

Santiago, 24 de octubre de 2023

Sra. María Heloísa Rojas Corradi
Ministra del Medio Ambiente
San Martín N° 73, Santiago
Presente



Ant.: - Minuta titulada "*Reglamento que regula el movimiento transfronterizo de residuos*" y que contiene la postura del Ministerio del Medio Ambiente en la materia.

Ref.: - Remite observaciones y críticas al contenido del documento del Ant., solicitando desde ya que se consideren ellas en forma previa a la suscripción del Reglamento que regulará el movimiento transfronterizo de residuos, y remite copia de Informe en Derecho que indica.

De nuestra consideración:

Junto con saludar cordialmente, mi representada, la Asociación de Empresas y Profesionales para el Medio Ambiente (AEPA) ha tomado conocimiento de un documento tipo minuta de siete páginas de extensión y titulado "*Reglamento que regula el movimiento transfronterizo de residuos*", instrumento que pese a no ser suscrito por ninguna autoridad del ministerio que usted dirige, cuenta con el logo institucional del servicio y según las propiedades del archivo, habría sido elaborado por doña *Claudia Alfaro Cornejo*, abogada de la sección de Diseño Regulatorio dependiente de la División Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente.

Pues bien, teniendo en especial consideración que entre nuestros asociados figuran empresas dedicadas al reciclaje de baterías de plomo usadas o fuera de uso (BFU), como Recicladora Ambiental Limitada (RECIMAT) y Bimar Chile SpA (BIMAR), tras haber revisado en detalle el contenido del aludido documento, nos vemos en la imperiosa necesidad de expresarle nuestra preocupación y desazón toda vez que, **por intermedio de dicho escrito se realizan una serie de afirmaciones del todo imprecisas, desactualizadas o derechamente erróneas** sobre la materia que será positivizada en el Reglamento que regulará el movimiento transfronterizo de residuos, y que atentan por cierto contra los principios más aceptados en materia de teoría de la regulación.

En efecto, por medio de este acto, respetuosamente le hacemos llegar nuestras observaciones y críticas fundadas al respecto, solicitándole desde ya que las mismas sean debidamente ponderadas y se tengan en especial consideración en forma previa

a la suscripción del Reglamento, aprovechando igualmente esta oportunidad para remitirle una copia del Informe en Derecho emitido por la profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Chile doña Ximena Fuentes Torrijo, ex Subsecretaria de Relaciones Exteriores de S.E. el Presidente Gabriel Boric Font, de fecha 23 de agosto de 2023, que permitirá aclarar y subsanar con alto rigor jurídico los yerros en que se ha incurrido a nuestro juicio.

Dicho lo anterior, nos permitimos a continuación señalarle brevemente lo siguiente, de acuerdo con el orden en que se organiza el referido documento:

- 1. El Ministerio del Medio Ambiente fija su postura sobre la base del fomento al movimiento transfronterizo de residuos peligrosos, lo que resulta ser abiertamente contrario al Convenio de Basilea, lo dictaminado por la Contraloría General de la República y lo expresado por la doctrina más aceptada en la materia**

En la página N° 3 del documento en estudio se indica que, *“no existiría una “apertura”, por cuanto hoy en día, la exportación de residuos peligrosos para su valorización está permitida por el Convenio de Basilea, siendo los únicos residuos que tienen una restricción adicional —y no una prohibición absoluta—, las BFU. Lo anterior, al amparo del D.S. N° 2/2020 antes referenciado.”*

Igualmente, a continuación, en la página N° 5 del documento en examen se expresa que, *“es importante recalcar, como ya fue señalado, que en Chile actualmente no existe una prohibición de exportar residuos peligrosos, salvo para el caso de las BFU, cuando haya capacidad para procesarlas en el país”*.

Con motivo de lo dispuesto en el artículo 4.9.b del Convenio de Basilea (Convenio), a juicio del Ministerio del Medio Ambiente, dicho tratado internacional permitiría pura y simplemente la exportación de residuos peligrosos para su valorización, aun cuando el país de exportación disponga de capacidad técnica suficiente para tratar los residuos dentro de éste. En otros términos, todo indica que esta Secretaría de Estado entiende que el Convenio establece un régimen especial y privilegiado para los países OCDE/UE/Liechtenstein, quienes serían inmunes a dicha normativa internacional en el ámbito de la exportación de desechos para valorización, asunto que, de ser efectivo, desde ya invita a cuestionarnos sobre la necesidad y vigencia del Convenio.

