

La equivalencia en las medidas de compensación ambiental **Análisis y propuesta**

Josefina Izquierdo Idalsoaga
Prof. Ricardo Irarrázabal Sánchez
Seminario de Investigación de Derecho Ambiental
2024

Resumen: En este trabajo se analiza la existencia de un concepto normativo de equivalencia ambiental, en el marco de las medidas de compensación ambiental. Se identifican ciertos principios rectores y se realiza una propuesta de definición legal de dicho concepto

Palabras clave: compensación – equivalencia – SEIA – evaluación ambiental – impacto

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Breve historia del SEIA

La creación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) se enmarca en un contexto mundial de creciente importancia de la protección al medio ambiente, conciencia sobre el impacto generado por el actuar humano y del legado medioambiental que implica dicho impacto en las generaciones futuras. Así es como a partir de la década de los 90, antes de la institucionalización del referido sistema, se impulsaron diversos proyectos administrativos y legales que propiciaron la creación de un sistema con la potestad de evaluar los proyectos privados desde una perspectiva medioambiental.

Como primera aproximación cabe referirse a la dictación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medioambiente (LBGMA), promulgada el año 1994, en cuyo mensaje se exponen elementos reveladores sobre el alcance y objetivos buscados de este cuerpo normativo. En este sentido, uno de los objetivos de esta ley desde un punto de vista legal/institucional es ser “una ley "marco” o de bases, ya que en un número relativamente pequeño de disposiciones, se concentran algunas de las instituciones fundamentales para una gestión ambiental moderna e integradora, recogiendo principios básicos que sirvan de punto de referencia para interpretar la legislación existente y para la dictación posterior de otros cuerpos legales atinentes a materias específicas”¹.

Esta institucionalización o sistematización de los instrumentos de gestión ambiental existentes hasta esa época tuvo importantes consecuencias para el posterior diseño y ejecución del SEIA como organismo de evaluación ambiental integrado de proyectos de inversión. A lo anterior podemos agregar la publicación de otros actos legislativos previos a la dictación de la ley 19.300, tales como la creación de la Comisión Especial de Descontaminación de la Región Metropolitana (DS N° 349 de 1990), la creación de la Comisión Nacional del Medioambiente, o “CONAMA”² (DS N° 240 de 1990), además de un “Instructivo Presidencial” del año 1993 que implicó la coordinación de los diversos servicios públicos al momento de evaluar los proyectos de inversión.³

Todos los referidos instrumentos compartían una dirección común: la de diseñar un sistema en el cual confluyeran las diversas evaluaciones sectoriales, con el fin de centralizar la potestad del Estado en cuanto a la protección del medioambiente. De esta manera, el SEIA comienza sus operaciones el año 1997, consolidándose posteriormente por medio del DS N°95 de 2001, que establecía el Reglamento del SEIA.

Posteriormente y a lo largo de la primera década de los 2000, se promovieron distintas modificaciones a la institucionalidad ambiental chilena, culminando con la promulgación de la ley 20.417 en el año 2010, que, entre otras cosas, creaba el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) como principal administrador del SEIA; el Ministerio del Medio Ambiente; y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Lo anterior derivó en la modificación del Reglamento del SEIA por medio de la dictación del DS N°40 de 2012⁴.

¹ Mensaje Ley 19.300 (énfasis agregado)

² Reemplazada posteriormente por Ministerio de Medioambiente, Servicio de Evaluación Ambiental y Superintendencia de medioambiente en virtud de la ley 20.417.

³ Carter, Henríquez y Bruna, 2019, p. 11

⁴ Carter, Henríquez y Bruna, 2019, p. 12

En resumen, la institucionalidad nacional de evaluación ambiental ha experimentado un desarrollo vertiginoso en las últimas tres décadas. En particular, a partir del año 2010, nuestro país ha apuntado al desarrollo de un sistema robusto y en continua evolución. Sin embargo, este desarrollo no se encuentra exento de desafíos, y son numerosas las cuestiones que permanecen abiertas frente al regulador, la jurisprudencia y la doctrina. El objetivo de este trabajo es abordar algunas de estas cuestiones, en particular aquellas referidas al SEIA.

1.2 Importancia de la evaluación ambiental desde la óptica constitucional

Luego de conocer los trazos más significativos de la historia del SEIA y de los demás órganos relacionados, es necesario referirse a su fundamento constitucional y cómo este convive con las demás garantías constitucionales, para luego reconocer la aplicación práctica de dicha convivencia en las distintas exigencias y estándares de la evaluación ambiental en nuestra legislación, con especial atención en las llamadas “medidas de compensación ambiental”, las cuales serán la temática principal de este trabajo.

El fundamento constitucional de la protección del medio ambiente y, por ende, de todas las instituciones dedicadas a su cuidado, se encuentra consagrado expresamente en el número 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República (en adelante, e indistintamente, “CPR” o “Constitución”) cuyo texto dispone:

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

De la lectura de la garantía citada, se puede afirmar que el primer inciso establece expresamente un deber para el Estado de velar, es decir, ser un sujeto activo, para que dicho derecho no se vea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La Constitución abiertamente obliga al Estado a la activa protección del medio ambiente libre de contaminación, lo cual tiene por obvia consecuencia la creación de cuerpos legales, órganos del ejecutivo y políticas públicas dedicadas al cumplimiento de este deber.

Asimismo, el inciso antes mencionado también establece un derecho subjetivo en cuanto consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Así, su carácter de subjetivo permite a los particulares – y, en definitiva, a la comunidad toda, debido a que el objeto de este derecho comprende un bien común, como lo es el medio ambiente - accionar frente a la justicia mediante distintos instrumentos en orden a la protección de dicha garantía⁵.

Ahora, es pertinente el análisis del segundo inciso, en cuanto faculta al legislador a restringir otros derechos en orden a proteger el medio ambiente. A primera vista, dicha aseveración pareciera problemática, pues implicaría la restricción de otros derechos que parecieran ser más “subjetivos” o inmediatos como el derecho a la propiedad o el derecho a la libre iniciativa económica (art. 19 N° 24 y N° 21 de la CPR). Sin embargo, es importante que se permita dicha restricción, pues la protección del medio ambiente está íntimamente asociada a la protección de otras garantías como la vida o la integridad física y psíquica de

⁵ Vásquez, 2019, p. 6

las personas; además, como se verá, las restricciones que establece el tenor del 19 n° 8 no implican una simple limitación de derechos, sino un “aseguramiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las demás libertades, dentro de las que en primer lugar se encuentra el derecho a desarrollar actividades económicas”⁶.

En este sentido, y en el caso del SEIA, es dable afirmar que su función principal de evaluar los proyectos de inversión desde una perspectiva ambiental consiste claramente en una materialización, tanto del deber del Estado que consagra el 19 n°8 de la CPR, como la facultad de restringir otros derechos que, en virtud del inciso segundo del mismo artículo, se le otorga al legislador.

Sin embargo, la aplicación del SEIA, así como el contenido de la LBGMA, no consiste en una limitación propiamente tal de la libertad para desarrollar actividades económicas desde una perspectiva negativa, sino que, propicia un equilibrio entre la protección al medio ambiente y la libertad para desarrollar proyectos de inversión. El profesor Bermúdez, refiriéndose a esto, nos dice que:

Cabe preguntarse si el SEIA constituye una limitación al derecho a realizar actividades económicas, o se trata de una regulación de la actividad. [...] Sin embargo, un análisis profundo de la relación entre el SEIA y el derecho constitucional en cuestión pone de manifiesto que no sólo incorpora una limitación al derecho, sino que además es una regulación que desarrolla, complementa y asegura al mismo. En efecto, el Estado, en la prosecución de la finalidad de protección al medio ambiente, no sólo restringirá derechos, sino que al mismo tiempo elaborará las condiciones para asegurar el desarrollo y protección del ejercicio de derechos y libertades.⁷

Ahora, cabe cuestionarse el cómo se materializa esta convivencia positiva entre derechos en la evaluación ambiental de los proyectos de inversión. Si bien existen muchísimas respuestas, nos referiremos exclusivamente a las medidas de compensación ambiental, mencionadas en el artículo 16 de la LBGMA y reguladas en el Reglamento del SEIA. Si bien en la siguiente sección se profundizará en el concepto de las medidas de compensación ambiental, desde una perspectiva constitucional es importante enfatizar, desde ya, que cualquier discusión sobre el funcionamiento, alcance y límites de estas medidas no podrá perder de vista en ningún momento el equilibrio entre los valores fundamentales en juego, a saber, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a desarrollar libremente actividades económicas.

1.3 Las medidas de compensación ambiental

Las medidas de compensación ambiental están definidas en el artículo 100 del Reglamento del SEIA, cuyo texto establece:

Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar.

⁶ Bermúdez, 2018, p. 169

⁷ Bermúdez, 2018, p. 169

Dichas medidas incluirán, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función.

De la disposición aludida vemos que la ley no define qué es una medida de compensación propiamente tal, sino que nos entrega su finalidad y los elementos que deben contener.

La palabra “compensar”, sin embargo, está definida por la RAE como: “Igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra” o “Dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado.” Por lo tanto, el Reglamento entiende las medidas de compensación como el reemplazo de un bien que se ha perdido, producto de un daño ambiental, por otro de características equivalentes, considerando que debe existir una relación entre el efecto negativo generado y el efecto positivo alternativo que se pretende instalar⁸.

Las medidas de compensación ambiental se exigen dentro del marco de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) como requisito para su aprobación, a través de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) favorable, así lo establece el último inciso del artículo 16 de la LBGMA: “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”.

