

EL FUTURO DEL DERECHO AMBIENTAL (*)

Javier Vergara Fisher

Abogado

El objetivo de esta presentación es señalar algunos aspectos de gran relevancia, que hoy se presentan como problemas en materia de regulación ambiental y que creo son de relevancia para el futuro del debate jurídico que se desarrollará en nuestro país en los próximos años:

Dentro de estos, trataremos especialmente algunos problemas vinculados a la armonización del derecho de propiedad con las limitaciones propias de éste, emanadas de su función social; el derecho a desarrollar actividades económicas y el derecho de vivir en un país libre de contaminación; todas estas garantías consagradas en el artículo 19 de nuestra Constitución Política.

1. EL DERECHO DE PROPIEDAD, EN RELACION A LAS LIMITACIONES A ESTE DERECHO DERIVADAS DE LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD; EL DERECHO A DESARROLLAR ACTIVIDADES ECONOMICAS LICITAS, Y EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACION

La adecuada interpretación que de las normativas constitucionales que consagran o reconocen los derechos y garantías indicadas, y la forma en que la ley desarrolla las limitaciones y restricciones a estos, dan el marco esencial para entender cómo jugarán en el futuro próximo, los aspectos vinculados al desarrollo de actividades económicas y la protección del medio ambiente. En general, la forma en que se desarrolle la interpretación de nuestras normas debe ser coherente con nuestra doctrina jurídica y constitucional, pero de una forma que permita interpretarla a la luz de los nuevos problemas que debe hacer frente, modernizándola, logrando que la interpretación jurídica que los Tribunales hagan de la normativa, permita incorporar el desafío de la protección ambiental, en forma coherente con los derechos absolutamente legítimos de desarrollar actividades económicas. En este contexto se requiere un marco claro del ámbito de las restricciones y limitaciones a que deberán estar sujetas las actividades económi-

(*) Presentación preparada para el Congreso de Derecho Ambiental, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

cas y el derecho de propiedad para proteger el medio ambiente. En general, hasta la fecha el pronunciamiento de nuestros Tribunales Ordinarios, del Tribunal Constitucional y de la Doctrina no ha sido del todo claro y, hasta se le podría calificar de equivoco en diversas situaciones. Todo ello genera incertidumbre respecto de las reglas de juego, para los diversos sectores que juegan un rol en esta materia, por lo cual se hace urgente avanzar, en poner claridad en estas materias, es por ello que la ciencia jurídica en general, y sus actores en particular, sean los Tribunales, académicos, operadores (abogados en el ejercicio de la profesión) y los reguladores, están llamados a desempeñar un rol de gran relevancia en este proceso de irrupción de la temática de la protección del medio ambiente en nuestro proceso de desarrollo económico y social.

Aun cuando pueda parecer tedioso, es necesario hacer "mención, a las normativas constitucionales relevantes en el tema que nos preocupa, para posteriormente, desarrollar en extenso la problemática.

La Constitución Política del Estado reconoce en el numerando 24 del artículo 19, el Derecho de Propiedad en sus diversas especies. Acto seguido nos indica que "sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad Nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la *conservación del Patrimonio ambiental*" (cursivas agregadas).

Asimismo el numerando 21 de dicho artículo 19, reconoce "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

Por otra parte el numerando 8º del mismo artículo 19, nos señala que la Constitución asegura a todas las personas "el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este Derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

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

A su vez el numerando 26 del artículo 19, entrega a todas las personas "la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza no podrá afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Es obvio, que cualquier ley que exceda ese marco, sería inconstitucional, salvo que tratándose del derecho de propiedad estableciera la posibilidad de proceder a la expropiación con la indemnización correspondiente.

La interpretación coherente de este conjunto de normas es lo que otorgará el marco jurídico dentro del cual se podrán desarrollar las diversas actividades económicas, con respeto al medio ambiente tal como lo consagra la Constitución.

Asimismo la forma en que se viertan dichos principios en la legislación que se dicte sobre la materia, permitirá dar un lineamiento más claro, respecto a la forma en que nuestro país, entiende que se deben armonizar las disposiciones del texto Constitucional.