Lo cierto es que, el artículo 4.9 del Convenio como han señalado diversos juristas, entre ellos, doña Ximena Fuentes Torrijo en el Informe en Derecho cuya copia por medio de este acto se le hace llegar, **“no puede ser empleado como una autorización general para exportar desechos para su valorización en países OCDE/UE/Liechtenstein, puesto que este artículo no exige 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 de su propio territorio (4.2.b)”** (lo destacado es nuestro).

En efecto, a todas luces la Secretaría de Estado que usted dirige pasa por alto que, en el mismo artículo 4° del Convenio se establecen clarísimas obligaciones generales para los Estados Parte que una interpretación jurídica como la suya contradice

abiertamente, y nos referimos a los mandatos imperativos consistentes en establecer instalaciones adecuadas de eliminación para el manejo ambientalmente racional de los desechos (artículo 4.2.b) y de velar porque el movimiento transfronterizo de residuos se reduzca al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente de ellos (artículo 4.2.d).

Así, la crítica de fondo a la postura del Ministerio del Medio Ambiente en la materia, se trata de un asunto en que la doctrina más autorizada tiene pleno consenso, donde, ya en el pasado, otros académicos de connotada trayectoria como don *Arturo Fermandois Vöhringer*¹, profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile han afirmado que, **“el proyecto de reglamento subvierte el objetivo y finalidad del Convenio de Basilea, autorizando como regla general la exportación de desechos peligrosos bajo requisitos meramente formales, siendo que precisamente el Convenio busca “minimizar” los movimientos transfronterizos, tendiendo a su “prohibición”** (lo destacado es propio), agregando que por lo mismo se violarían los principios de *proximidad* y de *minimización* consagrados en el Convenio.

Por su parte, don *Luis Cordero Vega*², actual Ministro de Justicia también fue preciso en señalar que, **“En mi opinión, existen buenas razones para entender que el criterio de manejo ambiental al que hace referencia el Convenio de Basilea supone que lo que se busca es tratar de movilizar lo menos posible residuos peligrosos, de modo que incluso para valorización tiene sentido y lógica tratar de agotar las capacidades técnicas internas”** (lo destacado es nuestro).

En esa misma línea, la Contraloría General de la República³ ha tenido la posibilidad de dictaminar en lenguaje claro y sencillo que, **“el Convenio de Basilea antes aludido, lo que persigue -según se desprende de su preámbulo y de su artículo 4º-, es la eliminación de los desechos peligrosos en el Estado en que se hayan generado, en la medida en que ello sea compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, reduciendo al mínimo los movimientos transfronterizos de tales elementos”** (lo destacado es nuestro).

No obstante lo anterior, el Ministerio del Medio Ambiente desatiende el encabezado del artículo 4.9 del Convenio, precepto que señala que **la exportación de desechos peligrosos debe ser excepcional**, o sea, que sólo se puede permitir en base a ciertos y determinados criterios que no pueden contradecir los objetivos del mismo, previamente establecidos, relativos a minimizar el movimiento transfronterizo de desechos, que éstos se eliminen en el lugar más próximo al de su generación y que los Estados desarrollen capacidad de eliminación interna.

Por ello, es que la ex Subsecretaria de Relaciones Exteriores de S.E. el Presidente *Gabriel Boric Font* doña *Ximena Fuentes Torrijo* haya afirmado de manera

¹ Arturo Fermandois Vöhringer, en *“Vicio de inconstitucionalidad e ilegalidad en el Proyecto de Reglamento por infracción de tratado internacional”*, 2017.

² Luis Cordero Vega, en *“Informe en Derecho sobre los problemas interpretativos surgidos a propósito de la propuesta de Reglamento que “Regula el movimiento transfronterizo de residuos” en relación con lo dispuesto en el Convenio de Basilea y otros cuerpos normativos”*, 2022.

³ Contraloría General de la República, Dictamen N° 61.053, de 27 de septiembre de 2011.

contundente que, “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, 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” (lo destacado es nuestro).

En virtud de lo informado por los juristas expertos en la materia y lo dictaminado por la Entidad de Control, es prístino que es del todo incorrecta jurídicamente la postura e interpretación que hace del artículo 4.9 del Convenio el Ministerio del Medio Ambiente en el documento en examen.

