



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

**Perspectivas para la Litigación Climática en Chile en el marco de una Nueva
Constitución: análisis a partir de la naturaleza cautelar y urgente de las acciones
constitucionales**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Marcelo Alfonso Sandoval Panchillo
Profesora Guía: Pilar Moraga Sarego

Santiago de Chile
2023

Agradecimientos

A mi madre, Nadia; y a mi hermana, Antonella. Ustedes son mis dos grandes pilares en esta vida. Este proceso es por y para ustedes.

A Anahí, Constanza y Andrea, por darme la mejor amistad que una persona puede tener, una amistad honesta, leal y recíproca. En ustedes encuentro una segunda familia, y por ello estaré siempre agradecido.

A todos mis amigos, por todo los buenos momentos y por entregarme las mejores energías, siempre.

A mi gatita, Kiara, por ser la mejor compañera de estudio.

A la profesora Pilar Moraga y su ayudante Benjamín González, por la paciencia y por todos los aprendizajes que contribuyeron al desarrollo de esta memoria. Siempre estaré agradecido por tener la oportunidad de trabajar con los mejores exponentes que ofrece el Derecho Ambiental.

Al profesor Patricio Leyton, por su gran curso de Derecho del Medio Ambiente, mi puerta de entrada al derecho ambiental, que me permitió descubrir una rama del derecho que me encanta, y que también me abrió una serie de oportunidades de crecimiento y aprendizaje que no he dudado en aprovechar.

A todo el equipo de medio ambiente y recursos naturales de FerradaNehme, por su confianza depositada en mí, por los aprendizajes que me brindaron durante este proceso, y por dejarme trabajar con un equipo de personas tan talentosas como ustedes.

Por último, mis agradecimientos al PROYECTO FONDECYT REGULAR N°1221378 “Reconceptualización del litigio climático desde el sur global. el caso chileno”.

Índice

Resumen	4
Introducción	5
<u>I) El Recurso de Protección como vía de desarrollo de la litigación climática en Chile.</u>	7
<u>I.1) La naturaleza cautelar y de urgencia del recurso de protección como obstáculo para la litigación climática</u>	10
1) Criterio de la Inmediatez.....	15
2) Criterio de la Ilegalidad.	18
3) Criterio de Gravedad.....	21
<u>I.2) La dispar comprensión de la naturaleza cautelar y de urgencia del recurso de protección por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones.....</u>	26
1) Las Cortes de Apelaciones y su desconocimiento de la naturaleza cautelar de urgencia en asuntos climáticos.....	28
2) La Corte Suprema y su comprensión de la naturaleza cautelar de urgencia en asuntos climáticos.	33
<u>II.) La Propuesta de Nueva Constitución como un nuevo paradigma para la litigación climática en Chile.....</u>	38
<u>II.1) La mantención de la naturaleza cautelar y de urgencia en la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales.....</u>	40
1) Criterio de la Inmediatez.....	43
2) Criterio de la ilegalidad.....	44
3) Criterio de la Gravedad.....	48
<u>II.2) El aporte de una regulación integral del medio ambiente y el reconocimiento de la crisis climática para el desarrollo del litigio climático</u>	53
Conclusiones.....	63
Bibliografía.....	65

Resumen

En el presente trabajo se analiza la idoneidad de dos acciones constitucionales que cautelan Derechos Fundamentales para el desarrollo de litigios climáticos, por un lado el Recurso de Protección Ambiental regulado en la actual Constitución Chilena, y por otro lado, la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales contenida en la Propuesta Constitucional que fue rechazada por la ciudadanía en el marco del proceso constituyente instado en Chile desde el año 2019 hasta el año 2022. Para el análisis se utilizará el criterio de la cautela urgente, que es común en este tipo de acciones y que constituye un elemento que es decisivo en el éxito o fracaso de las mismas. En primer lugar, se analizará el criterio de la cautela urgente en el Recurso de Protección a partir de su regulación, su desarrollo doctrinario y su desarrollo jurisprudencial. En segundo lugar, se analizará el mismo criterio de la cautela urgente en la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, pero dado que se trata de una acción que nunca entró en vigencia al ser parte de una propuesta constitucional rechazada, el análisis se hará a partir de su regulación en la propuesta constitucionalidad rechazada, para finalmente revisar otras normas de dicha propuesta en materia ambiental o climática para determinar cómo ellas influyen en el desarrollo del litigio climático.

Introducción

La necesidad de respuestas urgentes al cambio climático ha empujado a las comunidades a acudir a los tribunales para condenar a sus Estados por una insuficiente acción climática. Se trata, en definitiva, de acciones judiciales que se conocen bajo el concepto de litigación climática, siendo una de sus aristas, la vulneración de Derechos Fundamentales.

Mediante este trabajo se pretende analizar el desarrollo del litigio climático a través de acciones cautelares de Derechos Fundamentales, esto abarca el vigente recurso de protección regulado en la Constitución Chilena de 1980 (en adelante “la Constitución Chilena”) y en la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales que surgió en la Propuesta Constitucional de 2022 en Chile (en adelante “la Propuesta Constitucional rechazada”), que sin perjuicio de ser rechazada por la ciudadanía, incorporó a la discusión nacional la posibilidad de reemplazar el actual Recurso de Protección, tendencia que posiblemente será retomada en el nuevo proceso constituyente que tendrá lugar durante el 2023 en Chile.

Este tipo de acciones se caracterizan por poseer una naturaleza cautelar y urgente, elemento que es decisivo en la resolución de los casos por parte de los tribunales, pero que no cuenta con un concepto uniforme en la doctrina y la jurisprudencia, quedando la interrogante de si esta característica puede conversar con el desarrollo de litigios climáticos.

Dada la utilidad de los litigios climáticos para empujar a los Estados a ser más ambiciosos en la acción climática, es que se hace necesario dilucidar si los litigios climáticos pueden ser entendidos como causas que necesiten de una cautela urgente vía acciones constitucionales como el Recurso de Protección, distinguiendo los obstáculos existentes y la posibilidad de superarlos para que esta vía de acción no sea incierta para los afectados que tengan interés en recurrir a esta.

Para ello, en un primer capítulo se entregará una conceptualización de litigación climática para luego analizar cómo ello puede encajar con la regulación del recurso de protección, y del entendimiento que la doctrina tiene del mismo. Posteriormente, se analizará cómo se han

llevado algunos casos climáticos a los Tribunales Superiores de Justicia que conocen del Recurso de Protección en Chile, bajo el criterio de la cautela urgente.

Por último, en un segundo capítulo analizaremos los cambios regulatorios que ofreció la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales de la Propuesta Constitucional rechazada, usando el mismo criterio de la cautela urgente, esto con el objeto de distinguir avances o retrocesos. Complementariamente se analizará la regulación integral que se hizo del medio ambiente en la Propuesta Constitucional rechazada y la relevancia que pudo haber tenido para el desarrollo del litigio climático, lo que nos permitirá obtener tendencias y aprendizajes para la discusión constitucional que tendrá lugar en el futuro.

I.

El Recurso de Protección como vía de desarrollo de la litigación climática en Chile.

El presente capítulo tiene como propósito analizar el Recurso de Protección regulado en el artículo 20 de la Constitución Chilena respecto del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación del artículo 19 N°8 del mismo cuerpo legal y su idoneidad para el desarrollo de litigios climáticos.

En virtud de la regulación del Derecho Fundamental a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación en el artículo 19 N°8 de la Constitución Chilena se puede distinguir que el acento está puesto en el derecho de las personas a vivir en un determinado entorno, siendo un derecho íntimamente conectado con la vida y la salud de las personas y que sólo protegería a aquellas personas afectadas por la contaminación del medio ambiente, pero no a otros que no puedan demostrar un perjuicio directo, mediato e inmediato.

Así, Gonzalo Cavallo, distingue que la redacción del derecho limita su expansión y desarrollo¹. Sin embargo, en la actualidad se ha distinguido que este derecho ambiental ha sido interpretado por la jurisprudencia nacional de manera cada vez más amplia, relacionándolo con la calidad de vida y la protección de la Naturaleza².

Por otro lado, se ha reconocido el estrecho vínculo existente entre los Derechos Fundamentales y el Cambio Climático, toda vez que este fenómeno menoscaba a las comunidades humanas debido a que, por razones de subsistencia, depende del medio ambiente. A nivel internacional, el Acuerdo de París por ejemplo, en tanto acuerdo sobre el clima, reconoce que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, se deben respetar, promover y considerar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos, cuestión que fue enfatizada en el informe elaborado en el año 2009 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos³. A mayor abundamiento, la Comisión Económica para

¹ (Cavallo, 2016)

² (Herve, Moraga, Pulgar, & Billi, 2022)

³ (Mansuy, Gumucio, Belemmi, Costa, & Burdiles, 2021)

América Latina y el Caribe ha reconocido que los efectos del Cambio Climático afectan a todos los Derechos Humanos⁴.

Por las razones expuestas, el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación interpretado ampliamente y la conexión que guardan los Derechos Fundamentales con el fenómeno del Cambio Climático, es que es legítimo preguntarse si el Recurso de Protección Ambiental puede ser utilizado para el desarrollo de litigios climáticos.

Ahora bien, desde el 13 de junio de 2022 se encuentra vigente en Chile la Ley N°21.455 o Ley Marco de Cambio Climático, cuerpo legal que, de acuerdo a Moraga, da inicio a una nueva etapa del derecho ambiental, que impulsa un desarrollo bajo en emisiones de carbono, cuestión que queda manifestada en los principios que guían este nuevo cuerpo legal, la transversalidad de la gestión del cambio climático en el aparato del Estado y el reforzamiento de la democracia ambiental⁵. En definitiva este progreso en la regulación ambiental nacional, concretiza nuevas responsabilidades en materias climáticas, cuestión que eventualmente implicará un mayor desarrollo jurisprudencial de la temática climática a nivel de Tribunales Ambientales, de ahí que surge la interrogante relativa a la necesidad de tener litigios climáticos fuera de los Tribunales Ambientales, esto es, vía Recurso de Protección.

Ante ello, este proyecto se situará en el hecho de que el Cambio Climático actualmente es un fenómeno urgente que requiere de acciones urgentes, de ahí que el Recurso de Protección en tanto acción creada para tutelar Derechos Fundamentales se caracteriza por ser una vía de más fácil acceso y de tramitación más rápida en comparación a otros procesos judiciales⁶. Por esta razón es relevante analizar su idoneidad para el desarrollo de litigios climáticos, más allá de las posibilidades de acción que pudieran existir bajo la institucionalidad ambiental en Chile, entiéndase, a través de Tribunales Ambientales.

A mayor abundamiento, la importancia asociada a la litigación climática es que esta funciona como una herramienta adicional para la acción climática a nivel interno de cada país, esto es,

⁴ (CEPAL, 2019)

⁵ (Moraga, 2022)

⁶ (Bordali, 2011)

empujando a los Estados a avanzar en las políticas en materia de mitigación y adaptación al Cambio Climático y a cumplir sus compromisos internacionales en la materia⁷, contando además con un enfoque particular en los Derechos Fundamentales que ayudará a orientar la acción climática.

En este capítulo analizaremos cómo pueden conversar los litigios climáticos con el recurso de protección en materia ambiental, a partir de la regulación misma del recurso, del entendimiento que tiene la doctrina de este y de la jurisprudencia de Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en conocimiento de recursos de protección con aristas climáticas.

⁷ (González, 2021)

I.1

La naturaleza cautelar y de urgencia del recurso de protección como obstáculo para la litigación climática

Los Litigios Climáticos pueden ser definidos como aquellos casos llevados en sedes administrativas, judiciales u otras sedes adjudicatorias que plantean cuestiones fácticas y/o jurídicas relacionadas con la mitigación y adaptación del Cambio Climático o con la ciencia del Cambio Climático en general⁸. Además, la clasificación de litigios climáticos usada por el PNUMA, considera particularmente una arista de litigios basados en la vulneración de Derechos Fundamentales.

En una línea muy similar, Markell y Ruhl entienden que los litigios climáticos refieren a cualquier demanda *“administrativa, judicial, federal, estatal, tribal o local en la que las presentaciones de las partes o las decisiones del tribunal plantean directa y expresamente una cuestión de hecho o de derecho sobre el fondo o la política del clima, causas e impactos del cambio climático”*⁹

Este concepto entregado de litigación climática es bastante amplio al considerar diversas sedes y elementos vinculados al fenómeno del Cambio Climático, cuestión que es útil para poder hablar de litigios climáticos en un país como Chile, donde este tipo de casos no son tan frecuentes o explícitos, así por ejemplo, Campusano y Carvajal distinguen que la mayoría de los litigios climáticos han tenido lugar en los países desarrollados del Hemisferio Norte¹⁰.

Por lo tanto, un concepto amplio como el introducido en *supra* nos permitiría incluir no solo aquellos casos que se refieren de forma expresa al Cambio Climático, sino que también a aquellos casos que se refieren a los efectos del fenómeno climático, tal como veremos más adelante en el análisis de jurisprudencia nacional.

⁸ (PNUMA, 2017)

⁹ (Markell & Ruhl, 2012)

¹⁰ (Droguett & Gómez, 2022)

En lo que respecta al Recurso de Protección, como ya se señaló, este se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de 1980, específicamente en el artículo 20, que consagra:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad del trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”¹¹ (el destacado es nuestro).