Ahora bien, este trabajo se centrará en el criterio de “equivalencia” que exige el artículo 100 respecto de las medidas de compensación ambiental. La definición clara de este criterio y su determinación práctica tienen una profunda importancia desde el punto de vista ambiental, porque es dicho criterio lo que le da contenido a la definición de las medidas de compensación, por lo que su delimitación no es neutral en el ámbito de la protección ambiental.

Lo anterior es fundamental, además, para la correcta concreción de la garantía constitucional del artículo 19 N°8 de la CPR, pues resulta infructuoso para la conservación del medio ambiente la exigencia de medidas de compensación sin un claro contenido ambiental. Asimismo, la definición de “equivalencia” influye en la convivencia de garantías que se trató anteriormente, pues es necesario que los titulares de los proyectos de inversión tengan una clara idea de aquello que deben compensar, en virtud del correcto ejercicio de la libertad para desarrollar actividades económicas, en consideración de la protección al medio ambiente.

El objetivo de este trabajo será dilucidar si las medidas de compensación ambiental cumplen con este criterio de equivalencia, determinar si existe, y aportar con una propuesta de definición de equivalencia en caso de no existir. Sin embargo, nuestra postura se inclina por la de que no se puede determinar si las medidas de compensación cumplen con el criterio de equivalencia debido a que no existe un criterio normativo que establezca su significado, formándose un vacío legal que impide la regularización y aplicación de este criterio.

2. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Este trabajo se desarrollará en base a al análisis crítico de distintos criterios investigativos, relativos al tratamiento y aplicación de las medidas de compensación en

⁸ Vergara y Leyton, 2015, p. 104

nuestro país y, por cierto, en el extranjero, con el fin de evaluar la presencia de un concepto normativo rector de “equivalencia” y, en caso de respuesta negativa, extraer los conceptos claves que nos entregan estos criterios para la conformación de una propuesta de definición legal de equivalencia.

En primer lugar, se analizará el tratamiento legal de las medidas de compensación en nuestro país, centrándonos en los cuerpos legales que regulan la ejecución del SEIA, tales como la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y el Reglamento del SEIA. En ellos se evaluará, en primer lugar, la existencia de un criterio normativo expreso de equivalencia. En caso de no encontrarse un criterio normativo suficiente y funcional de equivalencia, el objetivo inmediato de este trabajo será la elaboración de una propuesta de definición legal que supla este vacío, siempre y cuando sea posible obtener un resultado satisfactorio sobre la base de los criterios investigativos que se detallan a continuación:

Primero, se procederá a la búsqueda de palabras o conceptos claves en los mismos textos legales, para extraer los criterios que exige la ley a la hora de hablar de equivalencia.

Luego, se analizará la doctrina nacional relativa al SEIA y, en especial, a las medidas de compensación en nuestro país. De aquí se intentará recoger las distintas perspectivas de los autores nacionales con el fin de dilucidar la existencia del criterio normativo buscado en este trabajo, o bien, las definiciones doctrinarias que estos mismos entregan respecto a la equivalencia exigida en las medidas de compensación ambientales.

En seguida, se analizará la doctrina comparada con el fin de conocer cuál es el criterio que siguen los países que tengan un sistema de evaluación ambiental similar al nuestro; cuál es la regulación de la compensación ambiental de los impactos negativos que no hayan sido posibles de mitigar o reparar; y, por consiguiente, los criterios de equivalencia que exige cada uno de estos países.

Por último, se revisarán sentencias judiciales de los Tribunales Ambientales y de los Tribunales Superiores de Justicia, con el fin de rescatar elementos clave que permitan dilucidar la aplicación de criterios de equivalencia en los distintos procesos judiciales respectivos a la evaluación ambiental y, en específico, a las medidas de compensación ambiental.

2.1 Realidad legal de las medidas de compensación ambiental en nuestro país

En primer lugar, se analizará el tratamiento legal de las medidas de compensación ambiental en nuestra legislación, con el objetivo de verificar la existencia de un criterio o definición de equivalencia, tanto a nivel propiamente legal como reglamentario. Ahora, cabe advertir que en esta sección se tratarán exclusivamente los cuerpos legales que traten las medidas de compensación ambiental en el marco del SEIA, por lo que las compensaciones en otras leyes que traten procedimientos ambientales distintos no se tratarán en este trabajo⁹.

2.1.1 Constitución Política de la República

⁹ Existen otros cuerpos legales de derecho ambiental que regulan la compensación dentro de sus propios procedimientos, tales como el D.L. N° 701 del Ministerio de Agricultura que trata la compensación en el ámbito forestal, el DS N° 4 de 2002 del Ministerio de Salud que regula en parte la compensación de las emisiones al aire, el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana, entre otros. Estos están tratados con mayor detalle en el texto “Compensación de los Recursos Naturales en el Ordenamiento Jurídico Chileno” de los autores Javier Vergara Fischer y Patricio Leyton Florez.

Para una revisión acabada, se hace necesario comenzar por analizar las disposiciones relativas al medio ambiente en nuestra Constitución Política. El N° 8 del artículo 19 de dicho texto contiene la garantía constitucional que asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación – cuyo análisis se realizó en la sección 1.2 de este trabajo – y el N° 24 del mismo artículo, que trata el derecho de propiedad, contiene en su segundo inciso la facultad del legislador para establecer restricciones al aludido derecho por distintos motivos, entre ellos, la conservación del patrimonio natural¹⁰.

Si bien es evidente que del texto de las dos disposiciones citadas no es posible extraer un tratamiento específico de medidas de compensación ambientales y menos de equivalencia, sí se denotan ciertos elementos importantes que rigen en cierto modo la aplicación de las medidas de compensación, especialmente en lo relativo al **principio de reserva legal** que consagra la Constitución al momento de tratar la protección del medio ambiente.

El principio de reserva legal, según el cual “determinadas materias sólo pueden ser abordadas por una norma de rango legal, y jamás por preceptos de inferior jerarquía”¹¹, se manifiesta expresamente en las disposiciones constitucionales antes referidas, específicamente en los segundos incisos de las citadas. Cabe preguntarse ahora, cuál es la relación entre el principio de reserva legal en materia ambiental con la búsqueda de definición de equivalencia en las medidas de compensación ambiental, elemento central de este trabajo.

Dicha relación se encuentra en que, en virtud de este principio, es necesario que el criterio de equivalencia en las medidas de compensación ambiental esté regulado en una norma de rango legal, pues, de cierto modo, la exigencia de la equivalencia en la compensación ambiental comprende una restricción a la libertad del titular del proyecto de inversión, en cuanto implica una inversión activa por parte del titular para compensar un daño o impacto significativo que no haya sido posible de mitigar o reparar.¹²

En síntesis, nuestra Constitución no nos entrega una definición normativa de equivalencia en el marco de las medidas de compensación ambiental pero sí zanja un elemento fundamental en cuanto a la consagración del principio de reserva legal en materia ambiental, lo que trae como consecuencia principal que la definición de equivalencia tiene que estar tratada en una norma de rango legal por cuanto constituye una especie de limitación de los derechos o libertades de los titulares de los proyectos de inversión en orden a la protección del medio ambiente.

2.1.2 Ley de Bases Generales del Medio Ambiente

Nos compete ahora analizar la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente promulgada el año 1994, la cual, según su mensaje presidencial, tiene por principal objetivo “darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.”¹³ Así, la referida ley dispone en su artículo primero:

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio

¹⁰ Chile, Constitución Política de la República, artículo 19 n° 24

¹¹ Fermandois, 2001, p. 288

¹² Bermúdez, 2018, p. 286

¹³ Mensaje presidencial, ley 19.300

ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia.¹⁴

La aludida ley se compone de disposiciones “bases” o “marco” que regulan las principales materias que se desprenden de las normas constitucionales que protegen el medio ambiente. Dentro de estas materias, se encuentra la evaluación ambiental de los proyectos de inversión, para lo cual la LBGMA constituye el SEIA, sin perjuicio de que este último regula con mayor profundidad en el Reglamento, dictado a través del DS N°40 de 2012.

El tratamiento del SEIA en la LBGMA se enmarca específicamente en el Párrafo 2° del Título II “de los Instrumentos de Gestión Ambiental”, entre los artículos 8 y 25 sexies. Dicho párrafo comienza sometiendo a todos los proyectos que quepan dentro de las tipologías establecidas en el artículo 10 al SEIA, debido a que se consideran “susceptibles de causar impacto ambiental”¹⁵. Luego, el artículo 11 se centra en los efectos y características de los proyectos mencionados en el artículo anterior, sometiendo a aquellos que cumplan con alguno de sus numerales a evaluación a través de un Estudio de Impacto Ambiental¹⁶

El criterio que establece el artículo 11 de la LBGMA para someter a determinados proyectos a un EIA es el de presentar o generar un impacto significativo, lo cual implica que, en virtud de los contenidos obligatorios de los EIA establecidos en el artículo 12 de la misma ley, los titulares deberán ofrecer medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos presentados o generados.¹⁷ Estas medidas deberán ofrecerse a través de un plan, el cual, de no presentarse, impedirá que el proyecto en su totalidad sea aprobado.¹⁸

Ahora bien, el tratamiento de las medidas de compensación en la referida ley se limita a pocas disposiciones, y su contenido consiste básicamente en la obligatoriedad de estas en el marco de los EIA. No existe en la ley un criterio claro o una definición de equivalencia, sin embargo, existen ciertos elementos importantes que aclaran, en cierto sentido, la intención del legislador respecto a la compensación ambiental.

