

DOCTRINA

El principio de no regresión en el derecho ambiental chileno: Reconocimiento, contenido, alcances, versiones y límites

*The principle of non-regression in Chilean environmental law:
Recognition, content, scope, versions and limits*

Verónica Delgado Schneider 

Universidad de Concepción, Chile

RESUMEN *Ad portas* de la redacción de una nueva Constitución, y en el contexto de la actual discusión de dos proyectos de ley (en materia de biodiversidad y cambio climático) sobre el reconocimiento expreso del principio de no regresión en materia ambiental, este trabajo busca determinar el estado del arte en relación con el reconocimiento de este principio a nivel internacional y comparado. Se revisan las fórmulas de su reconocimiento, los principales aportes de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a su contenido, alcance y límites. Se caracterizan dos versiones del principio, en cuanto a los requisitos que lo hacen procedente, aunque ambas exigen una especial motivación de la decisión: la ciencia deberá ser capaz de demostrar que la aparente regresión no implica un debilitamiento importante de la protección ambiental. Además, respecto de Chile, se entregan fundamentos para su reconocimiento, se revisan casos que podrían calificarse de «regresivos» y se comparan las versiones que del principio consideran los dos proyectos de ley comentados.

PALABRAS CLAVE Principio de no regresión, irreversibilidad, prohibición de retroceder, progresividad ambiental.

ABSTRACT Prior to the drafting of a new Constitution, and in the context of the current discussion of two bills (on biodiversity and climate change) about whether or not to expressly recognize the principle of non-regression in environmental matters, this work seeks to determine, the state of development in relation to the recognition of this principle at an international and comparative level. The formulas for its recognition, the main contributions of doctrine and jurisprudence in terms of its content, scope and limits will be reviewed. Two versions of the principle are evidenced and characterized, in terms of the requirements that make it appropriate; but where both require a special motiva-

tion for the decision, where science must be able to show that the apparent regression does not imply a significant weakening of environmental protection. In addition, with respect to Chile, grounds are given for its recognition, cases that could be classified as “regressive” are reviewed and the versions that the two commented bills consider at the outset are compared.

KEYWORDS Principle of non-regression, irreversibility, prohibition of going back, progressivity, environment.

*En homenaje a los juristas Michel Prieur
y Antonio Herman Benjamin.*

Introducción

El derecho ambiental chileno reconoce expresamente varios principios, como el de prevención, el de participación y el de responsabilidad.¹ Este artículo tiene por objeto analizar la recepción en el derecho chileno del llamado *principio de no regresión* (de irreversibilidad, de no retorno, de prohibición de retroceso, de *standstill*, cláusula de intangibilidad, de no *statu quo*, efecto trinquete, entre otras denominaciones que se le han dado). Se trata de un concepto complejo que desafía la tradicional y afianzada regla en virtud de la cual la ley nueva siempre deroga la anterior, y que sostiene que ello no ocurrirá si la ley nueva implica una menor protección ambiental.

Desde su inicial y tímido reconocimiento a nivel internacional, hace ya casi cincuenta años, en materia de derechos humanos («derechos irreversibles»),² el principio de no regresión —bajo la pluma del maestro Michel Prieur— ha ido ganando terreno en materia ambiental (incluyendo lo relativo al cambio climático), y ha motivado un

1. En el Mensaje de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente se reconocen como principios el preventivo, el de la participación, quien contamina paga, el de responsabilidad, el gradualismo y el realismo. En la Ley 20.920, que establece el marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, se reconocen los principios preventivo, precautorio, de participación, de responsabilidad, de transparencia, etcétera.

2. El principio de no regresión ha sido tradicionalmente aceptado en materia de derechos humanos, ámbito en el cual se reconoce que la irreversibilidad es una característica fundamental de dichos derechos. El Estado, en consecuencia, no puede desconocer derechos inherentes a la persona humana una vez que los ha incorporado en su texto constitucional o en un tratado internacional que le sea vinculante. No puede, por tanto, modificar su texto en sentido contrario. En base a ello, algunos autores hacen la conexión afirmando que el derecho a un medio ambiente sano es también un derecho fundamental del ser humano, y en tanto derecho humano no puede ser regresivo. Sobre la irreversibilidad de los derechos humanos, véase Nogueira Alcalá (2005: 15-64). Sobre su vinculación con el principio de no regresión ambiental, véase De los Ríos (2015: 105 y ss.).

número importante de publicaciones de la doctrina, especialmente latinoamericana (Costa Rica, Brasil, Argentina, Colombia, Ecuador, etcétera). Esto ha permitido perfilar en forma cada vez más clara y definida el concepto, lo que ha atraído la atención de los tribunales en varios países y, en menor medida, de sus legisladores.

El asunto tiene importancia en el derecho nacional, pues un reciente estudio (Irrázabal y Luengo, 2018) revela que para la práctica de los tribunales ambientales convendría el reconocimiento normativo expreso de los principios del derecho ambiental, como de hecho hoy se discute en los proyectos de ley de cambio climático y biodiversidad en Chile; y quizás, en la futura nueva Constitución. Por su importancia para el país, revisaremos su reconocimiento (con el principio de progresividad) y su contenido, alcance y límites, a la luz de la doctrina y jurisprudencia extranjera. Proponemos reconocerlo como una vertiente más flexible a los tiempos y revisaremos casos que podrían ser calificados de regresivos en el país.

Un nuevo principio del derecho ambiental

El principio de «no regresión» se configura como un nuevo principio del derecho ambiental. Si el derecho ambiental está destinado a garantizar la preservación, conservación y restauración del medio ambiente, junto con un desarrollo sostenible, a fin de hacer viable la vida en el planeta para las generaciones futuras, no es posible aceptar disminuir el nivel de protección. En este sentido —como afirma Valls—, la regresión es incompatible con el derecho ambiental, pues lo contradice, de lo que resulta, por tanto, un acto antijurídico (2015: 37). O Peña Chacón, para quien:

debido al carácter finalista del derecho ambiental y siendo sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral.

Así, el autor agrega que cada regresión del derecho ambiental que se decida hoy —citando a Prieur— constituirá una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que supone imponer a dichas generaciones un medio ambiente degradado (2013: 17). Lamentablemente esta concepción no siempre es asumida por las autoridades, tribunales y legisladores, y existen situaciones en que el principio parece no ser considerado, según veremos.

No es razonable en derecho ambiental, explica Bermúdez, que una regla nueva prime por sobre la antigua, si esta es más laxa. El derecho ambiental debe proteger a las generaciones actuales y futuras, debe existir solidaridad intergeneracional y entonces es cuestionable aplicar irrestrictamente el principio «ley posterior deroga a la antigua» si con ello, al eliminar un hito o logro ambiental, se está afectando a las ge-

neraciones futuras. Los diversos escenarios en virtud de los cuales el derecho puede verse modificado (desde cambios de gobiernos, situaciones de crisis, cambios administrativos, etcétera), ha despertado entonces, en el escenario internacional, la idea de establecer límites a estos cambios en la ley cuando se trate de asuntos relacionados con la protección ambiental. De hecho, es típico de las crisis económicas que se propongan leyes, reglas o interpretaciones más laxas en materia ambiental (Bermúdez Soto, 2014: 57-60).

Así, son justamente estos riesgos permanentes de involución los que justifican esta investigación y el llamado a no socavar el fundamento mismo de un derecho que si nació para proteger el ambiente, y a los que lo habitamos y habitarán, requiere robustecerse y no debilitarse, con regresiones sustentadas en débiles argumentaciones, sin consideración científica, o que solo se basan en cuestiones económicas. La ciencia, por muchas incertezas que tenga, especialmente en relación al cambio climático, está conteste en que el desarrollo es posible si avanzamos a fórmulas sustentables, aunque a veces ello implique poner límites al crecimiento y el consumismo; y no, como ha ocurrido, en que los límites se imponen a la protección de nuestro patrimonio natural y cultural, haciendo incierta nuestra propia sobrevivencia, con la excusa del crecimiento económico. Es la sobrevivencia de toda vida, presente y futura, la que está en juego, pues cada regresión se suma y aunque sea local, termina por causar efectos globales, la mayor parte de las veces.

Su íntima relación con el principio de progresividad: ¿Dos caras de una misma moneda?

Efectivamente estos principios están íntimamente interconectados, pues mientras el de progresividad impone el deber de «siempre avanzar», el de no regresión sentencia «nunca retroceder». Para muchos, serían las dos caras de la misma moneda, a un punto tal que si en el derecho interno o en un convenio internacional se reconoce la existencia de cualquiera, se da por existente también el otro. Como explica Prieur: «La obligación de progresividad o de avance continuo asociada a los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que repercute sobre el derecho ambiental» (2010: 61). Para Peña Chacón, la principal obligación que conlleva la correcta aplicación de este principio es «avanzar en la protección ambiental, eventualmente mantenerla y, por supuesto, evitar a toda costa retroceder» (2013: 12). Por su parte, Cafferata y Peretti señalan que «el corolario del principio de no regresión es el principio de progresividad. La no regresión tiene por objeto garantizar que la protección ambiental no se vea debilitada, mientras que la progresividad aspira a mejorar la legislación ambiental, incluso mediante el incremento del nivel de protección, sobre la base de los conocimientos científicos más recientes» (2019: 152 y 153).

Sin embargo, me parece que la tesis del principio de no regresión se robustece cuando el énfasis es doble, es decir, cuando enunciamos que nunca se debe retroceder y, a la vez, que esto no bastaría, pues estamos obligados y somos responsables especialmente frente a las generaciones futuras, de siempre avanzar, y de manera decisiva. Es más, especialmente dada la urgencia climática que sufrimos, en estricto rigor el solo hecho de no retroceder (es decir, mantenerse) y no avanzar, podría estimarse regresivo.

Contenido actual según la doctrina extranjera

El principio de no regresión es un principio del derecho ambiental, poderoso y revolucionario. Poderoso, pues es un gran obstáculo para la degradación del medio ambiente que permitirá no imponer a las generaciones futuras un ambiente degradado. Y revolucionario, pues cuestiona una de las primeras reglas enseñadas en las escuelas de derecho: que «ley posterior deroga a la antigua», aunque, en realidad, su contenido es mucho más amplio que el solo impedir la derogación, relajamiento o flexibilización de las leyes.

Según Peña Chacón, este principio

enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencia daños ambientales irreversibles o de difícil reparación (2013: 12).