2. A diferencia de lo sostenido por el Ministerio del Medio Ambiente, en ningún caso el Convenio de Basilea distingue entre eliminación y valorización

En la página N° 4 del documento en análisis se indica a propósito del artículo 4.9 del Convenio que, *“el Convenio de Basilea ratifica la distinción entre “eliminación” y “valorización”, toda vez que las exportaciones reciben un trato distinto dependiendo de la operación que se ha de llevar a cabo (letra a), siendo precisamente la exportación para valorizar aquella que recibe un tratamiento menos estricto (letra b)”*.

Lo cierto es que, si bien el concepto de eliminación de desechos o residuos en el Convenio es amplio, todo lo allí previsto sigue siendo eliminación para todos los efectos jurídicos, sin distinción, a diferencia de lo sostenido por el Ministerio del Medio Ambiente.

Al respecto, el artículo 2.4 del Convenio expresa que *“Por “eliminación” se entiende cualquiera de las operaciones especificadas en el Anexo IV del presente Convenio”,* donde, el anexo IV describe “Operaciones de Eliminación” y las clasifica en (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.

De ahí que, no cabe duda de que **la distinción realizada entre eliminación y valorización no se ajusta al Convenio**, existiendo para todos los efectos jurídicos única y exclusivamente *eliminación*, no siendo efectivo como ya se dijo que con motivo de lo dispuesto en el artículo 4.9.b del Convenio, se permita la exportación para la valorización en términos puros y simples, con indiferencia de que en el país de exportación exista capacidad técnica instada desde que, **dicha actividad sigue siendo eliminación para todos los efectos**, no pudiendo por ello exportarse residuos peligrosos en el evento de que ese país disponga de capacidad técnica instalada, tal y como sucede en el caso de Chile según se demostrará.

3. La Secretaría de Basilea en ningún caso ha validado la tesis del Ministerio del Medio Ambiente, consistente en que se ajustaría al Convenio de Basilea la exportación de residuos peligrosos para valorización con independencia de la capacidad técnica

En la página N° 4 del documento observado, se expresa que la Secretaría Ejecutiva del Convenio de Basilea respondió al Ministerio del Medio Ambiente que, *“Sin perjuicio de la prerrogativa de las Partes de interpretar la Convención, la Secretaría señala que el párrafo 9 del Artículo 4 se refiere a “o” entre los subpárrafos (a), (b) y (c)”* (lo destacado es del original).

Como ya se dijo, la postura del Ministerio del Medio Ambiente en esta materia consiste en que el Convenio en su artículo 4.9.b permitiría la exportación de residuos peligrosos para su valorización, aun cuando el país de exportación disponga de capacidad técnica para tratar los residuos dentro de éste, de ahí que, con fecha 25 de julio de 2023 solicitó por escrito al Secretario Ejecutivo del Convenio *“su orientación respecto a si la mencionada interpretación es correcta”*.

Lo cierto es que, con fecha 14 de agosto de 2023, la mencionada Secretaría Ejecutiva se pronunció al respecto brindando una **respuesta de corte estrictamente diplomática**, en virtud de la cual, precisando que su mandato *“no se extiende a la provisión de una interpretación e implementación “correcta” del Convenio”*, **recordó algo que todos sabemos desde hace más de treinta años, esto es, que entre las letras a), b) y c) del artículo 4.9 del Convenio, se utiliza la letra “o”**.

Por tanto, es del todo acomodaticio e instrumental que el Ministerio del Medio Ambiente siquiera cite este hecho para intentar fundar su postura ya que, en la respuesta de la Secretaría Ejecutiva del Convenio nada nuevo hay y en ningún caso se respalda o confirma su errada interpretación.

4. La derogación prevista del Decreto Supremo N° 2, de 2010, del Ministerio de Salud, se trata precisamente de un actuar arbitrario dado que, no se sustenta en antecedente técnico alguno que le de soporte material

Acto seguido, el documento en inspección expresa en la misma página N° 4 que *“es importante aclarar que esta derogación busca aplicar la misma regla a todos los residuos peligrosos, en igualdad de condiciones, sin establecer distinciones arbitrarias”*.

En primer término, cabe aclarar que, a nuestro juicio, en materia de movimiento transfronterizo de residuos peligrosos, el estándar de actuación debiese ser el mismo para todos los intervinientes del sistema, esto es que, existiendo suficiente capacidad técnica instalada en el país, dicho movimiento no puede ser autorizado para ningún efecto y los residuos debiesen tratarse localmente, sin distinción alguna.