Al analizar las disposiciones constitucionales citadas, nos encontramos con una serie de conceptos cuyo contenido está siendo definido por los Tribunales, y respecto del cual aún no se ha desarrollado una extensa doctrina nacional, ni tampoco una jurisprudencia clara, a continuación paso a abordar algunos de ellos, que parece conveniente desarrollar:

a) Medio Ambiente Libre de Contaminación:

Situaciones en que existe descarga de elementos llamados contaminantes al ambiente, ámbito del concepto contaminación:

En general este concepto aparece en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución del 80, y cabe destacar el alcance hecho durante la discusión del texto Constitucional respecto a que no se trataba de un medio ambiente *libre de toda contaminación*. En todo caso, el primer aspecto a resolver es qué se entiende por Contaminación.

La ley N° 19.300, art. 2°, en la letra c) señala que esto "es la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía, o combinación de ellos, en concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a la establecida en la legislación vigente". Con esta definición se ha intentado darle un contenido normativo al concepto de contaminación, siguiendo la idea de algunos en cuanto a que donde no existe norma que regule el contaminante no debía existir contaminación. Ese criterio, aún cuando desde la perspectiva de la seguridad jurídica que involucra puede ser atractivo, es obviamente discutible respecto de la protección efectiva de la personas, y no parece correcto puesto que obviamente, la ausencia de norma respecto de un elemento no le quita la característica de ensuciar el aire, o de producir daño, sólo indica que este país aún no ha definido que es importante normarlo, y qué niveles de concentraciones de dicho contaminante esa sociedad estima como aceptables. Por otra parte, llevar al límite la interpretación indicada, nos llevaría a la conclusión, que sólo se puede controlar o limitar de alguna forma aquellos elementos contaminantes que se encuentran regulados a través de una norma de calidad o emisión, pero ello no es así.

Con un análisis más profundo de la situación podemos señalar que una argumentación como la indicada no parece tener asidero en nuestra legislación. La norma citada se debe entender sólo respecto de aquellos elementos que se encuentran normados y no de aquellos que no lo están. Esto se concluye al hacer una interpretación sistemática de la ley N° 19.300, la cual en sus artículos 11 letra a, 16 inciso final, 24 y 25, permite a la autoridad, que cuando se estima que puede existir descarga al ambiente contaminantes que caucen riesgo a la salud, en algún proyecto

de inversión, respecto del cual no exista norma en nuestro ordenamiento, es perfectamente posible establecer a su respecto limitaciones o restricciones a su funcionamiento, las cuales se expresarán en condiciones a su operación, o medidas de mitigación de sus impactos. Por otra parte, la propia ley N° 19.300 en la letra d) del citado artículo 2º, al definir *contaminante* nos entrega un concepto que no está vinculado a la posibilidad de estar o no regulado por una norma, sino que lo define en virtud de su potencialidad de constituir o no un riesgo para la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental. Por otra parte la *letra m) de la ley al definir medio ambiente libre de contaminación*, señala que este es aquel en que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental. *Esto es, en ambos casos, se le quita el contenido normativo que el vocablo contaminación, tiene en la letra c) de la ley N° 19.300.* Ello refleja obviamente que los textos comentados fueron de ardua discusión en el Congreso, y que en la solución final, se mantuvieron ciertas contradicciones internas.

Todo lo expuesto anteriormente parece conducirnos a la conclusión, que cuando existe un contaminante normado, sea en calidad o en emisión, el concepto de contaminación parece indefectiblemente asociado a dicha norma, y por ende los Tribunales o cualquier órgano de la administración, al constatar una situación que importe la presencia en el ambiente de ese elemento, deberá remitirse a la norma definida para estimar si existe o no una infracción a la Garantía del 19 N° 8. Incluso más, un particular podría reclamar respecto que se le está amagando en su derecho reconocido por el 19 N° 21 (Desarrollar actividades económicas), respecto del órgano de la administración que le está exigiendo niveles de emisión o calidad más allá de los señalados en nuestra legislación. Pero, a su vez, otros elementos que no están normados puedan ser estimados como contaminantes por los Tribunales, y por lo tanto, su presencia en el ambiente puede afectar la garantía Constitucional, y pueden ser los Tribunales o la administración los llamados a definirlo.

Este criterio que hemos definido respecto de la forma en que los Tribunales pueden interpretar las normas constitucionales en forma armónica con la ley N° 19.300, es perfectamente extendible a la acción de los órganos de la administración, que tiene por objeto proteger a la población respecto de descargas a la atmósfera que puedan afectar su salud, u otros similares. Como por ejemplo, son los Servicios de salud, fundados en las disposiciones contenidas en el Código Sanitario, y las disposiciones que lo desarrollan.