El Recurso de Protección no posee mucha regulación, pues además del artículo citado, el resto de su regulación se contempla en Auto Acordados de la Corte Suprema. Para efectos de este trabajo, es relevante lo que señala el Auto Acordado N°173 del año 2018 de la Corte Suprema que vino a precisar ciertas características del recurso de protección:

*“1°) Que la caracterización de la acción constitucional de protección como un **procedimiento de urgencia**, informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio no permite eludir la circunstancia de que sus efectos, con independencia de la entidad a que se atribuya la acción u omisión arbitraria, pueden afectar a personas naturales o jurídicas que no son emplazadas a comparecer, no obstante su calidad de titulares de derechos de dependen de su resultado.*

¹¹ Artículo 20° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980

2º) Que la circunstancia que tal acción de cautela demande, para declarar su admisibilidad, el análisis de su oportunidad y la exposición de hechos que puedan constituir la vulneración de alguna de las garantías tuteladas por ella, permite estimar aconsejable que el tribunal competente identifique y solicite informe a quienes puedan resultar afectados por la sentencia que se dicte, por lo que resulta necesaria la modificación del auto acordado en mención.”¹² (el destacado es nuestro)

Conforme al concepto de litigio climático utilizado y a partir de su regulación constitucional, el Recurso de Protección podría, en principio, ser utilizado para el desarrollo de litigios climáticos toda vez que el Recurso de Protección abre una causa judicial en los Tribunales Superiores de Justicia, en donde se discuten cuestiones de hecho y derecho, y siendo posible que se discuta el Cambio Climático o cualquiera de sus aristas. Todo esto, siempre y cuando se cumplan con los requisitos propios del recurso, principalmente que estemos frente actos u omisiones que vulneren Derechos Fundamentales.

En particular, nos enfocaremos en la arista ambiental del recurso que cautela el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente de Contaminación del artículo 19 N°8 de la Constitución Chilena. El recurso de protección en materia ambiental ha conocido diversas etapas desde su origen¹³, sin perjuicio de que el objeto de este trabajo no es analizar el desarrollo histórico o evolución del recurso, ya hemos señalado que en la actualidad su entendimiento es bastante más amplio que en su origen.

Ahora bien, si atendemos a las características más de fondo del recurso, contenida en los Auto Acordados de la Corte Suprema, no obstante la amplitud que ha ganado el recurso con los años, esta acción cautelar aún se encuentra delimitada. Esto ya que, sin perjuicio de que puedan existir casos de litigación climática desarrollados vía Recursos de Protección, ello no excluye el hecho de que dichas causas puedan verse enfrentadas a varios obstáculos y/o

¹² Auto Acordado N°173 del 26 de septiembre de 2018 de la Corte Suprema.

¹³ (Harris, 2021)

complicaciones, dadas las características que se le asocian al recurso de protección y su naturaleza.

La característica del Recurso de Protección relevante para este trabajo tiene que ver la su naturaleza misma del recurso, toda vez que se trata de una acción cautelar, autónoma y urgente, en virtud de la cual se pretende la adopción del restablecimiento del imperio del derecho, sin resolver de forma definitiva el conflicto. Para efectos de ver la idoneidad del Recurso de Protección para el desarrollo de litigios climáticos, esta característica no nos dice demasiado, por lo que aquí será útil considerar el entendimiento que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia.

Dilucidar el alcance de la característica de la cautela urgente del Recurso de Protección es importante, pues se ha distinguido que constituye el filtro más impredecible y flexible que adoptan los Tribunales Superiores de Justicia para acoger o denegar recursos de protección ambiental, pues si bien hay consenso en que constituye una característica del recurso de protección, no es clara la determinación de su contenido¹⁴. A mayor abundamiento, esta característica ha logrado obstaculizar el desarrollo de litigios climáticos llevados a cabo vía Recurso de Protección, lo que refuerza la relevancia de buscar dilucidar el concepto.

Fernandois considera que el Recurso de Protección efectivamente es una acción cautelar destinada a otorgar un remedio inmediato y urgente a un derecho constitucional comprometido por una legalidad o arbitrariedad, entendiendo la cautela urgente como la necesidad de reaccionar contra una situación de acto anormal que de manera evidente vulnera una garantía constitucional, en oposición a la de resolver conflictos relacionados con la interpretación de una norma legal¹⁵.

Así, a partir de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en la revisión de Recursos de Protección ambiental, la doctrina ha distinguido tres criterios que ayudan a

¹⁴ (Vöhringer & Arnaiz, 2016).

¹⁵ (Vöhringer & Arnaiz, 2016)

demarcar la naturaleza cautelar urgente del recurso: la inmediatez, la ilegalidad y la amenaza grave.

Cabe destacar que detrás de todos estos criterios, existe un ánimo de la doctrina de entender el recurso de protección como una acción que procede excepcionalmente, entre otras razones, por la existencia de una institucionalidad ambiental especializada y porque, dada su necesidad de cautelar urgentemente Derechos Fundamentales, no contiene un contradictorio propiamente tal. Si bien estos criterios no existen de forma expresa en la regulación del recurso de protección a modo de requisitos, ciertamente es relevante atender a ellos, pues la doctrina no hace más que sistematizar aquello que los tribunales han ido resolviendo en diversos Recursos de Protección en materia ambiental. Es decir, se trata de criterios que son relevantes para la resolución favorable o desfavorable del Recurso de Protección.

Además, la doctrina distingue que en otras jurisdicciones las acciones cautelares de Derechos Fundamentales deben ser usadas subsidiariamente, y si bien esta subsidiariedad en Chile no existe, pues no hay disposición que se refiera a un tratamiento subsidiario y porque se permite expresamente su uso conjunto con otras acciones, de igual forma se pretende que el recurso opere bajo una lógica de urgencia excepcional con criterios de última ratio.

A mayor abundamiento, varios autores proponen aumentar la exigencia y ser más estrictos en los requisitos del recurso de protección en materia ambiental. Francisco Zuñiga, siguiendo a Jana y Marín consideran que el recurso de protección debería tener un carácter subsidiario y en cualquier caso debería limitarse a la mantención del status quo frente a infracciones que sean patentes, manifiestas, graves y palmariamente antijurídicas¹⁶.

Con todo, es innegable la importancia del Recurso de Protección para otorgar imperio a ciertos derechos fundamentales, que sin una acción cautelar y de procedimiento breve que los haga exigibles, dejarían en indefensión a los afectados al no contar con una herramienta expedita para detener la afectación de derechos que el constituyente ha considerado que deben ser sujetos de protección, así –tal como señalan Arturo Fermandois y Teresita

¹⁶ (Urbina, 2015)

Chubretovic—, es menester conservar la vitalidad de esta acción, dado su trascendental rol de garantía de derechos constitucionales¹⁷.

A continuación revisaremos los criterios que la doctrina le asocian al carácter cautelar de urgencia del recurso de protección, criterios que serán el pilar de análisis de este trabajo, en aras de dilucidar si el desarrollo de la litigación climática puede tener lugar vía recurso de protección con resultados favorables.

1) Criterio de la Inmediatez.

La inmediatez guarda relación con que el eventual afectado en sus Derechos Fundamentales recurra inmediatamente a la Corte, sin dilatar la solicitud de tutela.

Por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado:

“(...) ello va en contra del plazo establecido para impetrar medidas de cautela y además porque deja en evidencia la falta de urgencia en la necesidad de protección si se esperó que el procedimiento llegase a su fin para impugnar los actos anteriores, máxime cuando de ello dependía el curso que se iba a dar al proceso (...)”¹⁸

De tal forma, el criterio de la cautela urgente, en tanto requisito que valida la intervención de la respectiva Corte en el recurso de protección, se debilita si el recurrente no acciona en forma inmediata contra el acto u omisión ilegal o arbitraria que vulnera sus Derechos Fundamentales.

Aquí cabe destacar que dentro del Auto Acordado N°94/2015 que regula el Recurso de Protección, en el numeral 1° se establece un plazo de interposición de 30 días corridos, el cual cuenta con tres formas de cómputo: (i) desde la ejecución del acto; (ii) desde la ocurrencia de la omisión; (iii) desde que se haya tenido noticias del acto. Más allá del plazo en sí, el criterio de inmediatez apunta a accionar en contra del acto u omisión inmediato, en

¹⁷ (Vöhringer & Arnaiz, 2016)

¹⁸ Corte Suprema, sentencia de 4 de abril de 2012, rol N°10.220-2011, considerando 9°.

ese sentido puede ser un obstáculo fijar un acto u omisión en materias climáticas o fijar el momento en el que se tiene conocimiento de aquel, pues ha existido división en relación al inicio del cómputo del plazo para interponer la acción y desde cuándo se considera que existe conocimiento por parte de los recurrentes.¹⁹

Incluso si estamos en el contexto de un procedimiento administrativo, como por ejemplo una evaluación ambiental o en algún procedimiento de elaboración de algún instrumento climático bajo la Nueva Ley Marco de Cambio Climático, tampoco parece haber claridad respecto contra qué acto administrativo se podría recurrir exactamente, si contra el acto terminal o en una instancia más inicial o intermedia en contra de un acto trámite.

El fenómeno del cambio climático y sus efectos no son inmediatos y por lo tanto no permiten con facilidad que los afectados recurran a tiempo a los tribunales en busca de tutela de sus Derechos Fundamentales, en este caso del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación.

Esto dificulta el desarrollo del litigio climático, pues puede llegar a ser complejo el establecer un vínculo del cambio climático con los actos o omisiones que se recurren de protección o peor aún, ni siquiera poder ser capaces de poder individualizar el acto u omisión en sí mismo.

En la misma línea Piug distingue:

“Hasta ahora, el mayor desafío para los científicos y abogados ha sido establecer un vínculo causal entre una fuente de emisiones de gases de efecto invernadero y los daños específicos relacionados con el clima.”²⁰

Por su lado, Burdiles distingue que los daños experimentados por las víctimas del cambio climático generalmente no guardan una relación directa con un acto, causa o sujeto en

¹⁹ (Suprema, 2021)

²⁰ (MARCÓ, 2019)

particular, sino que corresponden a un conjunto de causas, las cuales son difíciles de identificar.²¹

Con todo, si consideramos el informe Unidos en la Ciencia 2021²², que se encuentra coordinado con la Organización Meteorológica Mundial (OMM), y cuenta con aportes del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), el Proyecto Carbono Global y el Programa Mundial de Investigaciones Climáticas (PMIC), podemos distinguir efectos y consecuencias concretas y específicas del cambio climático, tales como un aumento en las concentraciones de gases de efecto invernadero, alta temperatura media global, fenómenos meteorológicos y climáticos extremos de efectos devastadores atribuibles a la actividad humana. En la misma línea, el Sexto Informe de Evaluación del IPCC señala la indudable influencia humana en la generación del calentamiento de la atmósfera, los océanos y la tierra.

A nivel interno, de forma similar, la Contribución Nacional Determinada de Chile correspondiente al año 2020 también distingue efectos actuales, concretos y específicos producto del cambio climático:

“Respecto a los impactos observados y proyectados asociados al cambio climático en nuestro país, la evidencia indica un aumento de las temperaturas en todo el territorio nacional, con mayor intensidad en la zona norte (1,5 °C – 2,0 °C por encima de la media histórica) y en las zonas cordilleranas del cordón de los Andes en comparación con las zonas costeras. En el caso de las precipitaciones, las tendencias muestran una disminución entre 2031 y 2050, lo que trae como consecuencia un clima más seco en comparación con la media histórica (...)

²¹ (Burdiles, 2016)

²² (Nullis, El Cambio Climático y sus efectos se aceleran, 2021)

Actualmente existen evidencias científicas que vinculan al menos un 25% de la sequía que ha experimentado el país desde el año 2009, la más extensa temporal y espacialmente registrada, con el cambio climático antropogénico.

Adicionalmente, se estudia la ocurrencia e intensidad de eventos extremos que también podrían ser atribuidos al cambio climático, tales como: inundaciones, remoción en masa generada por aluviones, la intensificación de los incendios forestales y marejadas, y la acidificación del océano. De esta forma, las características geográficas, climáticas, económicas y socioculturales del país son relevantes en la vulnerabilidad y exposición de Chile a los impactos del cambio climático.”²³

Así las cosas, el criterio de la inmediatez podría o no implicar una dificultad en litigios climáticos desarrollados vía recurso de protección, dependiendo de cómo se entienda el fenómeno del Cambio Climático con sus efectos y consecuencias.

2) Criterio de la Ilegalidad.

Dado que el entendimiento del recurso de protección, de acuerdo con la doctrina, debe realizarse bajo una mirada excepcional o extraordinaria, es que conforme este criterio de la ilegalidad refiere a la necesidad de estar frente a un incumplimiento estricto y preciso contenido en una ley.

Por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado:

“... cabe analizar si las ilegalidades denunciadas en el recurso de protección por los apelantes requieren de una cautela urgente e inmediata a las garantías constitucionales que denuncian como infringidas con el objeto de otorgar una protección urgente a las mismas”²⁴

²³ Contribución Nacional Determinada de Chile, año 2020

²⁴ Corte Suprema, sentencia de 7 de octubre de 2014, rol N° 11.299-2014, considerando 11°.

Estamos frente a una interpretación estricta de ilegalidad, pareciendo ser necesario que exista algo más que una mera o simple ilegalidad en el acto u omisión del cual se recurre de protección.

Ciertamente la regulación del Recurso de Protección solo exige ilegalidad, de ahí que cualquier ilegalidad tendría que ser susceptible de ser recurrida de protección. Sin embargo, el criterio de la ilegalidad estricta sí funciona como lineamiento para la revisión y resolución del Recurso de Protección lo que tendrá incidencia en el resultado favorable o desfavorable del mismo. En otras palabras, la doctrina ha distinguido que la jurisprudencia nacional se considera en posición de cautelar Derechos Fundamentales cuando la ilegalidad que se presenta es estricta en los términos explicados, en caso contrario, cuando la ilegalidad no es estricta o requieren de un mayor análisis, los resultados del Recurso de Protección tienden a ser desfavorables, con una deferencia al sistema institucional ambiental chileno, esto es principalmente a los Tribunales Ambientales.

Fernandois considera que la ilegalidad que enarbola el recurrente debe estar descrita con precisión en la ley, sin existir posibilidad de invocar obligaciones genéricas o con poca densidad normativa:

“En síntesis, bajo este criterio no cabe recurrir de protección invocando obligaciones genéricas vulneradas, mandatos vagos, que no significan parámetros de sujetos obligados, contenidos materiales o definiciones cronológicas sobre cómo debe cumplirse la obligación insatisfecha. Si así no fuera, desaparecería en el recurso de protección su naturaleza intrínsecamente cautelar ante un ilícito patente, nítido y evidente, todos atributos indiscutidos de esta acción.”²⁵

Esto es problemático para el desarrollo de litigios climáticos, pues si miramos la normativa interna en la materia, dejando de lado la Ley Marco para el Cambio Climático que entró en vigencia recién el año 2022, podemos ver que la normativa era bastante escueta y genérica, por ejemplo, la Ley N°19.300 regula:

²⁵ (Vöhringer & Arnaiz, 2016).