En primer lugar, el artículo 2 de la LBGMA establece las definiciones de aquellos conceptos claves que regirán la aplicación de la misma. En ella nos interesa la definición de Reparación, a saber: “la acción de **reponer** el medio ambiente o uno o más de sus componentes 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”¹⁹.

Si bien el concepto de Reparación no es equivalente a Compensación, es posible rescatar algunos elementos de la definición legal a modo de analogía. En este sentido, resaltan los conceptos de “reponer” y “reestablecer”, los cuales demuestran las directrices de actuación que deben tomar los titulares de los proyectos respecto de los daños ambientales causados directa o indirectamente por sus proyectos.

En segundo lugar, el artículo 16 en su último inciso ofrece una regla en cuanto a quién es el responsable del daño y, por consiguiente, de su mitigación, reparación y compensación. Así, este inciso dispone:

¹⁴ Chile, ley 19.300, art. 1

¹⁵ Chile, ley 19.300, art. 10

¹⁶ Chile, ley 19.300, art. 11

¹⁷ Guijón y Puschel, 2012, p. 3

¹⁸ Chile, ley 19.300, art. 16 inc ultimo

¹⁹ Chile, ley 19.300, art. 2 letra s)

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.

Por lo tanto, los efectos de los proyectos sometidos a la evaluación a través de un EIA serán soportados por su titular, quien deberá hacerse cargo de ellos a través de la proposición de medidas de mitigación, reparación y compensación. Esto es fundamental al momento de determinar a los responsables de que dichas medidas, en este caso de compensación, cumplan efectivamente con la equivalencia exigida, pues de esta manera se hace posible exigir su cumplimiento..

A modo de resumen, la LBGMA delimita el marco jurídico para la concreción de la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, estableciendo las principales pautas de actuación tanto para el sector público como el privado, en orden a la protección del referido derecho y al cumplimiento del mandato que el mismo encomienda al Estado²⁰.

Esta ley, sin embargo, no entrega una definición del concepto de equivalencia en el marco de las medidas de compensación ambiental, pero sí ofrece ciertos elementos importantes para la eventual definición de equivalencia, tales como la obligación de “reponer” y “reestablecer” que por analogía se aplican a la compensación; y la carga de mitigar, reparar y compensar los efectos producidos por una actividad o proyecto recaída en el titular.

De este modo, sabemos que, en virtud de esta ley, la equivalencia exigida por las medidas de compensación ambiental deben, en cierto sentido y por analogía, reponer o reestablecer algo, es decir, volver a una cierta situación que existía antes del daño causado; y, en cuanto a la responsabilidad, son los titulares de los proyectos o actividades quienes deben cerciorarse de que las medidas de compensación cumplan con dicha equivalencia.

2.1.3 Reglamento del SEIA

En esta sección se estudiará el DS N° 40 de 2012 o el Reglamento del SEIA cuyo texto regula en detalle la ejecución y aplicación del SEIA, determinando así, su ámbito de aplicación en su artículo primero:

El presente Reglamento establece las disposiciones por las cuales se regirá el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Participación de la Comunidad en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad con los preceptos de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.²¹

Es en dicho reglamento donde se tratarán con mayor profundidad las medidas de compensación ambiental; de hecho, la primera vez que se habla de equivalencia en el ámbito de la evaluación ambiental es en este texto, sin embargo, en esta sección se revisará si es que existe una definición de equivalencia. En caso de negativa, se rescatarán los elementos y conceptos clave para su eventual definición.

²⁰ Mensaje presidencial ley 19.300

²¹ Chile, DS N° 40 de 2012, artículo 1

En primer lugar, el artículo 18 establece los contenidos mínimos para la confección de los EIA, dentro de los cuales se incluye la elaboración de un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación, cuyo objetivo principal recae en “eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos del proyecto o actividad.”²² Tal como se mencionó anteriormente, los proyectos o actividades que se consideran como causantes de impactos ambientales son aquellos que caben dentro de las tipologías del artículo 11 de la LBGMA²³.

Por otro lado, las medidas de compensación ambiental se definen en el artículo 100 del RSEIA de la siguiente manera:

Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar.

Dichas medidas incluirán, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función.

Como ya se mencionó anteriormente, esta definición hace referencia principalmente a la finalidad de las medidas de compensación, mas no a su naturaleza. De todas formas sigue siendo fundamental para la determinación de su aplicación, especialmente para la definición de su criterio principal: la equivalencia.

Por último, el artículo 101 delimita el ámbito territorial en donde deben adoptarse las medidas, o bien, el lugar físico en donde deberán realizarse, y en el caso de las de compensación, estas deberán llevarse a cabo “en las áreas o lugares en que los impactos significativos se presenten o generen o, si no fuera posible, en otras áreas o lugares en que resulten efectivas.”²⁴

Volviendo a la definición, si bien no se identifica una definición como tal de equivalencia, sí es posible rescatar conceptos importantes que determinarán el criterio utilizado por el legislador para determinar su aplicación.

En primer lugar, la finalidad de las medidas de compensación es producir un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso o negativo, lo cual revela que debe existir una relación directa entre el efecto negativo generado por el proyecto o actividad y el efecto positivo alternativo²⁵. Esto implica que la equivalencia exigida tiene que tener relación con las consecuencias negativas reales producidas por el proyecto o actividad, y no con parámetros abstractos.

En segundo lugar, en cuanto a la procedencia de las medidas de compensación, el texto aludido establece que deberán aplicarse cuando el efecto adverso identificado no sea posible de mitigar o reparar. Esto significa que los conceptos de reparación y compensación son esencialmente distintos, puesto que la reparación implica una reposición de uno o más componentes del medio ambiente o un restablecimiento de sus propiedades básicas²⁶, mientras que la compensación implica la creación de un efecto positivo alternativo, o sea, distinto al efecto negativo causado.

²² Chile, DS N° 40 de 2012, artículo 18 letra i)

²³ Chile, DS N° 40 de 2012, artículo 18 letra g)

²⁴ Chile, DS N° 40 de 2012, artículo 101 inc ultimo

²⁵ Vergara y Leyton, 2015, p. 105

²⁶ Chile, ley 19.300, artículo 2

Por último, el segundo inciso del artículo 100 dispone que las medidas de compensación deberán incluir la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función. Esto es fundamental para la definición de equivalencia, puesto que da un contenido más detallado de qué es lo que las medidas de compensación deberán realizar en la práctica, en virtud de la equivalencia y la alternatividad que las caracteriza.

En síntesis, el RSEIA es el cuerpo normativo que más detalle emplea en la definición y aplicación de las medidas de compensación ambiental. Sin embargo, de su análisis no ha sido posible encontrar una definición como tal de la equivalencia exigida en la definición de medidas de compensación. Lo anterior sin perjuicio de los elementos fundamentales rescatados para su eventual definición: primero, la relación efecto negativo/positivo; luego, la procedencia de las medidas que deben ser equivalentes; seguido de la calificación de los elementos a sustituir; y, por último, el lugar donde deben llevarse a cabo las medidas.

2.1.4 Conclusiones

Del análisis de los cuerpos normativos relativos a la evaluación ambiental, especialmente, a la aplicación de las medidas de compensación ambiental en el marco del SEIA, se examinó la existencia de una definición del criterio de equivalencia, el cual se exige en la aplicación de dichas medidas para la posterior aprobación del proyecto o actividad a través de una RCA favorable.

El resultado fue negativo, en el sentido de que no se encontró una definición legal clara del concepto aludido, por lo que se procedió a rescatar o extraer elementos importantes de las normas revisadas para una eventual definición legal de equivalencia. Si bien estas no necesariamente se refieren a la equivalencia, sí son directrices claves que evidencian la tendencia legislativa que ha tomado el derecho ambiental respecto a la compensación ambiental.

Respecto a la Constitución Política de la República, se analizaron las garantías constitucionales de los números 8 y 24 del artículo 19, del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del derecho de propiedad, respectivamente. De estos se concluyó que en materia ambiental rige el principio de reserva legal, lo cual implica que cualquier restricción o limitación de derechos deberá ser en virtud de una ley; por lo tanto, en materia de compensación ambiental, su regulación debe ser en virtud de una disposición legal, lo que implica que el criterio de equivalencia debería ser tratado en una ley.

Luego, respecto a la LBGMA, se extrajeron ciertos conceptos que delimitan la aplicación de la compensación ambiental, a la vez de determinar algunas aristas de la definición de equivalencia. Así, se concluyó que en la definición de reparación resaltan los conceptos de “reposición” y “restablecimiento” que, si bien corresponden a la reparación, pueden aplicarse por analogía al concepto de compensación y, a su vez, al de equivalencia. Asimismo, se determina que la carga de los efectos negativos producidos recae sobre el titular del proyecto o actividad, estableciendo, por lo tanto, que son ellos quienes deben aplicar las medidas de compensación y quienes deben hacerse cargo de que aquellas sean equivalentes.

Por último, respecto al RSEIA, se extrajeron ciertas reglas o directrices en cuanto a la relación que debe existir entre el efecto negativo generado y el efecto positivo alternativo de las medidas; además de que las medidas de compensación proceden siempre que los efectos negativos no sean posibles de mitigar o reparar, lo cual separa estos conceptos de la compensación y determina que es la medida de compensación es la que debe ser equivalente;

se calificó cómo deben ser los elementos que se deben sustituir, dándole una especie de contenido a la equivalencia; y, por último, se determina el lugar en donde deben realizarse dichas medidas.

