

## INFORME EN DERECHO

### **SOBRE LA PROPUESTA DE NUEVO REGLAMENTO QUE REGULA EL MOVIMIENTO TRANSFRONTERIZO DE RESIDUOS Y LAS OBLIGACIONES DE CHILE BAJO EL CONVENIO DE BASILEA Y EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **Resumen Ejecutivo:**

1. En mi calidad de experta en derecho internacional se me ha solicitado un informe en derecho relativo al texto del nuevo *Reglamento que Regula el Movimiento Transfronterizo de Residuos*, aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático el 14 de julio de 2022 (Acuerdo N°14/2022), en adelante *el nuevo Reglamento* y sus implicaciones para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Chile en el Convenio de Basilea y otras obligaciones que pesan sobre nuestro país bajo el derecho internacional.
2. El análisis jurídico contenido en este informe me permite concluir que:
  - (1) *El nuevo Reglamento* al permitir el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos para su valorización en países OCDE/UE/Liechtenstein, sin exigir que este movimiento sólo se realice en el caso excepcional en el que Chile no disponga de la capacidad técnica para hacerlo en forma racional y eficiente dentro de su territorio, incumple el artículo 4.2.b del Convenio de Basilea;
  - (2) *El nuevo Reglamento* al permitir los movimientos transfronterizos de desechos para su valorización en los países OCDE/UE/Liechtenstein, sin poner restricción alguna, salvo la acreditación del manejo racional y eficiente, incumple igualmente el artículo 4.2.d del Convenio de Basilea;
  - (3) El artículo 4.9 del Convenio de Basilea no puede ser empleado como una autorización general para exportar desechos para su valorización en países OCDE/UE/Liechtenstein, puesto que este artículo no exime a los Estados Partes de cumplir los principios y obligaciones del Convenio, en particular, la obligación de minimizar el movimiento transfronterizo de desechos (art. 4.2.d) y de, en lo posible, eliminarlos dentro su propio territorio (4.2.b);
  - (4) Las regulaciones de la OCDE relativas al movimiento transfronterizo de desechos, establecidas en base al artículo 11° del Convenio de Basilea, se basan en los principios de reducción de las exportaciones de desechos, de la promoción del establecimiento de estructura adicional para el manejo apropiado de residuos y del desarrollo de planes para asegurar el manejo ambientalmente racional de los desechos en caso que la infraestructura no se hubiera establecido, de tal manera que esta regulación debe leerse en forma armónica con el Convenio de Basilea pues la misma no deroga ni ha tenido la intención de derogar las obligaciones del Convenio. Por lo tanto, el nuevo Reglamento no puede ampararse en las regulaciones de la OCDE para exonerarse de cumplir las obligaciones asumidas por Chile en el Convenio de Basilea;
  - (5) *El nuevo Reglamento* al permitir el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos para su valorización en países OCDE/UE/Liechtenstein sin exigir que este movimiento sólo se realice en el caso excepcional en el que Chile no disponga de la capacidad técnica para

hacerlo en forma racional y eficiente dentro de su territorio, incumple el principio de no regresión al que se ha obligado nuestro país al adherir al Convenio de Escazú; y

- (6) *El nuevo Reglamento* al permitir el movimiento transfronterizos de desechos peligrosos para su valorización en países OCDE/UE/Liechtenstein, sin exigir que este movimiento sólo se realice en el caso excepcional en el que Chile no disponga de la capacidad técnica para hacerlo en forma racional y eficiente dentro de su territorio, expone a Chile a incurrir en responsabilidad internacional, la que puede ser perseguida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme al principio de que las personas que eventualmente sufren violaciones a su derecho a la salud y a vivir en un medio ambiente sano se entienden sujetas a la jurisdicción del Estado generador del daño.

3. Este informe está dividido en cinco capítulos, cuyos títulos son:

- I. Antecedentes del *nuevo Reglamento* que Regula el Movimiento Transfronterizo de Residuos aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático;
- II. Determinación de las obligaciones asumidas por Chile al ratificar el Convenio de Basilea;
- III. Análisis del *nuevo Reglamento* y su impacto en el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Convenio de Basilea;
- IV. Las regulaciones de la OCDE relativas al movimiento transfronterizo de desechos no derogan ni los principios ni las obligaciones sustantivas contenidas en el Convenio de Basilea; y
- V. Las obligaciones que pesan sobre los Estados de exportación de desechos bajo el derecho internacional ambiental y el derecho internacional de los derechos humanos.

#### **I. Antecedentes del nuevo Reglamento que Regula el Movimiento Transfronterizo de Residuos aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático**

4. El 1 de junio de 2016 se publicó la ley N°20.920 que establece un marco legal para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y el fomento al reciclaje. El artículo 8° de esta ley, referido a las obligaciones de los importadores y exportadores de residuos, regula seis aspectos relevantes para responder a la pregunta relativa a la conformidad entre la regulación nacional y las obligaciones internacionales de Chile en esta materia:

- 1) En primer lugar, la ley distingue entre las operaciones de eliminación y las de valorización. De acuerdo a la ley, la eliminación se refiere a todo procedimiento cuyo objeto es disponer en forma definitiva o destruir un residuo. Por su parte, la valorización se refiere al conjunto de acciones cuyo objeto es recuperar un residuo, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa y otros usos (ver artículo 3°);
- 2) En segundo lugar, el artículo 8° de la ley dispone que los importadores y exportadores de residuos se registrarán por lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y por las demás normas legales y reglamentarias que regulen la materia;
- 3) En tercer lugar, se prohíbe la importación de residuos peligrosos para su eliminación;
- 4) En cuarto lugar, se permite la importación de residuos peligrosos para su valorización en tanto dicha importación sea autorizada por el Ministerio del Medio Ambiente en las condiciones señaladas en la ley;

- 5) En quinto lugar, se prohíbe la exportación de residuos peligrosos para su eliminación en tanto exista en el país capacidad técnica para eliminarlos de acuerdo con un manejo ambientalmente racional y eficiente. Si no hubiera capacidad técnica en Chile para su eliminación, se pueden exportar desechos para su eliminación a países OCDE/UE/Liechtenstein, acreditando que dichos residuos serán sometidos a un manejo ambientalmente racional; y
- 6) En sexto lugar, se permite la exportación de residuos peligrosos para su valorización a países OCDE/UE/Liechtenstein, acreditando que dichos residuos serán sometidos a un manejo ambientalmente racional.

5. Adicionalmente, el artículo 8° de la ley N° 20.920 dispone que un decreto supremo, expedido por el Ministerio del Medio Ambiente y firmado además por el Ministro de Salud, establecerá los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos. Han pasado más de seis años desde que el reglamento debió haberse dictado toda vez que, conforme al artículo 3° transitorio de la ley N° 20.920 los reglamentos referidos en la ley debían dictarse dentro del plazo de un año contado desde su publicación, esto es, 1 año desde el 1 de junio de 2016.

6. El reglamento sobre los requisitos, exigencias y procedimientos para la autorización de importación, exportación y tránsito de residuos es uno de los reglamentos que todavía no se ha dictado y su elaboración ha incluido varias versiones, las cuales han ingresado y se han retirado sucesivamente de la Contraloría General de la República. La última versión del *nuevo Reglamento* fue aprobada por el Consejo de Ministros para Sustentabilidad y el Cambio Climático el 14 de julio de 2022 (Acuerdo N°14/2022) y no ha sido ingresado nuevamente a la fecha de elaboración de este informe a la Contraloría General de la República, para someterse al control preventivo obligatorio de legalidad (toma de razón).

7. Esta última versión del Reglamento, *el nuevo Reglamento*, del mismo modo que lo hacía la propuesta de Decreto Supremo N° 9, de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente, deroga al Decreto Supremo N°2, de 2010, del Ministerio de Salud, que “Regula autorización de movimientos transfronterizos de residuos peligrosos consistentes en baterías de plomo usadas.” El DS N°2 de 2010 en su artículo 1° dispone que:

“1° Se prohíbe el movimiento transfronterizo de baterías de plomo usadas, desde Chile a terceros países, en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesar estos residuos peligrosos.”

8. La normativa del *nuevo Reglamento* se aplicará no sólo a la exportación de baterías de plomo usadas sino que a todo tipo de residuos peligrosos, permitiendo esta exportación a países miembro de OCDE/UE/Liechtenstein para su valorización, aunque exista capacidad técnica para valorizar estos desechos en Chile.