El entender estas disposiciones de otra forma, genera inconsistencias, que no parece posible considerar que esta hubiere sido la decisión del legislador. En efecto, si entendemos que sólo hay contaminación en

aquellos casos que hay norma de calidad o emisión, nos lleva a la conclusión, que todo lo que se hace para prevenir, y que se hizo ya para prevenir y poner condiciones a actividades contaminantes que causaban grave molestia a la población, pierde toda vigencia, y no se puede continuar protegiendo a la población en esos casos. Por otra parte, si consideramos, que el concepto de contaminación no tiene relación alguna con las normas de calidad o emisión vigentes en aquellos casos en que estas existen, no tendrían sentido las normas de la ley Nº 19.300 que señalan que al estar una zona declarada como latente o saturada se gatilla la necesidad de dictar un Plan de Prevención o Descontaminación.

En cambio, una interpretación como la que hemos propuesto, ayuda a resolver parte de los problemas, sobre todo cuando se entiende que se está afectando el medio ambiente, mediante la descarga de ciertas sustancias a él, por parte, de emisores conocidos.

En virtud de lo indicado anteriormente cobra importancia la necesidad de tener claridad en las reglas de juego, a la hora de desarrollar cualquier tipo de actividad económica que pueda ser estimada emisora de sustancias contaminantes. Es por ello, que quienes las desarrollan deberán abogar por que se regule su emisión, de modo de tener claridad respecto de los parámetros que deberán cumplir.

El ámbito de la garantía Constitucional del artículo 19 Nº 8:

Otro aspecto importante dice relación con el ámbito de la garantía constitucional. Se debe determinar si esta se refiere a riesgos a la salud o daños al medio ambiente derivados sólo de problemas de contaminación, como se desprende de la letra m) de la ley Nº 19.300, o por el contrario su contenido es amplio, y se extiende a todo aquello que de algún modo u otro afecte el medio ambiente, como puede ser una práctica inadecuada de explotación de un recurso natural, que sin contaminarlo, de todas formas lo deteriora gravemente. Ya en el año 1985, al resolver respecto a un recurso de protección que tenía por objeto proteger el lago Chungará, la Corte Suprema señaló que "*medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza*, de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo que conforma la naturaleza con sus sistemas ecológicos de equilibrios entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de un modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida". Cabe hacer presente, que en esa oportunidad, la Corte, fundó además su fallo, en el hecho que el lago Chungará es parte del Parque Nacional del Lauca; recordemos que Chile suscribió la Convención Internacional para la Protección de la Flora y Fauna, y las Bellezas Escénicas, y el Parque Nacional está dentro de las clasificaciones de dicho cuerpo normativo, y además aparece listado como reserva mundial de la biosfera por la UNESCO, por ende es un lugar que en virtud de diversas normas jurídicas se encuentra sometido

a un régimen especial de conservación. Ahora bien, la Corte Suprema se ha vuelto a referir al ámbito del concepto Medio Ambiente Libre de Contaminación, al resolver el caso habitualmente llamado Trillium o Río Cóndor. En su considerando 12º, la Corte señala: ...*"En efecto, dicha disposición (el 19 N° 8 de la Constitución Política) impone al Estado el Deber de velar para que este derecho no sea afectado; y al mismo tiempo tutelar la preservación de la naturaleza..."*. La Excma. Corte, dentro del bien jurídico que se garantiza a cada ciudadano, no sólo considera el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de Contaminación, sino que incorpora dentro de la garantía las frases siguientes del primer párrafo del artículo 19 N° 8. De este modo la Corte se convierte en una especie de "supervisor" de que los órganos del Estado cumplan con el *deber de velar para que el Derecho no sea afectado, y tutelar la preservación de la naturaleza*, según la valoración que la Corte hace respecto de si el administrador está cumpliendo o no con ese deber. Sin importar, si el administrador estima que al ejercer sus funciones ya había tomado los resguardos necesarios para proteger el medio ambiente.