Por su parte, en segundo lugar, es menester recordar que el Decreto Supremo N° 2, de 2010, del Ministerio de Salud, regula la autorización de movimientos transfronterizos de residuos peligrosos consistentes en BFU, normativa que expresamente prohíbe

dicho movimiento desde Chile a terceros países, en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesarlas.

En efecto, para poder dictar dicha normativa administrativa, el Ministerio de Salud tuvo a la vista el “Informe sobre Capacidad de Eliminación” elaborado por su Departamento de Salud Ambiental, documento que acreditaba que ya en el país por aquel entonces, existía la capacidad técnica para eliminar los residuos peligrosos consistentes en baterías usadas de manera ambientalmente racional y eficiente, instrumento que ha sido exhibido en innumerables ocasiones a nivel internacional como una medida adoptada en cumplimiento de las exigencias del Convenio y recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

A pesar de que en Chile como se expondrá existe capacidad de sobra para tratar BFU, con total ausencia de un antecedente técnico que le de sustento, el Ministerio del Medio Ambiente en el artículo 58 de la propuesta de Reglamento propone derogar sin más el citado Decreto Supremo, impresionando precisamente dicha decisión regulatoria como un quehacer arbitrario toda vez que, no cuenta con informe alguno que lo respalde, quehacer del todo caprichoso y antojadizo que generará perniciosas consecuencias para la economía circular y la industria nacional del reciclaje.

Sin ir más lejos, respecto de esto último, S.E. el Presidente *Gabriel Boric Font* cuando se desempeñaba como Honorable Diputado de la República por el distrito N° 60, de la Región de Magallanes, con fecha 5 de abril de 2016⁴, fue enérgico en señalar sobre la exportación de residuos peligrosos para valorización que, *“desde el punto de vista del desarrollo de la industria nacional, este es un golpe importante a la industrialización de Chile, porque se destruyen todos los incentivos para el desarrollo de una industria sustentable de reciclaje en el país, ya que siempre va a convenir hacerlo en países con menores estándares. Hablamos de aceites lubricantes y baterías, que ya se reciclan en Chile, y de la posible industria de reciclaje de chatarra electrónica y de otros residuos peligrosos”* (lo destacado es nuestro).

5. La propuesta de Reglamento en los actuales términos vulnera grave e injustificadamente el principio de no regresión en materia ambiental reconocido en el Acuerdo de Escazú y aplicado directamente por la Contraloría General de la República

En la página N° 5 del documento en estudio se expresa que, *“la Propuesta de Reglamento no vulnera el principio de no regresión, puesto que, como ya se ha detallado, establece requisitos para la exportación de residuos peligrosos que son más exigentes que los que establece la normativa actual”*.

Lo cierto es que, analizado también este punto por prestigiosos académicos nacionales, hay también consenso en que al permitirse el movimiento transfronterizo de BFU con prescindencia de la capacidad técnica instalada en nuestro país, **se**

⁴ Historia de la Ley N° 20.920. discusión en sala, tercer trámite constitucional, 5 de abril de 2016. disponible en página web: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/ne/historia-de-la-ley/5030>

incumple inexorablemente el principio de no regresión en materia ambiental, que ha tenido incluso aplicación directa por parte de la Contraloría General de la República⁵ en diversos pronunciamientos de carácter vinculante para los órganos de la Administración del Estado.

Así, doña *Ximena Fuentes Torrijo* expresa al respecto que “*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**”*, 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*” (lo destacado es nuestro).

En ese mismo sentido, don *Luis Cordero Vega* informa sobre este tópico que, “*la derogación del DS 2/2010 importaría un retroceso en materia de regulación de la protección ambiental y sanitaria, en virtud de los principios de no regresión y progresividad contenidos en el artículo 3° letra c) del Acuerdo de Escazú al que adhirió Chile con fecha 13 de junio de 2022*”, donde, este retroceso se da por “*la adopción de una norma menos exigente en términos ambientales que aquella contenida en la propuesta de Reglamento*” y la falta de progresividad sería porque “*no se consideraría una gradualidad en la implementación de una medida como la derogación de un decreto que hasta ahora ha regulado a la industria del tratamiento de baterías de plomo fuera de uso*” (lo destacado es nuestro).