“Artículo 70.- Corresponderá especialmente al Ministerio:

(...)

h) Proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático. En ejercicio de esta competencia deberá colaborar con los diferentes órganos de la Administración del Estado a nivel nacional, regional y local con el objeto de poder determinar sus efectos, así como el establecimiento de las medidas necesarias de adaptación y mitigación.”²⁶

Esta obligación es genérica pues si bien el Ministerio del Medio Ambiente está obligado a elaborar políticas y planes, el contenido de estos no está regulado, quedando sujeto a la discrecionalidad del servicio, cuestión que no podría recurrirse de protección.

A nivel internacional, el asunto es similar, los compromisos adoptados por Chile, principalmente el Acuerdo de París obligan a nuestro país a la acción climática, por ejemplo a través de las Contribuciones Nacionales Determinadas y la Estrategia Climática a Largo Plazo, mas el contenido concreto de las acción climática es algo que depende de Chile, y por lo tanto también se hace difícil impugnarlas mediante recurso de protección.

Bajo este tipo de preceptos legales, los tribunales no pueden resolver la satisfacción de obligaciones atendiendo al mero texto legal, de ahí que el recurso de protección solo tendría lugar cuando el obligado hubiere dejado de cumplir aquella parte de la obligación que exhibe suficiencia típica en la misma ley.

En definitiva, cautela urgente no es sinónimo de ilegalidad. Los Tribunales concedores de Recursos de Protección podrían no encontrarse en situación de cautelar frente a actos cuya ilegalidad deba ser revisada latamente en una instancia más especializada como lo son los Tribunales Ambientales en el marco de la institucionalidad ambiental chilena.

²⁶ Ley N°19.300 que establece las Bases Generales del Medio Ambiente

Este asunto es relevante incluso con la nueva Ley Marco de Cambio Climático, pues si bien este cuerpo legal viene a concretizar un mayor número de obligaciones en materia climática, al tratarse de la consecución de políticas públicas, tales como la elaboración de planes o instrumentos de gestión, se mantendría la dificultad de determinar si estamos frente a una ilegalidad estricta o frente a actos cuya ilegalidad es más difícil de discernir, ya sea por cuestiones de deferencia técnica o discrecionalidad de la autoridad. Por ejemplo, si una autoridad omite el mandato legal expreso de dictar un determinado plan, no cabe duda que estaríamos frente a una ilegalidad manifiesta, sin embargo si dicho plan es dictado pero no es idóneo para los fines de su marco regulatorio, podría ser ilegal pero dicha ilegalidad requiere de un análisis lato que escaparía del proceso rápido y de urgencia asociado al Recurso de Protección, derivándose la causa desde los Tribunales Superiores de Justicia hacia los Tribunales Ambientales.

Así las cosas, el problema en definitiva se encuentra en que, existiendo una política climática, siendo esta mínima o no siendo suficiente para lograr los objetivos climáticos, podría no configurarse una ilegalidad en sentido estricto. Por lo tanto, el criterio de ilegalidad aparece como un obstáculo para el desarrollo del litigio climático vía recurso de protección y la obtención de un resultado favorable.

3) Criterio de Gravedad.

Conforme este criterio, es necesario que existan indicios certeros de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales protegidos, amenazas que además deben ser graves, en tanto riesgos relevantes e inminentes.

Por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado:

“el recurso de protección preventivo se genera a propósito justamente de indicios de estar inminente algo malo o desagradable, como define la Real Academia Española al concepto de amenaza”²⁷

²⁷ Corte Suprema, sentencia de 26 de febrero de 2014, rol N° 1837- 2013, considerando 8°

“Conviene reiterar que la presente acción constituye una medida de tutela urgente de modo que, si en el curso de su substanciación se detectan riesgos o amenazas graves en relación a las garantías antes aludidas cuyo acaecimiento sea verosímil, corresponderá adoptar las medidas que se estimen conducentes para otorgar la debida protección”²⁸

Por su lado, señala el autor Alejandro Romero, que *“para acreditar la situación de peligro no basta con el simple temor o aprehensión del solicitante, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente. Si dicho estado no existe, desaparece la necesidad de conceder la protección cautelar”²⁹*

En este punto es menester señalar que la gravedad no es un requisito para la procedencia del recurso contenido en su regulación, de ahí que se trata de un criterio considerado por la doctrina y la jurisprudencia para la resolución del Recurso de Protección. Si bien es cierto que si nos encontramos frente a un acto u omisión ilegal que atente contra Derechos Fundamentales, el recurso de protección es procedente, el criterio de gravedad, en conjunto con los otros criterios analizados, nos puede entregar luces de sí el recurso será resuelto favorablemente o desfavorablemente, cuestión que es de interés en materia climática para dilucidar la idoneidad y utilidad de la vía, más allá de que sea admitida a trámite conforme a los requisitos de la acción.

Los efectos del cambio climático -como la mayoría de las cuestiones ambientales- no suelen gozar de plena certeza técnica y científica objetivable que permita en todo momento plantear un escenario de riesgo o amenaza grave en los derechos de las personas. Si bien es ampliamente reconocido que estamos en la llamada era del Antropoceno, lo que supone reconocer que el ser humano es el principal factor de cambio en los componentes de la Tierra, ciertamente estos cambios muchas veces son sorpresivos, dinámicos, y fragmentarios, marcándose un escenario de incertidumbre.

²⁸ Corte Suprema, sentencia de 6 de noviembre de 2014, rol N° 15.737-2014, considerando 12° y 24°

²⁹ (Seguel, 2017)

Sin embargo, en la actualidad es difícil poder negar la gravedad asociada a la crisis climática. Así, la Resolución N°3/21 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce que el cambio climático es una emergencia de derechos humanos, constituyendo una grave amenaza para su goce en generaciones presentes y futuras, y para la integridad de los ecosistemas y todas las especies que habitan en este hemisferio.³⁰

Por su parte, el Panel Intergubernamental del Cambio Climático en su último informe destaca que el cambio climático generado por la actividad humana está causando trastornos generalizados en la naturaleza, afectando la vida de millones de personas que viven en contextos de alta vulnerabilidad, incluyendo segmentos de Sudamérica y América Central.³¹

En la misma línea, señala Moreno:

*Aunque no existe respuesta completa a esta cuestión, hemos de recordar que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los distintos Relatores Especiales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, así como tratados en África o Latinoamérica han venido a aclarar que los efectos del cambio climático representan un riesgo severo, serio e irreversible para los derechos humanos. De este modo, considerando que, con las emisiones actuales, el objetivo de 1,5°C grados para 2100 está previsto que se alcance entre 2030-2052, existe una obligación fundada de actuar, prevenir y proteger a los ciudadanos.*³²

Con todo, el hecho de que el Cambio Climático pueda tener siempre un carácter de gravedad conflictúa con la excepcionalidad que se le asocia al criterio de la gravedad, en tal caso este criterio también podría dificultar un resultado favorable en el desarrollo de litigios climáticos vía Recurso de Protección

³⁰ Resolución N°3/2021 sobre Emergencia Climática: Alcance de las Obligaciones Interamericanas en Materia de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021)

³¹ (Cisterna & Tigre, 2022)

³² (MORENO-CERVERA, 2022)

Hasta aquí, hemos visto que conforme los criterios entregados por la doctrina, podemos ver que el desarrollo cuenta con dificultades para un desarrollo exitoso de litigios climáticos vía recurso de protección, dificultades relativas a poder establecer el fenómeno climático como una cuestión que necesite o amerite de la cautela urgente del recurso.

Como señalamos en cada uno de los criterios, es importante analizar el recurso de protección ambiental bajo la perspectiva climática y sus particularidades especiales. El Cambio Climático es un fenómeno urgente y que pone en riesgo los Derechos Fundamentales de las personas, por lo que el requisito de la necesidad cautelar de urgencia no debería ser un impedimento para llevar asuntos climáticos a los tribunales de justicia, incluso si interpretamos este requisito bajo los estrictos criterios que usa la doctrina, siempre considerando la particularidad del fenómeno climático.

Así por ejemplo, el criterio de la ilegalidad mirado desde una perspectiva climática requiere que la necesidad de cautela urgente sea interpretada conforme los lineamientos ambientales que rigen nuestra legislación ambiental interna y conforme los instrumentos de gestión del Cambio Climático elaborados a propósito de nuestros compromisos internacionales en la materia. No es suficiente un análisis formal o estricto de la legalidad, sino que es necesario entender el contenido detrás de los compromisos de Chile en la materia y los objetivos a los que apunta, de ahí que la acción climática que no es suficiente para cumplir con las metas de mitigación o adaptación, no atenúa los riesgos y amenazas del cambio climático, por lo que carecería de sentido considerarlo como un cumplimiento de las obligaciones climáticas.

Justamente, el revisar la política climática de los Estados a través de una perspectiva de derechos humanos permite esquivar aquellos argumentos que intentan hacer ver que el poder judicial transgrede la separación de poderes cuando examina estas demandas. Pues, es un principio de toda democracia sana, que los tribunales controlen la acción de los gobiernos y señalen cuándo no se está garantizando una adecuada protección de los derechos humanos³³

³³ (Cervera, 2022)

Lo anterior, a su vez potencia una perspectiva de derechos humanos en la política climática, esto es, una política centrada en los impactos del cambio climático en los derechos humanos de las personas y en las acciones que los Estados deben adoptar para minimizarlos, en base a sus obligaciones internacionales y de tal forma se puede formar una base que guíe la acción climática nacional, con medidas de adaptación y mitigación respetuosa con los derechos de las personas, en tanto umbral mínimo de protección³⁴.

Misma perspectiva deben guardar los criterios de la inmediatez y la gravedad, atendiendo al estado actual de la ciencia en materia climática, como ya se desarrolló, siendo importante también el principio precautorio y preventivo, que permiten sobrepasar el problema de la certeza científica, para actuar de forma anticipada respecto los efectos del Cambio Climático.

Con esto, ya tenemos un primer panorama del recurso de protección y su idoneidad para desarrollar litigios climáticos, a partir de su regulación y del entendimiento del recurso que ha tenido la doctrina. Corresponde ahora revisar algunos casos climáticos llevados a cabo en Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, para ver si el entendimiento del Recurso de Protección conversa con lo expuesto en este subcapítulo.

³⁴ (Burdiles, 2016)

I.2.

La dispar comprensión de la naturaleza cautelar y de urgencia del recurso de protección por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones

En la jurisprudencia del recurso de protección en materia ambiental es muy común encontrar una referencia tipo que describe al recurso de protección como una acción de naturaleza cautelar:

“el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio”³⁵

Asimismo, se reconoce una idea de urgencia asociada a la acción, señalándose en la jurisprudencia que el recurso de protección es un *“procedimiento de urgencia”*, *“una acción constitucional de urgencia”*, *“una acción de tutela urgente”*, o que para ser acogida se debe divisar la necesidad de *“cautela urgente”*.³⁶

Decíamos anteriormente que la doctrina pretende que el recurso en la práctica tenga una lógica más excepcional o de *última ratio*, cuestión que asociada a mayores exigencias al requisito de cautela urgente, hacían dificultoso el desarrollo del litigio climático en esta sede, reduciendo las posibilidades de los ciudadanos para obtener una tutela jurisdiccional efectiva.

Con todo, a pesar de los criterios analizados y el intento de la doctrina por delimitarlos en pos de la certeza jurídica, la interpretación de la necesidad de cautela urgente del recurso de protección ha sido diferente por parte de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, en los mismas causas.

³⁵ (Suprema, 2021)

³⁶ (Suprema, 2021)

Por ello, hemos seleccionado tres casos que se ajustan al concepto de litigación climática entregado en el subcapítulo anterior, al tratarse de casos llevados en sede judicial en donde se plantean cuestiones fácticas y/o jurídicas relacionadas con la mitigación y adaptación del Cambio Climático o con la ciencia del Cambio Climático en su generalidad general. La amplitud de la definición que estamos utilizado de litigio climático en este trabajo nos permite contar con un caso que trata expresamente compromisos climáticos y otros dos casos que se refieren a efectos del Cambio Climático.

Hemos elegido específicamente estos casos dado el elemento común que poseen, en tanto fueron rechazadas por la Corte de Apelaciones y luego todas acogidas por la Corte Suprema. Se analizarán los tres casos bajo el alero de los 3 criterios de la cautela urgente expuestos en el acápite anterior.

Estos casos abarcan los años 2017 a 2022, incoados por ciudadanos o miembros de la comunidad, en tanto legitimados activos para interponer la acción, en contra autoridades u órganos de la Administración del Estado, en tanto legitimados pasivos. Dos de estos casos tuvieron lugar en la Región de Antofagasta, mientras que el tercero tuvo lugar en la Región de Los Lagos. Respecto a los sectores productivos involucrados, tenemos en estos casos al sector energético, acuícola e infraestructura pública.

Desde ya podemos adelantar que, en materias climáticas, podemos distinguir una distinta comprensión del recurso de protección ambiental en tanto instrumento de tutela cautelar de urgencia, toda vez que la Corte de Apelaciones ha tendido a desestimar los recursos interpuestos por no considerar necesaria la adopción de medidas urgentes frente a los actos recurridos, mientras que por otro lado, la Corte Suprema revoca esas sentencias de Cortes de Apelaciones, acogiendo los recursos de protección, dando a entender que estas causas climáticas guardan un elemento de urgencia que es menester cautelar.

1) Las Cortes de Apelaciones y su desconocimiento de la naturaleza cautelar de urgencia en asuntos climáticos.

La interpretación de las Cortes de Apelaciones se asemeja bastante al entendimiento que la doctrina busca que se tenga respecto del recurso de protección en materia ambiental.