En una obra posterior, incluye las políticas al conjunto de medidas que pueden considerarse «regresivas», elimina la referencia a daños irreversibles o de difícil reparación y subraya que no se puede empeorar la situación preexistente en cuanto al alcance, amplitud y efectividad del derecho ambiental.³

Así, entonces, en base a este principio —con algunos límites, como se verá—, se impide no solo la revisión de la normativa sino, además, de la jurisprudencia, si ello implica disminuir los niveles de protección ambiental. Supone, además, destaca De los Ríos (2015: 105), la obligación de preferir, entre dos normas aplicables, aquella más favorable a la protección ambiental. O sea, el principio de no regresión implica una

3. En efecto, Peña Chacón señala: «las políticas, la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad» (2015b: 16), citando una obra propia del año 2014.

prohibición de retroceso en materia ambiental, aplicable de manera amplia, no solo a la dictación de leyes, sino además, en la interpretación y aplicación que de ellas se hace, mediante decisiones administrativas y judiciales.

Y para el análisis de cada caso que se plantee, Peña Chacón (2015a: 215 y ss.). ha propuesto como criterios de regresividad ambiental, los siguientes:

- Promulgación de nueva normativa que modifique el nivel de protección ambiental adquirido previamente, en otra normativa nacional o internacional y sin respaldo científico.
- Que en actos administrativos o reglamentos, el Estado decida con ausencia o insuficiencia de justificación y respaldo técnico-científico que permita determinar, en grado de certeza, la no afectación al bien tutelado.
- Menoscabo o empeoramiento del nivel de protección jurídico preexistente, en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.
- Omisión de reglamentación de normas ambientales indispensables para una adecuada protección, tornando ineficaz la legislación ambiental.
- Incumplimiento o inaplicabilidad sistemática en la aplicación de la legislación ambiental tornándola absolutamente ineficaz.

Y luego agrega que, en la práctica, considera como situaciones que deben someterse al test de regresividad las siguientes, dando ejemplos de la experiencia de Costa Rica:

- Modificación de conceptos jurídicos ambientales (como cuando un nuevo concepto de bosque disminuye en cuanto a sus especies y cobertura, y no se exige permiso de tala para los casos inferiores a esos números).
- Modificación de criterios, estándares, indicadores y requisitos ambientales (como cuando la norma de calidad de agua potable aumentó el valor máximo permitido de arsénico o el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) excluyó a las concesiones de aguas superficiales y subterráneas, sin justificación técnica en ambos casos).
- Desafectación o reducción de espacios naturales sometidos a regímenes especiales de protección (como la desafectación o reducción, de un área protegida sin estudios ambientales).
- Reformas procesales (como cuando se pretendió que el silencio de la autoridad ambiental implicaba silencio administrativo positivo).
- La denuncia de tratados internacionales ambientales.

- La reducción de normas presupuestarias (como cuando el Estado se escuda en no contar con recursos económicos para desarrollar sus labores de fiscalización).
- Omisión del deber de desarrollar por vía legal o reglamentaria otras normas (como cuando no se dictaban reglamentos en materia de pesca y acuicultura, contaminación visual y recuperación y limpieza de suelos contaminados).
- Falta de aplicación sistemática —espacial o temporal— de la legislación ambiental (como la inobservancia de normas sobre las zonas marítimas terrestres o no cobrar por vertidos) (Peña Chacón, 2015a: 210-225).

En este punto, conviene precisar que para que exista una regresión, se tendrá que acreditar no solo que un determinado nivel o norma de protección se ha flexibilizado formalmente, sino además que ello puede poner en peligro o dañar el medio ambiente. Esto dice relación, en todo caso, con los límites al principio, como revisaremos, pues si las ciencias aseguran que la regresión no implica menor protección ambiental, la nueva decisión no será cuestionable.

Las fórmulas de reconocimiento

En instrumentos internacionales

Existen excelentes estudios (De los Ríos, 2015: 116) y ponencias (Prieur, 2010: 72 y ss.) acerca de los instrumentos internacionales (vinculantes y *soft law*) relacionados a los derechos humanos, el comercio, la protección ambiental y también, específicamente, con el cambio climático en los que se reconocen, de alguna manera, los principios de no regresión o de progresividad.

Si bien las fórmulas utilizadas han sido diversas, cada vez se han hecho más explícitas, claras y definidas hacia una mayor protección ambiental, lo que le ha permitido además a la doctrina, como veremos, perfilar de mejor manera sus alcances y límites. Solo destacaremos algunas, pues las fuentes ya están citadas y son consultables de manera fácil, a fin de enfocarnos en lo que puede resultar de mayor utilidad para el derecho nacional. En materia ambiental, y específicamente en cambio climático, las fórmulas utilizadas con las que muestra la [tabla 1](#). Resalta de inmediato que en materia climática predomina la expresión *progresión*.

En cuanto al *soft law*, Prieur destaca que la Conferencia de Estocolmo tenía una visión progresista no neutra y que en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, el principio 7 se refiere a «conservar, proteger, restablecer la salud e integridad de los ecosistemas». En la Conferencia Río+20, del año 2012, no se llegó a un consenso respecto a la inclusión expresa del «principio de no regresión», a pesar de haber sido solicitado por múltiples actores, incluyendo el llamado

Tabla 1. Fórmulas de reconocimiento al principio de no regresión o de progresividad utilizadas en derecho internacional y *soft law*.

Derecho ambiental	Específicamente en cambio climático
a) Permitir retroceder cuando existan «motivos urgentes de interés nacional», y siempre que se compense adecuadamente. ¹	a) La Conferencia de las Partes «Evaluará [...] la aplicación de la Convención por las Partes, los efectos generales de las medidas adoptadas en virtud de la Convención, en particular los efectos ambientales, económicos y sociales, así como su efecto acumulativo y la medida en que se avanza hacia el logro del objetivo de la Convención». ⁷
b) «Cada Parte, en la medida de lo posible y según proceda: [...] k) Establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas». ²	b) «Reconociendo la necesidad de una respuesta progresiva y eficaz a la amenaza apremiante del cambio climático, sobre la base de los mejores conocimientos científicos disponibles». ⁸
c) Obligación de «proteger y preservar» el medio marino. ³	c) «Los esfuerzos representarán una progresión a lo largo del tiempo». ⁹
d) No se autorizan acuerdos o decisiones ambientales «menos racionales» ⁴ o acuerdos de «reducción» del nivel de protección establecido; ⁵	d) «La contribución determinada a nivel nacional sucesiva de cada Parte representará una progresión con respecto a la contribución determinada a nivel nacional que esté vigente para esa Parte y reflejará la mayor ambición posible de dicha Parte». ¹⁰
e) Evaluar efectos acumulativos y la medida en que se avanza hacia el logro del objetivo.	e) La «movilización de financiación para el clima debería representar una progresión con respecto a los esfuerzos anteriores». ¹¹
f) Principio de progresividad y no regresión. ⁶	

1. Convención RAMSAR, Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, 1971. Si bien se permite a los Estados retroceder en la protección brindada a los humedales, mediante el retiro de alguno de ellos de la lista de importancia internacional, o vía reducción de sus límites, exige que para ello existan «motivos urgentes de interés nacional», en cuyo caso se deberá «compensar en la medida de lo posible, la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una porción adecuada de su hábitat original, en la misma región o en otro lugar». De esta manera, si bien el texto permite retroceder, lo hace solo ante motivos calificados, y siempre bajo la condición de compensar (De los Ríos, 2015: 114).

2. Artículo 8 letra k) Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992.

3. Artículo 192 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982.

4. Convenio de Basilea, no suscrito por Chile.

5. Protocolo de Cartagena, no suscrito por Chile.

6. El Artículo 3 del Acuerdo de Escazú, indica que «Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: [...]

c) principio de no regresión y principio de progresividad». No suscrito por Chile.

7. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 1992.

8. Preámbulo del Acuerdo de París, 2015.

9. Artículo 3, Acuerdo de París, 2015.

10. Artículo 4.3, Acuerdo de París, 2015.

11. Artículo 9.3, Acuerdo de París, 2015.

G77 + China.⁴ Ello principalmente debido a la oposición de Estados Unidos, Canadá y Japón. Sin embargo, una referencia indirecta se incorporó en el párrafo 20 del documento final, denominado «El futuro que queremos», en donde se dispuso: «Es esencial que no demos marcha atrás en nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo» (Prieur, 2012: 53-56).

4. El G77 consiste en una coalición de las Naciones Unidas conformada por países en desarrollo, originalmente 77, pero que a la fecha lo integran más de 130 países. China también participa en apoyo a sus decisiones, pero no se considera miembro.

Su reconocimiento en el derecho interno de otros países

En el orden latinoamericano, destaca su incorporación a nivel constitucional el año 2008 en Ecuador, particularmente en el artículo 11 núm. 8, que dispone:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. [...] Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Y además, en su artículo 423 se establece la integración latinoamericana y del Caribe como un objetivo estratégico del Estado, comprometiéndose este a «fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad».

A pesar de lo dicho, en la práctica, en dicho país el principio no se ha respetado especialmente en cuestiones ambientales.⁵

En la Constitución de Bolivia del 2009 se establece una cláusula general en su artículo 13, referido a todos los derechos fundamentales, que dispone: «Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos». Y dentro de dichos derechos se considera, en el artículo 33, que «las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente». Estas normas constituyen referencias expresas de la necesaria progresividad de la protección del medio ambiente.

En similar sentido, la constitución de Túnez, del 2014, en el inciso tercero de su artículo 49, también incluye una disposición general de no regresión al establecer: «Ninguna modificación podrá contravenir los avances en materia de derechos humanos y libertades tal y como aparecen garantizados en esta constitución», que debemos relacionarla con la expresa consagración del derecho al medio ambiente, dispuesto en su artículo 45: «El Estado garantizará el derecho a un medio ambiente limpio y equilibrado y contribuirá a la preservación del clima. El Estado deberá proporcionar los medios necesarios para eliminar la contaminación medioambiental».

5. Crespo Plaza (2015: 123-141) describe muchísimos casos de retroceso, como el que nunca se dictaron las reglas para hacer efectos los «derechos de la naturaleza» que la Constitución reconoció, el permitir un proyecto minero en el Parque Nacional Yasuni, el que el nuevo Código Penal eliminara los delitos de «peligro», etcétera.

A nivel legal, también encontramos referencias de este principio en el derecho comparado. Por ejemplo, en Paraguay, en la Ley de la Calidad del Aire, del año 2014, estaría consagrado expresamente como un principio rector. Así también se encuentra múltiples veces expresado en una ordenanza municipal de Villa Mercedes (442-EMAH/O/2012), en Argentina, del año 2012. Otros ejemplos son la Ley Estatal de Protección Ambiental de Veracruz, México, que mediante reforma del año 2012 establece en su artículo 6, letra C, núm. VI, una facultad del Ejecutivo para «promover el principio de no regresión en materia de legislación ambiental»; y el Código Ambiental de la Provincia de Isla Loyauté, en Nueva Caledonia, del año 2016, que considera en sus artículos 110-6 y 251-3 el principio de *non-régression* en forma expresa.