Igualmente, el profesor de Derecho Ambiental don *Ezio Costa Cordella*⁶ refiere que, “*La consecuencia directa de esto es que se incentiva a que los agentes que deben gestionar residuos externalicen dicha gestión fuera del país, contraviniendo el objetivo fundamental del Reglamento, de la Ley que lo mandata y del propio Convenio de Basilea. De igual forma, iría en contra de los principios de responsabilidad ambiental, inherente a este tipo de regulaciones, y a los principios de no regresión y progresividad en las normas ambientales, contemplados en el artículo 3° del Tratado de Escazú recientemente firmado por Chile, al retroceder en la exigencia que se le aplica a este tipo de procedimientos*” (lo destacado es nuestro).

En definitiva, el Ministerio del Medio Ambiente soslaya que, en el anotado Decreto Supremo N° 2, de 2010, del Ministerio de Salud, ya se estableció un nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente según lo exige el Convenio de Basilea, prohibiéndose la exportación de BFU en tanto existan en el país instalaciones con capacidad para procesarlas, por lo que bajo este principio de no regresión, Chile hoy no puede desatender ese estándar, considerado en ese momento como la regulación adecuada y suficiente para cumplir con el

⁵ Contraloría General de la República. Dictámenes N° 10.283/2020; E281.581/2022 y E325.488/2023.

⁶ Ezio Costa Cordella. en “*Sobre la propuesta de Reglamento que regula el movimiento transfronterizo de residuos y especialmente aquello que se refiere a los residuos peligrosos*”. 2022.

Convenio, donde, como usted comprenderá, a mayor movimiento transfronterizo de desechos, mayores posibilidades existirán de causar daño a la salud humana y al medio ambiente.

- 6. Inexplicablemente, el Ministerio del Medio Ambiente prescinde en su documento de todo análisis sobre la capacidad técnica instalada en nuestro país para reciclar BFU**

El artículo 4° del proyecto de 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.

Lo anterior, pese a que el Convenio como ya se expresó, posee precisos objetivos y los Estados Parte se han comprometido y obligado por su intermedio a minimizar el movimiento transfronterizo de desechos, a eliminar los mismos en el lugar más próximo al de su generación y desarrollar capacidad de eliminación interna.

De ahí que, es prístino que un Estado que instaure una política de exportación de residuos peligrosos para su valorización, no cumplirá con sus obligaciones con el Convenio, no bastando tampoco para ello que dicha exportación se prohíba, sino que se requiere además que dicho Estado promueva activamente la eliminación de sus desechos en su propio territorio de manera ambientalmente racional y eficiente.

Más extremo aún, en el hipotético caso de que un Estado no cuente con capacidad técnica para reciclar sus desechos, para cumplir realmente con el Convenio, el mismo no podría derechamente ampararse en el 4.9.b del Convenio para exportar esos desechos al extranjero, sin igualmente en paralelo tomar todas las medidas apropiadas para intentar establecer las instalaciones del reciclaje en su propio territorio.

Lo cierto es que, tal como demuestra el estudio más reciente y acabado en la materia realizado por la Dirección de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile (DICTUC)⁷, la estimación final de generación de BFU para el año 2022 en nuestro país es de 32.171 toneladas, existiendo una capacidad instalada anual de tratamiento (RECIMAT) de 49.477 toneladas y potencial de 18.681 toneladas adicionales (BIMAR).

Pues bien, la temática de la capacidad técnica instalada es del todo relevante en esta materia, debiendo destacar que también S.E. el Presidente *Gabriel Boric Font* cuando se desempeñaba como Honorable Diputado de la República por el distrito N° 60, de la Región de Magallanes, durante la tramitación de la Ley N° 20.920, fue riguroso en solicitar que *“en comisión mixta se agregue un inciso al artículo 8° del proyecto de ley, para incorporar la recomendación del Convenio de Basilea, con el objeto de*

⁷ Informe final N° 1604059, de 29 de agosto de 2023, titulado *“Estimación de la generación de baterías fuera de uso de plomo-ácido en Chile para los años 2018 y 2019 y consolidación con estimaciones de años 2020 a 2022”*.

establecer la prohibición de exportación de residuos peligrosos mientras exista la capacidad instalada para valorizar esos residuos en nuestro país⁸ (lo destacado es nuestro).