9. Actualmente entre los países miembros de la OCDE se cuentan países en desarrollo o con economías en transición. Entre los países latinoamericanos, además de Chile, son miembros de la OCDE, Colombia, Costa Rica y México. En el futuro también podría ingresar Perú, que en enero de 2022 inició el proceso de adhesión a dicha organización.

## II. Determinación de las obligaciones asumidas por Chile al ratificar el Convenio de Basilea

10. Chile ratificó el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación el 11 de agosto de 1992 y el mismo fue publicado en el Diario Oficial el 13 de octubre de 1992. Este tratado fue modificado en la Tercera Conferencia de las Partes llevada a cabo en septiembre de 1995, insertándose un nuevo párrafo 7 bis en el preámbulo, un nuevo artículo 4 A, y un nuevo Anexo VII (enmienda publicada en Chile el 16 de diciembre de 2021).

11. La ley N° 20.920 dispone en el primer párrafo del artículo 8° que: "... Los importadores y exportadores de residuos se registrarán por lo dispuesto en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y por las demás normas legales y reglamentarias que regulen la materia." De esta manera, Chile no sólo está obligado internacionalmente por el Convenio de Basilea, sino que ha dispuesto expresamente, en virtud de este artículo 8°, que el Convenio es autoejecutable, estando importadores y exportadores directamente obligados por sus normas, lo que a su vez implica que todos los órganos del Estado deben exigir que importadores y exportadores de residuos cumplan las disposiciones del Convenio.

12. El objetivo del Convenio de Basilea es regular el movimiento de desechos peligrosos. A partir de los años ochenta, la exportación de desechos peligrosos desde países desarrollados hacia países en desarrollo fue ganando notoriedad, especialmente a partir de ciertos incidentes que causaron escándalo internacional. En 1988, desde Italia se embarcaron 8 mil barriles de desechos peligrosos hacia Nigeria, para ser depositados en el predio de un nigeriano que recibiría el pago de 100 dólares mensuales por concepto de arrendamiento. Cuando Nigeria se enteró, ordenó la repatriación de los desechos hacia Italia. Durante la remoción de los tambores se reportaron quemaduras por parte de los trabajadores y más tarde en la propia población del pueblo ribereño del Río Koko se reportaron diversos problemas de salud. Italia tuvo que retirar los desechos bajo el escarnio internacional. De hecho, al barco italiano se le negó la entrada a puerto en cuatro países europeos. El pueblo de Koko no volvió a ser el mismo. 5 mil personas fueron obligadas a abandonar sus casas ya que la contaminación del suelo hacía imposible que siguieran viviendo allí.<sup>1</sup>

13. Este es sólo uno de los casos que motivó que el Programa de Medio Ambiente de las Naciones Unidas (UNEP) convocara a los Estados a negociar un tratado, el Convenio de Basilea, para regular el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, cuyo texto se adoptó el 22 de marzo de 1989 y entró en vigor el 5 de mayo de 1992.

14. El objetivo del Convenio es regular el movimiento de desechos peligrosos para proteger la salud humana y el medio ambiente de los efectos adversos que pueden resultar de la generación, el movimiento transfronterizo y el manejo de desechos peligrosos y otros desechos. Para lograr estos objetivos el Convenio requiere que:

- Se reduzcan los movimientos transfronterizos de desechos a un mínimo consistente con un manejo ambientalmente racional y eficiente, controlando todos los movimientos transfronterizos permitidos conforme a un procedimiento establecido en el Convenio;
- Se reduzca al mínimo la cantidad de residuos, asegurando su manejo ambientalmente racional, incluyendo el tratamiento de dichos residuos lo más próximo al lugar en el que han sido generados; y

---

<sup>1</sup> Hunter, Salzman and Zaelke, *International Environmental Law and Policy* (Foundation Press, 3<sup>rd</sup> ed, 2007, p. 949).

- Se prohíba el movimiento transfronterizo a países que no tienen capacidades de manejo y el otorgamiento de asistencia para que los países en desarrollo puedan realizar un manejo ambientalmente racional de los desechos que generan.

15. El concepto de “eliminación” de desechos en el Convenio de Basilea es amplio. Conforme al artículo 2° del Convenio de Basilea: “Por “eliminación” se entiende cualquiera de las operaciones especificadas en el Anexo IV del presente Convenio.” El Anexo IV describe las distintas “Operaciones de Eliminación” y las clasifica en dos: (A) Operaciones que no pueden conducir a la Recuperación de Recursos, el Reciclado, la Regeneración, la Reutilización Directa u otros Usos y (B) Operaciones que pueden conducir a la Recuperación de Recursos, el Reciclado, la Regeneración, la Reutilización Directa u otros Usos. Por lo tanto, el concepto de eliminación en el Convenio de Basilea se refiere tanto a las operaciones que pueden y a las que no pueden conducir a lo que la ley chilena llama “valorización”, esto es, la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa u otros usos.

16. Originalmente el Convenio de Basilea no prohibió el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos a los países en desarrollo, lo cual despertó duras críticas por parte de los Estados africanos. Pero en marzo de 1995, Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia propusieron una enmienda que establecería la “Prohibición de Basilea”. Así, se introdujo el artículo 4A que prohíbe el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos desde países del anexo VII (OCDE, Unión Europea y Liechtenstein) hacia países que no están incluidos en dicho anexo VII para su eliminación final. Respecto del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos para su reutilización, reciclaje o recuperación, se prohíbe su movimiento desde los países del anexo VII a países fuera de dicho anexo, en el caso de los residuos de la categoría comprendida en el Artículo 1.1.a (en general referido a los residuos contenidos en el Anexo I del Convenio, entre los cuales se menciona el plomo). Esta enmienda entró en vigor el 5 de diciembre de 2019.

17. Los principios básicos del Convenio de Basilea son:

- A. Principio de la reducción al mínimo de la generación y movimiento de desechos especialmente a través de la instalación de capacidad interna de eliminación de desechos (pfs. 3, 8, 9, 10, 17, 18 y 23 del preámbulo, y artículos 4.2.b y 4.2.d y 4.9.a);
- B. Principio de la Proximidad (pfo. 8 y artículo 4.2.b);
- C. Principio del manejo ambientalmente racional sin discriminación (pfs. 4, 8 y 10 del preámbulo y artículos 8 y 10);
- D. Principio del monitoreo “desde la cuna a la tumba” (cradle-to-grave) de los movimientos de desechos por medio de un sistema internacional de control. (pfs. 11 y 18 del preámbulo y artículo 6); y
- E. La prohibición del movimiento transfronterizo hacia países que no tienen capacidades de manejo. (pfs. 7 bis y 20 del preámbulo y artículo 4A).

18. En el preámbulo del Convenio se lee:

Las Partes en el presente Convenio:

...

(pfo. 3) “Teniendo presente también que la manera más eficaz de proteger la salud humana y el medio ambiente contra los daños que entrañan tales desechos consiste en reducir su generación al mínimo desde el punto de vista de la cantidad y/o de los peligros potenciales.”;

...

(pfo. 4) “Convencidas de que los Estados deben tomar las medidas necesarias para que el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos, incluyendo sus movimientos

transfronterizos y su eliminación, sea compatible con la protección de la salud humana y del medio ambiente, cualquiera que sea el lugar de su eliminación.”;

...

(pfo. 7 bis) “Reconociendo que los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, especialmente hacia los países en desarrollo, encierran un alto riesgo de no constituir el manejo ambientalmente racional y eficiente de los desechos peligrosos que se preceptúa en el Convenio”;

...

(pfo. 8) “Convencidas de que, en la medida en que ello sea compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, los desechos peligrosos y otros desechos deben eliminarse en el Estado en que se hayan generado”;

...

(pfo. 9) “Teniendo presente asimismo que los movimientos transfronterizos de tales desechos desde el Estado en que se hayan generado hasta cualquier otro Estado deben permitirse solamente cuando se realicen en condiciones que no representen peligro para la salud humana y el medio ambiente, y en condiciones que se ajusten a lo dispuesto en el presente Convenio.”;

...

(pfo. 10) “Considerando que un mejor control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos actuará como incentivo para su manejo ambientalmente racional y para la reducción del volumen de tales movimientos transfronterizos.”;

...

(pfo. 11) “Convencida de que los Estados deben adoptar medidas para el adecuado intercambio de información sobre los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y otros desechos que salen de esos Estados o entran en ellos, y para el adecuado control de tales movimientos.”;

...