Veamos como primer ejemplo, el **caso Central Termoeléctrica Angamos (2022)**, en donde un grupo de vecinos interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta en contra la Resolución Exenta N°223/2021 de la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”), mediante la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto por el grupo de vecinos en contra la Resolución N°290/2007 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta que dio inicio al procedimiento de revisión excepcional de la RCA del proyecto “Central Termoeléctrica Angamos” conforme el artículo 25 quinquies de la Ley N°19.300. El hecho que motivó la interposición del recurso de protección fue la no inclusión de la variable climática en el procedimiento de revisión de RCA, esto pues con posterioridad a la aprobación del referido proyecto, Chile suscribió una serie de compromisos internacionales en la materia que apuntan, en definitiva, a la incorporación de la realidad del cambio climático a nivel nacional.

En este caso, la Corte de Apelaciones desestimó el recurso de protección por determinar que el asunto se trata de un conflicto técnico ambiental, controversia que debe ser resuelta por el Tribunal Ambiental, y que la acción cautelar no es pertinente para ver el caso, toda vez que no se requieren medidas de urgencia para resguardar los derechos de los recurrentes.

*“No ha de olvidarse que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de fecha 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son estos los obligados a conocer respecto de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia, y **si bien excepcionalmente se han adoptado decisiones en materia medio ambiental por esta vía cautelar, lo ha sido solamente cuando ha existido la necesidad imperiosa de alguna acción inmediata para resguardar el medio ambiente, no apreciándose en el presente caso alguna**”*

***medida urgente** que no pueda decretarse en el marco de un juicio ambiental regularmente tramitado.”³⁷*

Así, podemos notar que la Corte de Apelaciones, además de reconocer al recurso de protección como un procedimiento excepcional, señala que los hechos del caso no reflejan una situación de urgencia que afecte el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes, que necesite de cautela.

Si aplicamos, los criterios de inmediatez, ilegalidad y gravedad, respecto del primero podemos interpretar que para la Corte de Apelaciones el cambio climático no es una cuestión actual o cuyos efectos estén teniendo lugar en la actualidad, pues dentro de los argumentos que se entregan para el rechazo del recurso, se señala la existencia de otras medidas adoptadas por la central termoeléctrica, entre ellas la eliminación de carbón en su matriz energética para “*solo un par de años más*”.

Este razonamiento desconoce que los efectos del cambio climático están teniendo lugar permanentemente en el tiempo, sino que también desconoce la relevancia de dejar pasar el tiempo para adoptar medidas con el pasar del tiempo, pues 2 años pueden parecer poco, pero en asuntos climáticos ya hemos citado en este trabajo suficientes documentos científicos que señalan que la pasividad en la acción climática solo lleva a que los efectos del cambio climático aumenten de forma irreversible, cuestión que guarda relación con el criterio de la gravedad.

Respecto al criterio de la ilegalidad, la Corte de Apelaciones usa una interpretación de legalidad estricta al considerar que la resolución recurrida se ajusta a la normativa legal independientemente de que la política ambiental sea insuficiente, es decir, la sentencia reconoce expresamente que no hay cumplimiento incluso si la acción climática en cuestión es insuficiente para cumplir con los compromisos climáticos de Chile.

³⁷ Considerando duodécimo, Rol 6.930-2021

El siguiente ejemplo es el **caso Alga Bloom (2017)**, en donde Asociaciones de pescadores interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en contra SERNAPESCA, DIRECTEMAR, SEREMI de Salud, Superintendencia del Medio Ambiente y el Ministerio del Medio Ambiente, por la autorización de vertimiento al mar de miles de toneladas de peces en descomposición. Esto a propósito de la proliferación de microalgas nocivas o Bloom de Algas en el sector de Reloncaví lo que produjo la mortandad de más de 30 millones de peces lo que requirió que la autoridad ambiental iniciara un procedimiento de contingencia por fuerza mayor, lo que incluyó que una parte de los peces fueran vertidos al mar. Este hecho, a juicio de los recurrentes, generó un desastre en los fondos marinos.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt desestima el recurso de protección pues considera que no se encuentra en una posición de disponer medida alguna que pueda restituir el imperio del derecho, encontrándose además frente a un cuestión controvertida que requiere de una discusión lata a nivel de Tribunales Ambientales. En otras palabras, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt no detectó alguna situación de urgencia que amparar, razón por la cual rechaza el recurso.

En su sentencia, la Corte de Apelaciones reconoce expresamente el criterio de la inmediatez:

*“Que, en consecuencia, para la procedencia de esta acción constitucional, deben concurrir los siguientes requisitos: a) se compruebe la existencia de la acción reprochada; b) se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esa acción; c) **de la misma se siga directo e inmediato atentado contra una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía**, y d) la Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección pedida.”*

En el caso, dado que los efectos generados por la resolución recurrido ya ocurrieron, la Corte consideró que no había medidas que adoptar, cuestión que nuevamente refleja un acotado entendimiento del acontecer climático nacional y global, pues lo trata como un fenómeno

puntual e incluso como algo fortuito, cuando ya hemos expuesto que el cambio climático está lejos de ser algo impredecible (al menos de forma absoluta).

Nuevamente la Corte de Apelaciones, parece guardar tranquilidad con la formalidad formal del acto recurrido, pues hace hincapié en el hecho de que la resolución que otorgó permiso para efectuar vertimiento de desechos de pescado, fue un acto administrativo cumplido efectivamente, apegándose al entendimiento estricto del criterio de ilegalidad, sin darle importancia a los efectos que generó dicho vertimiento, más allá que haya sido fruto de una resolución conforme con la legalidad.

Llama la atención que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt haya tenido por hechos públicos y notorios, los fundamentos de hecho de las resoluciones de los organismos recurridos, cuyo contenido daban por cierto que la proliferación del alga que mató a los peces se debía a condiciones climáticas y oceanográficas naturales, cuestión que además se trataría de un evento de “fuerza mayor”. El reconocer esto al mismo tiempo de rechazar el recurso de protección, solo muestra que la Corte de Apelaciones no distingue la gravedad asociada al vertimiento ocurrido. Así las cosas, en este caso, los tres criterios en análisis se verifican con bastante fidelidad, conforme el entendimiento de la doctrina.

Antes de pasar al análisis de la Corte Suprema, veamos un último ejemplo relativo al **Caso Jardines del Sur (2017)**, en donde se interpone un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta por un vecino del sector Jardines del Sur en contra de la Municipalidad de Antofagasta a propósito del Decreto N°715/2017 que ordenó la demolición de un muro que cierra la calle en que reside el recurrente, muro que funciona de contingencia de agua lluvias y aluviones, desde una catástrofe ocurrida en 1991, en que se inundaron inmuebles con daños de gran magnitud.

El acto recurrido está constituido por la orden dada por la Municipalidad de Antofagasta para que se proceda a la destrucción de un muro que cierra el acceso en calle Travesía del Estero de esa ciudad, separándola de un sitio eriazos y que fue construido en un bien nacional de uso público, como es la mencionada calle, por lo que el Municipio, en principio, estaría facultado

para ordenar su derribo, puesto que su presencia afectaría el libre tránsito por aquella, conforme a las facultades que al ente edilicio entrega la Ley de Urbanismo y Construcción y lo dispuesto en el artículo 589 del Código Civil.

El motivo que alega el recurrente de protección para oponerse a la referida destrucción del muro -y sin controvertir las afirmaciones hechas por el municipio como tampoco sus atribuciones- es que aquel constituye un mecanismo efectivo de defensa frente a un potencial riesgo futuro de aluvión como el sucedido en 1991, agregando que la demolición provocaría una amenaza cierta y efectiva de verse amenazada la vida de su familia y la suya.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta desestimó el recurso de protección, señalando que la acción interpuesta es de naturaleza cautelar y de urgencia para luego constatar que el acto recurrido cabe dentro de las competencias legales de la Municipalidad, lo cual guarda consistencia con el entendimiento del criterio de la ilegalidad.

En este caso, llama también la atención el hecho de que habiendo precedente de aluviones y habiendo dos servicios (la Dirección de Obras Hidráulicas y la ONEMI) que constataron que existe un peligro de aluvión en el sector y la gravedad asociada a una eventual demolición del muro, gravedad que no es considerada por la Corte de Apelaciones dado que la entidad edilicia descartaba peligros, razón por la cual el asunto debía ser revisado por un Tribunal Ambiental. Ciertamente, los antecedentes del caso y los pronunciamientos de los servicios eran suficientes para, la adopción de medidas, sin embargo el envío del asunto a Tribunales Ambientales da a entender que no había inmediatez en este caso, por lo que privilegió adquirir certeza técnica de los peligros asociados, no obstante que en virtud del principio precautorio y la contingencia del cambio climático y sus efectos, sobran antecedentes para actuar.

Asimismo, se desconoce completamente la gravedad relevada por dos órganos de la administración del estado. Respecto del criterio de ilegalidad, la Corte de Apelaciones hace énfasis en que el órgano recurrido cuenta con la facultad legal de ordenar la demolición, sin

considerar un análisis más profundo, que considerara la idoneidad del acto recurrido conforme la necesidad de llevar a cabo acciones climáticas.

2) La Corte Suprema y su comprensión de la naturaleza cautelar de urgencia en asuntos climáticos.

En todos los casos ejemplificados, la Corte Suprema, conociendo del recurso de apelación, revocó las sentencias de las Cortes de Apelaciones, acogiendo los recursos. El presupuesto de este revés tendría relación con un correcto entendimiento del cambio climático por la Corte Suprema, conforme veremos a continuación.

En el caso Angamos, respecto la necesidad de cautela urgente, la Corte Suprema considera que se trata de una cuestión relacionada al fondo de la asunto, acto seguido reconoce que el proyecto Angamos, en tanto proyecto energético, por su naturaleza puede tener un impacto significativo en la variable cambio climático. De tal forma, la Corte Suprema entiende que ciertos proyectos, como lo son los proyectos energéticos, *per se*, guardan un potencial impacto climático.

“los compromisos adquiridos por el país en relación con la rebaja de emisiones contaminantes a la atmosfera en el contexto de tratados internacionales, permite sostener que tal exclusión no aparece justificada y de contrario aparece como antojadiza y arbitraria desde que resulta evidente que la actividad desarrollada por el proyecto tiene en sí misma el poder de modificar dicho componente ambiental de un modo negativo y que si bien no fue contemplado en el inicio del proyecto, lo cierto es que precisamente debido a dicha circunstancia se hace necesaria su revisión por este medio extraordinario”³⁸

Aquí la Corte Suprema entiende de una forma mucho más cabal y amplia el asunto, tomando considerando una gravedad prácticamente intrínseca de este tipo de proyectos, tomando en consideración la omisión que se hizo del componente climático en el origen del proyecto. Asimismo, la inmediatez es entendida desde la perspectiva climática igualmente, pues no obstante que el proyecto se encontraba en un plan de descarbonización, la Corte Suprema

³⁸ Considerando Noveno, Rol 71.628-2021

consideró necesario no dejar pasar el tiempo y que el proyecto evaluara el componente climático para no genera o agravar los efectos perniciosos al medio ambiente.

Respecto del criterio de la ilegalidad, es donde la Corte Suprema va mucho más allá, no solo porque reconoce al Acuerdo de París, y los compromisos internacionales de Chile en materia climática como un marco regulatorio a reconocer, en este caso, en la evaluación ambiental de un proyecto, dándole una exigibilidad y aplicación concreta, sino que además consideró que la resolución reclamada incumplió su obligación de ordenar la revisión del componente climático en la RCA del proyecto a pesar de que en ese entonces, en virtud de la ley no se contemplaba la revisión de ese componente.

Es decir, variable cambio climático como tal no se ajustaba a los requisitos legales específicos de procedencia de la figura de revisión de RCA, pero aún así la Corte Suprema lo hizo procedente en virtud de los compromisos internacionales en materia climática. En la misma línea, la sentencia se basa en el principio preventivo para evitar daños ambientales en la legislación ambiental nacional, en virtud de la Ley N°19.300.

El análisis de la Corte Suprema es propicio para el correcto desarrollo de litigios climáticos, sobre todo mediante el criterio de ilegalidad, pues la Corte Suprema hace un análisis mucho más integral, no solo quedándose en la mera legalidad de una norma específica que le entrega competencia a una determinada autoridad, sino que va al fin mismo de la normativa, considerando los principio ambientales y los objetivos de la regulación, que en materia climática, guardan relación con la adopción de medidas que sea eficaces para cumplir con los objetivos de mitigación y adaptación al cambio climático.

Este caso evidencia un alejamiento de la Corte Suprema de las interpretaciones restrictivas o formales en materia ambiental, así como también de la certidumbre de los permisos ambientales, especialmente cuando se trata de materias como cambio climático.

Así las cosas, la Corte Suprema concluye en el caso Angamos, que la exclusión de la variable climática en la revisión de la RCA del proyecto genera una eventual afectación del derecho

a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y posibles efectos nocivos en el medio ambiente, lo que constituye una amenaza concreta a los derechos de los recurrentes que necesita ser cautelado.

En el caso Alga Bloom, nuevamente, la Corte Suprema da vuelta el asunto, acogiendo el recurso de protección tomándose de las resoluciones y pronunciamientos emitidos por los organismos recurridos que fueron considerados como hechos públicos y notorios, para dar cuenta de que los estos tenían conocimiento del riesgo que implicaban las condiciones climáticas y que nada se hizo para procurar reducir su impacto en la tasa de mortalidad de los peces, de forma preventiva.

“limitándose la mencionada repartición a disponer lo necesario para afrontar la emergencia sanitaria una vez producida y para el solo efecto de dar destino final a los peces muertos (...) Que así se aprecia que las instituciones involucradas omitieron desplegar alguna actividad que aminorara los efectos que esa condición climática, que era conocida con anticipación, podía producir sobre los cultivos acuícolas, como efectivamente sucedió, y en tan gran magnitud.”³⁹

Así las cosas, a juicio de la Corte Suprema, la actuación de los recurridos se ha apartado de la normativa que regula las emergencias ambiental y sanitarias y de la protección del medio ambiente. Aquí, nuevamente estamos frente a un análisis de la legalidad que es más holgado, pues se desarrolla una ilegalidad a propósito del principio precautorio y el Convenio sobre prevención de la contaminación del mar.