Sinceramente, no se logra comprender el motivo por el cual el Ministerio del Medio Ambiente ha decidido prescindir en la elaboración del Reglamento de la anotada capacidad toda vez que, contando nuestro país con instalaciones debidamente autorizadas, no resulta ser consistente con las obligaciones internacionales impuestas por el Convenio, no promover y usar las mismas antes de permitir su exportación.

7. El documento en análisis no dimensiona y derechamente ignora que el artículo 4° de la propuesta de Reglamento en los actuales términos, expone a Chile a incurrir en hipótesis de responsabilidad internacional

De conformidad al Derecho Internacional Público, 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.

Doña *Ximena Fuentes Torrijo* en su estudio advierte claramente que, *“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, 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”* (lo destacado es nuestro).

En efecto, igualmente, esta materia fue objeto de análisis y reflexión por parte de S.E. el Presidente *Gabriel Boric Font* cuando se desempeñaba como Honorable Diputado de la República por el distrito N° 60, de la Región de Magallanes, durante la tramitación de la Ley N° 20.920, oportunidad en que también expresó su preocupación consistente en que *“Si lo poco que se fiscaliza en Chile se controla mal, ¿Qué seguridad podemos otorgar de que los residuos se valoricen en forma adecuada en países como Perú y Honduras?”*⁹ (lo destacado es nuestro).

En definitiva, dado que el movimiento transfronterizo de residuos puede afectar gravemente la salud humana y el medio ambiente en otros países y en áreas más allá de toda jurisdicción nacional, 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, 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

⁸ Historia de la Ley N° 20.920. op. Cit.

⁹ Historia de la Ley N° 20.920. op. Cit.

ser denunciado el Estado de Chile por los afectados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

8. De las demás graves deficiencias argumentativas que presenta el documento del Ministerio del Medio Ambiente

- a. El Ministerio del Medio Ambiente ignora legislaciones comparadas de países sudamericanos que son Parte del Convenio de Basilea y miembros de la OCDE

Se afirma en la página N° 4 del documento en examen que, “*de una revisión de la legislación comparada, este Ministerio no ha detectado ejemplos de regulaciones que prohíban la exportación para valorización cuando exista capacidad instalada en el país del cual salen los residuos*”.

En Sudamérica, a unos miles de kilómetros al norte de nuestro país se encuentra Colombia, Estado miembro de la OCDE y Parte del Convenio de Basilea, al igual que Chile. Pues bien, no se requiere manejar otro idioma o contar con una especialización en materia ambiental para detectar rápidamente que **países como Colombia cuentan con legislación nacional que prohíbe precisamente la exportación de residuos peligrosos en cuanto exista suficiente capacidad técnica instalada en el país.**

Al respecto, la Ley N° 1.252, de 2008, de Colombia, por la cual se dictan normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los residuos y desechos peligrosos, en su artículo 13 precisamente positiviza una norma jurídica como la que el Ministerio del Medio Ambiente ignora, señalando claramente en la materia lo siguiente: “*Artículo 13. Exportación. Solamente podrán ser exportados del territorio nacional, aquellos residuos peligrosos que por su complejidad, no pueden ser tratadas ambiental y sanitariamente dentro del territorio colombiano*”.

Del mismo modo, es importante que el Ministerio del Medio Ambiente también considere que existen (i) Estados miembros de la OCDE que no exportan BFU, como sucede con *Costa Rica* y *México*; (ii) Estados que no son miembros de la OCDE, pero que cuentan con una prohibición legal de exportar BFU al extranjero, como sucede con *Ecuador*, *República Dominicana* y *Brasil*; y (iii) Estados que no son miembros de la OCDE y que si bien exportan baterías, lo hacen de conformidad al Convenio de Basilea, en atención a que no cuentan con capacidad técnica instalada para esos efectos.

Pues bien, a diferencia de lo afirmado por el Ministerio del Medio Ambiente, lo cierto es que existen países que cuentan con prohibiciones legales a la exportación de residuos peligrosos en cuanto exista suficiente capacidad, no dejando de llamar la atención la falta de rigurosidad que en este punto demuestra la secretaría del ramo.

- b. El Ministerio del Medio Ambiente al fijar su postura utiliza información desactualizada, sin perjuicio de que las materias que pretende regular son altamente complejas desde el punto de vista técnico

Se expresa en las páginas N° 5 y N° 6 del documento en análisis que, *“la evidencia da cuenta que al 2016, estando vigente la restricción de agotar la capacidad técnica nacional, existían 11.800 toneladas de BFU con destino desconocido, lo que representa un 39% del total generado”* (lo destacado es del original).