(pfo. 17) “Conscientes de que es preciso seguir desarrollando y aplicando tecnologías ambientalmente racionales que generen escasos desechos, medidas de reciclado y buenos sistemas de administración y de manejo que permitan reducir al mínimo la generación de desechos peligrosos y otros desechos.”;

...

(pfo. 18) “Conscientes también de la creciente preocupación internacional por la necesidad de controlar rigurosamente los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, así como de la necesidad de reducir, en la medida de lo posible, esos movimientos al mínimo”;

...

(pfo. 20) “Teniendo en cuenta también que los países en desarrollo tienen una capacidad limitada para manejar los desechos peligrosos y otros desechos.”;

...

(pfo. 23) “Convencidas asimismo de que los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos deben permitirse sólo cuando el transporte y la eliminación final de tales desechos sean ambientalmente racionales.”.

19. En los párrafos siguientes se identifican las obligaciones específicas en relación con el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos que son pertinentes para este informe.

20. (1) Obligación de establecer instalaciones adecuadas para la eliminación de desechos peligrosos dentro de su territorio. El artículo 4.2.b dispone que cada Parte tomará las medidas apropiadas para: “Establecer instalaciones adecuadas de eliminación para el manejo ambientalmente

racional de los desechos peligrosos y otros desechos, cualquiera que sea el lugar donde se efectúa su eliminación que, en la medida de lo posible, estará situado dentro de ella”.

21. (2) Obligación de reducir el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos al mínimo compatible con un manejo adecuado y eficiente de los mismos. El artículo 4.2.d dispone que cada Parte tomará las medidas apropiadas para: “Velar por que el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos y otros desechos se reduzca al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente de esos desechos, y que se lleve a cabo de forma que se protejan la salud humana y el medio ambiente de los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento”.

22. (3) Obligación de tomar medidas apropiadas para que sólo se permita el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos en base a ciertos criterios tales como que el Estado de exportación no dispone de la capacidad de eliminación o los desechos son necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación. Los criterios que se sigan no deben contradecir los objetivos del Convenio. Al respecto el artículo 4.9 dispone que:

“Las Partes tomarán las medidas apropiadas para que sólo se permita el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos si:

- a) el Estado de exportación no dispone de la capacidad técnica ni de los servicios requeridos o de lugares de eliminación adecuados a fin de eliminar los desechos de que se trate de manera ambientalmente racional y eficiente; o
- b) los desechos de que se trate son necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación; o
- c) el movimiento transfronterizo de que se trate se efectúa de conformidad con otros criterios que puedan decidir las Partes, a condición de que esos criterios no contradigan los objetivos de este Convenio.”.

23. (4) Obligación de prohibir el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos a países fuera de la OCDE, UE y Liechtenstein para su eliminación final o valorización.

El artículo 4A entró en vigor el 5 de septiembre de 2019. Respecto de la exportación de desechos peligrosos para su reutilización, reciclaje o recuperación, ésta se prohíbe desde los países del anexo VII a países fuera de dicho anexo, en el caso de los residuos de la categoría comprendida en el Artículo 1.1.a (en general referido a los residuos contenidos en el Anexo I, entre los cuales se menciona el plomo).

24. (5) Obligación de cumplir con el procedimiento de consentimiento previo informado (PIC por sus siglas en inglés) (art. 6).

El Convenio de Basilea exige que se notifique a las autoridades competentes del Estado importador por escrito. El Estado importador puede rechazar el envío, o autorizarlo con o sin condiciones. No se puede iniciar el envío sin el consentimiento por escrito del Estado importador.

25. (6) Obligación de exigir que los desechos que se vayan a exportar sean manejados de manera ambientalmente racional en el Estado de importación (arts. 4.8 y 4.10).

El artículo 4.8 dispone que: “Toda parte exigirá que los desechos peligrosos y otros desechos, que se vayan a exportar, sean manejados de manera ambientalmente racional en el Estado de importación y en los demás lugares. [...]”.

Por su parte, el artículo 4.10 dispone que: “En ninguna circunstancia podrá transferirse a los Estados de importación o tránsito la obligación que incumbe, con arreglo a este Convenio, a los Estados en los cuales se genere desechos peligrosos y otros desechos de exigir que tales desechos sean manejados en forma ambientalmente racional.”.

26. (7) Obligación de tomar las medidas necesarias para hacer cumplir las disposiciones del Convenio.

El artículo 4.4 dispone que: “Toda Parte adoptará las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar y hacer cumplir las disposiciones del presente Convenio, incluyendo medidas para prevenir y reprimir los actos que contravengan el presente Convenio.”.

**III. Análisis del nuevo Reglamento y su impacto en el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Convenio de Basilea**

27. El Artículo 4° del *nuevo Reglamento* permite el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos a países OCDE/UE/Liechtenstein para su valorización, sin exigir que este movimiento sólo se realice en el caso excepcional en el que Chile no disponga de la capacidad técnica para hacerlo en forma racional y eficiente dentro de su territorio.

28. Desde el punto de vista de los principios y objetivos del Convenio, el artículo 4° del *nuevo Reglamento* establece una autorización general para la exportación de residuos peligrosos a determinados países para su valorización, con el único requisito de que se verifique que serán sometidos a un manejo ambientalmente racional, pero sin considerar que:

- Chile asumió la obligación de reducir al mínimo el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos (artículo 4.2.d del Convenio Basilea); y
- Chile asumió la obligación de establecer instalaciones adecuadas para la eliminación de desechos, lo que incluye a la valorización de desechos, que en lo posible deben estar situadas en su territorio (artículo 4.2.b del Convenio de Basilea).

29. Sobre la base de estas obligaciones que establece el Convenio de Basilea, un Estado que instaura una política de incentivo a la exportación de residuos peligrosos para su valorización no estaría cumpliendo con sus obligaciones bajo el Convenio. Pero para cumplir con las obligaciones del Convenio no basta que el Estado no incentive la anotada exportación o la prohíba, sino que además debe promover la eliminación de los desechos (incluido en este concepto la reutilización, reciclaje y recuperación) en su propio territorio de una manera ambientalmente racional y eficiente.

30. ¿Cómo evaluar el cumplimiento de la obligación de reducir al mínimo el movimiento transfronterizo de residuos de una manera ambientalmente racional y eficiente? Podría interpretarse que el mínimo es un absoluto cero. Sin embargo, el Convenio no ha establecido una obligación de prohibición completa de los movimientos transfronterizos de desechos. Una prohibición de ese tipo no es realista y muy probablemente habría desincentivado la participación de los Estados en el Convenio.<sup>2</sup> Por ese motivo, lo que hace el Convenio es controlar el movimiento transfronterizo de

---

<sup>2</sup> De hecho, el Convenio incentiva la participación en el mismo prohibiendo la exportación e importación con Estados que no son Parte, de tal manera que la posibilidad de efectuar movimiento transfronterizo de desechos funciona como un incentivo para ratificar el Convenio, sin perjuicio por supuesto de que los Estados Partes asumen por supuesto todas las obligaciones contenidas en este tratado entre las cuales está la de establecer

desechos y su eliminación, exigiendo un procedimiento de consentimiento previo informado por parte del Estado importador (artículos 4.1.c y 4.2.f). El procedimiento está regulado en los artículos 6 y 7 del Convenio, y en sus Anexos 5A y 5B.

31. Mediante el procedimiento del consentimiento previo informado se logra otorgar transparencia en el movimiento transfronterizo de desechos y se puede controlar por las autoridades nacionales respectivas el cumplimiento de las obligaciones del Convenio, particularmente las obligaciones de no importar desechos a las Partes que han prohibido la importación, y desde países OCDE/UE/Liechtenstein a países fuera de la OCDE/UE/Liechtenstein.

32. Con todo, el objetivo de reducir al mínimo el movimiento transfronterizo de una manera racional y eficiente, promoviendo la eliminación de los desechos en el propio territorio del Estado generador de los mismos, no logra promoverse ni controlarse sólo a través del procedimiento del consentimiento previo informado. Estos objetivos sólo se pueden cumplir si los Estados diseñan su legislación interna relativa al movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos de manera coherente con el cumplimiento de las obligaciones que han asumido al ratificar el Convenio de Basilea.

