. (...)

- (...) preocupa la posición del poder ejecutivo de disminuir la protección dada por el proyecto original de esta protección más genérica y abarcadora a la protección de los glaciares bajo algunas hipótesis. En particular, es de especial preocupación que no se otorgue protección general a los glaciares (...)

- La declaratoria de reserva estratégica glaciar prioriza a aquellos glaciares de mayor aporte hídrico potencial, es decir, aquellos de mayor volumen o los que se ubican en territorios de probada escasez hídrica. La preocupación que surge a partir de esto es que, por un lado, que respecto al aporte hídrico potencial los glaciares de mayor tamaño son los que están ubicados en el sur de nuestro territorio, quedando desprotegidos o menos relevados o con menos probabilidades de ser protegidos todos aquellos que se ubican en la zona norte del país, donde hay actividades productivas, extractivas importantes. Y en relación a la ubicación en territorios de escasez hídrica hay que recordar que son muy pocos los territorios que hoy día están dictaminados bajo esa naturaleza. Entonces, si uno aplicara las hipótesis que están contenidas en el proyecto de ley tal como está hoy día, no estarían toda la cantidad de glaciares que les mencionaba unas láminas atrás siendo objeto de protección, sino que solamente una porción menor.
- Por último, no se garantiza el principio preventivo, que es un principio derivado de la Declaración de Rio y retomado también en estos principios rectores de empresas y derechos humanos. En la medida que la calidad de reserva estratégica glaciar y la protección que ello conlleva se otorga protección mediante un proceso de declaración donde personas pudieran oponerse o generarse disyuntivas, en el fondo respecto de si un glaciar merece ser protegido o no.
- Para finalizar, las recomendaciones específicas que el Consejo nacional del INDH en materia de este proyecto de ley señaló en el informe del 2015 son dos: La primera es que se recomienda a los poderes colegisladores incorporar en la tramitación de los proyectos de ley actual del capítulo de medio ambiente, uno de ellos el de glaciares, los ajustes necesarios para el cumplimiento de los estándares internacionales en materia del derecho a un medio ambiente libre de contaminación y los derechos conexos que se pudieran ver afectados. Así mismo, insta a los poderes colegisladores a buscar acuerdos institucionales y realizar coordinaciones efectivas que permitan asegurar el pleno respeto al derecho de consulta indígena conforme a los estándares del convenio 169 de OIT tratándose de medidas legislativas ya que los glaciares en algunos casos están ubicados en territorios indígenas también debería haber participación en la tramitación.

(Segunda visita INDH a Comisión Medio Ambiente. Enero 2016)

-----00000-----