También se reconoce por la Corte Suprema, la gravedad de los efectos ocasionados por las condiciones climáticas, en virtud de su magnitud. Asimismo se reconoce el criterio de la inmediatez, pues no obstante los efectos en el medio ambiente ya se generaron, deben adoptarse medidas en el corto plazo, para evitar los riesgos futuros en la salud de la población y los daños al medioambiente, sin perjuicio de existir investigaciones científicas y administrativas pendientes que contribuyan al establecimiento de medidas que propendan a

³⁹ Considerando octavo, Rol 34.594-2017

impedir la repetición de lo ocurrido. Esto no hace más que demostrar el entendimiento de la Corte de las condiciones climáticas como algo lineal y no puntual, de ahí su necesidad de estar tomando medidas inmediatas, pues los efectos de estos fenómenos tienen lugar permanentemente.

Por último, en el Caso **Jardines del Sur**, la Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones y acoge el recurso de protección, en virtud de los riesgos y eventuales perjuicios asociados en la remoción de los muros conforme el pronunciamiento de la Dirección de Obras Hidráulicas, pues los muros sirven de contención frente posibles aluviones. A pesar de que se constata que un aluvión como ocurrió en la zona el año 1991 puede ser un riesgo que proviene de la naturaleza, lo que lo hace incierto, ciertamente se hace necesario precaverse ante la presencia de amenazas para la seguridad de las personas aunque la amenaza solo sea potencial o probable.

En otras palabras, la Corte Suprema reconoce que la ocurrencia de un nuevo aluvión en el futuro es incierto debido a las condiciones climáticas, pero en aras de evitar un daño frente a sucesos como los ocurridos en el año 1991 se debe requerir de una acción preventiva y precautoria, considerando la experiencia previa.

En este caso, la Corte Suprema, no discute las competencias legales de la Municipalidad, pero nuevamente hace un análisis más amplio de la normativa, bajo el alero de principios, tales como el principio precautorio. Y si bien, se entienden las condiciones climáticas como algo incierto, la Corte no se cierra a la posibilidad de que estas puedan volver a surgir efectos en el corto plazo, lo que amerita la adopción de medidas inmediatas, tales como mantener los muros en el caso, medida que es proporcional con la gravedad del asunto.

Como hemos podido evidenciar en los casos ejemplificados, las Corte de Apelaciones no parecen distinguir situaciones de urgencia que merezcan ser cauteladas en las situaciones que

los recurrentes les presentan, realizando un trabajo más bien procesal que sustantivo en la revisión de los mismos.

Las Cortes de Apelaciones mayoritariamente suelen determinar la imposibilidad de dictar medidas urgentes y la no idoneidad de la vía, desestimando los recursos en causas climáticas, mientras que por otro lado, la Corte Suprema ha tendido a revisar las causas e incluso acogerlas determinando la necesidad de adoptar medidas, basándose en los compromisos internacionales de Chile en materia de Cambio Climático, una protección amplia del medio ambiente y una perspectiva preventiva y precautoria.

Sin perjuicio de que es positivo que los casos climáticos analizados hayan terminado con un resultado de éxito, no deja de ser problemática que, en más de una ocasión, se de la situación de que en un mismo caso, la Corte de Apelaciones rechaza y la Corte Suprema tengan interpretaciones prácticamente opuestas, lo que permite concluir que el concepto cautelar de urgencia no se está entendiendo de manera uniforme. Esto no es baladí, porque parecería ser una cuestión bidireccional, es decir, que constituye la razón del rechazo o acogimiento del recurso. Consideramos que las perspectivas de la Corte Suprema son las más idóneas para el desarrollo de litigios climáticos.

II.

La Propuesta de Nueva Constitución como un nuevo paradigma para la litigación climática en Chile

El día lunes cuatro de julio de 2022, después de aproximadamente 10 meses de trabajo, culminó el proceso constituyente chileno que tuvo su génesis a propósito del estallido social de octubre de 2019. En dicha fecha, el órgano constituyente llamado Convención Constitucional, cuyos miembros fueron elegidos democráticamente por la ciudadanía, entregó al país su propuesta de Nueva Constitución.

La Propuesta contó con un total de 387 artículos, implicando una innovación importante respecto de la Constitución Política de la República de 1980 (la “Constitución de 1980”) en diversas materias, como por ejemplo medio ambiente, contando la Propuesta con un capítulo especial de Naturaleza y Medio Ambiente, con un reconocimiento explícito a la crisis climática y con un catálogo más amplio de derechos ambientales, destacado el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Sano, el Derecho a un Aire Limpio, el Derecho al Agua y su saneamiento, entre otros.

Sin perjuicio de que esta Propuesta Constitucional terminó siendo rechazada por la ciudadanía en virtud del plebiscito nacional llevado a cabo el día cuatro de septiembre de 2022, ciertamente la discusión detrás de cada una de las disposiciones de la propuesta son valiosas y dignas de ser revisadas y analizadas.

Primeramente, porque se trata de discusiones que tuvieron lugar durante varios meses en el marco de un proceso constituyente democrático, con la participación de diversos académicos, especialistas y miembros de la comunidad, quienes ayudaron a enriquecer la discusión y a depurar las iniciativas de la propuesta; en segundo lugar, y para el caso particular de las normas ambientales, ciertamente esta propuesta pretendía mover enormemente la frontera normativa respecto la Constitución de 1980 en temáticas tales como la crisis climática, los derechos de la naturaleza y el derecho a vivir en un medio ambiente sano; de ahí que estas normas incorporadas en el borrador constitucional rechazado, sin perjuicio de que no tengan

vigencia o validez jurídica, en términos prácticos son un insumo que vale la pena tener en consideración para la nueva discusión constitucional que se está llevando a cabo actualmente.

Así, con fecha 6 de marzo de 2023 comenzó oficialmente un nuevo proceso constituyente en Chile con la instalación de un comité de expertos designados por el Parlamento, quienes elaborarán un borrador de Nueva Constitución. Este comité de expertos cuenta con un total de 24 expertos, quienes contarán con tres meses para redactar un borrador de texto constitucional y entregarlo posteriormente al Consejo Constitucional, órgano que estará integrado por 50 consejeros que deberán ser elegidos por la ciudadanía el día 7 de mayo de 2023. A partir de ahí, el Consejo contará con 5 meses para hacer modificaciones al referido borrador y en definitiva elaborar una propuesta final, la cual será finalmente sometida a votación por la ciudadanía mediante plebiscito con voto obligatorio el día 17 de diciembre, en donde en caso de ser aprobada entraría en vigencia.

En lo sucesivo, analizaremos dos aspectos del texto propuesto, comenzando con la revisión de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales bajo los mismos criterios usados para la revisión del Recurso de Protección de la Constitución de 1980 y en definitiva dilucidar qué acción cautelar de Derechos Fundamentales, en virtud de su respectiva regulación, se sitúa mejor para el desarrollo de litigios climáticos. Finalmente revisaremos aquellos nuevos derechos fundamentales en materia ambiental contemplados en la Propuesta, para determinar si su consagración influyen en una mayor o menor idoneidad o no de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales para el desarrollo de litigios climáticos.

II.1

La mantención de la naturaleza cautelar y de urgencia en la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales.

En la Propuesta de Nueva Constitución, el Recurso de Protección de la Constitución de 1980, analizado en el primer capítulo de este trabajo, pretendía ser reemplazado por lo que iba a ser una nueva Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, regulado en el artículo N°119 de la Propuesta, en los siguientes términos:

“Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal.

Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.

Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.

El tribunal competente podrá en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a petición de parte, decretar cualquier medida provisional que estime necesaria, y alzarlas o dejarlas sin efecto cuando lo estime conveniente.

No podrá deducirse esta acción contra resoluciones judiciales, salvo respecto de aquellas personas que no hayan intervenido en el proceso respectivo y a quienes afecten sus resultados.

La apelación en contra de la sentencia definitiva será conocida por la corte de apelaciones respectiva. Excepcionalmente, este recurso será conocido por la Corte Suprema si respecto a la materia de derecho objeto de la acción existen interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes emanadas de cortes de apelaciones. De estimarse en el examen de admisibilidad que no existe tal contradicción, se ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la corte de apelaciones correspondiente para que, si lo estima admisible, lo conozca y resuelva.

Esta acción también procederá cuando por acto o resolución administrativa se prive o desconozca la nacionalidad chilena. La interposición de la acción suspenderá los efectos del acto o resolución recurrida.

Tratándose de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo.

En el caso de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, esta acción podrá ser deducida por las instituciones representativas de los pueblos indígena, sus integrantes o la Defensoría del Pueblo”⁴⁰ (el destacado es nuestro)

Vimos en el primer capítulo de este trabajo que el recurso de protección de la Constitución de 1980 ha sido efectivamente utilizada para el asidero de determinados litigios climáticos, funcionando como una vía rápida para obtener respuesta frente infracciones perjudiciales, posibilitando un control de los actos de la administración del estado, aunque sin estar exenta de dificultades y obstáculos.⁴¹

Uno de los posibles obstáculos con las que se puede encontrar el Recurso de Protección en material ambiente es con la característica cautelar de urgencia que se le asocia a aquel, de ahí

⁴⁰ Propuesta Constitución Política de la República de Chile del 4 de julio de 2022.

que en la propuesta constitucional rechazada se pretendía que esta nueva acción de tutela de Derechos Fundamentales permitiera el reencuentro de la acción con su lógica cautelar, estableciéndose su procedencia en dos hipótesis: (i) cuando no existan otras acciones para reclamar el derecho vulnerado, o (ii) de forma excepcional, cuando la vulneración del derecho puede generarle a su titular un daño urgente y grave. De esta forma, se acentúa la finalidad eminentemente cautelar de la acción, con el mandato expreso de redirigir asuntos de mayor complejidad a otros procesos judiciales más idóneos para su revisión, haciendo que la acción de tutela sea excepcionalmente utilizada.

En otras palabras, la norma de la propuesta rechazada buscaba responder a la vacilación de la jurisprudencia respecto a cuál es la vía idónea para reclamar un determinado derecho fundamental afectado, lo que zanja el asunto, salvo en aquellos casos en que el peligro sea de tal magnitud que requiere del actuar o la disposición de medidas en el contexto de una acción cautelar o de urgencia.

Esa vacilación era la que distinguíamos en primer capítulo de este trabajo, en donde nos encontrábamos con jurisprudencia dispar entre Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en el conocimiento de asuntos climáticos vía Recurso de Protección. Así, con una regulación más detallada en el texto constitucional mismo, la Acción de Tutela incorporaba la característica de la cautela urgente como un requisito para su procedencia.

El Recurso de Protección, debido a que no consagra la urgencia como requisito de procedencia, señalándola solo como una característica dentro de su regulación contenida en Auto Acordados, ha generado un desajuste creciente con el diseño de otros procesos judiciales. La jurisprudencia ha sostenido, en muchas ocasiones, que la protección es compatible con otras acciones declarativas, pero, al mismo tiempo, ha sostenido que si el asunto debiese ser conocido mediante una acción ordinaria no debiera admitirse a tramitación la protección.

En resumidas cuentas, la regulación contenida en la propuesta constitucional rechazada era más estricta que el actual artículo 20 de la Constitución Chilena, al menos en lo que a

naturaleza cautelar de urgencia respecta, intentando solventar los puntos negativos que son asociados al Recurso de Protección. Es por ello que se hace relevante comprender la cautela urgente y cómo esta puede conversar con el fenómeno del Cambio Climático, pues la tendencia apunta a reconocer la cautela urgencia en estas acciones cautelares de Derechos Fundamentales.

Para demostrar el punto del párrafo anterior, esto es, que la dificultad no sería tal si entendemos la urgencia del cambio climático, analizaremos cómo aquellos requisitos señalados en el primer acápite de este trabajo y que se incorporaron de una u otra forma en la redacción de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, se cumplen o no para el desarrollo de litigios climáticos.

1) Criterio de la Inmediatez

Si bien, al igual que el recurso de protección, la acción de tutela de Derechos Fundamentales no menciona expresamente la palabra “inmediata”, esta sí alude al concepto al referirse a la necesidad de un daño inminente, entendiéndose inminente, según la RAE, como algo “que amenaza o está para suceder prontamente”, es decir, algo próximo en el tiempo. Con esto podríamos decir que la necesidad de Inmediatez, cuya ausencia en el Recurso de Protección era criticada por la doctrina, se termina por incluir ahora.

Como ya dijimos, la forma correcta de analizar este aspecto es a partir de la crisis climática misma, y para el caso de la inmediatez, es importante reiterar que el Cambio Climático es actual. Así, académicos hacen hincapié en los riesgos y consecuencias a corto plazo que acarrea la crisis climática. Simon Lewis señala que, a partir de los reportes del IPCC, se avencinan olas de calor, incendios, inundaciones y sequías cada vez más severas, con impactos nefastos para muchos países⁴². Por su parte, el profesor Jim Skea señala la necesidad de actuación inmediata, pues solamente los compromisos adoptados por los países en el Acuerdo

⁴² (Harvey, 2021)

de París para el 2030 son insuficientes⁴³. Chile, no puede sentirse ajeno a esto, siendo un país con siete de los nueve factores de vulnerabilidad.

Así las cosas, la tendencia apunta a la inmediatez en el uso de las acciones constitucionales que cautelan Derechos Humanos, ya lo vimos con el entendimiento que la doctrina y la jurisprudencia le da al Recurso de Protección y lo vimos ahora con la propuesta rechazada que la incorpora de manera expresa. De ahí que es útil asociar la inminencia de la crisis climática a este tipo de acciones para superar este criterio y lograr litigios climáticos favorables en esta sede.

2) Criterio de la ilegalidad.

Este es el criterio más novedoso dado que se trata de un elemento que no se incorporó en la acción de tutela de la propuesta constitucional rechazada. A diferencia del Recurso de Protección, no hay referencias a la ilegalidad ni arbitrariedad del acto u omisión en la acción de tutela de derechos fundamentales, es decir, se pretendía permitir accionar en contra actos u omisiones que, no obstante fueran legales, se encontraran en una hipótesis de vulneración de Derechos Fundamentales.