33. Teniendo presente que el artículo 4.2.b del Convenio de Basilea obliga a los Estados Partes a establecer las instalaciones adecuadas para su eliminación (eliminación final y valorización), en lo posible, dentro de su territorio, se debe analizar si el artículo 4° del *nuevo Reglamento* es consistente o no con el cumplimiento de esta obligación.

34. El examen del cumplimiento de esta obligación exige analizar los objetivos de la política del Estado en materia de movimientos transfronterizos de desechos a la luz de su legislación. Si la legislación nacional demuestra que no se establecen incentivos para que la eliminación y valorización se realice en el territorio nacional o si se establece una política que promueve el comercio internacional del reciclaje, habría que concluir que la legislación de ese país incumple con el artículo 4.2.b del Convenio de Basilea. Eso es lo que ocurre precisamente con el *nuevo Reglamento*, que permite la valorización de desechos fuera del territorio nacional, derogando la norma actualmente vigente que exige primero utilizar las instalaciones nacionales existentes, de tal manera que sólo se exporte aquellos desechos que exceden esta capacidad técnica doméstica o ante la ausencia total de la misma.

35. Respecto del artículo 4.2.d del Convenio de Basilea, que obliga a los Estados Partes a reducir el movimiento transfronterizo al mínimo compatible con un manejo adecuado y eficiente, incluyendo tanto los movimientos para su eliminación final como para su valorización, una política legislativa que no impusiera requisitos que promuevan ese mínimo compatible con un manejo adecuado y eficiente avanzaría en dirección contraria a la señalada por el Convenio. Y eso es lo que hace efectivamente el artículo 4° del *nuevo Reglamento*, ya que la única restricción al movimiento transfronterizo de desechos para su valorización en países OCDE/UE/Liechtenstein es que dichos residuos sean sometidos a un manejo ambientalmente racional y eficiente. Existiendo un manejo ambientalmente racional y eficiente en estos países, ubicado a miles kilómetros de Chile, el artículo 4° del *nuevo Reglamento* no establece ninguna otra restricción, favoreciendo así el comercio internacional de desechos para la industria del reciclaje, contradiciendo abiertamente los objetivos y obligaciones del Convenio de Basilea.

---

instalaciones adecuadas el eliminación de desechos dentro de su propio territorio y la de reducir el movimiento transfronterizo al mínimo.

36. La obligación de restringir los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos se reitera en el artículo 4.9 del Convenio. Así, el encabezado del artículo 4.9 señala que la exportación de desechos peligrosos debe ser excepcional, esto es, que sólo se puede permitir en base a ciertos criterios, siempre que éstos no contradigan los objetivos del Convenio. Entre los criterios se menciona (a) la falta de capacidad en el Estado exportador para eliminar los desechos de manera racional o eficiente y (b) el criterio de que los desechos sean necesarios como materia prima para el reciclaje o la recuperación en el Estado de importación.

37. Es importante subrayar que el artículo 4.9 no es una autorización general para que los Estados exporten desechos para su recuperación o reciclado en países OCDE/UE/Liechtenstein. En primer lugar, se debe recordar que el artículo 4.9 es una norma que llama a reducir el movimiento transfronterizo, señalando a los Estados que una forma de reducirlos es permitiéndolos exportar excepcionalmente cuando ellos carecen de capacidad técnica para eliminarlos o cuando los desechos sean necesarios como materia prima para el reciclaje o la recuperación en el Estado de importación.

38. En segundo lugar, el artículo 4.9 no tiene por objeto en ningún caso establecer excepciones a las obligaciones del Convenio de Basilea. Interpretar el artículo 4.9 como si excluyera a la exportación de desechos para recuperación o reciclaje (valorización) de la aplicación de los principios y objetivos del Convenio, contradiría los principios de interpretación de los tratados establecidos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>3</sup> según el cual se debe tomar en cuenta el texto del tratado, su objeto y fin. El texto del artículo 4.9 indica que su objetivo es que los Estados Partes restrinjan el movimiento transfronterizo a ciertas situaciones. Adicionalmente, se debe tener presente que el artículo 4.9 se inscribe dentro del artículo 4º, que está referido a las obligaciones generales de los Estados bajo el Convenio. Además, en la letra c) del artículo 4.9 se señala que los criterios para permitir la exportación de desechos no deben contradecir los objetivos del Convenio.

39. Teniendo presente que el objetivo del artículo 4.9 del Convenio de Basilea es restringir el movimiento de desechos transfronterizos, sería un total contrasentido interpretar esta disposición como si ella funcionara como una cláusula que excluye a la exportación de desechos para su valorización (recuperación y reciclaje) del ámbito de aplicación de los principios y objetivos del propio Convenio. Los objetivos del Convenio son minimizar el movimiento transfronterizo de desechos, que estos se eliminen en el lugar más próximo al de su generación, y que los Estados desarrollen capacidad de eliminación interna. Estas obligaciones están claramente establecidas, como ya se ha dicho, en los artículos 4.2.b y 4.2.del Convenio.

40. Cabe recordar que el concepto de “eliminación” en el Convenio de Basilea, tal como se establece en su Anexo IV, incluye todo tipo de operaciones, tanto las que pueden como las que no pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa u otros usos. Es decir, el concepto de eliminación se refiere también a la valorización de desechos.

41. Bajo esta óptica el artículo 4.9 establece ciertos criterios bajo los cuales se permite limitadamente el movimiento transfronterizo de desechos, entre los cuales está el criterio de que se trate de desechos necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación. Pero el empleo generalizado de este criterio, para excluir a la industria de reciclaje de las obligaciones del Convenio, no cumpliría con los principios y objetivos del tratado en análisis. En otras palabras, se estaría interpretando que el Convenio de Basilea permitiría establecer

---

<sup>3</sup> El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Chile ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el 9 de abril de 1981.

un régimen especial y privilegiado para los países OCDE/UE/Liechtenstein, siendo inmunes al Convenio de Basilea en el ámbito de la exportación de desechos para la valorización.

42. En conclusión, la correcta interpretación del artículo 4.9 es que se trata de una disposición que establece ciertos criterios bajo los cuales se permite en forma limitada el movimiento transfronterizo de desechos. Entre estos criterios está (a) la no disponibilidad de la capacidad técnica ni de los servicios requeridos o de lugares de eliminación adecuados a fin de eliminar los desechos de que se trate de manera ambientalmente racional y eficiente, y (b) que los desechos de que se trate sean necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación. En ambos casos debe entenderse que se trata de situaciones totalmente excepcionales que no liberan al Estado del cumplimiento de sus obligaciones previstas en los artículos 4.2.b y 4.2.d del Convenio de Basilea.

43. Conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, el *nuevo Reglamento* en su artículo 4º, al autorizar la exportación de desechos para su valoración en países OCDE/UE/Liechtenstein, requiriendo solamente que se acredite que dichos residuos serán sometidos a un manejo ambientalmente racional, incurre en una violación de los principios y obligaciones del Convenio de Basilea. Conforme a las obligaciones del Convenio, para cumplir con el objetivo de minimizar el movimiento transfronterizo de desechos, ya sea para su eliminación final o su valorización, los Estados Partes deben establecer restricciones, que efectivamente cumplan el rol de restringir el movimiento transfronterizo y no de establecer exclusiones de toda una industria.

44. El *nuevo Reglamento* ha excluido completamente el factor relativo a la existencia de capacidad técnica en el país para realizar la recuperación o reciclaje de las baterías de plomo al derogar el DS N°2 de 2010 y establecer en vez un régimen de autorización de la exportación de desechos para su reciclado en países OCDE/UE/Liechtenstein. En el contexto de las obligaciones establecidas en el artículo 4.2.b del Convenio, sería incorrecto interpretar que el factor de la capacidad técnica existente en los países para eliminar los desechos que se generan en su territorio, puede ser excluido cuando un país dice ampararse en el artículo 4.9.b para autorizar la exportación de desechos para su reciclaje en países OCDE/UE/Liechtenstein.

45. El factor de la existencia de capacidad técnica para eliminar desechos en el territorio en que se generan es un factor relevante e independiente del artículo 4.9. La capacidad técnica existente en un país debe jugar siempre como un factor relevante porque así lo exigen los principios, objetivos y obligaciones del Convenio de Basilea. Chile tiene la obligación de promover la existencia de instalaciones adecuadas para la eliminación de desechos (concepto que incluye al reciclaje) y velar porque el lugar de la eliminación esté situado dentro de ella, para así reducir al mínimo el movimiento transfronterizo de desechos y porque así lo exigen los artículos 4.2.b y 4.2.d.