Los elementos mencionados serán útiles para una eventual definición legal de equivalencia, en vista de que no se encontró una dentro de los cuerpos normativos analizados en este acápite. Respecto a esto, cabe recalcar la necesidad de una definición legal de equivalencia debido a que el principio de reserva legal que rige en materia ambiental, exige que cualquier restricción o limitación de derechos debe hacerse en virtud de una ley, y, entendiendo que las medidas de compensación comprenden en cierto sentido una limitación a la libertad de los titulares de los proyectos de inversión, es necesario que se defina legalmente cuál es el criterio material que debe seguirse en las medidas de compensación ambiental.

2.2 La equivalencia en la doctrina nacional

En virtud del objetivo de este trabajo, ya se concluyó en la sección anterior que no existe un criterio normativo de equivalencia en materia de compensación ambiental, por lo que esta sección intentará destacar los criterios más utilizados por la doctrina nacional para la aplicación de esta exigencia. Es por esta razón que se hace necesario atender a los estudios de algunos autores nacionales, quienes, refiriéndose a la compensación ambiental, han aportado con diversos criterios y perspectivas sobre la naturaleza de la equivalencia ambiental que serán verdaderos insumos para la redacción de una definición de acuerdo a los objetivos de este trabajo.

2.2.1 Principio de Jerarquía de Medidas

La Jerarquía de Medidas consiste, en pocas palabras, en que existe un orden de prelación respecto a las medidas de mitigación, reparación y compensación, siendo esta última considerada por la doctrina como “subsidiaria”²⁷, aplicable exclusivamente a los llamados “impactos residuales”²⁸. Este principio, si bien ha sido desarrollado con mayor profundidad en la doctrina, se encuentra presente en el RSEIA, específicamente en el artículo 100, en cuanto establece que las medidas de compensación proceden cuando exista un efecto negativo “que no sea posible de mitigar o reparar.”²⁹

Las implicancias de esta jerarquía radican en el carácter de las medidas de compensación como de *ultima ratio*, pues deben aplicarse sobre aquellos impactos ambientales que no hayan sido posibles de mitigar o reparar. En este sentido, en cuanto al orden que deben seguir la Jerarquía de Medidas, “los proyectos deben, en primer lugar, mitigar sus impactos, esto es, evitar o disminuir los impactos de los proyectos, o repararlos, o sea, reponer los componentes afectados a un estado similar al que tenían con anterioridad. Solo en caso que no se factible mitigar o reparar los impactos se deben presentar medidas de compensación.”³⁰

²⁷ Vergara y Leyton, 2015, p. 109

²⁸ Leyton y Salamanca, 2018, p. 10

²⁹ Chile, DS N°40 de 2012, artículo 100

³⁰ Leyton y Salamanca, 2018, p. 26

Lo anterior se traduce en que las medidas de compensación y, en consecuencia, la equivalencia que se les exige, debe ser congruente con el principio de jerarquía de medidas en el sentido de que la compensación no debe confundirse con la reparación o con la mitigación, por ende, la equivalencia de la primera no debe confundirse con la reposición o restablecimiento de la reparación, ni con la minimización de la mitigación.

2.2.2 Principio de Equivalencia en sentido estricto

Este principio se refiere principalmente al estado del medio ambiente posterior a la medida de compensación, y, en ese sentido, el principio de equivalencia implica que “en el balance del bien perdido respecto del bien generado, no puede haber una pérdida global para el medio ambiente”³¹, así, la compensación equivalente radica en que el efecto positivo alternativo que la medida genere debe anular el daño generado por el impacto negativo ambiental. Este principio se encuentra íntimamente relacionado con el concepto de “pérdida neta nula”³².

Ahora bien, la equivalencia en sentido estricto supone que la exigencia de las medidas de compensación es exclusivamente ser, en definitiva, equivalente, lo cual no puede significar que la autoridad exija un estándar mayor respecto a la compensación. Esto debido a que dicho aprovechamiento podría significar un gravamen excesivo a la empresa³³ o una tergiversación del sistema de incentivos del SEIA.

Este principio además fundamenta el descarte de la posibilidad de compensar con medios o recursos de distinta naturaleza a los menoscabados por el impacto negativo del proyecto sometido al SEIA; esto, debido a que se pretende evitar el beneficio económico de otros proyectos u actividades, del Estado o de otros titulares, a modo de “compensación ambiental”³⁴; en consecuencia, “en ningún caso la compensación ambiental puede consistir en la implementación de medidas que compensen a la colectividad mediante servicios no ecológicos (...)”³⁵.

2.2.3 Principio de Cercanía

La cercanía, en el marco de la compensación ambiental, determina el lugar o, más bien, las características del lugar geográfico en donde deben aplicarse las medidas de compensación ambiental. El RSEIA ya zanja de alguna manera cuáles son los lugares en donde debe llevarse a cabo la compensación, los cuales deben ser “las áreas o lugares en que los impactos significativos se presenten o generen o, si no fuera posible, en otras áreas o lugares en que resulten efectivas”³⁶.

Ahora, cabe preguntarse cuáles áreas o lugares resultan efectivos para el resultado de las medidas, cuando se trata, por cierto, de aquellos distintos al directamente afectado. Respecto a esto, la doctrina ha estado de acuerdo en que el lugar donde se realicen las medidas

³¹ Vergara y Leyton, 2015, p. 110

³² Puschel y Guijón, 2012, p. 4

³³ Vergara y Leyton, 2015, p. 111

³⁴ Vergara y Leyton, 2015, p. 111

³⁵ Femenías, 2017

³⁶ Chile, RSEIA, art. 101

de compensación debe “estar a una distancia razonable del lugar donde se produjo la afectación”³⁷.

El RSEIA originalmente no permitía que la compensación se realizara en lugares distintos de la zona afectada, lo cual generaba una situación compleja para la compensación, especialmente para la de biodiversidad, pues “si un proyecto genera impactos a la biodiversidad comprendida en su área de influencia –las áreas o lugares en que se producen los efectos adversos significativos–, difícilmente se podrá compensar con la protección o recuperación de los componentes de biodiversidad afectados en los mismos espacios o lugares en que se produce esa afectación”³⁸.

Es por esta razón que se ha llegado al acuerdo de que aquellos lugares que sean distintos al área de influencia y en los cuales se realicen medidas de compensación por los daños causados en dicha área, deben encontrarse lo más cerca posible³⁹ o, por lo menos, considerar un vínculo geográfico entre ambos⁴⁰.

2.2.4 Principio de Adicionalidad

El principio de adicionalidad consiste en que debe existir un beneficio o ganancia neta⁴¹, la cual no se hubiese producido de no existir la medida de compensación⁴². Esto está directamente relacionado con el efecto positivo alternativo que deben cumplir las medidas de compensación ambiental en virtud del contenido del RSEIA.

En otras palabras, la adicionalidad implica que los beneficios ambientales generados por la compensación deben ser adicionales a los beneficios que habrían ocurrido de todas formas, en ausencia de las medidas de compensación. Esto asegura que los recursos destinados a la compensación ambiental resulten en verdaderas mejoras y no simplemente en una contabilidad ficticia de beneficios que ya estaban previstos sin necesidad de las medidas compensatorias.

2.2.5 Naturaleza o contenido de las medidas de compensación ambiental

Por último, es importante mencionar que las medidas de compensación ambiental deben ser de naturaleza – como su nombre lo dice – puramente ambiental, en el sentido de que no cabe la indemnización monetaria a nombre de compensación por daño ambiental⁴³.

Esto repercute en que la naturaleza de la equivalencia con que deben cumplir dichas medidas debe ser ambiental o ecológica, de modo que “(la compensación) equivale a una especie de permuta en la que el bien dañado se sustituye por otro equivalente desde el punto de vista ecológico, a modo de intercambio o permuta lato sensu de recursos naturales”⁴⁴.

Lo anterior se relaciona con lo dispuesto en el RSEIA, en el inciso 2 de su artículo 100, cuando establece que las medidas de compensación deben contener “entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de

³⁷ Vergara y Leyton, 2015, p. 111

³⁸ Puschel y Guijón, 2012, p. 6

³⁹ Puschel y Guijón, 2012, p. 6

⁴⁰ Femenías, 2017

⁴¹ Alonso, Chamas, Ayala, 2020, p. 28

⁴² Leyton y Salamanca, 2018, p. 10

⁴³ Femenías (2017)

⁴⁴ Femenías, 2017

similares características, clase, naturaleza, calidad y función”⁴⁵. Este parámetro resulta muy útil para la determinación del contenido de dichas medidas, en cuanto establece que el criterio que debe regir para su confección – equivalente – es uno de naturaleza física o ecológica, mas no una monetaria o de otro tipo⁴⁶.

2.2.6 Conclusiones

En la doctrina nacional sobre compensación ambiental, la equivalencia se aborda a través de varios principios clave. Primero, el Principio de Jerarquía de Medidas establece un orden de prelación en las acciones ambientales: primero la mitigación, luego la reparación y, finalmente, la compensación para los impactos residuales que no pueden ser mitigados o reparados. Este enfoque subraya que la compensación es una medida de último recurso y no debe confundirse con la mitigación o reparación, sino que debe ser congruente con este orden jerárquico.