Así también, la Ley para la Reconquista de la Biodiversidad, la Naturaleza y sus Paisajes de Francia, del año 2016, establece que la protección del medio ambiente asegurada por sus normas no puede ser objeto sino de una mejora constante, habida cuenta de los conocimientos técnicos y científicos del momento (Prieur, 2019).

Su reconocimiento en la jurisprudencia extranjera

Si se revisan los estudios al respecto,⁶ se puede confirmar lo ya afirmado en el sentido de que estamos frente a un principio «de los jueces»; que se ha aplicado fundamentalmente en materia de áreas protegidas y ordenamiento territorial, afectando actos administrativos, ordenanzas, reglamentos y leyes; y que en aquellos Estados que no lo han reconocido aún expresamente en sus leyes internas, la fundamentación es variada y riquísima, imponiendo a las decisiones aparentemente regresivas un alto estándar de motivación.

En efecto, si bien el principio de no regresión tiene su origen hace bastantes años en materia de derechos humanos, en derecho ambiental es reciente y —como advierte Prieur— es resultado de innovaciones nacionales más que internacionales. Se reconoce que han sido los jueces constitucionales y del contencioso administrativo los primeros en identificar los desafíos que implica la posibilidad de retroceder en materia ambiental. Ha sido un logro de los jueces principalmente de Costa Rica, Brasil, España, Ecuador, Panamá, Colombia y Argentina. Resulta un antecedente útil para la experiencia chilena que en varios países en donde el derecho interno no contiene aún una norma expresa sobre el principio de no regresión, ni en sus leyes ni en sus constituciones, este ha sido igualmente reconocido por la vía de la jurisprudencia, que mediante la interpretación del derecho ambiental y de los principios generales, considera al principio de no regresión como uno aplicable en sus

6. Véase, sobre jurisprudencia de Costa Rica, Peña Chacón (2013: 12-76); sobre jurisprudencia de Ecuador, Crespo Plaza (2015: 123-142); sobre jurisprudencia de Brasil, De Araújo Ayala (2015: 55-100).

respectivos ordenamientos jurídicos, particularmente mediante la interpretación por la cual entienden incorporado en sus constituciones el derecho a un ambiente sano (Prieur, 2019).

Sin duda lo más valioso es la variada gama de argumentos utilizados por los tribunales para estimarlo reconocido: no solo se recurre al derecho constitucional (por ejemplo, al derecho a un ambiente sano), sino también al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho ambiental ya citado, sea vinculante o simplemente *soft law*, así como a tratados de libre comercio suscritos por el país respectivo.⁷ Además, particularmente interesante es que se cita profusamente la doctrina y la jurisprudencia extranjera, demostrando una amplia circulación del principio.

Por otra parte, el análisis de los casos resueltos a favor del principio de no regresión en la experiencia comparada demuestra que los más frecuentes son regresiones en áreas protegidas y ordenamiento territorial, y en menor medida con umbrales en materia de contaminación (y, por ende, salud de las personas). Por otra parte, si bien la mayoría de los casos demuestra que el principio ha invalidado autorizaciones, reglamentos y ordenanzas, también ha alcanzado leyes. Por ejemplo:

- En Costa Rica, en los últimos diez años, se ha estimado regresivo otorgar una concesión para una marina turística en un área protegida; entregar en posesión fincas inscritas a nombre del Instituto de Desarrollo Agrario, en aquella parte de los terrenos de alto valor ambiental, que claramente no tienen vocación agrícola; reducir físicamente un área de protección requiere hacerlo por ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y a las exigencias de equilibrio ecológico y de un ambiente sano y al bienestar general de la población; declarar como territorio costero comunitario y otorgar concesiones en un Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional sin estudio de impacto ambiental, pues el detrimento implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre, que deviene en inconstitucional (Peña Chacón, 2014).

7. Y, aunque resulte paradójico, han sido los tratados de libre comercio los que han incorporado expresiones más concretas de este principio, desde la década de los noventa. La cláusula más frecuente es la siguiente: «Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio». Por ejemplo, artículo G-14.2, Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá, 1996. Pueden encontrarse cláusulas similares, por ejemplo, en los tratados de libre comercio firmados por Estados Unidos con los siguientes Estados: con México y Canadá en 1992 (artículo 1114.2), y en 2018 (artículo 24.4.3); con Centroamérica y República Dominicana en 2004 (artículo 17.2.2); con Perú el 2006 (artículo 18.3.2) y con Panamá el 2007 (artículo 17.3.2).

- En Argentina, la Corte Suprema de Buenos Aires, aplicó el principio respecto a una ordenanza que derogaba una anterior, por eliminar una zona de seguridad (radio de mil metros) a partir del límite de las plantas urbanas en la que prohibía uso de cualquier producto químico o biológico de uso agropecuario o forestal, en particular plaguicidas y fertilizantes. También cuando la Municipalidad de Pergamino modificó el Código de Zonificación vigente desde 1980, creando un distrito industrial en la hasta entonces zona urbana residencial; y para decretar la suspensión de una ordenanza de La Plata que establecía un nuevo ordenamiento territorial autorizando construir edificios de mayor altura, densidad y ocupación, sin haberse elaborado estudios de impacto ambiental procedentes (Peña Chacón, 2014).⁸
- En Panamá, en un fallo del 2013, citando a su vez a Peña Chacón y la doctrina y jurisprudencia española, se rechaza la petición de anular la exclusión de un humedal como Ramsar, pues «lo deja sin resguardo ambiental mínimo [...] se daría paso a una regresión» (Peña Chacón, 2014).

Finalmente, un tema de la mayor relevancia, que tiene relación con el siguiente acápite: la regresión exige una especial motivación. Como se acaba de apreciar, en varios fallos se destaca la necesidad de una mayor motivación en las decisiones que adopten medidas aparentemente regresivas. Así, por ejemplo:

- En Brasil, el año 2010, en un fallo redactado por el profesor Antonio Benjamin, se declaró que «la disminución del nivel de protección urbanístico ambiental alcanzado se puede limitar únicamente en circunstancias excepcionales y de una manera totalmente motivada desde la perspectiva constitucional y legal»: que debe existir un «inequívoco interés público, incapaz de ser atendido por otra vía o mecanismo menos gravoso a la colectividad, pero jamás para satisfacer intereses políticos de momento, contingencias electorales, arribos populistas, objetivos inmediateistas o para apoyar demandas de fiebre insaciable de especulación inmobiliaria» de la generación actual.
- En Colombia: «un retroceso se presume inconstitucional, pero que puede ser justificable y por ello está sometido a un control judicial más severo» de manera tal que se requieren «imperiosas razones que hacen necesario el paso regresivo».⁹
- En España, donde se reconoce la vigencia de este principio desde hace más de diez años (sosteniendo incluso que los deberes del Estado de proteger y conservar el medio ambiente «evocan» el principio de no regresión), se ha

8. Los fallos en Sabsay y Fernández (2020).

9. Sentencia C-443/09, Sala Plena Corte Constitucional.

resuelto, por ejemplo, frente a suelos especialmente protegidos y la reclasificación urbanística de ellos, sea por el planeamiento urbanístico como por la legislación forestal, que este «exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos». Se trata de reducir un área verde y el Tribunal sostuvo que «solo se puede minorar esa superficie cuando exista un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado; por gran relevancia social que tenga» (Sentencia 538/2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, sección quinta). Y recientemente, el año, 2019, el Juzgado de lo Contencioso número 24 de Madrid adoptó la medida cautelar de la suspensión de la eficacia de un Acuerdo Municipal que habría «desmantelado» la llamada «zona de bajas emisiones Madrid central», por estimar regresiva la decisión.¹⁰

- Y en Panamá, en el caso ya citado, se requiere (citando el mencionado caso español) un «interés público especialmente prevalente, acreditado y general» y un «plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen desprotección».

Los límites al principio de no regresión

Es hora de completar la fórmula del principio de no regresión, incluyendo sus límites, pues no es un principio absoluto. Tiene límites, pero de carácter excepcionales, en los que la ciencia juega un rol determinante en el fundamento de las decisiones. En suma, debe tener un alto estándar de motivación (basado en la ciencia y el conocimiento local) y no vulnerar otros derechos humanos.

Qué duda cabe, por ejemplo, en materia administrativa ambiental, que existen una serie de normas que exigen a las autoridades que deciden asuntos ambientales —y de los recursos naturales de manera sectorial— que las decisiones sean tomadas de manera fundada, y considerando distintas variantes, incluida por cierto, la información científica. Si ella existe, deberá operar el principio preventivo. Si ella no existe, el principio precautorio obligará a imponer una medida que evite el riesgo o

10. Para todo, Doreste (2020). En el caso de Madrid se resolvió: «Lo primero que debe destacarse es que ante una medida dirigida a la protección del medio ambiente como es Madrid Central, el Acuerdo Municipal no ofrece ninguna alternativa para suplir la supresión de la zona de bajas emisiones, ni justifica tampoco que la misma haya sido ineficaz o haya producido un daño mayor del que trataba de evitar, ello en el plano medioambiental. La protección de la salud y al medio ambiente son principios que deben regir la actuación de los poderes públicos, y en este caso es exigible en mayor medida dado que está suprimiendo una actuación tendente a proteger ambos bienes constitucionales, sin ofrecer alternativas ni medidas opcionales».

daño o desestimar la actividad que se propone. Para asegurar la sustentabilidad de la decisión, las normas exigen previamente seguir ciertos procedimientos (como incluir participación ciudadana que asegura muchas veces el conocimiento local y ancestral), recabar antecedentes (informes económicos, sociales y ambientales), exigir las «mejores técnicas disponibles», etcétera. Y así, si la decisión se toma sin los insumos que aseguren la sustentabilidad y mantención de los niveles de protección ya alcanzados, o son contrarios a esos insumos, ella será regresiva.

Como explica Peña Chacón, la prohibición de regresividad ambiental no es ilimitada ni mucho menos irrestricta; está condicionada en forma general, según las sentencias analizadas, por la totalidad del elenco de derechos fundamentales con los que el derecho a un ambiente sano y equilibrado debe coexistir en justo equilibrio, y de forma específica, por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica, por el deber de tutela del interés público ambiental, por los principios de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental. De esta manera, las medidas regresivas que encontrarían justificación deberán cumplir con los siguientes parámetros: ser excepcionales y temporales, ser examinadas exhaustivamente todas las alternativas posibles, eligiendo la menos lesiva para los derechos involucrados; que no sea discriminatoria y se decida con la participación de los grupos afectados; y tomando en cuenta el equilibrio razonable de todos los derechos fundamentales; para aplicar finalmente una medida que sea necesaria, imperiosa, razonable, justa, proporcionada y que tenga como fin un objetivo legítimo en una sociedad democrática en el marco de una política de desarrollo sostenible. Deberán contribuir además en este examen los otros principios del derecho ambiental, como el de precaución y, siempre, la idea de progresividad (Peña Chacón, 2015b: 107, 196 y 200).