46. Conforme a una interpretación de buena fe y conforme al objeto y fin del Convenio de Basilea, incluso en el caso de un Estado sin capacidad técnica para reciclar sus desechos, éste no podría simplemente ampararse en la letra b) del artículo 4.9 para exportar esos desechos para que sean reciclados en el extranjero sin, a su vez, cumplir con su obligación de tomar las medidas apropiadas para intentar establecer las instalaciones para el reciclaje en su propio territorio.

47. En el caso de Chile, nuestro país ya cuenta con esas instalaciones y capacidad técnica instalada, y por lo tanto no sería consistente con el cumplimiento de nuestras obligaciones bajo el Convenio, no promover el uso de esas instalaciones antes de permitir la exportación. El Artículo 4º del *nuevo Reglamento* al excluir la consideración del factor de la capacidad técnica de reciclaje para el otorgamiento de la autorización de exportación, viola por tanto los artículos 4.2.b y 4.2.d del Convenio de Basilea.

**IV. Las regulaciones de la OCDE relativas al movimiento transfronterizo de desechos no derogan ni los principios ni las obligaciones sustantivas contenidas en el Convenio de Basilea**

48. La OCDE fue una de las primeras organizaciones internacionales en establecer un grupo de trabajo para el manejo de desechos.<sup>4</sup> En su política elaborada en 1976, exhortó por el establecimiento de una perspectiva integrada y holística sobre el problema que representan los desechos peligrosos, enfatizando el objetivo general de reducir la generación de residuos y la promoción del reciclaje y la reutilización.<sup>5</sup> Muchos de los principios identificados por el Comité de Medio Ambiente de la OCDE y de las reglas en las que estuvo trabajando el *Waste Management Policy Group* resultaron incorporados en el texto del Convenio de Basilea, motivo por el cual la OCDE no continuó con su proyecto de redactar un acuerdo específico sobre un sistema de control para el movimiento transfronterizo de desechos.<sup>6</sup>

49. Desde 1991 en adelante la OCDE se concentró en el control del movimiento transfronterizo de desechos destinados a operaciones de reciclaje. Este trabajo se tradujo en la Decisión/Recomendación (D/R) sobre la Reducción del Movimiento Transfronterizo de Desechos (C(90)178(final))<sup>7</sup>, que fue aprobada el 31 de enero de 1991, que llamó a los Estados miembros a reducir al mínimo las exportaciones de todo desecho destinado para su eliminación final, a establecer infraestructura adicional dentro de su propio territorio para el manejo apropiado de residuos y a desarrollar planes bilaterales o regionales para asegurar el manejo medio ambientalmente racional de dichos desechos, en caso que la infraestructura no se hubiera establecido. Esta D/R también reconoció que se esperaba un control apropiado del comercio internacional de desechos destinados a su recuperación y que eventualmente el manejo ambientalmente racional de esos desechos podría justificar cierto movimiento transfronterizo de manera de usar establecimientos de recuperación de desechos ubicados en otros países. Sobre esta base se instruyó al Comité de Medio Ambiente de la OCDE que elaborara un programa relativo a los desechos destinados a operaciones de recuperación.

50. Respondiendo al llamado de la D/R C(90)178(final) se elaboraron reglas para el control del movimiento transfronterizo de residuos destinados a su recuperación, las que fueron aprobadas por el Consejo el 30 de marzo de 1992 y están contenidas en la Decisión (C(92)39(final)).<sup>8</sup> El procedimiento establecido para el movimiento transfronterizo de desechos en la zona OCDE es un procedimiento simplificado que tiene diferencias importantes respecto de procedimiento establecido en el Convenio de Basilea. La OCDE ha señalado que este procedimiento se acordó en base a la autorización establecida en el artículo 11 del Convenio de Basilea, que dispone que:

“(…) las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales, multilaterales o regionales sobre el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos y otros desechos, (...) siempre que dichos acuerdos o arreglos no menoscaben el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos que estipula el presente Convenio. Estos acuerdos o arreglos estipularán disposiciones que no sean

---

<sup>4</sup> Al respect, ver Kummer, *International Management of Hazardous Wastes: The Basel Convention and Related Legal Rules* (Oxford University Press, 1995), pp. 159 y ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 160-1.

<sup>7</sup> OECD Council Decision and Recommendation on the Reduction of Transfrontier Movement of Wastes, 31 January 1991, C(90)178(final).

<sup>8</sup> OECD Council Decision Concerning the Control of Transfrontier Movements of Wastes Destined for Recovery Operations, 30 March 1992, C(92)39(final).

menos ambientalmente racionales que las previstas en el presente Convenio, tomando en cuenta en particular los intereses de los países en desarrollo.”.

51. La Decisión C(92)39(final) recibió la crítica de Greenpeace<sup>9</sup> y la evaluación realizada en su momento por Katharina Kummer, quien posteriormente se convertiría en la Secretaria Ejecutiva del Convenio de Basilea, fue también crítica de esta Decisión. En particular, Kummer señaló que:

1. Si bien las decisiones de la OCDE no pueden considerarse “acuerdos” bajo el artículo 11 del Convenio de Basilea, las mismas pueden considerarse como “arreglos”.
2. La decisión de la OCDE relativa al movimiento transfronterizo de residuos destinados a su recuperación deben cumplir con los requisitos del artículo 11, lo cual no sucede. En efecto, el artículo 11 dispone que dichos “arreglos” no deben menoscabar el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos que estipula el Convenio de Basilea. A juicio de Kummer la Decisión C(92)39(final) establece una “lista verde” de residuos no peligrosos, que contiene algunos que pueden ser calificados como peligrosos, los controles del movimiento transfronterizo son menos exigentes, permitiendo el consentimiento tácito, sus disposiciones sobre responsabilidad del exportador en caso de contravención no cumplen con el artículo 4(10) de Basilea, entre otras críticas.

52. Es interesante destacar que el análisis de Kummer se basa en el artículo 11° de Basilea (no en el artículo 4.9), y que en 1995 Kummer concluía que la Decisión C(92)39(final) no cumplía con el Convenio de Basilea :

[. . .] En conclusión, se puede decir que mientras la Decisión de 1992 cumple con algunos de los requisitos del Convenio de Basilea, no cumple con todos ellos en varios aspectos. De hecho, la razón de la Decisión de 1992 difiere sustantivamente de la del Convenio de Basilea: su objetivo más importante no es el de reducir el tráfico de desechos y asegurar el manejo ambientalmente adecuado, sino que establecer un sistema de seguimiento del comercio de desechos potencialmente peligrosos pero valiosos como *commodity*. No está pensada para reducir el volumen de ese comercio. La misma preocupación parece haber inspirado al Informe de la Secretaría del Convenio de Basilea presentado en la primera Conferencia de las Partes relativo sus relaciones con otras organizaciones. En relación con la Decisión de 1992, la Secretaría notó que “Básicamente, la Decisión del Consejo adopta un sistema que otorga a la industria flexibilidad en el movimiento de desechos para su recuperación, lo que puede significar que los desechos peligrosos que están sujetos a un control total en la Convención de Basilea puedan, dentro de área OCDE, moverse bajo procedimientos de control menos exigentes que los requeridos bajo el Convenio. [. . .]

En su forma actual, la Decisión de 1992 difícilmente entonces puede calificar como un arreglo regional compatible con el Convenio de Basilea.<sup>10</sup> (*mi traducción*)

---

<sup>9</sup> Kummer, *op.cit.*, p. 162.