Esto no es baladí cuando estamos frente asuntos climáticos, pues, uno de los principales problemas de la normativa climática en nuestro país, al menos hasta la llegada de la Ley Marco para el Cambio Climático, es que se encontraba en instrumentos internacionales, tales como la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático y el Acuerdo de París. En el Derecho Internacional muchas de las normativas acordadas por los estados contienen disposiciones *soft law*, pues los Estados usualmente prefieren celebrar acuerdos internacionales de naturaleza blanda y flexible, por sobre aquellos acuerdos que imponen obligaciones legales estrictas y requisitos de ratificación (*hard law*)⁴⁴. Ahora bien, corresponde ver si los instrumentos internacionales en materia climática son *soft law* o no.

⁴³ (McGrath, 2018)

⁴⁴ (Cini, 2011)

Tomemos por ejemplo el Acuerdo de París, este instrumento internacional es en principio considerado *hard law*, pues impone a los Países suscriptores de aquellas obligaciones concretas tales como la elaboración de la Contribución Nacional Determinada y la Estrategia Climática a Largo Plazo, sin embargo, se ha dicho que su contenido goza de normas *soft law* en su articulado, así lo distingue Nava Escudero:

“Una de las críticas que más ha llamado la atención es aquella que señala que en lugar de que se establecieran contribuciones obligatorias de reducción de emisiones (es decir, metas cuantificadas), se debían plasmar enunciados basados en promesas voluntarias a través de las llamadas “contribuciones determinadas a nivel nacional” (antes en inglés INDC, y ahora NDC). Independientemente de lo poco idóneo de éstas para mantener el aumento de la temperatura mundial muy por debajo de los 2° C respecto a los niveles preindustriales, según lo establece el artículo 2.1, inciso a, del AP, el lenguaje utilizado y la esencia de tales contribuciones es flexible e impreciso, lo que permite suponer que se trata de enunciados de derecho suave. De hecho, todo el sistema en torno a ellas descansa en lo que se ha dado por llamar una “estructura soft”. Si bien las partes deberán de entregar sus contribuciones cada cinco años (lo que aparenta ser de hard law), el texto del tratado las sujeta a una vaga disposición de “progresión a lo largo del tiempo” (artículo 3° del AP). La idea de cumplir con el objetivo del “largo plazo” al que se refiere el artículo antes citado se encuentra vinculado al ambiguo, impreciso e indeterminable precepto de que las partes se proponen lograr que las emisiones mundiales de GEI “alcancen su punto máximo lo antes posible” (artículo 4.1). Así, la entrega es de hard law (aunque no es muy rigurosa), y lo que se entrega en contenido (cada país fija sus contribuciones, su nivel de ambición) es de soft law.”⁴⁵

La importancia de esto tiene relación con el hecho de que un problema del recurso de protección es que, dado que exige un acto ilegal o arbitrario, la doctrina entendía que la ilegalidad debía tratarse de una infracción a una norma concreta y exigible.

⁴⁵ (Escudero, 2016)

Esto se relaciona con las acciones cautelares de Derechos Fundamentales, en que la Doctrina entiende que es necesaria la existencia de una infracción a una norma específica y exigible, cuestión que en materia climática es complejo de obtener, considerando que hasta la Ley Marco para el Cambio Climático, en Chile las principales normas climáticas eran los instrumentos internacionales suscritos en la materia, con disposiciones *soft law* supeditadas a las políticas públicas internas.

Este problema ocurrió, por ejemplo, en el caso Central Hidroeléctrica Angamos (2022), en donde el Servicio de Evaluación Ambiental, en tanto recurrido de protección, argumentaba en su informe de la causa, que el Acuerdo de París posee principalmente normas de *soft law*, así las cosas, nuestro país posee un compromiso mitigatorio a propósito del Acuerdo de París pero se trataría meramente de metas cuantitativas que deben concretizarse en políticas públicas que apunten hacia los objetivos del Acuerdo y la Convención Marco, siendo la única hipótesis de incumplimiento sería hacer caso omiso a los compromisos internacionales y no el contenido específico de la bajada interna de estos (como por ejemplo a través la Contribución Nacional Determinada)⁴⁶.

En el mismo caso, la Corte de Apelaciones de Antofagasta consideró, que no se podían distinguir hechos que justifiquen la adopción de medidas urgentes dado que a partir del análisis llevado a cabo, la autoridad fundamenta su decisión en base a la normativa legal y reglamentaria que lo regula, es decir, la Corte de Apelaciones únicamente consideró exigible la normativa interna asociada al Servicio de Evaluación Ambiental y no la normativa climática, para luego señalar:

“la ilegalidad o arbitrariedad de un acto u omisión, es el motivo esencial para acoger o rechazar un recurso de protección, y a falta de uno u otro (...) este no puede prosperar, resultando en la especie, innecesario efectuar un análisis sobre las garantías

⁴⁶ Informe del Servicio de Evaluación Ambiental en la causa Rol 6.930-2021 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

constitucionales que eventualmente pudieran verse afectadas conforme a los hechos que indica la parte recurrente”⁴⁷

Entonces, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, entregándole un valor importante a la ilegalidad del acto y vinculándola con la urgencia del recurso de protección, desestima el recurso de protección al no distinguir norma infringida, incluso si la política medio ambiental o la normativa vigente eventualmente sea insuficiente, a la luz de la realidad actual medio ambiental. Esto se puede vincular con la idea del *soft law* analizada supra, pues pareciera ser que la Corte admite que, sin perjuicio de que las políticas climáticas podrían ir más en línea con los compromisos ambientales internacionales, ello no sería exigible mientras no haya un incumplimiento a una normativa *hard law* concreta, cuestión que a la época del caso, no existía.

Lo anterior es problemático, pues si bien todo esfuerzo para adoptar medidas de mitigación y adaptación al cambio climático puede ser valorable, ciertamente es importante que estas medidas logren generar un impacto real en poder reducir las emisiones y la resiliencia frente al cambio climático, cuestión que, como vimos en el ejemplo, no podrían ser aseguradas o hacerse exigibles frente a disposiciones de *soft law*, cuyo cumplimiento se logra a través de medios más que resultados.

Los efectos del cambio climático requieren la adopción de medidas urgentes, y en diversas instancias internacionales se ha dicho que los esfuerzos que se están llevando a cabo por los Estados no son suficientes, de ahí que con este tipo de compromisos son un inconveniente para la litigación climática mediante recurso de protección al no estar frente a una real ilegalidad.

Siguiendo con el caso Central Termoeléctrica Angamos (2022), el Servicio de Evaluación Ambiental argumentó que los compromisos internacionales en materia climática habían tenido su bajada interna a través de diversos instrumentos internos, siendo uno de ellos el

⁴⁷ Sentencia de Corte de Apelaciones de Antofagasta en la causa Rol 6.930-2021 de fecha 31 de agosto de 2021.

Plan de Descarbonización de la Matriz Energética que implicaba el futuro cierre de la Termoeléctrica Angamos, cuestión por la cual no podría mencionarse un incumplimiento de los compromisos internacionales en materia climática.

En la misma línea, la Corte de Apelaciones de Antofagasta valoró el hecho de que el Servicio de Evaluación Ambiental hubiese tomado otras medidas distintas a las solicitadas por los recurrentes para disminuir eventual afectación al medio ambiente al comprometer para sólo un par de años más, la eliminación de carbón en su matriz energética.

Recordemos que los recurrentes de protección en este caso buscaban que sin perjuicio del futuro cierre de la termoeléctrica, se considerara la variable climática en la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto, y en ese sentido, la pretensión de los recurrentes va mucho más acorde a la toma de medidas inmediatas que ayuden prevenir los efectos del cambio climático, pues estamos a un proyecto que emite Gases de Efecto Invernadero en operación y con una Resolución de Calificación Ambiental que no considera el componente climático.

Pues bien, es aquí donde la Nueva Acción de Tutela de Derechos Fundamentales innova de forma importante frente a la problemática planteada, dado que al no exigirse ilegalidad en el acto u omisión vulneratorio de Derechos Fundamentales, no tenemos que entrar en esta discusión de si existe alguna normativa climática concreta, con contenido *hard law* específico y que sea exigible, pues ciertamente los requisitos de la acción nos permiten ponernos en una situación en la que, a pesar de que incluso estemos cumpliendo la normativa exigible, aún podemos estar frente a una vulneración de Derechos Fundamentales, en razón de que se requieren medidas adicionales para evitar los efectos o riesgos asociados a la crisis climática en las personas, a pesar de los esfuerzos realizados a nivel interno o las políticas públicas existentes.

3) Criterio de la Gravedad

Uno de los criterios que señala la doctrina nacional como necesario para que un Recurso de Protección pueda tener un resultado exitoso, atendiendo su naturaleza cautelar de urgencia, es que este estemos frente amenazas graves.

Así las cosas, esta Nueva Acción de Tutela de Derechos Fundamentales incorpora de forma expresa la necesidad de una posible generación de daño grave a partir del hecho u omisión vulneratorio. De tal forma, y al igual que el requisito de la inmediatez, el reconocimiento expreso podría funcionar como un obstáculo para el desarrollo del litigio climático, en el entendido que el órgano jurisdiccional entendiera el fenómeno del Cambio Climático como una cuestión cuyos efectos son a largo plazo y por lo tanto, no graves.

En este caso, nuevamente la forma correcta del análisis es a partir de la crisis climática misma, y para el caso de la gravedad, es importante reiterar que los efectos asociados al Cambio Climático son graves, y por ello, susceptibles de vulnerar Derechos Fundamentales de las personas. La temperatura de la Tierra ha cambiado y continuará de esta manera de acuerdo con la mayoría de los estudios. Ya en 2019, el promedio de la temperatura global fue 1.1°C más alto que los años previos. El incremento de las temperaturas globales condujo a eventos climáticos extremos tales como olas de calor, sequías, inundaciones, tormentas de invierno, huracanes, e incendios forestales⁴⁸, siendo innegable la gravedad asociada a estos eventos climáticos.

Hay un elemento de gravedad igualmente en un eventual punto de no retorno, dado que la comunidad científica ha mostrado preocupación por un calentamiento prolongado, que incluso más allá de 1,5 °C, podría producir consecuencias progresivamente graves, de siglos de duración y, en algunos casos, irreversibles⁴⁹.

Por lo tanto, en el evento de querer iniciar un litigio climático por una Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, la gravedad aparece como un obstáculo más fuerte respecto de lo analizado en el Recurso de Protección no solo por incorporarse en la propuesta constitucional

⁴⁸ UN Environment Programme, 2020.

⁴⁹ (McGrath, 2018)

rechazada como un requisito de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales sino que también porque se acentúa el carácter excepcional del mismo. Con todo, el entendimiento de la crisis climática sigue siendo clave, toda vez que la adopción de medidas urgentes ayudaría a evitar que los efectos del Cambio Climático lleguen a un punto en el que sea imposible revertirlos, cuestión que indudablemente goza de una gravedad cierta.

Habiendo analizados los criterios asociados al carácter cautelar de urgencia de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, podemos ver que de los tres criterios, el referido al de la ilegalidad desaparece, constituyendo una innovación respecto a lo que doctrinalmente se le asocia a este tipo de acciones, siendo, en cualquier caso, positivo para el desarrollo del litigio climático, por las razones ya aludidas en supra.

Con todo, podemos ver que los criterios de inmediatez y gravedad continúan manteniéndose en términos similares a lo analizado en el primer acápite de este trabajo con el recurso de protección, incluso regulando estos criterios de una forma mucho más expresa y estricta.

A modo de balance, hasta aquí, nos hemos centrado en analizar aspectos procesales de las acciones cautelares de Derechos Fundamentales, principalmente el requisito de urgencia cautelar exigido para la revisión de actos o u omisiones vulneratorios de derechos fundamentales. Como ya vimos, en el caso del Recurso de Protección, este es un elemento nace más bien de la interpretación que hace la doctrina del recurso, mientras que en la propuesta de nueva constitución teníamos una referencia expresa a modo de requisito.

El propósito de este proyecto no es desconocer el carácter de cautela urgente que caracteriza a estas acciones cautelares de Derechos Fundamentales, sino que se trata de identificar la dificultad que le genera al desarrollo de litigios climáticos y cómo esto podría ser superado mediante un entendimiento cabal del fenómeno climático. Esto mediante la asociación la cautela urgente con la urgencia misma que caracteriza a la crisis climática, esto es, entender

la situación climática global como algo *per se* urgente, en virtud de la evidencia científica y de los efectos que el cambio climático ya ha generado en las personas con el riesgo latente de que se sigan generando.

La doctrina ha tratado de depurar bastante el elemento cautelar de urgencia en aras de volver este tipo de acciones como de uso excepcional, sin embargo, entendiendo la urgencia del cambio climático, incluso bajo los criterios analizados, ambas vías de acción analizadas pueden servir y han servido para el desarrollo de litigios climáticos.

Lo relevante es que estamos frente a una cuestión de entendimiento, esto es, entender el cambio climático como urgente en sí mismo en contraste a que esto sea entendido como el mero activismo de un determinado órgano jurisdiccional. Como bien señala Luis Cordero:

“Se ha sostenido que el comportamiento de la Corte es consecuencia de cierto activismo ambiental, que afecta la estabilidad de las reglas del juego y vuelve impredecibles las decisiones de los privados.

Esa crítica desconoce la manera en que está construida la regulación ambiental (...)”⁵⁰

Si bien Cordero está refiriéndose a causas ambientales en general y no a causas climáticas, lo que importa rescatar en su razonamiento es que no es correcto analizar el órgano jurisdiccional determinado, sino tratar de entender los asuntos sometidos a su jurisdicción.

En el caso particular del cambio climático, no sería menester señalar que los casos revisados en los que la Corte Suprema acogió recursos de protección haciendo propicio el desarrollo de litigios climático por esa vía son producto de un activismo particular de la Corte o de una postura pro medio ambiente de la misma, pues ello se queda en un nivel muy superficial. Más propicio sería atender a que el órgano jurisdiccional apunta al entendimiento del fenómeno del Cambio Climático, atendiendo su carácter urgente y vinculación con los Derechos Fundamentales de las personas.