No se trata de rechazar *per se* de cualquier cambio que se haga en materia ambiental, petrificando el derecho, sino solo de aquellos que no sean respaldados con antecedentes científicos. Y, por lo mismo, si existen esos antecedentes, la medida entonces será lícita. En otras palabras, y como se dijo, para que exista una regresión, se tendrá que acreditar no solo que un determinado nivel o norma de protección se ha flexibilizado formalmente, sino, además, que ello puede deteriorar, esto es, poner en peligro el medio ambiente o a las personas. Si la ciencia asegura que la regresión no implica menor protección ambiental, o existen otros derechos fundamentales en juego, especialmente en situaciones críticas excepcionales, la nueva decisión no será cuestionable.

Por otra parte, para Prieur, y con los derechos fundamentales en juego, la regresión podría llegar a justificarse en ciertos textos o derivarse de determinadas jurisprudencias, siempre que se trate de situaciones excepcionales y provisionarias (crisis especialmente graves o guerras), como cuando varios convenios de derechos huma-

nos admiten, con sujeción a ciertas condiciones de fondo y forma, que el Estado suspenda ciertos derechos fundamentales. En estos casos, los jueces analizan la proporcionalidad del retroceso, la necesidad de conciliar otros derechos fundamentales, las exigencias derivadas de un interés superior general o de motivos imperiosos, las exigencias del orden público, etcétera. Sin embargo, bien advierte que siendo la no regresión el principio, las hipótesis de regresión tan solo pueden derivarse de una interpretación restrictiva y la menor protección no puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión (Priour, 2010: 117).

Respecto a tomar medidas regresivas en casos de emergencia, urgencia y necesidad, Peña Chacón exige cumplir ciertos requisitos y garantías mínimas, las que extrae de la jurisprudencia constitucional de Costa Rica, y que son: que la medida se funde en situaciones excepcionales debidamente justificadas; que se trate de medidas transitorias, orientadas al bien común; ser justas, razonables y proporcionales; que las demás normas ambientales no relacionadas con la situación de emergencia permanezcan vigentes, y que se adopten medidas a fin de mitigar y/o compensar el eventual impacto ambiental producido (Peña Chacón, 2015c: 244 y 245). No tienen este carácter excepcional y transitorio, por cierto, los llamados a reactivar las economías luego de la pandemia mediante la relajación de los permisos ambientales de manera permanente, la ampliación de los plazos relacionados a la descarbonización energética, etcétera. Pero sí lo tiene, por ejemplo, el hecho de que luego del terremoto de Chile del año 2010 se haya permitido extraer agua de lagunas, humedales y sitios prioritarios de conservación para consumo humano y de saneamiento, sin contar con derechos o autorizaciones, ante el corte generalizado del suministro que afectó a varias comunas.

Nos parece que la información científica debe cumplir aquí un rol fundamental en acompañar que la decisión no sea regresiva, como fundamento ineludible de su razonabilidad. En efecto, una baja en un límite de contaminación, una simplificación de trámites, la reducción de un área protegida, etcétera, debe estar siempre justificada en términos científicos, en cuanto a si con ellos se mantiene o no la protección ambiental a largo plazo. Pero como ya se afirmó —y este es un punto importante—, para que exista una regresión se tendrá que acreditar no solo que un determinado nivel o norma de protección se ha flexibilizado formalmente, sino, además, que ello puede deteriorar, esto es, poner en peligro el medio ambiente. Esto significa que si la ciencia justifica que dicha laxitud no implicará una menor protección, la decisión es legal. Y, por ello, de hecho se permite por ejemplo la revisión continua de los límites que se fijan en las normas de emisión o calidad, para adecuarlas a los nuevos conocimientos científicos. Sin embargo, si la decisión no está amparada en la ciencia (va en contra de lo que ella ha determinado) o la misma ciencia no tiene certeza sobre los efectos del cambio, entonces el principio ordena no hacer cambios. La reducción de la protección solo puede darse en aquellos casos en que se demuestre científicamente

que con un nivel más reducido o menos rígido de protección jurídica no se provocará un deterioro o una puesta en peligro de las personas, del ambiente o uno de sus componentes. En situaciones de emergencia, por otro lado, y aunque existan razones de interés nacional u otros derechos fundamentales en juego, la ciencia debe ser capaz —aunque la regresión sea de manera transitoria— de determinar las medidas preventivas y de monitoreo que deben adoptarse.

Sea en situaciones normales o excepcionales, resolver si una decisión es regresiva no es fácil. La técnica a utilizar en cada caso particular, según Amaya Arias, sería realizar un «test de regresividad» con tres niveles o pasos: en el primero se debe analizar formal y materialmente la medida que contiene el estándar de protección ya alcanzado; en el segundo paso se debe analizar la nueva medida, que sospechamos es regresiva, y contrastarla con la primera medida estándar analizada, para determinar si efectivamente existe una disminución o retroceso en el nivel de protección alcanzado; y en tercer término, en caso de concluir que estamos frente a una medida regresiva, se debe considerar si ella se encuentra o no justificada, analizando al menos tres aspectos: la finalidad, la proporcionalidad y la necesidad de la medida regresiva (Amaya Arias, 2021). Y este ejercicio deberá quedar plasmado en la decisión. Será en su fundamento, objetivos o consideraciones previas a ella donde se tendrá que ineludiblemente justificar que la medida no implica un debilitamiento de la protección ambiental.

Versiones del principio de no regresión

El principio de no regresión se ha ido configurando desde 1992, y con el aporte de una dedicada doctrina y previsores jueces ha delineado cada vez más sus contornos, pero con ciertos matices en los límites al principio. Se han evidenciado dos versiones. En efecto, y si bien el punto no ha sido aún planteado, se podrían distinguir dos variantes a la hora de aplicar el test de regresividad de Angela Amaya Arias, considerando —a su vez— dos aspectos relevantes en la configuración del principio de no regresión.

Así, considerando lo que queremos mantener, podría estimarse que, en una versión más limitada de la aplicación del principio, la reducción en cuestión se comparará solo con el nivel de protección ya «logrado», aunque sea uno menor al establecido formalmente. Y en la versión más amplia, en cambio, bastaría que una acción, omisión, medida o norma fuera regresiva para probar que dicha reducción afecta los límites o niveles «establecidos», aunque aún no se hayan alcanzado. Si bien el punto es sutil, y podrían estimarse expresiones sinónimas (bajo una interpretación proambiente), se corre el riesgo de que se prefiera el argumento literal. Por ejemplo, respecto a la descarbonización se pueden fijar metas cuantitativas, como reducir un 30% la matriz energética a carbón en diez años. Y podría quererse luego cambiar la contribución nacionalmente determinada, sosteniendo que el porcentaje será solo de

un 20%, y no sería una regresión si lo logrado hasta el momento es solo de un 8%, aunque lo establecido formalmente haya sido un 30%.

Por otra parte, considerando ahora lo que se trata de evitar al anular la acción, omisión, medida o ley regresiva —es decir, lo que estaría en juego—, podría ser, en la versión más limitada, que la reducción de la protección deba siempre implicar un riesgo o daño «irreparable». Los primeros autores que se dedicaron al tema, quizás por la cercanía del principio de no regresión con el principio precautorio, utilizaban esas expresiones propias de su redacción en la Cumbre de la Tierra en 1992. En cambio, en la versión más amplia, bastará para que exista regresión cuando exista un riesgo o impacto «significativo»¹¹ (en el sentido de importante) en las personas o el ambiente.

Preferimos, en ambos casos, las versiones más amplias, que importan —después de varios años de aplicarse en la práctica el principio de no regresión— una actualización y adaptación de este principio a los nuevos tiempos, para que en fórmulas menos exigentes se promueva su aplicación. Lo mismo ocurre ya con el principio de precaución a nivel normativo en Chile (Delgado, 2020b).

De hecho, en las mismas obras de Peña Chacón se detecta que ha ido adaptando el concepto. En sus trabajos del 2014, si bien mantiene que el retroceso no debe afectar los niveles de protección «alcanzados», elimina la referencia a daños irreversibles o de difícil reparación y subraya que la política, norma o sentencia, no puede empeorar «la situación preexistente» en tres dimensiones: el alcance, la amplitud y —se agrega claramente— la efectividad del derecho ambiental. Señala, luego, que se trata de no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida en que esto conlleve disminuir, menoscabar o «de cualquier forma afectar negativamente» el nivel actual de protección (Peña Chacón, 2015b: 16, 105).¹²

En este punto, es interesante hacer una breve alusión a los textos que paralelamente se discuten en Chile, en dos proyectos de ley que reconocerían el principio de manera expresa. Así, en el proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9.404-12), se mantiene el siguiente texto final:

Artículo 2. Principios. Las políticas, planes, programas, normas, acciones y actos administrativos que se dicten o ejecuten, en el marco de la presente ley, para la protección y conservación de la biodiversidad, se regirán por los siguientes principios: [...] c) Principio de no regresión: los actos administrativos no admitirán modificaciones que signifiquen una disminución en los niveles de protección de la biodiversidad alcanzados previamente.

11. Esta expresión se usa en Chile tanto en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como en la definición de daño ambiental, por ende, existen bastantes pautas y criterios jurisprudenciales sobre ella. Para estos criterios sistematizados, véase Delgado (2020a: 279-310).

12. En este sentido, véase la nota 3.

Se propone entonces que un «acto administrativo» (a pesar de que la primera parte de la norma se refiere también a políticas, planes, programas, normas, acciones y actos administrativos) no podría ser modificado, cuando ello signifique una «disminución» en los «niveles de protección» de la biodiversidad «alcanzados previamente». Siguiendo una interpretación literal, se trataría de la versión más limitada.

La redacción cambia absolutamente en el proyecto de ley que fija la Ley Marco de Cambio Climático (Boletín 13191-12). En la tercera versión que se conoce de este proyecto se lee:

Artículo 2. Principios. Las políticas, planes, programas, normas, acciones y demás instrumentos que se dicten o ejecuten en el marco de la presente ley, se inspirarán por los siguientes principios: [...] e) No regresión: la gestión del cambio climático no podrá ser modificada cuando se comprometan los objetivos de mitigación o adaptación establecidos, o cuando ello implicare retroceder en los niveles de protección ambiental alcanzados o establecidos previamente.¹³

Considerando el texto en materia de biodiversidad y las versiones anteriores del principio de no regresión, es una notable mejora del texto, pues se centra en que no se podrán hacer cambios en la «gestión» del cambio climático (que incluye todos los instrumentos considerados en la ley y los que luego puedan crearse, internacionales o nacionales) en dos casos: primero, cuando se comprometan los objetivos de mitigación o adaptación «establecidos» (no solo en la ley, sino en los compromisos internacionales y demás instrumentos sectoriales productivos como transportes, energía, agricultura, etcétera); o bien, cuando se retroceda en los niveles de protección ambiental «alcanzados» o «establecidos». Se cubre la protección ambiental en general y la gestión climática en particular, advirtiendo sagazmente que el retroceso no es posible aunque un objetivo esté «establecido» formalmente, pero aún no «alcanzado» materialmente. Se trata de la versión más amplia del principio. Además, y a la par, se mejora también el reconocimiento del principio de progresividad en la letra f) del mismo artículo 2: «Los instrumentos y las medidas para la gestión del cambio climático deberán avanzar gradualmente con el fin de cumplir con el objeto esta ley, de acuerdo con el principio de no regresión».¹⁴ Con esta nueva redacción, el mensaje de la ley es claro: no se puede retroceder, pero la urgencia reclama que ello no basta y que se debe necesariamente avanzar.