<sup>10</sup> Kummer, *op.cit.*, pp. 167-8: “In conclusion, it can be said that while the 1992 Decision meets some of the requirements of the Basel Convention, it falls short of them in other respects. In fact, the ratio of the 1992 Decision differs substantially from that of the Basel Convention: its main objective is not to reduce waste traffic and to ensure environmentally sound waste management, but to establish a tracking system for trade in a potentially dangerous but valuable commodity. It is not intended to reduce the volume of such trade. The same concern appears to have inspired the Report of the Basel Convention Secretariat to the first Conference of the Parties on its relations with other organizations. With regard to the 1992 OECD Decision, the Secretariat noted that “Basically the Council Resolution adopts a system which provides industry with flexibility for the movement of wastes for recovery that could imply that hazardous wastes subject to full control under the Basel Convention could, within the OECD area, move under less stringent control procedures than those required

53. La Decisión C(92)39(final) de 1992 fue posteriormente modificada en 2001 por la Decisión C(2001)107FINAL, cuyo objetivo fue, en la medida de lo posible, precisamente armonizar los procedimientos y requisitos de esta decisión sobre el control del movimiento transfronterizo de desechos destinados a su recuperación, con los del Convenio de Basilea. Sin embargo, se mantienen algunos procedimientos, como ciertos plazos del procedimiento de aprobación y los procedimientos de consentimiento tácito y pre-consentimiento que no se encuentran en el Convenio de Basilea. Con todo, hay un avance en cuanto a la homologación de las clasificaciones de los desechos con las listas del Convenio de Basilea. La última modificación relativa a la Decisión C(2001)107FINAL es del 7 de septiembre de 2020 y entró en vigor en enero de 2021.<sup>11</sup>

54. En conclusión, se podría decir que los procedimientos de control establecidos por la OCDE se han acercado bastante a lo prescrito por el Convenio de Basilea, pero persisten algunas áreas en que ambos sistemas se siguen diferenciando. En particular, se critica que el procedimiento OCDE para los desechos que se recuperan o reciclan sigue siendo más flexible que el procedimiento establecido en el Convenio de Basilea.<sup>12</sup>

55. Teniendo presente que la OCDE ha establecido dentro del área OCDE un procedimiento simplificado para el movimiento transfronterizo de desechos para su recuperación, cabe preguntarse qué consecuencia trae la existencia de este procedimiento para el cumplimiento de las obligaciones (más allá de las procedimentales) que han asumido las partes en el Convenio de Basilea. Al respecto se debe decir que el hecho de que la OCDE haya establecido un procedimiento simplificado para la exportación de desechos para la recuperación y reciclaje, no deroga ni los principios ni las obligaciones sustantivas contenidas en el Convenio de Basilea.

56. En este punto es importante destacar que la propia OCDE ha reconocido que su propósito no ha sido modificar los principios, objetivos y obligaciones de Basilea. Debe recordarse que la D/R de la OCDE sobre Reducción del Movimiento Transfronterizo de Desechos (C(90)178(final)<sup>13</sup> aprobada el 31 de enero de 1991, que fue el instrumento que dio lugar al inicio del trabajo sobre reglas relativas al movimiento transfronterizo de desechos para las operaciones de recuperación, estableció como principios fundantes: el de reducción de las exportaciones de desechos, la promoción del establecimiento de estructura adicional para el manejo apropiado de residuos y el desarrollo de planes bilaterales o regionales para asegurar el manejo ambientalmente racional de los desechos, en caso que la infraestructura no se hubiera establecido. Por lo tanto, la regulación actualmente existente en el contexto OCDE no ha tenido por propósito derogar los principios de reducción al mínimo del movimiento de desechos peligrosos, de eliminación (incluyendo la valorización) de los desechos

---

under the Convention... In its present form, the 1992 Decision can therefore hardly quality as a regional arrangement compatible with the Basel Convention.”

<sup>11</sup> Ver <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0266#adherents>.

<sup>12</sup> En este sentido el *Center for International Environmental Law* ha señalado que: “The OECD Decision’s control procedures also differ from the Basel Convention in several ways regarding how they ensure PIC to transboundary shipments. Most notably, the OECD Decision allows governments to pre-approve certain recovery facilities for all waste shipments and creates a presumption of tacit consent when a government is notified and does not object to the individual shipments within a certain timeframe. The process outlined streamlines, but does not derogate, from the principle of prior informed consent.” en *Legal Analysis of the Consequences of the OECD Non-Consensus Determination on the Basel Plastic Amendment* (February, 2021).

<sup>13</sup> OECD Council Decision and Recommendation on the Reduction of Transfrontier Movement of Wastes, 31 January 1991, C(90)178(final).

dentro del territorio del Estado generador de los desechos, ni la promoción de la instalación y uso de capacidad interna.<sup>14</sup>

57. Las reglas que ha establecido la OCDE para el movimiento transfronterizo de desechos para su valorización no han sido diseñadas como excepciones al Convenio de Basilea, sino que como “arreglos” en el marco del artículo 11° del Convenio y estos arreglos, conforme lo dispone el propio artículo 11°, deben ser compatibles con la gestión ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos que estipula el presente Convenio. La gestión ambientalmente racional está definida de forma bastante amplia en el artículo 2.8 del Convenio de Basilea:

“2.8 Por “manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos o de otros desechos” se entiende la adopción de todas las medidas posibles para garantizar que los desechos peligrosos y otros desechos se manejen de manera que queden protegidos el medio ambiente y la salud humana contra los efectos nocivos que pueden derivarse de tales desechos.”.

58. Con del objeto de orientar a las partes en la aplicación de los principios del Convenio de Basilea, la Conferencia de las Partes ha encargado a Grupos de Expertos la elaboración de Directrices Técnicas. En 1994 la Conferencia de las Partes aprobó el Documento de Orientación sobre la Preparación de las Directrices Técnicas para el manejo ambientalmente racional de los desechos objeto del Convenio de Basilea (SBC 1994). En dicho documento se señala que debe entenderse por “manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos”, indicando lo siguiente:

Countries also have obligations to avoid or minimize waste generation and to ensure the availability of adequate facilities for their waste, so as to protect human health and the environment.

In this context, countries should, inter alia:

- (a) Take steps to identify and quantify the types of waste being produce nationally;
- (b) Use best practice to avoid or minimize the generation of hazardous waste, such as the use of clean methods;
- (c) Provide sites or facilities authorized as environmentally sound to manage its wastes, in particular hazardous wastes.<sup>15</sup>

59. Adicionalmente, el Documento de Orientación para la Preparación de las Directrices Técnicas de 1994, señala los principios que se deben considerar en el desarrollo de estrategias sobre Desechos y Desechos Peligrosos, incluyendo tres principios relevantes para nuestro análisis: (i) autosuficiencia, (ii) proximidad y (iii) menor movimiento transfronterizo de desechos:

(f) The Self-sufficiency Principle [. . .] by which countries should ensure that the disposal of the waste generated within their territory is undertaken there by means which are compatible with environmentally sound management; recognizing that economically sound management of some wastes outside of national territories may also be environmentally sound;

(g) The Proximity Principles [. . .] by which the disposal of hazardous wastes must take place as close as possible to their point of generation recognizing that economically and

---

<sup>14</sup> Ver las Guidelines concerning Reduction of Transfrontier Movements of Wastes que acompaña a la D/R C(90)178(final).

<sup>15</sup> Guidance Document on the Preparation of Technical Guidelines for the Environmentally Sound Management of Wastes Subject to the Basel Convention (1994), p. 3.

environmentally sound management of some wastes will be achieved at specialized facilities located at greater distances from the point of generations;

(h) The Least Transboundary Movement Principle [. . .] by which transboundary movements of hazardous wastes should be reduced to a minimum consistent with efficient and environmentally sound management.<sup>16</sup>

60. Como se puede apreciar, la propia Conferencia de las Partes ha llamado a los Estados Partes a emplear estos tres principios, el de la autosuficiencia, el de la proximidad, y el del menor movimiento transfronterizo en la elaboración de sus respectivas estrategias nacionales relativas a los desechos.

61. Estas directrices no tendrían sentido si los Estados de la OCDE estuvieran autorizados a derogar los principios y obligaciones de Basilea. El artículo 11° del Convenio de Basilea, que permite que se celebren “arreglos” que regulan el movimiento transfronterizo de desechos entre ellos, pero siempre que ellos sean compatibles con la gestión ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos que estipula el Convenio. La compatibilidad estará dada por el respeto de los principios, entre ellos, el de la autosuficiencia, el de la proximidad, y el del menor movimiento transfronterizo. Y como se ha señalado más arriba, las reglas de la OCDE no pretenden apartarse de esos principios, pues ellos también se contienen en la D/R sobre Reducción del Movimiento Transfronterizo de Desechos (C(90)178(final)).<sup>17</sup>

62. El hecho de que Chile sea miembro de la OCDE y aplique sus Decisiones, las que en todo caso son bastante compatibles con las obligaciones del Convenio de Basilea, no exime a Chile de cumplir el Convenio. Esto quiere decir que, en el evento de existir un área de incompatibilidad entre las reglas de la OCDE y las obligaciones de Basilea, en particular en relación con el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 4.2.b y 4.2.d del Convenio de Basilea, Chile no estaría en ningún caso eximido de cumplir con Basilea.