Luego, el Principio de Equivalencia en sentido estricto se enfoca en asegurar que las medidas de compensación resulten en un balance ambiental neto sin pérdidas. Esto implica que el beneficio generado por la compensación debe anular el daño causado, evitando un gravamen excesivo a las empresas y asegurando que las medidas no se realicen mediante recursos distintos a los afectados. Asimismo, el Principio de Cercanía sugiere que las medidas de compensación deben aplicarse lo más cerca posible al área afectada, manteniendo un vínculo geográfico razonable para garantizar su efectividad.

Además, el Principio de Adicionalidad exige que los beneficios de la compensación sean adicionales a los que habrían ocurrido sin las medidas, asegurando mejoras ambientales reales. Por último, las medidas deben ser de naturaleza puramente ambiental, no monetaria, garantizando que los recursos naturales dañados se sustituyan por otros de características y funciones similares, conforme a lo estipulado en el RSEIA. Estos principios aseguran que la compensación ambiental sea efectiva, específica y verdaderamente beneficiosa para el medio ambiente.

Los anteriores principios comprenden en gran medida lo que se ha escrito en la doctrina nacional respecto a la compensación ambiental, lo cual, a su vez, tiene directa repercusión en la equivalencia que deben cumplir las medidas de compensación ambiental. De esta manera, los aludidos serán guías útiles para la definición del concepto de equivalencia.

2.3 Análisis internacional de las Medidas de Compensación Ambiental

En esta sección se analizará el tratamiento de las Medidas de Compensación Ambiental a nivel internacional, con especial atención a los criterios de equivalencia o similares que se utilicen para la actividad compensatoria. El objetivo de este acápite es encontrar criterios comparados comunes respecto a la compensación, especialmente, al criterio de equivalencia y, así, intentar extraer conceptos clave para una eventual definición de equivalencia a nivel normativo en nuestro país.

⁴⁵ Chile, RSEIA, art. 100

⁴⁶ Femenías, 2017

En este sentido, se utilizará principalmente un trabajo realizado por la CEPAL⁴⁷ en donde se realiza un cuadro comparativo con las principales aristas de la legislación ambiental de los países andinos Chile, Argentina, Bolivia, Perú y Colombia; cabe mencionar que la elección de estos países se funda en que presentan institucionalidades ambientales similares⁴⁸, sin perjuicio de ciertas diferencias que no se abarcarán a profundidad en este trabajo.

2.3.1 Argentina

La legislación ambiental en Argentina se sustenta en el Artículo 41 de la Constitución de 1994, que garantiza el derecho a un ambiente sano y equilibrado. La Ley General del Ambiente N° 25.675, sancionada en 2002, es la normativa marco que introduce el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) para todas las actividades susceptibles de afectar significativamente el ambiente.

Esta ley también establece la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental y someterlo a evaluación antes de la ejecución de cualquier proyecto que pueda degradar el entorno. El Sistema Federal Ambiental y el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) coordinan las políticas ambientales entre las jurisdicciones nacional, provinciales y la Ciudad de Buenos Aires.

Ahora bien, las compensaciones ambientales en biodiversidad en Argentina se rigen por una serie de principios, como la jerarquía de mitigación, la equivalencia ecológica y la sostenibilidad. Estas compensaciones se aplican a impactos residuales negativos después de haber implementado medidas para evitar, minimizar y restaurar daños. No todos los impactos pueden ser compensados, y en casos de daños irreparables, como la extinción de una especie, las compensaciones no son viables. Las compensaciones suelen dirigirse a la creación o fortalecimiento de áreas protegidas y deben ser medidas concretas y medibles de conservación⁴⁹.

El Fondo de Compensación Ambiental, creado en 2002, y el Fondo Fiduciario de Compensación Ambiental, creado en 2018, tienen como objetivo garantizar la calidad ambiental, prevenir y mitigar efectos nocivos, y atender emergencias ambientales. Estos fondos también apoyan la protección y compensación de sistemas ecológicos. Sin embargo, la operación práctica de estos fondos es poco conocida y no se han encontrado casos de aplicación de las medidas de compensación propuestas por las guías oficiales.

En 2019, el presupuesto para la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable aumentó un 35% respecto al año anterior, aunque la inversión en cuestiones ambientales sigue siendo desproporcionadamente baja en comparación con los gastos en actividades que degradan el ambiente. A pesar de estos desafíos financieros, el marco legal y normativo para las compensaciones ambientales en Argentina busca integrar la gestión ambiental en las políticas nacionales y promover la sostenibilidad a largo plazo⁵⁰.

⁴⁷ El trabajo utilizado (V. Alonso, M. Ayala y P. Chamas, “Compensaciones por pérdida de biodiversidad y su aplicación en la minería: los casos de la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, Colombia y el Perú”, 2020) está enfocado en la compensación ambiental en el marco de la minería; sin embargo, contiene bastante información sobre la legislación ambiental general de los países andinos, a saber, Chile, Bolivia, Argentina, Colombia y Perú.

⁴⁸ Alonso, Chamas, Ayala, 2020, p. 35

⁴⁹ Alonso, Chamas, Ayala, 2020, p. 59

⁵⁰ Alonso, Chamas, Ayala, 2020, pp. 56 - 59

2.3.2 Bolivia

El Ministerio de Medio Ambiente y de Agua (MMAyA) del Estado Plurinacional de Bolivia se encarga de la gestión y administración de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), cuyos lineamientos principales se encuentran en la ley n°1333 del Medio Ambiente y en sus respectivos reglamentos, promulgados en la década de los 90; además, esta ley constituye el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SNEIA) con la finalidad de “cumplir todas las tareas referentes a la prevención ambiental, e incluye los subsistemas de legislación y normatividad, de formación de recursos humanos, de metodologías y procedimiento”⁵¹

Del análisis de los cuerpos normativos y las instituciones antes mencionadas, se concluye que no existen lineamientos claros en la legislación boliviana respecto al contenido, circunstancias y resultados esperados de la compensación ambiental. De hecho, el artículo 29 del Reglamento de Prevención y Control Ambiental la ley n°1333 establece que:

Se deberá formular medidas de mitigación para la prevención, reducción, remedio o compensación para cada uno de los impactos negativos evaluados como importantes, así como discutir alternativas y justificar las soluciones adoptadas. Por último se debe proponer el Programa de prevención y Mitigación tanto para la fase de implementación como para la de operación⁵².

Así, este artículo establece que la formulación de las medidas de mitigación tendrán como objetivo la compensación, entre otros, por lo que se confunden los conceptos de mitigación y compensación en la legislación boliviana. Lo anterior puede ser un síntoma de la poca regulación de la compensación ambiental en el país aludido y de la falta de lineamientos específicos respecto al contenido de las medidas de compensación ambiental y, por consiguiente, de los criterios a seguir en este respecto, entre ellos, la equivalencia. Sin embargo, lo que sí se puede rescatar, es el contenido del artículo 108 del Reglamento General de Gestión Ambiental de la ley n°1333, el cual dispone:

Los responsables de actividades económicas que causaren daños ambientales serán responsables de la reparación y compensación de los mismos. Esta responsabilidad persiste aún después de terminada la actividad de la que resultaren los daños⁵³.

El texto anterior se asemeja en gran medida a nuestra concepción de responsabilidad por daño ambiental, pues, del mismo modo de las medidas de mitigación, reparación y compensación, la carga recae en el titular o encargado del proyecto o actividad⁵⁴. Esto implica que el responsable, tanto en Bolivia como en nuestro país, de que las medidas sean equivalentes es el titular o el responsable de los proyectos de inversión que causen directa o indirectamente los impactos significativos en el medio ambiente.

Ahora, en cuanto a los mecanismos de compensación, es decir, aquellos que incluyen los principios que rigen la compensación, los lugares habilitados para compensar, el tiempo,

⁵¹ Alonso, Chama, Ayala, 2020, p. 38

⁵² Bolivia, Reglamento de Prevención y Control Ambiental de la ley n° 1333 del Medio Ambiente

⁵³ Bolivia, Reglamento General de Gestión Ambiental de la ley n°1333 del Medio Ambiente

⁵⁴ Chile, LBGMA, art. 16 inc. ultimo

la cantidad y otros lineamientos para la compensación, la legislación boliviana no define ni presenta mecanismos de compensación claros, por lo que no es posible extraer conceptos importantes que puedan aplicarse comparativamente en nuestro país, especialmente para nuestra tarea de la confección de la definición de equivalencia ambiental⁵⁵.

2.3.3 Colombia

El Ministerio del Medio Ambiente en Colombia ha sido objeto de variados cambios desde su creación, lo cual, se dice, ha sido causa de retardos en la creación de políticas, normas y reglamentos actualizados en materia ambiental. Sin embargo, los proyectos de inversión que generen impactos significativos deben someterse a la Evaluación Ambiental, con la finalidad de obtener una Licencia Ambiental, o bien, la autorización otorgada por los órganos competentes para ejecutar el proyecto⁵⁶.

El año 2012 el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) elaboró el “Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad”, similar a la “Guía para la Compensación de Biodiversidad en el SEIA” chilena, el cual “representa un avance importante para la implementación efectiva de las compensaciones en biodiversidad.”⁵⁷ Cabe agregar que este manual se refiere más bien a las compensaciones en el marco de la biodiversidad.