⁵⁰ (Vega, 2016)

Esto es útil, para evitar que las cortes tengan posturas tan dispares, como ocurre en el caso del Cambio Climático, con Cortes de Apelaciones ignorando la urgencia en esta materia, mientras la Corte Suprema por otro lado la entiende y la admite. Asimismo, es útil para que el entendimiento de estas materias vaya más allá del órgano jurisdiccional particular, sobre todo teniendo en consideración que las personas detrás de cada órgano jurisdiccional cambian y las competencias también, por ejemplo, la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales pretendía ser conocida por tribunales de instancia a fin de permitir un conocimiento más cercano y fácil para los recurrentes⁵¹.

En la misma línea, es valioso generar cambios conductuales efectivos en los operadores del sistema, cuestión que no se puede conseguir si tenemos distintos órganos jurisdiccionales con decisiones dispares⁵². Acorde con esto era la labor que la regulación de la Acción de Tutela le entregaba a la Corte Suprema frente a interpretaciones contradictorias de la materia de derecho objeto de la acción sostenidas en dos o más sentencias, en aras de unificar los entendimientos de los distintos temas que se litigan, entre ellos, la crisis climática. Esta innovación de la Propuesta Constitucional pretendía solucionar la distorsión que tiene el Recurso de Protección, debido a que los contornos y objeto del mismo es difícil de delinear, lo que origina jurisprudencia contradictoria y con un alto grado de casuística.

⁵¹ (Constitucional, 2021)

⁵² (Constitucionalista, 2022)

II.2

El aporte de una regulación integral del medio ambiente y el reconocimiento de la crisis climática para el desarrollo del litigio climático

Bajo el alero de la Constitución Chilena el recurso de protección cautela el único derecho fundamental en materia ambiental que consagra el listado del artículo 19 llamado Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación.

Por su lado, la Propuesta de Nueva Constitución establece un catálogo de derechos ambientales para las personas, como el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, un derecho al aire limpio, el derecho al agua y saneamiento, el derecho a la energía asequible y segura y el derecho a la justicia ambiental. Por otro lado, en la propuesta la Naturaleza sería titular de derechos, todo como se expone a continuación:

“artículo 57. Toda persona tiene derecho humano al agua y al saneamiento suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible. Es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones.

(...)

Artículo. 59. Toda persona tiene derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura.

(...)

artículo 103. La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad.

(...)

artículo 104. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

artículo 105. Toda persona tiene derecho al aire limpio durante todo su ciclo de vida.

artículo 108. Toda persona tiene derecho al pleno acceso a la justicia y a requerir de los tribunales de justicia la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, de manera oportuna y eficaz conforme a los principios y estándares reconocidos en la Constitución y las leyes.

(...)

*El Estado garantiza el acceso a la justicia ambiental.*⁵³

Como se puede evidenciar, la propuesta constitucional rechazada contemplaba un aumento cuantitativo y cualitativo de los derechos fundamentales que son susceptibles de ser cautelados por la Acción de Tutela, razón por la cual el análisis de este acápite no pretende atender al fondo o a la sustancia de cada uno de estos nuevos derechos, pues dado que evidentemente abarcan un marco de protección superior al Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación, el litigio climático con mayor razón tendrá un mejor desarrollo frente a un catálogo más grande de Derechos Fundamentales. No obstante lo anterior, sí merece la pena analizar aspectos un poco más formales que igualmente hacen más propicio el desarrollo de los litigios climáticos.

Como distinguen Arellano y Guarachi, la Constitución Chilena posee deficiencias para lograr una efectiva protección del medio ambiente, las cuales guardan relación con el no haberlo consagrado como principio en las bases de la institucionalidad, con la técnica legislativa usada al redactar el derecho del artículo 19 N°8, con las limitaciones para el ejercicio de ese derecho, entre otras omisiones. Ante esto, se distingue que la jurisprudencia ha realizado interpretaciones orientadas a fortalecer la protección del medio ambiente, lo que solo tiene un efecto casuístico, generando discordancias entre los distintos órganos jurisdiccionales.

⁵³ Propuesta Constitución Política de la República de Chile del 4 de julio de 2022.

Ello constituye un problema que es importante solucionar en el entendido de que el propósito de este trabajo es asentar un entendimiento uniforme de la crisis climática para el desarrollo de litigios climáticos en sede cautelar de Derechos Fundamentales.⁵⁴

Así las cosas, Arellano y Guarachi identifican ciertos aspectos o elementos que deberían ser incorporados en una constitución, de los cuales usaré tres que me parecen atinentes a este trabajo: (1) Ubicación de la protección del medio ambiente en la constitución, (2) visión antropocéntrica o ecocéntrica del medio ambiente y (3) consagración de otros derechos relacionados con el medio ambiente.

1. Ubicación de la protección del medio ambiente en la constitución.

Este criterio es más bien geográfico y analiza qué artículos establecen las normas principales de protección del medio ambiente y su forma de redacción.

En la propuesta constitucional rechazada, la norma principal, que sería análoga al actual Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación, son los nuevos derechos fundamentales en materia ambiental, principalmente el Derecho a un Medio Ambiente Sano y Ecológicamente Equilibrado y el Derecho a un Aire Limpio durante todo el ciclo de vida.

Los derechos antes descritos son clave para transitar hacia una gobernanza climática integrada, porque permiten hacerse cargo de grandes pasivos ambientales y gestionar el territorio poniendo en el centro a sus habitantes y los ecosistemas. Cabe recordar la gran cantidad de conflictos socio-ambientales que se han desarrollado en el país en las últimas dos décadas⁵⁵ y cómo algunas comunidades han acuñado el nombre de “zonas de sacrificio”, debido a los altos índices de contaminación que sufren⁵⁶.

⁵⁴ (REYES & ZUVIC, 2021)

⁵⁵ INDH. (2015). Mapa de conflictos socioambientales en Chile, 2015.

⁵⁶ (Billi, y otros, 2021)

Dada la urgencia asociada a la Crisis Climática, sumado al hecho de que se ha entendido que mientras más estable sea el clima, más resguardado se encontrará el derecho humano al medio ambiente sano⁵⁷, es que sería útil que se regule expresamente el clima como parte de este derecho lo que reforzaría la obligación estatal de otorgar protección a la población y al medio ambiente frente al cambio climático, mejorando los esfuerzos en la acción climática.

Adicionalmente, la propuesta constitucional rechazada contemplaba al Medio Ambiente en 10 artículos más, destacando la consagración de nuestro país como un Estado Ecológico en el primer artículo, cuestión que, según los miembros del poder constituyente, pretendía expandir la cobertura y protección constitucional que actualmente existe con el Medio Ambiente. Siguiendo a Arellano y Guarachi, es importante que el Medio Ambiente sea tratado como un principio rector dentro de las bases de la institucionalidad o dentro de los principios generales como ocurre en el caso de la propuesta constitucional rechazada, ya que eso permitiría caracterizar y concebir a un Estado que contemple la problemática ambiental en cada una de sus decisiones y actuaciones, como complemento al derecho fundamental relacionado con esta materia.⁵⁸

Lo anterior es importante en materia climática, pues permitiría, en el desarrollo de litigios climáticos mediante acción de tutela de Derechos Fundamentales, exigir medidas que consideren la problemática de la crisis climática.

De ahí la necesidad de una regulación integral del medio ambiente en el texto constitucional, ya que no solo guarda una importancia valórica en tanto declaración de principios, sino que además guarda una importancia práctica ya que es el prisma bajo el cual se interpretará y aplicará la Carta Fundamental.

Siguiendo a Moraga, el primer paso para avanzar en materia de gobernanza del cambio climática es mediante una identificación clara y sistemática de los principios fundamentales que han de orientar la toma de decisiones, la elaboración y aplicación de instrumentos, así

⁵⁷ (Boyd, 2019)

⁵⁸ (REYES & ZUVIC, 2021)

como el monitoreo, reporte y verificación de la acción climática y sus efectos. La incorporación de principios en materia de cambio climático posibilitará que se favorezca el desarrollo de un modelo de gobernanza ambiental y climática idónea a la magnitud de los impactos de este fenómeno en Chile⁵⁹.

En la misma línea, se ha distinguido que:

“La elección de principios se debe a que, en una Constitución, los principios, además de ser reflejo de los valores fundantes de una comunidad, sirven al propósito de guiar el actuar estatal. Su inclusión permea el sistema jurídico, orientando, por un lado, las decisiones de la Administración, del Poder Judicial y del Congreso, y operando, por el otro, como directriz frente a aquellas situaciones en que no existe norma jurídica o el sentido de ella requiere interpretación. En este sentido, sin importar la existencia o no de obligaciones o habilitaciones expresa, el Estado tendría principios que observar para guiar su actuar al desarrollar sus diversas actividades”⁶⁰

Un derecho constitucional adquiere mayor fuerza que uno de nivel legal, en tanto se extiende a todos los niveles del actuar estatal y no solo al de la ley en específico. Así, la propuesta constitucional rechazada habría permitido elevar la temática del cambio climático y sus efectos sobre los derechos humanos a rango constitucional, cuestión que en definitiva habría tenido un impacto favorable en el desarrollo de litigios climáticos en la búsqueda de empujar al Estado en la acción climática.

En este escenario, y considerando que Chile es un país particularmente vulnerable al cambio climático, proyectándose riesgos para sus frágiles ecosistemas e impactos para los derechos humanos de la población, es que la propuesta constitucional rechazada implicó una oportunidad para incluir el cambio climático como una preocupación central para la comunidad y para dotar de mejores herramientas para minimizar sus impactos, adaptarnos a ellos y respetar los derechos humanos de las personas. No obstante haber sido rechazada la

⁵⁹ (Herve, Moraga, Pulgar, & Billi, 2022)

⁶⁰ (Mansuy, Gumucio, Belemmi, Costa, & Burdiles, 2021)

propuesta, estas ideas en definitiva sirven como una base óptima para el nuevo proceso constituyente que se llevará en Chile a lo largo del año 2023.

2. Visión antropocéntrica o ecocéntrica del medio ambiente.

Este criterio analiza si es que la constitución considera una protección del medio ambiente en cuanto a la relación que éste tiene con el ser humano, o si es que se protege al medio ambiente en sí mismo.

De acuerdo con las iniciativas constitucionales que llevaron el Estado Ecológico a la propuesta constitucional⁶¹, que el estado sea ecológico implica pasar de un Estado antropocéntrico a uno ecocéntrico. Esto se traduce en reconocerle derechos a la naturaleza, así como reconocer la interdependencia entre la naturaleza y los seres humanos. Así, el artículo 103 de la propuesta le reconocía a la naturaleza el derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad.

Ello tiene importancia para el desarrollo del litigio climático, pues más allá de que se amplía la legitimación activa, uno de los problemas que tienen los efectos del cambio climático a la hora de litigar, es poder hacer un nexo causal entre el hecho con el sujeto afectado, de ahí que con la posibilidad de que accionar de Tutela en representación de la naturaleza en tanto sujeto de derechos, permite abarcar todas esas situaciones en las que quizás las personas no reciben un impacto directo del cambio climático pero sí indirecto, como puede ser por ejemplo la pérdida de biodiversidad o la alteración de un hábitat natural.

Asimismo, en virtud de este reconocimiento constitucional, podrían incorporarse en la discusión de las causas climáticas la necesidad de adoptar medidas basadas en la naturaleza,

⁶¹ La idea del Estado Ecológico fue llevada al borrador por la Comisión de Principios Constitucionales, teniendo origen en los Boletines N°858-2 y N°58-2 que establecen el Estado Ecológico.

esto es que apunten a proteger o restaurar ecosistemas naturales, gestionándolos de manera sostenible y al mismo tiempo se genera un beneficio a las personas, por ejemplo, eliminando dióxido de carbono de la atmósfera, regulando el clima, control de plagas, la fertilidad de los suelos, entre otros.

Como se puede notar, se trata de una esfera de protección que podría ser discutible si se relaciona tan directamente con las personas, de ahí que el hecho de que la naturaleza sea titular de derechos, con valor en sí misma, permite exigir la adopción de medidas concretas en favor de ella, y al mismo tiempo, aunque sea de forma indirecta, que estas medidas vayan también en favor de la población.

Por otro lado, de acuerdo con las iniciativas constitucionales que llevaron el Estado Ecológico a la propuesta constitucional, a nivel externo, un Estado ecológico debe cooperar con otros Estados en afrontar la crisis climática. En definitiva esto puede ser útil a la hora de entregarle un valor más vinculante a los compromisos internacionales en materia climática que Chile adopta, e instar por su exigibilidad a través de la litigación climática.

3. Consagración de otros derechos relacionados con el medio ambiente.

Este criterio guarda relación con la inclusión de temáticas emergentes o que puedan resultar útiles para una protección más robusta del medioambiente a nivel constitucional.

En efecto, la propuesta constitucional contiene un reconocimiento expreso a la crisis climática en el artículo 129:

“Es deber del Estado adoptar acciones de prevención, adaptación y mitigación de los riesgos, las vulnerabilidades y los efectos provocados por la crisis climática y ecológica.

El Estado debe promover el diálogo, la cooperación y la solidaridad internacional para adaptarse, mitigar y afrontar la crisis climática y ecológica y proteger la naturaleza.”⁶²

Reconocer la crisis climática implica el reconocimiento de uno de los principales factores de pérdida de biodiversidad, ya que incide directamente en el funcionamiento de los ecosistemas, alterando de manera significativa el hábitat natural de la flora y fauna. También es reconocer su interferencia en el ciclo hidrológico, la afectación los regímenes de precipitaciones, la modificación de la circulación atmosférica, las temperaturas y corrientes oceánicas y el derretimiento de los glaciares. Implica igualmente reconocer el aumento del nivel del mar y la acidificación de los océanos debido la gran cantidad de CO₂ que absorbe de la atmósfera, poniendo en riesgo la supervivencia de diversas especies que ven alterado su hábitat y, finalmente, implica reconocer la contribución del fenómeno climático al aumento de eventos meteorológicos extremos en todo el mundo, como olas de calor, precipitaciones intensas, ciclones y las prolongadas sequías, los que amenazan la continuidad de las funciones del suelo y, con ello, la existencia de los ecosistemas terrestres.⁶³

Esta inclusión de aspectos relacionados con el cambio climático, en definitiva habrían implicado sentar bases claras de cómo debe ser la gobernanza climática y la adopción de políticas públicas, acorde a la magnitud de los desafíos que nos impone este fenómeno. Un estándar de acción claro y expreso, que nos permitiría hacerlo exigible ante eventuales litigios climáticos, sobre todo porque se tratan de deberes del estado contenidos en un mandato constitucional.