63. Como ya se ha señalado, los Estados Partes del Convenio de Basilea han asumido la obligación de establecer instalaciones adecuadas de eliminación para el manejo ambientalmente racional de los desechos (art. 4.2.b) y de velar por que el movimiento transfronterizo de desechos se reduzca al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente de esos desechos, y que se lleve a cabo de forma que se protejan la salud humana y el medio ambiente de los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento (art. 4.2.d).

64. En el caso que Chile no cumpliera con estas obligaciones incurrirá en responsabilidad internacional. En derecho internacional el principio es que la violación de toda obligación internacional da lugar a la responsabilidad internacional del Estado infractor, conforme a las reglas del derecho internacional consuetudinario que se encuentran codificadas en los Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y aprobadas el 2001.<sup>18</sup> En general, en el ámbito de las violaciones a las obligaciones asumidas por los Estados en tratados suscritos con otros Estados, no es necesario que se

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>17</sup> OECD Council Decision and Recommendation on the Reduction of Transfrontier Movement of Wastes, 31 January 1991, C(90)178(final).

<sup>18</sup> Art. 2.

produzca un daño material para que un Estado incurra en responsabilidad por el no cumplimiento de sus obligaciones internacionales<sup>19</sup> ni tampoco se exige culpa o negligencia de su parte.<sup>20</sup>

#### **V. Las obligaciones que pesan sobre los Estados de exportación de desechos bajo el derecho internacional ambiental y el derecho internacional de los derechos humanos**

65. El movimiento transfronterizo de desechos peligrosos puede afectar la salud humana y el medio ambiente en Estados extranjeros y en áreas más allá de toda jurisdicción nacional. Esta es una de las razones por las que el Convenio de Basilea regula los movimientos transfronterizos de desechos. En el preámbulo se lee:

(pfo. 1) “Conscientes de que los desechos peligrosos y otros desechos y sus movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud y al medio ambiente”;

(pfo 2) “Teniendo presente el peligro creciente que para la salud humana y el medio ambiente representan la generación y la complejidad cada vez mayores de los desechos peligrosos y otros desechos, así como sus movimientos transfronterizos”;

(pfo. 3) “Teniendo presente también que la manera más eficaz de proteger la salud humana y el medio ambiente contra los daños que entrañan tales desechos consiste en reducir su generación al mínimo desde el punto de vista de la cantidad y/o de los peligros potenciales”;

y  
(pfo. 4) “Convencidas de que los Estados deben tomar las medidas necesarias para que el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos, incluyendo sus movimientos transfronterizos y su eliminación, sea compatible con la protección de la salud humana y del medio ambiente, cualquiera que sea el lugar de su eliminación”.

66. El potencial que tienen los movimientos transfronterizos de desechos de afectar la salud humana y el medio ambiente más allá del territorio nacional no sólo ha inspirado la elaboración del Convenio de Basilea para regular esta actividad, sino que también existen reglas más amplias en el derecho consuetudinario que tienen por objeto la protección de las personas y del medio ambiente. Esto quiere decir que la conducta de Chile, en relación con el movimiento transfronterizo de desechos, no sólo se evaluará a la luz de las reglas del Convenio de Basilea, sino que también de otras reglas aplicables de derecho internacional ambiental y de protección de los derechos humanos. En los párrafos siguientes se analizarán esas otras reglas igualmente vinculantes.

67. En particular, se analizarán (i) el principio de no regresión en materia de protección ambiental, (ii) el principio de debida diligencia en materia de prevención de daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional y (iii) el principio de jurisdicción del Estado en caso de violaciones a los derechos humanos ocurridos fuera de su territorio, pero originados en actos ocurridos dentro de su territorio.

##### A. El principio de no regresión en materia de protección ambiental

68. En el ámbito del derecho internacional del medio ambiente se ha desarrollado el principio de no regresión conforme al cual, los Estados no deben retroceder en el nivel de protección ambiental que han asumido en los tratados de los que son Parte y en su legislación interna. El principio de no regresión se basa en la íntima relación que existe entre medio ambiente y la salud de las personas. En

---

<sup>19</sup> Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), p. 84.

<sup>20</sup> *Ibid.*

este sentido, el *International Centre for Comparative Environmental Law* ha señalado que: “As the right to a healthy environment is increasingly recognized, it should be protected—like all UN human rights—by preventing any type of backsliding or regression of existing levels of environmental protection.”<sup>21</sup> En la medida que las obligaciones asumidas por Chile en el Convenio de Basilea tienen por objeto, entre otras cosas, la protección de la salud, el principio de no regresión aparece como un serio candidato para ser aplicado en el ámbito del movimiento transfronterizo de desechos.

69. En el ámbito latinoamericano el principio ya ha sido recogido en el Tratado de Escazú. Chile ha aceptado la aplicación de este principio al adherir al Tratado de Escazú, el 18 de marzo de 2022. En efecto, el tratado incorpora el principio de no regresión en su artículo 3°.

70. Por otra parte, es importante notar que el Tratado de Escazú no sólo contiene las obligaciones relativas a la participación, el acceso a la información y a la justicia ambiental, sino que también, en su artículo 4.1 contiene una obligación sustantiva y muy amplia relativa a garantizar los derechos humanos relativos al medio ambiente. En efecto, en el artículo 4.1 Chile se ha obligado a garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el acuerdo. En este contexto, se debe tener presente que el Convenio de Basilea establece la obligación de minimizar la generación y el movimiento transfronterizo de desechos precisamente porque estas actividades pueden afectar la salud humana y al medio ambiente.

71. En el DS N°2 de 2010 del Ministerio de Salud Pública, Chile ya estableció un nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente conforme a lo que exige el Convenio de Basilea, al prohibir la exportación de desechos peligrosos en tanto exista en el país instalaciones con capacidad para procesar estos residuos peligrosos. Bajo el principio de no regresión, Chile hoy no puede apartarse del estándar ya establecido en el DS N°2 de 2010, que fue considerado en ese momento como la regulación adecuada y suficiente para cumplir con el Convenio de Basilea.

72. Por otra parte, en los considerandos del DS N°2 de 2010 Chile indicó que se había evidenciado un creciente movimiento transfronterizo de baterías usadas que contienen plomo, “cuyo manejo significa un riesgo para la salud de quienes intervienen en esta actividad y un severo daño al medio ambiente”. Esa situación no ha cambiado: a mayor movimiento transfronterizo de desechos, mayores posibilidades existirán de causar daño a la salud humana y al medio ambiente.

73. Por lo tanto, si Chile deja de considerar la existencia de capacidad interna para procesar las baterías de plomo usadas, estaría violando el principio de no regresión al que se ha obligado en el artículo 3° del Tratado de Escazú.

74. Por último, se debe tener presente que consistentemente la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha reconocido el carácter obligatorio del principio de no regresión en materia ambiental, como consta en los siguientes Dictámenes: Dictamen 010283N20 de 22 de junio de 2020, Dictamen E281581N22 de 25 de noviembre de 2022 y Dictamen E325488N23 de 24 de marzo de 2023.

B. El principio de debida diligencia en materia de prevención de daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional

75. El transporte de desechos peligrosos y otros desechos puede causar daños a la salud humana y al medio ambiente en el territorio de otros Estados o en áreas más allá de toda jurisdicción nacional.

---

<sup>21</sup> International Centre for Environmental Law, *Non-regression in environmental policy and law* (2012), p.1.

Como señala Kummer, el transporte de sustancias peligrosas constituye un aspecto de la contaminación y se aplican las tradicionales reglas del derecho internacional consuetudinario en materias de daños significativo causado por un Estado a otro, o áreas fuera de toda jurisdicción nacional.<sup>22</sup>

76. Como se ha indicado *supra*, las reglas sobre responsabilidad de los Estados están contenidas en los artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos (2001). Esta responsabilidad internacional implica que el Estado debe cesar en el incumplimiento (art. 30.a), dar garantías de no repetición (art. 30.b) y reparar el daño material y moral, en caso de que éste se hubiere producido (art. 31). Las reglas de responsabilidad de los Estados también contemplan la posibilidad de que existan responsabilidades compartidas entre todos los Estados que han contribuido al daño (art. 47).