En relación a lo anterior, la doctrina colombiana ha identificado algunos problemas respecto a la realidad normativa ambiental, específicamente respecto a la compensación, en cuanto a que existen deficiencias en las normas relativas a la compensación ambiental, impidiendo la correcta identificación de los impactos ambientales, la adecuada confección de las medidas de compensación, y su posterior implementación.⁵⁸

Sin embargo, el problema identificado que, a nuestro juicio, es el más grave, es la no referencia ni obligatoriedad de la jerarquía de mitigación en la normativa relativa a la compensación ambiental distinta del “Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad”. De esta manera:

La jerarquía de la mitigación establece que los mecanismos de compensación solo deberían ser considerados para los impactos ambientales residuales, es decir, aquellos que subsisten una vez se han contemplado todas las posibles medidas de prevención, corrección y mitigación (BBOP, 2012). Ciertamente, esto no es lo mismo que decir que las compensaciones se deban aplicar solo a aquellos impactos ambientales que no puedan ser evitados, corregidos o mitigados: la primera definición implica que las compensaciones deben ser una medida de última instancia, mientras que la segunda definición implica que las compensaciones son asignadas ex ante, es decir, antes de analizar si los impactos ambientales a compensar son residuales. La ambigüedad que permite esta definición es inaceptable para cualquier norma⁵⁹.

Junto con lo anterior, se ha concluido que la legislación ambiental colombiana, sumado a lo dispuesto en el Manual, no han sido capaces de establecer los lineamientos

⁵⁵ Alonso, Chama, Ayala, 2020, p. 38

⁵⁶ Alonso, Chama, Ayala, 2020, p. 47

⁵⁷ Alonso, Chama, Ayala, 2020, p. 47

⁵⁸ Díaz, 2014, pp. 56 - 59

⁵⁹ Díaz, 2014, p. 57

necesarios para encausar los principios de pérdida neta nula, adicionalidad y sostenibilidad, específicamente, en las medidas de compensación ambiental, lo cual dista, a juicio de quien suscribe, de la normativa chilena vigente.

2.3.4 Perú

Ahora, el caso de Perú es más bien distinto, pues la institucionalidad y el contenido normativo y reglamentario que rige la compensación ambiental es bastante más profundo que el caso boliviano. Sin embargo, sigue presentando falencias graves que impiden la correcta aplicación de las medidas de compensación ambiental y, por ende, de la equivalencia.

El Sistema de Evaluación Ambiental peruano (SEIA) se encuentra a cargo del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA), dependiente, a su vez, del Ministerio del Medio Ambiente (MINAM). El SEIA cuenta con una ley y reglamento propios, a saber, la Ley 27.446 del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental publicada el año 2001; y su reglamento publicado el 2009. Asimismo, el año 2012 se publica la ley 29.968 que crea el Servicio Nacional de Certificación Ambiental, encargándose de la certificación y evaluación ambiental, así como de la aplicación de las medidas de compensación⁶⁰.

Ahora, una vez descrita su institucionalidad, a grandes rasgos, cabe referirse a la presencia de una definición de medidas de compensación, contenida en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación Ambiental de la siguiente manera:

Medidas y acciones generadoras de beneficios ambientales proporcionales a los daños o perjuicios ambientales causados por el desarrollo de los proyectos; siempre que no se puedan adoptar medidas de prevención, corrección, mitigación, recuperación y restauración eficaces.⁶¹

De esta definición se pueden extraer conceptos clave, especialmente, el concepto de proporcionalidad del beneficio generado por la medida de compensación con el daño producido. Este concepto está íntimamente relacionado con el principio de equivalencia en sentido estricto, ya analizado anteriormente⁶², en cuanto a la necesidad de equiparar o, cuantitativamente hablando, anular el daño generado con el beneficio alternativo de la medida de compensación.

Ahora bien, la palabra equivalencia con proporcionalidad no son exactamente sinónimos, pues la equivalencia exige al menos una similitud en la naturaleza del beneficio alternativo con el daño ambiental generado, como se trató en el acápite relativo a la naturaleza de las medidas de compensación ambiental⁶³. La proporcionalidad entendida restringidamente no implica que las medidas sean de naturaleza similar, sino que sólo en el valor del beneficio versus el valor del daño exista alguna relación proporcional, lo cual, en la práctica, significa que podría compensarse con medios distintos a los estrictamente ambientales o ecológicos.

Existen también en la legislación peruana, los Lineamientos para la Compensación Ambiental aprobadas por la Resolución Ministerial n°398-2014. Este documento podría

⁶⁰ Alonso, Chama, Ayala, 2020, pp. 41-42

⁶¹ Perú, Ley 27.446 del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, anexo I

⁶² Ver 2.2.2

⁶³ Ver 2.2.5

asimilarse a la Guía chilena, en el sentido de que ambas buscan “fortalecer y modernizar al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), estableciendo mecanismos que permiten garantizar el mantenimiento de la biodiversidad y la funcionalidad de los ecosistemas.”⁶⁴

Si bien estos documentos no son propiamente vinculantes – aunque en el caso de Chile se ha entendido que la Guía sí es vinculante⁶⁵ - sí entregan conceptos importantes para la apropiada compensación ambiental. Sin embargo, debido a este carácter de voluntario, el MINAM peruano no ha recibido Planes de Compensación ajustados a los lineamientos otorgados, por lo que se hace difícil la correcta aplicación de estos y, por consiguiente, la compensación ambiental adecuada⁶⁶. Creemos que esto podría ser útil también para el caso chileno, ampliando la Guía ya existente a otros ámbitos de la compensación ambiental, con el objetivo de aplicar correctamente los principios que la rigen y, por lo tanto, aplicar el concepto de equivalencia a cabalidad.

2.3.5 Conclusiones

Del análisis de los países seleccionados en esta sección, se han podido identificar pequeños diagnósticos sobre la situación normativa de la compensación ambiental en cada uno de aquellos países:

Primero, en Bolivia se consideró que legislación confunde mitigación con compensación y carece de lineamientos claros sobre las medidas de compensación ambiental, incluyendo el criterio de equivalencia. El Reglamento General de Gestión Ambiental indica que los responsables de daños ambientales deben repararlos y compensarlos, pero no define mecanismos específicos ni criterios claros para la compensación.

Luego, Perú, con un marco institucional más desarrollado, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y el documento de “Lineamientos para la Compensación Ambiental” establecen medidas de compensación basadas en la proporcionalidad de los beneficios ambientales con los daños causados. Sin embargo, la falta de obligatoriedad en estos lineamientos dificulta la correcta implementación de las compensaciones.

Por otro lado, Colombia enfrenta desafíos en la actualización y aplicación de su normativa ambiental debido a las diversas modificaciones de su institucionalidad ambiental. Sin embargo, a excepción de lo dispuesto en el "Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad" del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, es decir, respecto de las demás normas de compensación, no existe una normativa que incluya la jerarquía de mitigación, además de que su implementación es deficiente y no se han establecido lineamientos claros para asegurar una pérdida neta nula de biodiversidad.

Por último, Argentina garantiza el derecho a un ambiente sano en su Constitución y regula las compensaciones ambientales mediante la Ley General del Ambiente N° 25.675. Las compensaciones se aplican a impactos residuales después de intentar evitar, minimizar y restaurar daños. Los principios de jerarquía de mitigación, equivalencia ecológica y sostenibilidad son fundamentales. Sin embargo, la práctica y el funcionamiento de los fondos

⁶⁴ Alonso, Chama, Ayala, 2020, pp. 42-43

⁶⁵ Olivares, 2018, p. 100

⁶⁶ Alonso, Chama, Ayala, 2020, p. 46

de compensación ambiental son poco conocidos y la inversión en cuestiones ambientales es baja.

En síntesis, es posible concluir que los puntos comunes entre los distintos países es la aplicación de ciertos principios en materia compensatoria, tales como la jerarquía de medidas o mitigación, la pérdida neta neta, entre otros. Además, se puede reconocer el esfuerzo de estos países de crear documentos guías para la confección de medidas o de planes de compensación ambiental y, aunque estos recaigan casi exclusivamente en la compensación a la biodiversidad, sería interesante la ampliación de dichas guías a otros aspectos de la compensación ambiental, con la finalidad de uniformar los criterios y mejorar la implementación de la compensación.

2.4 Jurisprudencia ambiental y medidas de compensación

Es menester revisar en esta sección lo que han fallado los tribunales, tanto ambientales como superiores, en cuanto a las medidas de compensación ambiental, especialmente en lo respectivo al criterio de equivalencia exigido por el RSEIA. El objetivo de esta sección será dilucidar, en primer lugar, la postura que han tomado los tribunales en cuanto al contenido y aplicación de las medidas de compensación; y, en segundo lugar, el criterio que ha seguido la justicia respecto al concepto de equivalencia para su posterior propuesta; todo esto a través del análisis de sentencias judiciales.

Cabe advertir que existe muy poco tratamiento de la compensación ambiental en los tribunales ambientales y, por cierto, en los superiores de justicia. Creemos que esto se debe a la poca regulación de la compensación, así como su deficiente seguimiento, lo cual impide o hace más difícil la prosecución del cumplimiento de los estándares de la compensación ambiental.

A modo general, existen autores que reconocen un avance en la jurisprudencia ambiental, en el sentido de que se ha evolucionado en la utilización de conceptos y categorías propiamente ambientales, dejando de lado las puramente civiles. Esto es fundamental para el avance jurisprudencial en materia de compensación ambiental⁶⁷.