13. Redacción aprobada por la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado en sesión del 4 de enero de 2021, según información recopilada en Acosta, Garrido, Delgado y Sandoval (2021a).

14. Redacción aprobada por la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado en sesión del 9 de diciembre de 2020, según información recopilada en Acosta, Garrido, Delgado y Sandoval (2021b).

Finalmente, vale la pena destacar que existe hoy en la academia una visión aun más abarcante del contenido de los principios de no regresión y de progresividad, que dice relación con cuestiones de democracia ambiental y con la efectividad del derecho ambiental, incluyendo ya no solo la prohibición de retroceso y la obligación de avanzar en protección ambiental (versión tradicional) sino, además, especialmente el acceso a la justicia. Esta propuesta, iniciativa surgida en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN del año 2016, detalla respecto al Principio 12 de no regresión: «Los Estados, las entidades subnacionales y las organizaciones de integración regional no deberán emprender o permitir la realización de acciones que tengan por objeto disminuir la protección jurídica del medio ambiente o el acceso a la justicia». Y en el Principio 13 de progresión señala:

Con el fin de lograr el desarrollo progresivo y el cumplimiento del estado de derecho en materia ambiental, los Estados [...] deberán revisar y mejorar periódicamente las leyes y políticas destinadas a proteger, conservar, restaurar y mejorar el medio ambiente, teniendo en cuenta la evaluación de las políticas y los conocimientos científicos recientes.¹⁵

Reconocimiento en Chile del principio de no regresión (y/o progresividad)

Como explica Bermúdez, el legislador chileno cuenta con libertad para modificar, dictar o derogar las leyes, según dispone el artículo 1 del Código Civil, principio que se comparte a nivel infralegal, considerando la facultad, otorgada por el artículo 61 de la Ley 19.880, que la Administración posee para revocar sus propios actos (Bermúdez Soto, 2015: 57). En este contexto, la regla general en nuestro ordenamiento es que se permita la «regresión», pues se acepta que una norma posterior puede derogar a otra anterior, sin importar el sentido o contenido de la reforma, lo que en materia ambiental —como se explicó— resulta contraproducente.

Si bien en nuestra doctrina ambiental, hasta hace poco y con destacadas excepciones no se advertía un gran interés por este principio, esta situación estaría cambiando, al menos para nosotros, por tres razones: primera, gracias a la estimulante exposición que hiciera el ministro Antonio Benjamin el año 2014 en el Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental organizado por el Segundo Tribunal Ambiental; segunda, por su reciente inclusión en dos proyectos de ley en Chile; y tercera, por la reactivación poco verde anunciada para superar la crisis económica provocada por el estallido social del 18 de octubre de 2019 y la pandemia de covid-19. De hecho, por esta última situación, lo elegimos como tema de exposición en las Novenas Jorna-

15. Realizado en Brasil, del 26 al 29 de abril de 2016, donde se plantea promover el Estado de derecho ambiental como base legal para la justicia ambiental. En Cafferatta y Peretti (2019: 248).

das de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile realizadas telemáticamente en 2020.¹⁶ En la actualidad, como se verá, debe agregarse su eventual consideración en la nueva constitución de Chile.

Advirtiéndolo que el principio de no regresión es uno que forma parte del corazón mismo del derecho ambiental y que, como tal, no necesitaría de una consagración expresa para entenderlo aplicable a toda materia ambiental, a la luz de lo que ocurre en la experiencia comparada consideramos que existen argumentos tradicionales suficientes para considerar al principio de no regresión como uno vigente en nuestro ordenamiento jurídico:

a) La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 numeral 8) e impone al Estado el deber de tutelar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. Además, en base al artículo 1, la finalidad del Estado es promover el bien común y dentro de la función social de la propiedad se considera la conservación del patrimonio ambiental. Además, la Constitución permite imponer restricciones específicas a otros derechos cuando el fundamento legal sea la protección del medio ambiente. Como asegura Prieur, el reconocimiento del derecho a un ambiente sano implica, per se, un derecho humano que no se puede retroceder. Y bajo el razonamiento del Tribunal Supremo español, las alusiones a preservar, conservar y proteger evocan la idea de no regresión.

b) La Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente tiene por objeto, según su artículo 1, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, y se define, para todos los efectos legales, la «protección del medio ambiente» como el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a «mejorar» el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro. Se trata de una norma de gran efecto difusor hacia otros sectores regulados, que impone entonces la obligación de «mejorar» cada vez que esas leyes sectoriales utilizan esa expresión. Aranda Ortega (2015) además argumenta con la alusión al principio de gradualidad en el mensaje de la Ley 19.300 y la definición del desarrollo sustentable del artículo 2.¹⁷

c) Nuestro país ha suscrito tres convenios internacionales que reconocen este

16. Charla magistral «El principio de no regresión en el derecho ambiental» (2 de julio de 2020), Novenas Jornadas de Derecho Ambiental: «Derecho Ambiental en Chile y Crisis Climática», actividad desarrollada durante julio de 2020 y que se enmarcó en la celebración de los primeros veinte años del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

17. Para Aranda (2015: 145-156) los argumentos para estimarlo un principio «implícito» en el ordenamiento nacional, serían: i) la alusión al principio de gradualidad del mensaje de la Ley 19.300 de Bases generales del Medio Ambiente; ii) la definición del desarrollo sustentable del artículo 2; y iii) algunos tratados de libre comercio suscritos por Chile (con Estados Unidos, Panamá y Colombia).

principio (Ramsar,¹⁸ de Diversidad Biológica y el Acuerdo de París¹⁹), de tal manera que sería incuestionable su aplicación en materia de humedales, biodiversidad y cambio climático.

d) Chile ha suscrito tratados de libre comercio que contienen normas expresas de no regresión en materia ambiental (Aranda Ortega, 2015).

e) Ya existe jurisprudencia (escasa en todo caso) que lo reconoce expresamente o ha resuelto la controversia en base a él, sin expresarlo.

Respecto a su reconocimiento expreso, el caso afectó paradójicamente al Ministerio de Medio Ambiente por haber dictado una norma de calidad primaria por material particulado, exigiendo límites por primera vez en material particulado 2,5, pero derogando el existente de material particulado 10 (MP10) anual.²⁰ Este caso se judicializó y el Tribunal Ambiental de Santiago anuló el Decreto Supremo 20 de 2013 y ordenó al Ministerio llevar a cabo, en el menor plazo posible, un nuevo proceso de revisión de la norma. Se mencionó expresamente el principio de no regresión:

Hubo dos prórrogas y la segunda de ellas en directa contravención al Reglamento que permitía solo una. La exigencia de revisión de a los menos cinco años dispuesta por la Ley 19.300 se hizo imposible de cumplir por el tiempo que tomó el procedimiento, vulnerándose de esta manera el principio de no regresión.²¹

Sin embargo, además, en un voto de minoría del ministro Asenjo, se desarrolla la invocación de este principio, explicando en qué consiste (evitar que el sistema de gestión ambiental tenga retrocesos en relación con los avances ya alcanzados por cada Estado, expresados, principal aunque no exclusivamente, en estándares o indicadores); reconociendo que no está expresamente reconocido a nivel interno, pero sí en tratados de libre comercio (destacado por Javier Hurtado del Consejo Consultivo, durante la tramitación de la norma); invitando a los jueces a extender su aplicación a materia ambiental en general, pues la exigencia de revisar nuestras normas de calidad primarias cada cinco años «puede ser considerada una expresión procesal de este principio». Finalmente, explicó que la medida era regresiva pues la nueva norma implicaba «la desaparición de un estándar que fue establecido para la protección de la salud de la población», poniendo el acento en que no hubo consenso acerca de si se podía o no descartar los efectos crónicos en la salud del MP10 anual.

Finalmente, la Corte Suprema, resolvió que respecto al MP10 dicha norma debía anularse. No mencionó el principio de no regresión, pero en total coincidencia con la experiencia internacional comparada, esgrimió:

18. Entró en vigor el 27 de noviembre de 1981.

19. Firmado por Chile el 20 de septiembre de 2016 y ratificado el 10 de febrero de 2017.

20. Este caso está comentado en Costa (2015: 203 y ss.).

21. Rol R-22-2014, Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, sentencia del 16 de diciembre de 2014.

Todos los actos administrativos requieren ser fundamentados, pero esta exigencia de *fundamentación es más intensa e implica un estándar más alto o exigente* en cuanto concierne a actos administrativos que pueden significar una *disminución* de la protección ambiental y por lo mismo requieren de una *motivación especial*. Existen, pues, distintos grados de motivación exigida tratándose de distintos tipos de actos administrativos. Es por ello que en el caso de un acto de la Administración que *suprime* exigencias de índole ambiental que han estado vigentes por años se requiere que, para que ellas puedan ser dejadas sin efecto, el estándar de motivación ha de ser *altísimo* y en el presente caso la motivación es absolutamente insuficiente, particularmente porque no se explica cómo es que se haya podido dictar semejante norma en el pasado ni tampoco se da cuenta —en el acto administrativo impugnado— de datos certeros que avalen una medida de indudable *efecto* sobre toda la comunidad.²²

Respecto a casos resueltos en base al principio de no regresión, sin expresarlo, sostienen Moraga y Cornejo:

Respecto de los estándares ambientales del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la Corte Suprema afirma que, si el permiso ambiental de un proyecto considera un nivel de recuperación de los ecosistemas (sea en una variable temporal o material), una evaluación posterior del mismo proyecto no puede disminuir tal estándar y plantear un ritmo de recuperación de menor intensidad, ya que se trata de un estándar que deja de ser disponible para el titular y la autoridad. De acuerdo con lo anterior, podríamos considerar que la intensidad de la recuperación del medio ambiente se transforma en un valor protegido y cautelado por el sistema jurídico, que no puede obviarse. El criterio utilizado por la Corte en esta materia evoca el contenido del principio de no regresión, que, aunque no lo menciona, lo aplica en la interpretación de la normativa aplicable al caso. Lo anterior es de suma relevancia si se considera que tal criterio de intensidad de recuperación como factor no disponible para las partes, puede llegar a aplicarse en la interpretación de los estándares que deben respetar los planes de reparación, programas de cumplimiento o daño ambiental (Moraga y Cornejo, 2021).

f) La propia Corte Suprema, con ocasión del Proyecto de Ley sobre Protección y Preservación de Glaciares (Boletín 9364-12), señaló que este «podría debilitar la situación de los glaciares, al regular un procedimiento que posibilitará su explotación», y concluyó que la iniciativa así planteada «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».²³

22. Rol 1119-2015, Corte Suprema, Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015. Énfasis nuestros.

23. Corte Suprema de Justicia, «Informe Proyecto de Ley 26-2016», Oficio 110-2016, 8 de agosto de 2016, disponible en <https://bit.ly/2AHQgqj>.

g) El Ministerio de Bienes Nacionales considera expresamente el principio de no regresión en los fundamentos esgrimidos en el Decreto 6, del 6 de enero de 2018, publicado en el *Diario Oficial* el 30 de enero de 2019, que desafecta la Reserva Forestal «Alacalufes» y crea el Parque Nacional «Kawésqar» y la reserva nacional «Kawésqar» en la región de Magallanes y de la Antártida chilena.

h) El Ministerio del Medio Ambiente (aunque en distintos gobiernos y con matices) ha incorporado el principio de no regresión en dos proyectos de ley actualmente discutidos en el Congreso Nacional sobre cambio climático y biodiversidad.