77. Específicamente en el ámbito del derecho internacional ambiental, han surgido ciertos principios específicos en materia de responsabilidad. Como señala Kummer:

Varios principios de derecho internacional ambiental que han surgido en décadas recientes también se aplican, esto es, el principio de prevención, el principio precautorio, y el principio de que el que contamina paga. En principio, las obligaciones establecidas por el derecho consuetudinario pueden ser aplicables a situaciones en las que múltiples Estados contribuyen al daño resultante del movimiento transfronterizo de desechos y químicos, en cuanto ellas podrían aplicarse al Estado de exportación, al Estado de importación, y a uno o varios Estados de tránsito.<sup>23</sup>

78. En efecto, los Estados tienen el deber de tomar todas las medidas apropiadas para prevenir, reducir y controlar la contaminación transfronteriza y los daños ambientales que resultan de actividades que están bajo su jurisdicción o control.<sup>24</sup> Esta es una regla de derecho internacional consuetudinario, como lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares.<sup>25</sup> Esta obligación no es una obligación de resultado, sino que de emplear la debida diligencia en evitar los daños ambientales. Así lo señala el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Prevención de los Daños Transfronterizos (2001).<sup>26</sup> El artículo 3º de este Proyecto de Artículos dispone que: “The State of origin shall take all appropriate measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof”.

79. Con todo, a nivel interestatal no existen muchas controversias que los Estados hayan llevado a tribunales internacionales en relación con incumplimientos de las obligaciones establecidas en materia ambiental. Sin embargo, en caso de producirse un daño a las personas o al medio ambiente en el territorio de otros Estados o en zonas fuera de toda jurisdicción nacional, eventualmente se podría generar una disputa entre Chile y terceros Estados. En ese caso, el estándar de conducta que se exige de parte de Chile en la minimización de los eventuales daños es el de la debida diligencia en la regulación del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos. En el análisis se esa debida diligencia muy probablemente se tomaría en cuenta el cumplimiento de todas las obligaciones

---

<sup>22</sup> Crawford, *op.cit.*, p. 940.

<sup>23</sup> Kummer, K. “Transboundary Movement of Hazardous Waste and Chemicals”, en Nollakaemper y Plakokefalos (eds) *The Practice of Shared Responsibility in International Law* (Cambridge University Press, 2017), p. 940.

<sup>24</sup> Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (OUP, 4<sup>th</sup> ed., 2021), p. 152.

<sup>25</sup> ICJ Reports (1996), Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 29.

<sup>26</sup> ILC, Articles on Prevention of Transboundary Harm (2001), Art. 3.

asumidas por el Estado respecto de la actividad específica. En el caso del movimiento transfronterizo de desechos se considerará la obligación de reducir dicho movimiento y emplear la capacidad existente dentro del propio territorio.

C. El principio de jurisdicción del Estado en caso de violaciones a los derechos humanos fuera de su territorio pero originados en actos ocurridos dentro de su territorio

80. El 28 de julio de 2022, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 76/300 sobre el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.<sup>27</sup> Este hecho es importante porque, si bien el derecho humano a un medio ambiente limpio ya se encuentra consagrado en algunos tratados y en otros instrumentos internacionales, la Resolución de la Asamblea General lo reconoce como un derecho humano universal.

81. Por otra parte, se debe subrayar que el Preámbulo del Convenio de Basilea hace referencia a la protección de la salud y del medio ambiente, cualquiera que sea el lugar de eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos. El reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible por la Asamblea General de las Naciones Unidas permite mirar el Convenio de Basilea a través del prisma de los derechos humanos universales.

82. Esto quiere decir que, para sus 191 Estados Partes, el Convenio de Basilea, en la medida que tiene por objeto proteger la salud humana y el medio ambiente contra los daños que entrañan los desechos peligrosos, es un tratado que contribuye en forma relevante a que se respete el derecho humano a un medio ambiente limpio. De esta manera, la obligación que tienen los Estados de velar porque el generador de los residuos cumpla sus funciones con respecto al transporte y a la eliminación de los desechos peligrosos de forma compatible con la protección de la salud humana y del medio ambiente, sea cual fuere el lugar en que se efectúe la eliminación, se podrá analizar desde la perspectiva de los derechos humanos. Al respecto, las obligaciones de los artículos 4.2.b y 4.2.d del Convenio de Basilea, se relacionan directamente con la protección de la salud humana y el medio ambiente como se aprecia de la lectura del propio Preámbulo del Convenio de Basilea en el que se lee que las Partes están:

“Conscientes de que los desechos peligrosos y otros desechos y sus movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud y al medio ambiente.”;

...

“Convencida de que, en la medida en que ello sea compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, los desechos peligrosos y otros desechos deben eliminarse en el Estado en que se hayan generado.”;

...

“Afirmando que los Estados han de cumplir sus obligaciones internacionales relativas a la protección de la salud humana y a la protección y conservación del medio ambiente, y son responsables de los daños de conformidad con el derecho internacional.”;

...

“Conscientes también de la creciente preocupación internacional por la necesidad de controlar rigurosamente los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, así como de la necesidad de reducir, en la medida de lo posible, esos movimientos al mínimo.”;

...

“Decididas a proteger, mediante un estricto control, la salud humana y el medio ambiente contra los efectos nocivos que pueden derivarse de la generación y el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos.”;

---

<sup>27</sup> A/RES/76/300.

83. La interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien se pronunció al respecto en su Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. En particular, en esta Opinión Consultiva la Corte Interamericana señala que los daños ambientales pueden afectar a todos los derechos humanos y que el pleno disfrute de éstos depende de un medio ambiente propicio. El derecho a vivir en un medio ambiente sano está reconocido como un derecho humano en el artículo 11° del Protocolo de San Salvador,<sup>28</sup> pero el medio ambiente sano se relaciona también con otros derechos humanos particularmente vulnerables ante la degradación ambiental, como son el derecho a la vida, a la integridad personal, la salud y la propiedad.<sup>29</sup>

84. Uno de los aspectos más relevantes de la Opinión Consultiva OC-23/17, para efectos de nuestro análisis, se refiere a las obligaciones de los Estados en el caso de daños extraterritoriales al medio ambiente. En este contexto, la Corte Interamericana se preguntó “si las obligaciones de los Estados frente a daños transfronterizos pueden acarrear el ejercicio de su jurisdicción más allá de su territorio.”<sup>30</sup> La opinión consultiva de la Corte Interamericana tiene importantes implicaciones para determinar las consecuencias que se pueden seguir del hecho de que Chile no cumpla con sus obligaciones bajo el Convenio de Basilea.

85. Al respecto la Corte Interamericana concluyó lo siguiente en la OC-23/17:

4. A efectos del artículo 1.1 de la Convención Americana, se entiende que las personas cuyos derechos convencionales han sido vulnerados a causa de un daño transfronterizo se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen de dicho daño, en la medida que dicho Estado ejerce un control efectivo sobre las actividades que se llevan a cabo en su territorio o bajo su jurisdicción de conformidad con los párrafos 95 a 103 de esta Opinión.
5. Con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que hubiere producido, de conformidad con los párrafos 127 a 174 de esta Opinión.

86. Las obligaciones de los artículos 4.2.b y 4.2.d del Convenio de Basilea tienen por finalidad prevenir los daños ambientales producto del movimiento transfronterizo de desechos y han sido aceptadas por Chile como tales. Esto quiere decir que, en el caso del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, el hecho de que Chile sea el país de origen de esos desechos y haya tenido el control sobre la salida de éstos, implica que se podría considerar que los eventuales afectados están bajo la jurisdicción de nuestro país y podría ser denunciado el Estado de Chile por los afectados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>28</sup> El Protocolo de San Salvador fue ratificado por Chile el 29 de julio de 2022.

<sup>29</sup> Opinión Consultiva OC-23/17, pfo. 64.

<sup>30</sup> *Ibid*, pfo. 82.

87. En este contexto, una eventual violación de Chile de los artículos 4.2.b y 4.2.d relativos a la obligación de establecer instalaciones adecuadas para el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos, en la medida de lo posible, dentro de su territorio, y de velar por que el movimiento transfronterizo de estos desechos se reduzca al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, podría ser empleado para probar la falta de debida diligencia por parte de Chile en la protección del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano, y de su derecho a la vida, a la integridad personal, la salud y su propiedad, infracción que caería dentro de la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

SANTIAGO, 23 de agosto de 2023



Ximena Fuentes Torrijo

Abogada, Universidad de Chile  
*DPhil, University of Oxford*

Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad de Chile