Sin embargo, estos mismos autores reconocen como desafío pendiente, en el sentido de que la jurisprudencia no ha logrado identificar los elementos importantes y existen lineamientos más bien difusos, respecto de “los criterios para comprender cuándo es posible o se ha logrado restablecer la calidad similar o las propiedades básicas del ecosistema o componente afectado y, en consecuencia, las medidas de reparación in natura o en compensación adecuadas.”⁶⁸

2.4.1 Sentencia de causa Rol R N° 38-2014 del Segundo Tribunal Ambiental

Esta sentencia recae sobre una causa de procedimiento de reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental, en virtud de un reclamo de ilegalidad interpuesto por el Fisco de Chile en contra de la Resolución Exenta N°330 de 2014 emitida por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA), la cual acogió parcialmente un recurso de reposición en contra de otra resolución, recalificando la infracción cometida por el Ministerio

⁶⁷ Moraga y Delgado, 2021, p. 298

⁶⁸ Moraga y Delgado, 2021, p. 298

de Obras Públicas (en adelante, MOP) de grave a leve, reemplazando una multa anterior para condenar a una de 440 UTA.

Respecto a los antecedentes de la causa, de manera resumida, la SMA condenó a una multa de 1.858 UTA por el incumplimiento por parte del MOP de una medida de compensación contenida en la RCA que calificaba su proyecto como favorable. Esta medida consistía en la incorporación de 100 hectáreas a la “Reserva Nacional Las Chinchillas” en el marco del proyecto “Construcción y Mejoramiento Ruta D-705, Sector Illapel-Auco-Los Pozos, IV Región” calificado favorablemente mediante la RCA N°42 de 22 de febrero de 2002, del cual el MOP es titular.

Ahora, en la parte considerativa de la sentencia, se dedican los considerandos trigésimo primero al trigésimo séptimo para referirse al SEIA y las medidas de compensación de biodiversidad. Así, el tribunal enumera las normas relativas a la compensación ambiental y, luego, se refiere a los principios contenidos en dichas normativas.

En primer lugar, el tribunal establece en su considerando trigésimo sexto, que, en virtud a lo dispuesto en la Guía para la Compensación de Biodiversidad en el SEIA, en conformidad al artículo 100 del RSEIA, “las medidas de compensación se aplican sólo a los impactos residuales o remanentes luego que se han aplicado medidas para mitigar (evitar, minimizar) o reparar los impactos”⁶⁹. De esta manera, el tribunal hace referencia evidente al principio de jerarquía de mitigación.

Luego, se refiere a que, en conformidad al mismo artículo 100 del RSEIA, las medidas de compensación deben ser equivalentes, a lo cual le da el significado de “pérdida neta cero”, lo cual ya fue analizado en el principio de equivalencia en sentido estricto. Asimismo agrega, citando a la Guía, que: “no sólo se requiere que los elementos impactados y compensados pertenezcan al mismo nivel de organización, sino que sean además de similar naturaleza y tengan similar función, calidad y características.”⁷⁰

Finalmente, frente al incumplimiento por parte del MOP de la medida de compensación propuesta, el tribunal zanjó su responsabilidad y rechazó en todas sus partes la reclamación con costas.

De la lectura de la sentencia aludida, se puede extraer que el Segundo Tribunal Ambiental consideró como elementos fundamentales de la compensación ambiental, por un lado, el principio de jerarquía de medidas y, por otro, el principio de equivalencia o de “pérdida neta cero”. Esto es crucial para elaborar una definición normativa de equivalencia, pues son propiamente los tribunales quienes aplican el derecho, por lo que sus consideraciones son una guía o, por lo menos, una pista para entender la aplicación de la normativa ambiental, en este caso, del contenido de las medidas de compensación ambiental.

2.4.2 Sentencia de causa Rol N° R-20-2020 del Tercer Tribunal Ambiental

Esta sentencia recae sobre dos reclamaciones realizadas en contra una misma resolución, a saber la Resolución Exenta N° 20201610121 del 2 de junio de 2020, emitida por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Ñuble. Señala el tribunal, de esta comisión, que:

(...) resolvió rechazar la solicitud de invalidación del art. 53 de la Ley 19.880 dirigida contra la Res. Ex. N° 289, de 10 de octubre de 2018 (RCA del proyecto), de la Comisión de

⁶⁹ Chile, Segundo Tribunal Ambiental, Sentencia 7/05/2015

⁷⁰ Chile, Segundo Tribunal Ambiental, Sentencia 7/05/2015

Evaluación Ambiental de la Región del Biobío, que calificó ambientalmente favorable el EIA del proyecto “Línea de Transmisión 1x220 KV Punilla–San Fabián”, cuyo titular es actualmente el Ministerio de Obras Públicas⁷¹.

A modo de un breve resumen, las reclamaciones realizadas refieren a que en la evaluación ambiental, en este caso, favorable sobre el proyecto en cuestión, se hallan diversos vicios que ameritarían la reclamación; estos son, riesgos asociados al proyecto como riesgo de incendios, caída de torres, remoción en masa, etc; impactos sinérgicos o acumulativos; impactos sobre flora y fauna, específicamente sobre el huemul y ciertas especies de aves, así como la flora local, etc.

Si bien el tribunal finalmente rechaza en gran medida las alegaciones de los reclamantes, en el considerando cuadragésimo noveno de la sentencia aludida, se determina un elemento bastante interesante en cuanto a la equivalencia de la compensación ambiental. Así, el tribunal establece:

Que, como se puede apreciar, para que opere la compensación se requiere que la autoridad administrativa realice una **comparación entre los componentes ambientales que resultarán afectados por la ejecución del proyecto y aquellos que el titular ofrece en sustitución de los mismos**. Este ejercicio comparativo resulta esencial para verificar si el efecto positivo que se producirá con las medidas de compensación **resulta equivalente** al efecto adverso identificado, es decir, si las medidas pueden calificarse de apropiadas. El análisis de esta equivalencia debe realizarse en el contexto del procedimiento de evaluación ambiental, dado que, según el art. 16 inciso final de la Ley N° 19.300, un EIA debe ser aprobado sólo si, haciéndose cargo de los efectos del art. 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En otras palabras, la ponderación de si las medidas propuestas para compensar impactos significativos son idóneas y apropiadas es una condición para la calificación favorable del proyecto sometido a evaluación.

En este sentido, el tribunal reconoce que debe existir una ponderación por parte de la autoridad del efecto adverso identificado en el EIA con el beneficio alternativo propuesto en la medida de compensación, estableciendo un deber de carácter más bien técnico por parte de las autoridades con competencia ambiental en orden a la concreción de la equivalencia de la medida propuesta.

Esto es importante en el sentido de que, si bien el titular es el responsable por ley del diseño e implementación de las medidas de compensación ambiental, la autoridad no es neutral al momento de evaluar dicha medida, por lo que el ejercicio de reconocimiento de la equivalencia en una medida de compensación pasa por un doble filtro: primero, por la propuesta sería que debe realizar el titular, y luego por la autoridad ambiental.

2.4.3 Conclusiones

Como ya se mencionó anteriormente, la compensación ambiental, su contenido y aplicación, se encuentra poco tratado por la jurisprudencia judicial, y, por consiguiente, el tratamiento del concepto de equivalencia tiene poco o nulo desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, de las sentencias indicadas se pueden extraer ciertos conceptos o ideas comunes

⁷¹ Chile, Tercer Tribunal Ambiental, Sentencia 8/02/2024

que orientan la concepción del criterio de equivalencia ambiental en el ordenamiento chileno, y que, por lo tanto, serán de utilidad para la propuesta de definición de dicho concepto.

En la primera sentencia citada, la que resuelve la causa de Rol N° R-38-2014 del Segundo Tribunal Ambiental, se recoge por parte del sentenciador los principios de jerarquía de mitigación o de medidas, aquel por el cual la compensación se entiende como una medida de *ultima ratio* aplicable sobre los impactos negativos que no hayan sido posibles de mitigar o reparar; y, el principio de equivalencia en sentido estricto, aquel que se entiende como el resultado entre el daño causado y el beneficio alternativo debe comprender una “pérdida neta nula o cero”.

En el caso de la segunda sentencia, aquella que resuelve la causa de Rol N° R-20-2020 del Tercer Tribunal Ambiental, se entrega un elemento interesante en cuanto al deber de la autoridad de realizar una ponderación entre el daño identificado por el titular del proyecto de inversión y el beneficio propuesto en virtud de la medida de compensación ambiental. Todo esto en la misma lógica de equivalencia, respecto a la obtención de la “pérdida neta cero”.

En conclusión, la jurisprudencia no ha desarrollado un concepto de equivalencia propiamente tal que pueda servir para su incorporación a la normativa ambiental; pero sí ofrece ciertos principios rectores respecto de este criterio que serán útiles para la propuesta de definición normativa de equivalencia.

3. PROPUESTA

3.1 Implicancias de propuesta de definición normativa de equivalencia ambiental

Llegados a este punto, y una vez que se ha comprobado que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición clara del concepto de equivalencia ambiental, cabe preguntarse nuevamente el por qué es necesaria la confección de esta definición normativa. Sumado a esto, es menester recordar al lector que la hipótesis de este trabajo es dilucidar si es que las medidas de compensación ambiental cumplen efectivamente con el criterio de equivalencia exigido por la normativa del SEIA; para lo cual, se hizo evidentemente necesario comenzar por determinar si es que existe o no un concepto claro de equivalencia, pues difícil sería cumplir con un criterio que no existe.

En primer lugar, la definición normativa del concepto aludido es necesaria en virtud de la naturaleza de la legislación ambiental, la cual se revela en la propia garantía constitucional del n° 8 del art. 19 de la Constitución Política de la República, específicamente cuando dispone que “**la ley** podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.⁷²

Esto da cuenta de que el mandato al legislador para establecer restricciones o limitaciones al ejercicio de ciertos derechos es, en principio al menos, exclusivo, por lo que se puede concluir que la definición de equivalencia, en el sentido de exigencia de forma y fondo para los proyectos de inversión en el marco de las medidas de compensación, debe ser definida en una ley.