Se advierte que este reconocimiento expreso (idealmente para toda materia ambiental) sería útil, pues, como se ha demostrado en un reciente estudio que analizó la aplicación de los principios de derecho ambiental en las sentencias de tribunales ambientales, al menos en el control de la actividad administrativa (al Sistema de Evaluación Ambiental, a la Superintendencia y al Ministerio de Medio Ambiente, etcétera), es posible verificar, primero, una escasa aplicación de los principios jurídicos ambientales y, segundo, que en las contadas ocasiones en que se recurre a ellos es generalmente para reforzar argumentativamente decisiones ya adoptadas en base a normas vigentes de nuestro ordenamiento interno, pero no «con la intención de resolver de forma principal y exclusiva el asunto controvertido, lo que se puede atribuir esencialmente al abundante entramado normativo vigente en nuestro ordenamiento» (Irrarázabal y Luengo, 2018: 1-30).

Resultaría entonces beneficioso, a pesar de existir poderosos argumentos tradicionales para su consideración y aplicación amplia en el derecho ambiental chileno, incorporar expresamente el principio en la normativa interna. De hecho, la oportunidad de redactar una nueva constitución ya ha generado valiosas discusiones sobre sus posibles normas relacionadas al medio ambiente. El principio de no regresión, en todo caso, aunque se suele mencionar en distintos foros, finalmente no ha sido considerado en las propuestas colectivas, salvo en la propuesta del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.²⁴ También lo hemos impulsado con Dominique Hervé, pues estimamos que prohibiendo retroceder en los estándares determinados para la protección de la calidad e integridad, tanto de las personas como de los ecosistemas, su reconocimiento «evitará que cada gobierno de turno deje abandonadas políticas y metas que se suponían eran de largo plazo, relajando la protección establecida, amparado generalmente en razones económicas o políticas y no científicas, como la actual necesidad de reactivar la economía» (Delgado y Hervé, 2021).

24. Por ejemplo, este principio no se encuentra propuesto en ONG FIMA (2020), Donoso, Femenías, Irrarázabal, Reyes, Rivera, Viera-Gallo y Walker (2021); Libertad y Desarrollo (2021); pero sí en Aranda Ortega y otros (2021).

Ejemplos de casos regresivos en Chile

Si consideramos los criterios de Peña Chacón en su test de regresividad, habrían varias situaciones en Chile que habrían violado el principio de no regresión. No siempre son regresiones explícitas (que en realidad son poco frecuentes), sino como se ha dicho, «insidiosas» o «por debajo de la mesa», como cuando por un acto se aumentan los límites de un área marina pero se baja la terrestre, sin sustento científico (Peña Chacón, 2015b: 225).

Veamos qué ha sucedido en Chile y que no debiera volver a ocurrir. No se trata de casos resueltos por el principio de no regresión necesariamente, pese a ser evidentes las transgresiones a él.

Promulgación de nueva normativa que modifique el nivel de protección ambiental adquirido previamente en otra normativa nacional o internacional y sin respaldo científico

Estos son casos de regresiones explícitas, poco frecuentes. Sin duda el caso emblemático en esta categoría en Chile lo constituye el ya comentado, en que el Ministerio de Medio Ambiente dictó una norma de calidad primaria por material particulado, exigiendo límites anuales por primera vez en material particulado 2,5, pero derogando el existente de material particulado 10.

Por otra parte, respecto al ingreso obligatorio de los proyectos inmobiliarios al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Mientras la Ley 19.300 disponía que deben someterse a evaluación ambiental, sin excepciones, «proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el párrafo 1 bis» y «proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas», mediante una modificación reglamentaria (del Gobierno del presidente Piñera) determinó que se exceptuaban de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) los proyectos en aquellas zonas declaradas latentes o saturadas, cuando existiera en ella un plan de prevención o descontaminación vigente, que permita el desarrollo de proyectos inmobiliarios en un Instrumento de Planificación Territorial aprobado ambientalmente conforme a la Ley. La norma causó bastante polémica hasta que finalmente fue modificada (mediante el Decreto Supremo 63 del 2014 del Ministerio del Medio Ambiente), eliminando esa excepción (durante el gobierno de la presidenta Bachelet).

Hace poco, el Gobierno presentó una modificación al SEIA en la Ley de Presupuesto —sí, en la Ley de Presupuesto—, y es un claro ejemplo de regresión: se refiere al ingreso obligatorio de proyectos de embalses. Se propone en la glosa presupuestaria del Ministerio de Agricultura, partida 13, lo siguiente:

Considerando la situación excepcional de escasez hídrica, la Comisión Nacional de Riego podrá permitir la postulación a concursos de la Ley 18.450 de embalses de volumen superior a 50.000 metros cúbicos e inferiores a 300.000 metros cúbicos, sin importar la altura de su muro, sin que estos deban ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Afortunadamente, mediante un requerimiento al Tribunal Constitucional por 41 diputados, el 26 de diciembre de 2019 se acogió parcialmente el requerimiento, declarando inconstitucional estas normas.²⁵

Y, en materia de aguas, ha señalado Sandoval:

La eliminación del orden de prelación para el otorgamiento de derechos de agua del Código de Aguas vigente significó un retroceso en materia ambiental, el cual se agravó con la inclusión, mediante la Ley 20.017 de 2005, del remate público como mecanismo de asignación de los derechos de aprovechamiento para el caso en que se presentaren dos o más solicitudes sobre las mismas aguas. [...] Lo anterior en comparación a los Códigos de Aguas anteriores, donde existía como uso prioritario el derecho a la «1. bebida y servicios de agua potable de las poblaciones y centros industriales; 2. usos domésticos y saneamiento de poblaciones» (Código de 1951 y de 1969) (Sandoval, 2015: 151).

Ausencia o insuficiencia de justificación y respaldo técnico-científico que permita determinar, en grado de certeza, la no afectación al bien tutelado

Aquí hay muchísimos ejemplos, especialmente en relación al SEIA, en que un órgano superior o un Tribunal determina, *ex post*, que la información considerada a la hora de calificar de manera favorable un proyecto, fue insuficiente, sin poder otorgar certeza de no afectar componentes ambientales, exigiendo, en consecuencia, una mayor fundamentación técnica de la decisión en base a información existente o estudios adicionales.

Solo comentaré un caso, relevante por los riesgos graves a los que se expuso temporalmente al ambiente y personas. Respecto del proyecto «Central Hidroeléctrica Cuervo», la Corte Suprema acogió un recurso de protección que cuestionó su aprobación ambiental por haber incurrido el Servicio de Evaluación Ambiental en una ilegalidad (artículos 24 y 27 del Reglamento del SEIA), al no hacerse cargo en el In-

25. La expresión: «sin que éstos deban ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental establecido en la Ley 19.300, que aprueba la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y sus reglamentos» (siete votos por acoger y 2 por rechazar), y de forma unánime la frase: «Los proyectos que no postulen a los concursos de CNR [Comisión Nacional de Riego], pero que sean de la misma naturaleza que los antes mencionados, tendrán las mismas exenciones». Sentencia Tribunal Constitucional rol 7896-2019-CTP.

forme Consolidado de la Evaluación (documento con el cual vota la Comisión) de las condiciones fijadas por el Servicio Nacional de Geología y Minería que condicionó el proyecto a la realización de una «predicción y evaluación de impactos y situaciones de riesgo», puesto que debido al fenómeno de flujos piroclásticos (gases volcánicos), y su potencial acceso al río Tabo, «se requiere que el titular del proyecto presente a la autoridad competente un estudio de detalle de las erupciones holocenas enfocado a los depósitos piroclásticos [...]; ello en el entorno inmediato del volcán Cay». Dicho estudio, señala el organismo estatal, debe ser «presentado previo al inicio de la construcción del embalse, y conforme a sus resultados se deberá proponer el plan de prevención correspondiente». La Corte estimó este informe «imprescindible» y que el actuar constituía una amenaza a las garantías constitucionales de los numerales 1 y 8 del artículo 19 de la carta fundamental, pues al proceder como se ha hecho, el medio ambiente protegido por el ordenamiento jurídico se ve amenazado por el proyecto en cuestión, sin que se adopten medidas claras, específicas y efectivas de mitigación o compensación. Lo mismo sucede con la integridad física de las personas que viven en las comunas donde se emplaza el proyecto. Ordenó a la empresa hacer el estudio y repetir la votación.²⁶

Menoscabo o empeoramiento del nivel de protección jurídico preexistente, en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad

El caso más emblemático en interpretaciones que limitan el alcance y efectividad del derecho ambiental y, en este caso, de un principio pilar de nuestro derecho, es la interpretación que el propio Servicio de Evaluación Ambiental da a la expresión «carga ambiental» para negar la participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental, considerando que se trata de un organismo que pertenece al Ministerio del Medio Ambiente y que por ley debe propiciar dicha participación.²⁷ Ha sido la Corte Suprema la que ha debido ya en varias ocasiones dejar sin efecto esas negaciones, aunque no ha hecho referencia a que implica una regresión en relación con la interpretación administrativa anterior. La autoridad, pese a lo anterior, mantiene su interpretación limitada (Costa, 2020).