De este modo la Corte, ha ido más allá de una interpretación literal del artículo 19 N° 8, que limitaba la protección Constitucional, sólo a un medio ambiente libre de Contaminación, acogiendo un concepto amplio que incorpora la preservación de la naturaleza, por un eventual acto que la altere de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida, como por ejemplo ocurre al afectarse los recursos naturales, no necesariamente derivado de un acto de contaminación. Cabe hacer presente que dicha interpretación obviamente podría ser discutible a la luz de un análisis del texto constitucional, pero parece interesante como una forma de propender a la mejor protección del medio ambiente.

b) La protección del patrimonio ambiental, como una limitación del derecho de propiedad derivadas de su función social:

La Constitución señala que las limitaciones del Derecho de Propiedad derivan de su función social, mencionando entre los contenidos de esta función social aquellas derivadas de la *conservación del patrimonio ambiental*. En virtud del texto Constitucional, podemos indicar que se podrá usar de los bienes propios libremente, con la limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Asimismo, nada impide que del uso de dicho bien, que pertenece a un privado nazca el desarrollo de una actividad económica lícita amparado por el 19 N° 21 de la Constitución, la cual se deberá someter a la constitución y a las leyes. Asimismo en virtud del 19 N° 8, la ley podrá establecer restricciones específicas a determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. En general el Constituyente no entra en explicaciones respecto a la diferenciación entre protección del medio ambiente, y conservación del patrimonio ambiental. Está claro que en un caso se refiere a una limitación intrínseca al derecho de propiedad en virtud de su función social, y en el segundo es la ley la que caso a caso, podrá restringir los derechos o libertades para proteger el medio ambiente. En ambos casos rige el concepto de que los derechos no

podrán ser limitados en su esencia, y en virtud de lo señalado en el numerando Nº 26 del artículo 19 de la Constitución.

Para enfrentar este tema, se analizará nuevamente el caso Trillium, pero obviaremos, el problema de la legalidad de las resoluciones en función de no estar vigente el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, para referirnos únicamente a aquellos aspectos que puedan ayudarnos a iluminar la discusión, respecto a la armonización entre el Derecho de propiedad y sus limitantes derivadas de la conservación del patrimonio ambiental. En este caso, la Excma. Corte Suprema señala que tutelar la preservación de la naturaleza *"se refiere al mantenimiento de las condiciones originales de los recursos naturales, reduciendo al mínimo la intervención humana"* y el inciso segundo del mismo artículo establece que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente". Señala posteriormente la Excma. Corte que esta Garantía se encuentra complementada por la ley Nº 19.300 en numerosos preceptos que no es del caso repetir, pero acto seguido se indica *"los recurrentes tienen derecho, además a instar por la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental...."*.

Cabe hacer presente que la resolución que aprobó el proyecto Río Cóndor, y la que en definitiva ratificó dicha aprobación establecieron una gran cantidad de condiciones para su funcionamiento. Estas llevaron a que las hectáreas explotables en relación al bosque productivo existente fueran del orden de 77.000 sobre un total cercano a las 125.000, además de generar una serie de restricciones que a juicio de la autoridades que aprobaron el proyecto, importaban cautelar por la sustentabilidad ambiental de este. Ello debido a que la Dirección Ejecutiva de CONAMA, en su resolución incorporó condiciones que tenían por objeto hacerse cargo de las aprehensiones que en primera instancia tuvieron los servicios públicos, e incorporó algunas de las preocupaciones contenidas en las observaciones de la comunidad. Ello importaba significativas restricciones al dominio fundado en la protección del medio ambiente. Pero *en este caso, la Corte señala que la garantía constitucional se refiere al mantenimiento de las condiciones originales de los recursos naturales, reduciendo al mínimo la intervención humana.*

Algunos han leído en esas frases una declaración de la Excma. Corte Suprema, respecto a que esos bosques no podrían ser tocados con fines comerciales, ni desarrollarse en ellos un proyecto de explotación comercial por sustentable que sea en el largo plazo, y permita la adecuada conservación del bosque. Esto significa prácticamente extraer del comercio humano, y de su uso legítimo recursos naturales que son de propiedad absolutamente privada. Ese tipo de argumentación parece más fundada si estamos hablando de una zona que está bajo protección oficial, como puede ser un parque nacional, de hecho ese criterio fue sustentado por la Corte Suprema, en el ya citado caso del lago Chungará, y el de una especie amparada bajo la protección de Washington, y respecto de la cual