Es más, según el artículo primero de la LBGMA “es el instrumento normativo “*ley*” el que lo regula, sin perjuicio de lo que otras “*normas legales*” establezcan sobre la

⁷² Chile, Constitución Política de la República

materia”⁷³. Así de la interpretación literal de ambos artículos se puede entender que será necesario que la definición de equivalencia se realice en virtud de una ley, excluyendo a los reglamentos u otras normas de rango infralegal.

Además, en la práctica el profesor Bermúdez señala que:

El sistema chileno de evaluación ambiental está orientado a un contraste del bloque de la legalidad con el proyecto sometido al SEIA, lo que no será necesariamente coincidente con un análisis de la sustentabilidad del mismo. (...) Sin embargo, dicho examen es siempre enfrentado el impacto ambiental con la normativa. Ello querrá decir que habrá una relación directamente proporcional entre el resultado de la evaluación de impacto ambiental y la calidad de la normativa con la que se contrasta el proyecto⁷⁴.

Es por estas razones que se hace necesaria la definición normativa del concepto de equivalencia, sumado además al elemento práctico de utilidad de dicha definición en términos de mayor facilidad de aplicación, fiscalización y seguimiento de las medidas de compensación ambiental. Junto con lo anterior, también es necesaria la definición de equivalencia desde un punto de vista ecológico, pues para una compensación adecuada en términos de sustentabilidad, es necesaria la claridad en el concepto de equivalencia que rige su implementación.

3.2 Recopilación de principios y elementos a considerar

A modo de resumen, se considerarán para la propuesta de definición los siguientes principios y elementos reconocidos a lo largo del presente trabajo:

- Principio de reserva legal⁷⁵
- Definición de Reparación en la LBGMA⁷⁶
- Responsabilidad del titular en la compensación⁷⁷
- Finalidad de las medidas de compensación: efecto positivo alternativo⁷⁸
- Jerarquía de Mitigación⁷⁹
- Similitud de características, clase, naturaleza y función⁸⁰
- Equivalencia en sentido estricto⁸¹
- Principio de Cercanía⁸²
- Principio de Adicionalidad⁸³
- Naturaleza de la compensación⁸⁴

⁷³ Bermúdez, 2018, p. 44

⁷⁴ Bermúdez, 2018, p. 324

⁷⁵ Ver 2.1.1

⁷⁶ Ver 2.1.2

⁷⁷ Ver 2.1.2

⁷⁸ Ver 2.1.3

⁷⁹ Ver 2.1.3 y 2.2.1

⁸⁰ Ver 2.1.3

⁸¹ Ver 2.2.2

⁸² Ver 2.2.3

⁸³ Ver 2.2.4

⁸⁴ Ver 2.2.5

3.3 Propuesta de definición normativa

Por último, proponemos agregar la siguiente definición de equivalencia en el artículo 2 de la LBGMA:

Equivalencia: Principio rector de la compensación ambiental, por el cual se exige que las medidas de compensación, en cuanto medidas de última ratio, generen entre el efecto negativo identificado por un proyecto sometido a EIA y el efecto positivo alternativo propuesto, una pérdida neta cero en el lugar de influencia o en otro permitido por esta ley. La equivalencia excluye la compensación por medios distintos a los estrictamente ambientales.

4. CONCLUSIONES

Se comprobó, por lo tanto, que no es posible afirmar que las medidas de compensación ambiental cumplan con el criterio de equivalencia debido a que no existe una definición normativa de dicho concepto. Es por eso que se propuso una definición para ser incluida en el artículo 2 de la LBGMA. En dicha definición, se incorporaron los principios más importantes extraídos de los distintos criterios investigativos.

En conclusión, la implementación efectiva de medidas de compensación ambiental requiere una combinación de principios bien definidos, responsabilidad clara del titular del proyecto, y un marco legal sólido que guíe tanto el diseño como la ejecución de estas medidas. Solo así se puede asegurar que las acciones compensatorias no solo mitiguen los daños, sino que contribuyan de manera real y significativa a la conservación y restauración del medio ambiente.

En este sentido, cabe mencionar también los numerosos beneficios que traería la definición legal de equivalencia ambiental al sistema regulatorio chileno. Por un lado, al establecer legalmente un concepto se busca, en definitiva, la objetividad de aquél y del sistema en su totalidad. Esto es especialmente importante para el SEIA y para la institucionalidad ambiental en su conjunto, pues esta se halla construida sobre la base del análisis de riesgo, lo cual tiene por finalidad la elaboración de un sistema objetivo que aplique realmente la garantía constitucional del artículo 19 n°8 de la CPR.⁸⁵ De esta manera, es beneficiosa la elaboración de una definición legal de equivalencia ambiental, ya que contribuye activamente en la objetividad del sistema ambiental en su conjunto.

Por otro lado, la definición de equivalencia ambiental promueve una protección eficaz del medio ambiente desde un punto de vista biológico-ecológico, ya que delimita el contenido y fija el abanico de acciones que debe realizar el titular para compensar correctamente el medio ambiente. En este sentido, la definición de equivalencia no sólo le da objetividad al criterio de SEIA, sino que le da un contenido material y propiamente ambiental. Estos son algunos de los posibles beneficios que traería la elaboración de una definición normativa de equivalencia ambiental para el SEIA y para el sistema ambiental en su conjunto. Sin embargo, a modo general, el fortalecimiento de dicho sistema se traduce también en el fortalecimiento de la garantía constitucional del artículo 19 n°8 de la CPR, pues promueve la

⁸⁵ Irarrázabal, 2021, p. 96-98

correcta compensación del entorno en donde se desarrolla la vida humana. De esta forma, se protege el medio ambiente mientras que se promueve el bien común.

Bibliografía citada:

1. BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2015): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición)
2. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001): La Reserva Legal: una garantía sustantiva que desaparece en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 n°2 pp. 287-298.
3. OLIVARES CORTÉS, Catalina (2017): Límites temporales de las medidas de compensación de biodiversidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en *Revista de Justicia Ambiental*, vol. 8 n°9 pp. 95 – 122
4. PUSCHEL, Lorna y GUIJÓN, Rodrigo (2012): Compensación en biodiversidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en *VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión ambiental global: presente y futuro*. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/272490515_Compensacion_en_biodiversidad_en_el_Sistema_de_Evaluacion_de_Impacto_Ambiental
5. DÍAZ REYES, Carlos Enrique (2014): *Enfoques teóricos y metodológicos de las compensaciones ambientales en el contexto de la Evaluación de Impacto Ambiental en Colombia*. Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en Medio Ambiente y Desarrollo del Programa de Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia.
6. MORAGA SARIEGO, Pilar y DELGADO SCHNEIDER, Verónica (2021): El Aporte Jurisprudencial de los Tribunales Ambientales Chilenos En Materia de Reparación del Daño Ambiental en *Revista Ius et Praxis*, año 28 n° 3, pp. 286 – 301
7. LEYTON, Patricio y SALAMANCA, Carola (2018): Compensación por impactos en biodiversidad y recursos naturales: pasado, presente y futuro en *Revista de Derecho Ambiental*, año VI n° 10, pp 1 – 25.
8. VERGARA FISHER, Javier y LEYTON FLOREZ, Patricio (2003): Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno en *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 1 n° 1, pp. 97 – 117.
9. VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio (2019): *Constitucionalismo y medio ambiente*. Ponencia presentada en Universidad San Sebastián en septiembre de 2019.
10. ALONSO, Victoria; AYALA, Mariana y CHAMAS, Paula (2020): “Compensaciones por pérdida de biodiversidad y su aplicación en la minería: los casos de la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, Colombia y el Perú”, serie *Medio Ambiente y Desarrollo*, N° 167 (LC/TS.2020/26), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
11. FEMENÍAS, Jorge (2017): Aceptación en la LBGMA de la compensación ambiental como mecanismo de reparación del daño ambiental irreversible o irreparable. Disponible en <https://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/19661-profesor-jorge-femenias-aceptacion-en-la-lbgma-de-la-compensacion-ambiental-como-mecanismo-de-reparacion-del-dano-ambiental-irreversible-o-irreparable>
12. CARTER, Virginia; HENRÍQUEZ, Cristián y BRUNA, Claudia (2019): Aportes y desafíos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) a la conservación de la biodiversidad en Chile en *Investigaciones Geográficas*, (72), 9-29.
13. IRARRÁZABAL SÁNCHEZ, Ricardo (2021): “Regulación ambiental: hacia un análisis objetivo del riesgo ambiental” en BERGAMINI LADRÓN DE GUEVARA, Kay; PÉREZ MUÑOZ,

Cristián; y ARAYA PALMA, Gino, *Gestión del cumplimiento ambiental* (Santiago, RIL Editores) pp. 77-105.

Leyes citadas:

1. Chile, Constitución Política de la República, 1980
2. Chile, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994
3. Chile, Decreto Supremo N° 40 de 2012 que crea Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, 2012
4. Bolivia, Reglamento General de Gestión Ambiental de la Ley n°1333 del Medio Ambiente
5. Perú, Ley 27.446 del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental
6. Chile, Mensaje Presidencial que inicia proyecto de ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente

Jurisprudencia citada:

1. Segundo Tribunal Ambiental, Sentencia de causa Rol N° R-38-2014, de fecha 7/05/2015
2. Tercer Tribunal Ambiental, Sentencia de causa Rol N° R-20-2020, de fecha 8/02/2024