Por otra parte, en materia de las competencias fiscalizadoras ambientales de la Superintendencia de Medio Ambiente, la autoridad las interpreta solo limitadas a los instrumentos de gestión enumerados en el artículo 2 de la Ley 20.417, mientras que la Corte Suprema ha señalado que debe interpretar la norma de manera amplia, al no existir ningún elemento literal que permita restringirla y que ello se ajusta al

26. Sentencia Corte Suprema de fecha 11 de mayo de 2012, rol 2463-2012.

27. Verónica, Delgado, «Otra estocada a la participación ciudadana en materia ambiental», *El Mostrador*, 18 de abril de 2018, disponible en <https://bit.ly/3EefrMc>.

principio de una mayor protección ambiental.²⁸ Sin embargo, la autoridad sigue manteniendo este criterio.

Finalmente, consideramos una regresión la interpretación que algunas cortes de Apelaciones y la Suprema hicieron de la modificación que se hizo al autoacordado que regula la tramitación del recurso de protección en cuanto al plazo, intentando dejar de aplicar la «tesis del agravio permanente», que por muchos años se aplicaba en materia ambiental de manera bastante uniforme.²⁹ Sin embargo, a poco andar, el punto aludido fue modificado por la misma Corte Suprema en ese caso (rol 2899-2005) y en otros, como en *Junta de Vecinos Los Pioneros* (2012), *Comité de Vivienda Villa Trancura* (2013) y *Costa Esmeralda* (2013), etcétera. Además, esta tesis (que implica un nivel más abierto al acceso a la justicia ambiental) incluso se aplicó recientemente en un caso de daño ambiental.³⁰

Omisión de reglamentación de normas ambientales indispensables para una adecuada protección, tornando ineficaz la legislación ambiental

Aquí también existen casos realmente evidentes. En primer lugar, la Ley 18.362 de 1984 del Ministerio de Agricultura, sobre del Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado nunca entró en vigencia por no haberse dictado la ley que transformara

28. Sentencia Corte Suprema, rol 15.549-2017. Véase Alfaro y Domínguez (2018, 191-211).

29. Demostrativo fue el caso en que una vecina de Coronel interpuso un recurso contra un proyecto de termoelectrica de Bocamina: la Corte de Apelaciones de Concepción sostuvo que el recurso era extemporáneo pues constaba en autos que ella conocía el proyecto al haber ido a una reunión informativa. Se señaló que durante la vigencia del auto acordado anterior «se resolvió que ese plazo subsistía respecto de los actos u omisiones continuos y sucesivos, mientras siguieran repitiéndose, y se llamó a estos «permanentes». Sin embargo, con posterioridad, el punto aludido fue modificado por la Corte Suprema, y se estableció que el recurso de protección «se interpondrá dentro del plazo fatal de 15 días (actualmente 30) corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de estos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos. Esta última disposición es la que tiene aplicación en la situación que se resuelve (considerando cuarto)». Y que «entenderlo de otro modo significaría que la modificación indicada carecería de todo sentido y significación, lo que no es aceptable. [...] El Máximo Tribunal ha dicho, reiteradamente, que el término para recurrir de protección [...] tiene carácter objetivo, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes, como se ha pretendido en la especie, la época en la cual pueda comenzar a computarse para su interposición. [...] El no considerarlo así importaría, en la práctica, entregar a los particulares o recurrentes la posibilidad de establecer dicho plazo o, en otras palabras, quedaría a su mera voluntad o antojo la determinación de la época en que lo deduce, lo que resulta inapropiado por lo indicado, esto es, su condición objetiva, circunstancia importante, pues posibilita que haya certeza jurídica en cuanto a las fechas que interesa examinar (Corte Suprema, 14 de julio de 2005, autos rol 2899-2005)» (considerando quinto).

30. Ver los primeros fallos en Valenzuela (2010: 285-307). Para su aplicación en un caso de daño ambiental, véase Delgado (2020b: 288).

a la Corporación Nacional Forestal (Conaf) de una corporación de derecho privado a un organismo público. Hasta el día de hoy, las áreas protegidas no cuentan con un solo organismo que las administre y una normativa uniforme y actualizada.

En segundo lugar, habiéndose dictado la Ley 20.998 de 2017 que regula los Servicios Sanitarios Rurales, no se dictó su reglamento sino hasta el 19 de octubre de 2020,³¹ lo que hizo ineficaz la ley por varios años. Y lo mismo ocurre con la Ley 21.075 que regula la Recolección, Reutilización y Disposición de Aguas Grises,³² publicada en febrero de 2018, y que aún no cuenta con su reglamento.

Por otra parte, la demora escandalosa en dictar normas de calidad, especialmente en relación a los componentes agua y suelo en Chile, ha tornado absolutamente ineficaz la legislación referida a implementar los respectivos planes de prevención y descontaminación. Desde 1994 existe la obligación de dictar estas normas y proteger con ellas la salud de las personas y ecosistemas. Pues bien, y a pesar de la existencia de tantos ríos y lagos contaminados en Chile, existe un número mínimo de normas de calidad vigentes, lo que ha implicado que hasta ahora nunca se haya podido dictar un plan de descontaminación. Tampoco se han elaborado planes de prevención. Las normas dictadas hasta ahora son menos de veinte (y pocas son para las cuencas del norte donde opera la minería) y ninguna para las aguas subterráneas. Esto ha sido reprochado como brecha con los estándares de la OCDE (OCDE y Cepal, 2016: 87).

Incumplimiento o inaplicabilidad sistemática en la aplicación de la legislación ambiental tornándola absolutamente ineficaz

Aquí, y por la extensión del tema, solo me referiré a un caso, el de la Convención de Washington, aunque estimamos que también ha ocurrido lo mismo con el Convenio 169 en materia de pueblos indígenas.

Chile ratificó esta Convención el año 1967 y, por ende, es ley de la República desde esa fecha, imponiendo dos obligaciones claras: en los parques nacionales no se les puede dar un uso comercial a los recursos naturales y sus límites solo pueden ser cambiados por una ley y no por un simple decreto. Por muchos años no hemos cumplido esta importante normativa ambiental. Existen en muchos parques nacionales actividades extractivas minerales o hidroeléctricas. Incluso algunos conflictos se han judicializado, y por muchos años estas actividades fueron validadas por los tribunales, sosteniendo —primero— que esta Convención no era autoejecutable, y luego, que era la Ley 19.300 la que la regulaba en detalle al obligar ingresar al SEIA toda actividad en un área protegida (artículo 10 letra p), de manera tal que la regla era

31. Decreto 50 de 2020 del Ministerio de Obras Públicas.

32. Verónica Delgado, «La nueva regulación de aguas grises y sus desafíos en Chile», *Codex Verde*, 23 de marzo de 2018, disponible en <https://bit.ly/32b92Vb>.

que sí se podía dar un uso comercial a los recursos naturales, siempre que se lograra una resolución de calificación ambiental. Sin embargo, y afortunadamente, en los últimos años, el voto de minoría de la ministra Egnem se transformó en el de mayoría, releyendo la norma a la luz de su última frase, esto es, que deberá ingresarse al SEIA toda actividad en una área protegida «en la medida que la legislación lo permita», cuestión que efectivamente no ocurre en la Convención de Washington respecto a los parques nacionales.³³

En el caso de los parques o reservas marinas recientemente creados, la cuestión se complejiza con la existencia de la industria salmonera, pues jurídicamente estas categorías de áreas protegidas no se asimilan por ahora a la de un parque nacional y no existe una limitación a su instalación. Sin embargo, este problema se subsanaría en el actual proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín 9404-12), pues el parque nacional incluirá áreas terrestres, acuáticas y continentales, con un objetivo claro de preservación:

Se prohíbe en esta área la explotación de recursos naturales con fines comerciales. En los parques nacionales conformados exclusivamente por ecosistemas marinos no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de investigación científica, educación o turismo de baja escala conforme al artículo 83 y siguientes de esta ley.³⁴

Por otra parte, en cuanto a desafectar áreas de estos parques por ley, y no por un simple decreto, también es una regla que ha sido violada³⁵ y que se pretendía seguir infringiendo en las versiones anteriores del proyecto de ley sobre biodiversidad, cuestión que también se solucionaría con el comentado proyecto de ley. En efecto, el texto aprobado en su actual tramitación reza: «Lo dispuesto en los incisos primero y segundo no será aplicable a los parques nacionales y reservas de región virgen, los que solo podrán ser modificados o desafectados a través de una ley» (inciso final del artículo 70).³⁶

Finalmente, y esto se relaciona al diseño actual de algunas normas, es regresivo que no haya análisis, cuestionamientos o reparos al hecho de que a pesar que la Ley

33. Véase el tema en Tallar (2019: 525-556).

34. Redacción aprobada por la Comisión de Medio Ambiente la Cámara de Diputados en sesión del 20 de enero de 2021, según información recopilada en Llantén, Stuardo, Sosa, Delgado y Sandoval (2021).

35. Por ejemplo, desafectación de parte del Parque Nacional El Lauca mediante Decreto Supremo 29 de 1983.

36. Extraído de documento aprobado por la Comisión de Medio Ambiente de la Cámara elaborado por Pamela Poo Cifuentes, encargada de Políticas Públicas e Incidencia de la Fundación Chile Sustentable, y resultado de la votación al día 24 de abril. Documento que ha sido facilitado por la autora.

19.300 obliga a ingresar al SEIA ciertos proyectos forestales y actividades de aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas, no existan proyectos evaluados por estas causales, salvo uno.³⁷ A más de veinte años de la dictación de la ley, debiera discutirse si la norma establecida es muy laxa o se está eludiendo el ingreso mediante fraccionamientos u otras prácticas, lo que ha impedido, por cierto, avanzar en el seguimiento de los impactos derivados de estas actividades.

Conclusiones

1. El principio de no regresión es un principio connatural al propósito y vocación del derecho ambiental. No se puede «proteger» retrocediendo o flexibilizando los niveles ya establecidos. Y lo mismo ocurre con la progresividad, es decir, el llamado es a avanzar siempre. De hecho, en estos tiempos de crisis climática, ambiental e hídrica, solo no retroceder no basta. Mantenernos como estamos implicaría de hecho un retroceso ante los compromisos de avanzar en los objetivos de desarrollo sostenible y las metas climáticas del Acuerdo de París.

2. En las últimas décadas, el principio se ha desarrollado especialmente por la doctrina latinoamericana. Ya hay países que lo reconocen expresamente incluso a nivel constitucional o legal y, por otra parte, en muchos otros en que no existe tal reconocimiento ha sido acogido por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa.

3. En la fundamentación, la jurisprudencia recurre a variados argumentos, incluyendo derecho interno e internacional (vinculante y *soft law*), tratados de libre comercio, doctrina y jurisprudencia extranjera relacionada al principio de progresividad o de no regresión. Su mayor aplicación ha sido en materia de áreas protegidas y ordenamiento territorial y, en menor medida, en aspectos relacionados a la salud de las personas.