Lo cierto es que, queda de manifiesto que pese a tratarse el Reglamento de un asunto complejo que exige compatibilizar debidamente variables sanitarias, medioambientales, económicas y sociales, el Ministerio del Medio Ambiente en su cometido sólo tiene a la vista información desactualizada que data de los años 2016 y 2017, desidia técnica que a nuestro juicio explica en parte las falencias anotadas y que fluyen de su texto.

En efecto, según ya se expresó, en el referido estudio del DICTUC de 2023 es posible observar que, la estimación final de generación de baterías fuera de uso para el año 2022 en nuestro país es de 32.171 toneladas, existiendo una capacidad instalada anual de tratamiento (RECIMAT) de 49.477 toneladas y potencial de 18.681 toneladas adicionales (BIMAR).

Junto con ello, en la página N° 6 del documento objeto de observación se indica que, *“el precio a pagar por estos residuos ha ido disminuyendo sostenidamente desde que cerró su último competidor”*.

Lo cierto es que, además de utilizar en este punto el Ministerio del Medio Ambiente información desactualizada correspondiente al año 2017, **los datos son aportados por la empresa ECOVALOR**, parte interesada en el trámite regulatorio en curso, quien, pretende precisamente que se exporten BFU al extranjero, pasando por alto el ministerio que usted dirige que, entre otros motivos, los aludidos precios de compra de *TECNOREC* (con sede en San Antonio) durante el período de coexistencia, explican en parte su infausto devenir.

Dicho ello, nos limitaremos brevemente a señalar que en materia de precio de compra, el mismo se fija periódica y principalmente en atención a los valores de la Bolsa de Metales de Londres (LME) y del dólar americano, donde, desde que nuestra asociada RECIMAT con sede en Calama entró a la actividad del reciclaje de BFU, los precios de compra en el mercado chileno se han duplicado respecto del precio pagado con anterioridad a su entrada al mercado, cancelándose en la actualidad un precio de \$378 por kilogramo de BFU.

- c. **El Ministerio del Medio Ambiente hace una lectura parcial del informe de la Fiscalía Nacional Económica, omitiendo inexcusablemente aspectos de fondo que permiten su comprensión sistémica**

Por último, cabe indicar que en la página N° 7 del documento en análisis, el Ministerio del Medio Ambiente finaliza su argumento, reproduciendo íntegramente el párrafo N° 55 del Informe de Archivo de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 6 de diciembre de 2016, que recomendó eliminar el Decreto Supremo N° 2, de 2010, del Ministerio de Salud.

Lo cierto es que, se omiten inexcusablemente en este punto otros aspectos de fondo que permiten realmente una comprensión sistémica y holística de lo expresado por la Fiscalía Nacional Económica, servicio público que categóricamente estableció que, “no es posible concluir que Recimat ha incurrido en un abuso de poder” (página N° 13); y que “no es posible concluir con certeza que Recimat ha incurrido en conductas anticompetitivas” (página N° 14).

Enseguida, y más importante aún para el presente caso, el Ministerio del Medio Ambiente no se hace cargo en ningún momento de lo expresado por la Fiscalía Nacional Económica en el párrafo siguiente del reproducido íntegramente, o sea, el párrafo N° 56, donde, la autoridad pública manifestó contundentemente que “No obstante, es importante indicar que una modificación como la propuesta no debe consistir en simplemente derogar el Decreto N° 2 y desregular derechamente esta actividad, ya que adoptar un camino así, pese a que permitiría modificar la situación monopsonica actual del mercado, transgrediría normas de alcance internacional como, por ejemplo, el Convenio de Basilea. Por ello, debiese dictarse una regulación de la exportación de BFU, especialmente en materia medioambiental y sanitaria, lo cual debe ser considerado especialmente por los agentes sectoriales” (páginas N° 15 y 16, donde lo destacado es nuestro).