se prohíbe su corta, como es la Araucaria. En esta última situación la Excma. Corte ratificó lo obrado por el ejecutivo, pero debemos señalar que aún en esa situación, y habiendo actuado el ejecutivo amparado en una ley de la República como es la Convención de Washington, la Corte Suprema en una oportunidad ratificó el criterio que se debía indemnizar por ese hecho a los propietarios de las Araucarias, resolución que no necesariamente compartimos. Obviamente caso a caso se debe analizar si la intervención propuesta para ese lugar pone o no en peligro el medio ambiente de ese lugar, que de por sí, requiere de mayor protección que otros al referirse a especies amparadas oficialmente. En el caso del proyecto Río Condor la situación es diametralmente distinta, el proyecto se refiere a especies que no están protegidas, en terrenos que son propiedad de particulares, el cual está sujeto únicamente a las limitaciones o restricciones derivadas de la función social de la propiedad. Es por ello, que podría llegar a aceptarse que la Corte estimará que no se han tomado todas las medidas tendientes a asegurar que el proyecto se hace cargo de los efectos característicos o circunstancias del artículo 11 de la ley N° 19.300, o que el proyecto no cumplía legislación ambiental vigente, pero no puede exigirse en situaciones como las descritas que el medio ambiente persé debe mantenerse intocado. Para que ello ocurra, debe existir un instrumento jurídico, que habilite para que a través de un acto administrativo, se dé cuenta de una valoración de tal magnitud de ese bien o recurso, que prácticamente lo libera de la posibilidad de sufrir impactos significativos, como es el caso del lago Chungará.

Debemos también señalar, que si los Tribunales pretenden entrar a valorar en cada caso, si han tomado todos los resguardos para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300, y ellos se transforman en definitiva en los últimos decisores respecto de la valoración ambiental de dichos artículos, deberán enfrentar las ventajas y desventajas de asumir la opción, de tomar en sus manos la función de administrador. Por de pronto podemos señalar que en general la jurisprudencia norteamericana sobre la materia es obvia sobre el fondo del asunto, por estimarlo de competencia del administrador, y sólo verifica si la decisión se tomó habiéndose tenido a la vista y considerado todos los informes técnicos respectivos. Debemos considerar también que en el caso citado, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aprueba estudios, y no es un sistema de ordenación administrativa de los permisos de un proyecto como ocurre en nuestro ordenamiento, por lo cual las situaciones no son absolutamente simétricas.

En todo caso, lo señalado nos lleva a ratificar el especial cuidado que debe tener la autoridad de velar por cumplir la legislación ambiental y que se mitiguen, reparen o compensen adecuadamente los impactos que se indican en el artículo 11 de la ley N° 19.300.

Por otra parte, puede darse perfectamente una situación inversa, cual es que sea el proponente el que estima que las exigencias que se le hacen, exceden el ámbito de protección al medio ambiente, que se deriva de las

limitaciones impuestas a su propiedad derivadas de la función social, o que las limitaciones que se impusieron en virtud de la ley Nº 19.300, han afectado sus derechos en su esencia.

En general el desarrollo de esta discusión se dará sobre una especie de cuerda floja en la cual debe mantenerse un fino equilibrio, puesto que es muy fácil caer en interpretación de los textos legales, que importen una transgresión de los derechos de los privados a emprender, como asimismo permitir que se haga tabla rasa de las limitaciones que nuestro texto constitucional pone al derecho de propiedad y al derecho a emprender actividades económicas. En general, el criterio de la autoridad deberá ir buscando en cada oportunidad el difícil lugar donde se armonizan las diversas garantías involucradas, y los que por diversas razones no concuerden con su criterio seguramente recurrirán a los tribunales a desafiarlo. De ahí, la importancia de que los tribunales al resolver estas causas, tengan conciencia, que en cada caso que se está sometiendo a su conocimiento, se están sentando las bases de las reglas que en el futuro regirán a los nuevos proyectos de inversión, y los derechos de los ciudadanos en torno a ellos.

Creemos que una lectura del fallo, de Trillium en la forma que enunciamos al principio, podría llevar a constituir limitaciones de los derechos en su esencia lo que se contrapone con el texto Constitucional, y más aún es contrario a los criterios que hasta la fecha ha tenido la propia Corte Suprema para resolver otros conflictos donde han colisionado las garantías constitucionales antes indicadas. Además llevaría ineludiblemente a una seguidilla de juicios por no encontrar una ecuación adecuada entre las diversas garantías en juego.