4. El principio no es absoluto, pues tiene límites. Es decir, no todas las regresiones atentarán contra este principio. Lo serán, y en consecuencia serán ilegales o inaceptables, cuando se reduzca el nivel de protección ambiental sin estar debidamente justificado científicamente.

5. La aplicación de este principio puede tener, a nuestro juicio, una versión amplia y una más limitada. En la amplia —que se adapta mejor a los nuevos tiempos y permitiría una mayor aplicación del principio— bastará para que una reducción sea regresiva, el afectar a límites o niveles «establecidos» (formalmente) aunque aún no se

37. En el buscador del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental aparecen dos presentaciones del titular Forestal Trillium Ltda. por el Proyecto Forestal Río Cóndor, de los años 1995 y 1997. La segunda presentación fue aprobada y calificada ambientalmente mediante Resolución 3 del 11 de febrero de 1998.

hayan «alcanzado» (materialmente); y cuando ella implique solo un riesgo o impacto «significativo» (en el sentido de importante) en las personas o medio ambiente, pero no únicamente cuando lo que esté en juego sea un daño irreparable o irreversible.

6. En Chile existe un incipiente interés por este principio en la doctrina, pero escasa jurisprudencia. Sin embargo, recientemente, se discute reconocerlo expresamente en dos proyectos de ley específicos (los de biodiversidad y cambio climático) e incluso a nivel constitucional. Las fórmulas que se discuten en el Congreso Nacional son bastante diferentes, aunque ambas solo se refieren a la «reducción» de la protección, sin especificar nada más, en caso de querer realizar el correspondiente contraste o test de regresividad con la norma o nivel anterior. Sin embargo, en cuanto a este nivel de protección anterior, en el proyecto de ley sobre biodiversidad se adopta el estándar de protección «alcanzada» (versión más limitada), y en el proyecto sobre cambio climático, por el contrario, se hace referencia al nivel de protección «establecido» (versión más amplia).

7. Para su mayor aplicación, pareciera recomendable el reconocimiento expreso del principio de no regresión en Chile para todo el derecho ambiental. Urge su análisis, pues son muchos los casos a nivel nacional (hemos descritos solo algunos) que no superan el test de regresividad.

Referencias

- ACOSTA, Florencia, Pablo Garrido, Verónica Delgado y María Ignacia Sandoval (2021a). «Seguimiento legislativo: Proyecto de Ley que fija Ley Marco de Cambio Climático, Ficha núm. 6». Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático. Disponible en <https://bit.ly/3ntT12H>.
- . (2021b). «Seguimiento legislativo: Proyecto de Ley que fija Ley Marco de Cambio Climático, Ficha núm. 3». Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático. Disponible en <https://bit.ly/32OuAU7>.
- ALFARO, Claudia y María del Pilar Domínguez (2018). «Alcance de las competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente: Comentario al fallo de la Corte Suprema en causa rol 15.549-2017». *Revista Justicia Ambiental*, 10: 191-211.
- AMAYA ARIAS, Ángela (2021). «El principio de no regresión y los retos del derecho ambiental en la actualidad». Ponencia presentada en el Quinto Panel del IV Foro Internacional de Justicia Ambiental, organizado por el Segundo Tribunal Ambiental de Chile el 15 de enero de 2021. Video en YouTube disponible en <https://bit.ly/3toVH9d>.
- ARANDA ORTEGA, Jorge (2015). «Una aproximación al principio de prohibición de regreso en Chile: Desde la integración internacional a la aplicación jurídica». En Mario Peña Chacón (ed.), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica* (pp. 145-156). Gland, Suiza: UICN.

- ARANDA ORTEGA, Jorge, Valentina Durán Medina, Ximena Insunza Corvalán, Sergio Montenegro Arriagada, Pilar Moraga Sariego y Ana Lya Uriarte Rodríguez (2021). *Nueva Constitución del siglo XXI: Un desafío para el derecho ambiental*. Santiago: Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Fundamentos de derecho ambiental*. 2.º edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- CAFFERATTA, Néstor y Enrique Peretti (2019). *Nuevos desafíos del derecho ambiental, La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- CRESPO PLAZA, Ricardo (2015). «Legislación ambiental del Ecuador». En Mario Peña Chacón (ed.), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica* (pp. 123-141). Gland, Suiza: UICN.
- COSTA, Ezio (2015). «Mejora regulatoria, legitimación y principio de no regresión: el fallo de la Corte Suprema en el caso MP10». *Revista Justicia Ambiental*, 7: 203-223.
- . (2020), *Participación ciudadana: Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Santiago: DER Ediciones.
- DE ARAÚJO AYALA, Patryck (2015). «Os desafios para um constitucionalismo da vida decente em uma cultura jurídica de retrocesso socioambiental: Contribuições da jurisprudência e da teoria constitucional brasileira». En Mario Peña Chacón (ed.), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica* (pp. 55-100). Gland, Suiza: UICN.
- DELGADO, Verónica (2020a). «Proyecto de ley de cambio climático y principio precautorio: Una formulación débil respecto al marco legal actual». Policy Brief, núm. 21: 1-3. Disponible en <https://bit.ly/3IZy2PF>.
- DELGADO, Verónica (2020b). «Reparación del daño ambiental causado a las aguas subterráneas en los Tribunales de Chile». *Revista de Derecho Privado* (Universidad del Externado de Colombia), 38: 279-310.
- DELGADO, Verónica y Dominique Hervé (2021). «Nueva Constitución y medio ambiente». En Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción (2021), *Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional. Tomo III: Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. Santiago, Chile: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights.
- DE LOS RÍOS, Isabel (2015). «Nuevo reto del derecho ambiental: La construcción del principio de irreversibilidad de las Normas de Protección del Ambiente». En Mario Peña Chacón (ed.), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica* (pp. 103-119). Gland, Suiza: UICN.
- DONOSO, Guillermo, Jorge Femenías, Ricardo Irrázabal, Francisca Reyes, Daniela Rivera, José Antonio Viera-Gallo y Patricio Walker (2021). «Contribuciones a la

- discusión constitucional: protección del medio ambiente». *Temas de la Agenda Pública* (Pontificia Universidad Católica de Chile), 16 (136).
- DORRESTE, Jaime (2020). «La paulatina consolidación del principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia española». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102 (2), 553-563.
- IRARRÁZABAL, Ricardo y Sebastián Luengo (2018). «Aplicación de principios ambientales en el control jurisdiccional del actuar de la Administración». *Revista de Derecho Ambiental*, 6 (9), 1-30.
- LLANTÉN, Christopher; Catalina Stuardo, Juan Sosa, Verónica Delgado y María Ignacia Sandoval (2021). *Seguimiento legislativo: Proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, Ficha 10*. Concepción: Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático. Disponible en <https://n9.cl/ckjd8>.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2021). «Medio Ambiente y Nueva Constitución: Ejes de la discusión». *Temas Públicos*, 493-2: 1-8.
- MORAGA, Pilar y Camilo Cornejo (2021). «Sentencia de la Corte Suprema dictada en causa *Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental*, rol 8573-2019, de 13 de enero de 2021». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 25 febrero 2021. Disponible en <https://bit.ly/3IZuoai>.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005). «Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales». *Ius et Praxis*, 11 (2): 15-64.
- ONG FIMA (2020). «BASES PARA UNA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA EN CHILE, v. 25/11/20». Disponible en <https://bit.ly/3yTKoWj>.
- OCDE Y CEPAL, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2016). *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile*. Santiago: OCDE y Cepal.
- PEÑA CHACÓN, Mario (2013). «El principio de no regresión ambiental en la legislación y jurisprudencia costarricense». En Mario Peña Chacón (dir.), *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano* (pp. 11-173). Costa Rica: PNUD.
- . (2014). «Principio de prohibición de regresividad ambiental en la jurisprudencia comparada iberoamericana». *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, 14: IJ-LXXIV-591.
- . (2015a), «El test de regresividad ambiental». En Mario Peña Chacón (ed.), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica* (pp. 212-234). Gland, Suiza: UICN.
- . (2015b). *Gobernanza territorial y principio de no regresión del derecho ambiental*. Costa Rica: Centro de Investigación en Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica.
- . (2015c). «Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental». En Mario Peña Chacón (ed.), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica* (pp. 235-249). Gland, Suiza: UICN.

- PRIEUR, Michel (2010). «El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental». En Manuel Losada Villasante, Michel Prieur y Frank . T. Avignone, *Acto de investidura del grado de Doctor Honoris Causa* (pp. 59-121). Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza. Disponible en <https://bit.ly/32fuWWF>.
- . (2012). «Non-Regression in Environmental Law». *Surveys and Perspectives Integrating Environment and Society*, 5 (2): 53-56.
- . (2019). Conferencia organizada por el Tribunal Constitucional de Colombia, el 27 de septiembre de 2019. Video disponible en <https://youtu.be/TxeVX19lm8o>.
- SABSAY, Daniel y Cristian Fernández (2020). «Un principio crucial para el derecho humano al ambiente y la defensa de la biodiversidad». *La Ley*, 10/06/2020, AR/DOC/1781/2020.
- SANDOVAL, María Ignacia (2015). «Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: Propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada». *Revista Justicia Ambiental*, 7: 133-162.
- TALLAR, Fernando (2019). «Los derechos de aprovechamiento de aguas en parques nacionales. La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI». En Ezio Costa, Sergio Montenegro y Victoria Belemmi (eds.), *Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (pp. 525-556). Santiago: DER Ediciones.
- VALLS, Mario (2015). «La ‘regresión’ acecha al derecho ambiental. La doctrina está alerta». En Mario Peña Chacón (ed.), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica* (pp. 37-52). Gland, Suiza: UICN.
- VALENZUELA, Rafael (2010). *El derecho ambiental: Presente y pasado*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Agradecimientos

Agradezco especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción que, a través de su Fondo de Incentivos a la Investigación y Resolución 2020-005, ha aportado a la concreción de este trabajo. Además, agradezco la siempre generosa colaboración de los abogados Juan Francisco Zapata y María Ignacia Sandoval.

Sobre la autora

VERÓNICA DELGADO SCHNEIDER es profesora asociada de Derecho Ambiental y Aguas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, y directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC) de la misma casa de estudios. Abogada de la Universidad de Concepción, Doctora en Derecho por la Università Tor Vergata (Italia). Su correo electrónico es vedelgado@udec.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-6415-5130>.

La *Revista de Derecho Ambiental*, del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es un espacio de exposición y análisis en el plano académico del derecho ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y reseñas, y aborda diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. Se presentan artículos de diferentes autores y autoras en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

DIRECTORA

Valentina Durán Medina

EDITORES

Jorge Ossandón Rosales
y Antonio Pulgar Martínez

SITIO WEB

revistaderechoambiental.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

revistada@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipográfica
(www.tipografica.io)