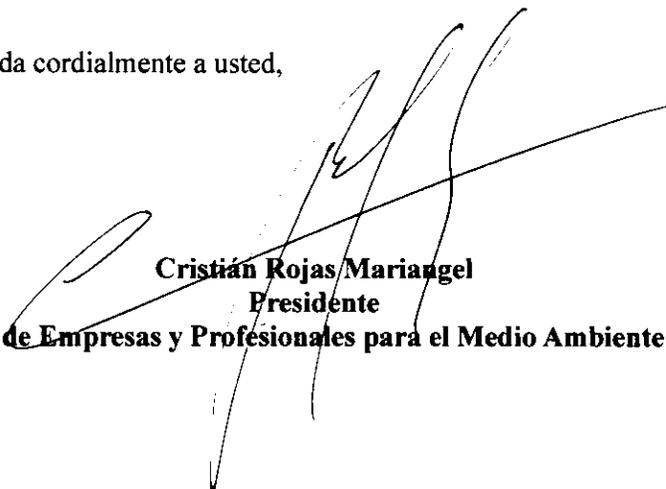
Como queda de manifiesto, lamentable e inexplicablemente, el Ministerio del Medio Ambiente omite pasajes esenciales del Informe de Archivo de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 6 de diciembre de 2016, que no hacen más que demostrar lo errado e improcedente de su proceder, reforzando de paso nuestra tesis en la materia, en cuanto a que, resulta ser del todo contrario al Convenio de Basilea, la regulación destinada a permitir en nuestro país la exportación de residuos peligrosos para valorización, con independencia de la capacidad técnica instalada, siendo ello procedente sólo y exclusivamente ante hipótesis de ausencia o insuficiencia de la misma.

* * *

En definitiva, siendo graves y extremadamente delicadas las afirmaciones *imprecisas, desactualizadas* o derechamente *erróneas* que se contienen en el documento tipo minuta titulado “Reglamento que regula el movimiento transfronterizo de residuos” es que, solicitamos que todo lo aquí expresado sea por usted debidamente ponderado y se tenga en especial consideración en forma previa a la suscripción del

Reglamento, quedando desde ya a su entera disposición para aclarar dudas, responder interrogantes o aportar mayores antecedentes que permitan mancomunadamente dotar al país de una regulación moderna, útil y eficiente sobre el movimiento transfronterizo de residuos, respetuosa de los compromisos internacionales que Chile suscribió hace más de treinta años en materia medio ambiental y de salud de las personas.

Sin otro particular, le saluda cordialmente a usted,



Cristián Rojas Mariangel
Presidente
Asociación de Empresas y Profesionales para el Medio Ambiente (AEPA)

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 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, 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 regirán 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.¹

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

¹ Hunter, Salzman and Zaelke, *International Environmental Law and Policy* (Foundation Press, 3rd 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 4º 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 4º 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.² Por ese motivo, lo que hace el Convenio es controlar el movimiento transfronterizo de

² 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 4º 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 4º 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 4º 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 en el territorio de su propio país 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,³ 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

³ 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 valorización 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.⁴ 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.⁵ 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.⁶

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))⁷, 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)).⁸ 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

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

⁵ *Ibid*, p. 159.

⁶ *Ibid*, pp. 160-1.

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

⁸ 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 Greenpeace⁹ 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.¹⁰ (*mi traducción*)

⁹ Kummer, *op.cit.*, p. 162.

¹⁰ 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 2021.¹¹

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.¹²

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)¹³ 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.”

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

¹² 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).

¹³ 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.¹⁴

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 el 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 produced 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.¹⁵

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

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

¹⁵ 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.¹⁶

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)).¹⁷

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 2001.¹⁸ 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

¹⁶ *Ibid.*, p. 4.

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

¹⁸ Art. 2.

produzca un daño material para que un Estado incurra en responsabilidad por el no cumplimiento de sus obligaciones internacionales¹⁹ ni tampoco se exige culpa o negligencia de su parte.²⁰

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

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

²⁰ *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.”²¹ 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.

²¹ 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.²²

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.²³

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.²⁴ 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.²⁵ 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).²⁶ 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

²² Crawford, *op.cit.*, p. 940.

²³ 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.

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

²⁵ ICJ Reports (1996), Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 29.

²⁶ 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.²⁷ 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.”,

²⁷ 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,²⁸ 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.²⁹

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.”³⁰ 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.

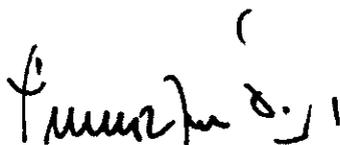
²⁸ El Protocolo de San Salvador fue ratificado por Chile el 29 de julio de 2022.

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

³⁰ *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