Asimismo la propuesta constitucional rechazada, dentro de los principios para la protección de la naturaleza y el medio ambiente, consagra el principio de acción climática justa en el artículo 128. Para el (CR)2, este principio puede entenderse como:

“eje del nuevo modelo de gobernanza que Chile necesita, donde se requiere hacer transformaciones progresivas a la forma en que nos relacionamos con el planeta, que disminuyan los riesgos asociados al cambio climático. Estas acciones deben ser justas en

⁶² Propuesta Constitución Política de la República de Chile del 4 de julio de 2022.

⁶³ (Mansuy, Gumucio, Belemmi, Costa, & Burdiles, 2021)

distintas dimensiones, apuntando a la protección de toda la población, de los grupos más vulnerables, a la conservación de los ecosistemas, al resguardo de los intereses de las generaciones presentes y futuras, implementando una distribución justa y equitativa de los distintos costos y beneficios (económicos, sociales y ambientales) que derivan de las acciones implementadas.”⁶⁴

Al ser un principio, funciona como elemento de interpretación de otros preceptos de la Carta Fundamental como por ejemplo los derechos fundamentales que estemos buscando cautelar mediante la Acción de Tutela, en aras de adoptar medidas que tomen en consideración la dimensión de la crisis climática en el caso concreto.

La falta de desarrollo legislativo en materia de cambio climático se da en un contexto en que, además, la Constitución Política de la República no contempla herramientas específicas que permitan avanzar en la protección del clima. Si bien en su artículo 19 N°8 se consagra el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación y el deber de garantizar la protección de la naturaleza, no ha existido desarrollo jurisprudencial o doctrinario que aborde como parte de su contenido el clima seguro o los cambios del clima. Por otro lado, las normas que han sido dictadas para desarrollar el contenido de este derecho no son claras en considerar el clima como parte de su contenido, dando lugar a interpretaciones diversas, como sucede con la ya citada Ley No 19.300. A ello se suma que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ha visto constantemente limitado por la relevancia que la Constitución le entrega a otros valores como la propiedad y la libertad económica, los que en muchas ocasiones colisionan con el derecho al medio ambiente incluso cuando se quiere avanzar en materia regulatoria⁶⁵.

En virtud de lo anterior, es relevante que, tal como se instó en la propuesta constitucional rechazada, se desarrolle un “núcleo ecológico”⁶⁶ que sea transversal en el texto constitucional, esto es, mediante la regulación de principios, derechos y deberes a lo largo de

⁶⁴ (Bórquez, y otros, 2022)

⁶⁵ (Mansuy, Gumucio, Belemmi, Costa, & Burdiles, 2021)

⁶⁶ (Sariego, 2022)

todo el texto constitucional, a modo de lograr una protección integral del Medio Ambiente, facilitando su exigencia mediante litigios climáticos mediante acciones constitucionales.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo se realizó un análisis del Recurso de Protección y de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, en tanto acciones cautelares constitucionales de urgencia, con el objeto de dilucidar perspectivas para el desarrollo de litigios climáticos mediante este tipo de vías.

El cambio climático es un fenómeno que es urgente, toda vez que es grave, actual y requiere que los Estados sean ambiciosos en la acción climática, adoptando medidas eficaces para alcanzar los objetivos y metas de mitigación y adaptación contemplados en los compromisos internacionales en la materia.

Ahora bien, esta urgencia del cambio climático no parece conversar siempre con la naturaleza cautelar de urgencia que caracteriza al recurso de protección, como quedó demostrado en la jurisprudencia expuesta en este trabajo. Esto se explicaría en parte porque la urgencia del recurso de protección se ha asociado a una idea de excepcionalidad, cuestión que ha generado que los criterios de la naturaleza cautelar de urgencia del recurso sean entendidos de forma estricta por la doctrina y en parte por la jurisprudencia.

Pues bien, en este trabajo se trató de mostrar que incluso bajo estándares estrictos como se trató de regular en la propuesta constitucional rechazada con la Acción de Tutela de Derechos fundamentales, la crisis climática puede encajar en la naturaleza urgente del recurso, mediante un entendimiento cabal de este fenómeno, conforme el estado actual de la ciencia y al contexto que a nivel nacional (o incluso global) nos encontramos en materia climática.

La consideración del fenómeno climático por los tribunales concedores de las acciones constitucionales cautelares es la vía correcta, cuestión que la Corte Suprema ha parecido demostrar en algunos casos, como los analizados en este trabajo, ampliando las posibilidades de éxito del recurso de protección en el desarrollo de litigios climáticos. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema es variable, mientras que a nivel de Cortes de

Apelaciones la comprensión cabal del fenómeno climático todavía no parece permear en su jurisprudencia.

Allí es donde la propuesta constitucional rechazada tenía un factor beneficioso, pues reconocía expresamente la crisis climática y poseía una regulación integral del medio ambiente, lo cual entrega lineamientos hacia abajo, incluyendo a los tribunales de justicia, lo que habría facilitado igualar el entendimiento respecto el cambio climático a la hora de interpretar la naturaleza cautelar de urgencia de la acción cautelar de Derechos Fundamentales.

Quedará como interrogante si una eventual futura Acción Cautelar de Derechos fundamentales distinta de las analizadas en este trabajo será idónea para el desarrollo de litigios climáticos bajo los mismos criterios asociados a la naturaleza cautelar de urgencia. Preliminarmente creemos que el análisis no debería distar mucho, pues habiendo encajado el cambio climático en los criterios de la cautela urgente, cualquier acción cautelar de Derechos Fundamentales debería ser propicia para el desarrollo de litigios climáticos, dado el punto crítico en que nos encontramos en medio de la crisis climática.

Bibliografía

- Billi, M., Moraga, P., Aliste, E., Maillet, A., O’Ryan, R., Sapiains, R., . . . Manuschevic, D. (2021). *Gobernanza Climática de los Elementos. Hacia una gobernanza climática del Agua, el Aire, el Fuego y la Tierra en Chile, integrada, anticipatoria, socio-ecosistémica y fundada en evidencia*. Santiago de Chile: Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2.
- Bordali, A. (2011). El Recurso de Protección Chileno al Barquillo. *Revista del instituto de Ciencias jurídicas de Puebla* , 56-71.
- Boyd, D. (2019). *Environmental Rule of Law. First Global Report*. United Nations Environment Programme.
- Burdiles, G. (2016). Litigación Climática con enfoque de derechos: comentario sobre el caso Leghari v. Pakistán. . *Revista Justicia Ambiental*, 251-267.
- Bórquez, R., Billi, M., Moraga, P., Sapiains, R., Nicolas, C., Carmona, R., . . . Ubilla., K. (22 de agosto de 2022). *Análisis: El cambio climático en la propuesta de nueva Constitución* *Análisis: El cambio climático en la propuesta de nueva Constitución*. Obtenido de Center for Climate and Resilience Research: <https://www.cr2.cl/cambio-climatico-y-nueva-constitucion-como-la-nueva-carta-magna-acoge-los-desafios-del-pais-en-materia-del-cambio-climatico/>
- CEPAL, C. E. (2019). *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*. Santiago: (LC/TS.2019/94/Corr.1).
- Cavallo, G. A. (2016). Las Deficiencias de la Fórmula "Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación" en la Constitución Chilena y Algunas Propuestas para su Revisión. *Estudios Constitucionales*, 365-416.
- Cervera, P. B. (22 de julio de 2022). *El nuevo frente de la lucha climática en Europa: los tribunales*. Obtenido de esglobal: <https://www.esglobal.org/el-nuevo-frente-de-la-lucha-climatica-en-europa-los-tribunales/>
- Cini, M. (2011). The soft law approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime. *Journal of European Public Policy*, 192-207.
- Cisterna, P., & Tigre, M. A. (31 de mayo de 2022). *Primera resolución sobre la emergencia climática de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: implicancias para la litigación climática*. Obtenido de Programa de Derecho, Ambiente y Cambio Climático: <http://dacc.udec.cl/primera-resolucion-sobre-la-emergencia-climatica-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos-implicancias-para-la-litigacion-climatica-cisterna-y-tigre-2022/>

- Constitucional, D. (2021). *Acción de tutela de derechos fundamentales. (Artículo N°119)*. Obtenido de Diario Constitucional: <https://www.diarioconstitucional.cl/nueva-constitucion/derechos-fundamentales-y-garantias/accion-de-tutela-de-derechos-fundamentales/>
- Constitucionalista. (19 de agosto de 2022). *Acción de tutela y resguardo de derechos fundamentales*. Obtenido de Ciper: <https://www.ciperchile.cl/2022/08/19/28-accion-de-tutela/>
- Droguett, R. C., & Gómez, I. C. (2022). EMERGENCIA, TENDENCIAS Y DESAFÍOS DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA. *Actualidad Jurídica N°46* , 429-453.
- Escudero, C. N. (2016). EL ACUERDO DE PARÍS. PREDOMINIO DEL SOFT LAW EN EL RÉGIMEN CLIMÁTICO. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 99-135.
- González, I. d. (2021). Tendencias Globales de la Justicia Ambiental y el Litigio contral el Cambio Climático. *Revista Ius et Praxis*, 72-93.
- Harris, P. (2021). *El desarrollo jurisprudencial del recurso de protección ambiental y su vigencia frente a la jurisdicción especializada*. Obtenido de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile : https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32240/1/Informe_PH_recurso_de_proteccio_n.pdf
- Harvey, F. (23 de junio de 2021). *IPCC steps up warning on climate tipping points in leaked draft report*. Obtenido de The Guardian: <https://www.theguardian.com/environment/2021/jun/23/climate-change-dangerous-thresholds-un-report>
- Herve, D., Moraga, P., Pulgar, A., & Billi, M. (28 de enero de 2022). *CR2*. Obtenido de Center for Climate and Resilience Research: <https://www.cr2.cl/boletin-especial-n-2-orden-publico-climatico-y-ecologico-principios-derechos-y-deberes-constitucionales-para-la-accion-climatica-y-ecologica/>
- Lewis, S. (23 de junio de 2021). *IPCC steps up warning on climate tipping points in leaked draft report*. Obtenido de The Guardian: <https://www.theguardian.com/environment/2021/jun/23/climate-change-dangerous-thresholds-un-report>
- MARCÓ, R. P. (22 de julio de 2019). *Nuevo informe sobre tendencias mundiales en litigios sobre cambio climático*. Obtenido de Terraqui: <https://www.terraqui.com/blog/actualidad/nuevo-informe-sobre-tendencias-mundiales-en-litigios-sobre-cambio-climatico/>
- MORENO-CERVERA, P. B. (22 de julio de 2022). *El nuevo frente de la lucha climática en Europa: los tribunales*. Obtenido de Esglobal: <https://www.esglobal.org/el-nuevo-frente-de-la-lucha-climatica-en-europa-los-tribunales/>

- Mansuy, N., Gumucio, C., Belemmi, V., Costa, E., & Burdiles, G. (2021). Hacia una Constitución Ecológica: Cambio Climático y Nueva Constitución. *Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA*, 279-326.
- Markell, D., & Ruhl, J. (2012). An Empirical Assessment of Climate Change In The Courts: A New Jurisprudence Or Business As Usual? *Florida Law Review*, 15-72.
- McGrath, M. (8 de octubre de 2018). *Final call to save the world from 'climate catastrophe'*. Obtenido de BBC News: <https://www.bbc.com/news/science-environment-45775309>
- Moraga, P. (2022). Una nueva era del derecho ambiental: La Ley Marco de Cambio Climático en Chile a 50 años de Estocolmo. *Revista de Derecho Ambiental*, 1-6.
- Nullis, C. (16 de Septiembre de 2021). *El Cambio Climático y sus efectos se aceleran*. Obtenido de Organización Meteorológica Mundial: <https://public.wmo.int/es/media/comunicados-de-prensa/el-cambio-climatico-y-sus-efectos-se-aceleran>
- PNUMA. (2017). *El Estado del Litigio en Materia de Cambio Climático. Una Revisión Global*. Columbia Law School.
- REYES, G. A., & ZUVIC, F. G. (2021). Protección del medio ambiente en el contexto de una nueva constitución: recomendaciones en base a la experiencia comparada. *Estudios Constitucionales*, 66-110.
- Roxana Bórquez, M. B. (22 de agosto de 2022). *Análisis: El cambio climático en la propuesta de nueva Constitución*. Obtenido de (CR)2 Center for Climate an Resilience Research: <https://www.cr2.cl/cambio-climatico-y-nueva-constitucion-como-la-nueva-carta-magna-acoge-los-desafios-del-pais-en-materia-del-cambio-climatico/>
- Sariego, P. M. (2022). Constitución Ecológica. Aprendizaje del proceso constituyente chileno. *Revista de Derecho Ambiental*, 1-12.
- Seguel, A. R. (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Thomson Reuters.
- Skea, J. (8 de Octubre de 2018). *Final call to save the world from 'climate catastrophe'*. Obtenido de BBC: <https://www.bbc.com/news/science-environment-45775309>
- Suprema, D. d. (2021). *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Suprema en el conocimiento del Recurso de Protección en materia ambiental (2005-2020)*. Santiago de Chile: Poder Judicial.
- Urbina, F. Z. (2015). A propósito de la "agonía" o "muerte" del Recurso de Protección Ambiental. *Revista de Derecho. Revista De Derecho. Escuela De Postgrado*, 15-42.

Vega, L. C. (2016). Corte Suprema y medio ambiente ¿por qué la Corte eStá revoluCionando la regulaCión ambiental? *Anuario de Derecho Público UDP*, 359-375.

Vöhringer, A. F., & Arnaiz, T. C. (2016). El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental . *Revista Chilena de Derecho*, 61-90.