

B) HISTORIA DE LA CONSAGRACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO. LA DISCUSIÓN EN LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y EN EL CONSEJO DE ESTADO. LAS DIFERENTES APROXIMACIONES<sup>34</sup>

I. La CENC<sup>35</sup>

Fue al discutirse el texto del *Memorandum*<sup>36</sup>, cuando por vez primera alumbró el tema ambiental como parte de la labor de la CENC<sup>37</sup>.

Continuación nota <sup>33</sup>

rente, o, al menos, renovada, sucede a un equilibrio anterior." ("Derecho ambiental y cultura legal en América Latina", *Justicia ambiental. Construcción y definición de los nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos en América Latina*. Pnuma, Serie Foros y Debates Ambientales, N° 1, 2001, p. 38). Y añade: "La oposición entre el propósito del texto constitucional y un estilo político-económico no-ecológico, encarnado tanto en la estructura del Estado como en la práctica cotidiana y realidad económica de una nación, y por añadidura, consagrado en otros capítulos de la constitución, convierte a la norma constitucional en mera acta del fracaso, testimonio de loables propósitos incumplidos. A la postre, la retórica legislativa enverdecida desgasta el ideario del pensamiento ecológico, interrumpe su incursión en el imaginario colectivo como signo de reinención social y, finalmente, le despoja de todo su sentido renovador" (*Id.*, p. 61).

<sup>34</sup> La historia de la elaboración del artículo 19 N° 8 CP, pasó por tres grandes etapas: La labor de la CENC, cuyos principales productos fueron, primero, el trabajo que consta en las *Actas Oficiales de las sesiones*; segundo, el *Memorandum que contiene las metas u objetivos fundamentales en que deberá inspirarse la nueva Constitución Política del Estado*, de 26 de noviembre de 1973; tercero, el *Informe Proposiciones e ideas precisas* de 16 de agosto de 1978; y finalmente el *Texto del Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, de 18 de octubre de 1978. La actividad del Consejo de Estado constituye otra de las fases en la formulación de la nueva Constitución, entidad cuyo trabajo consta en sus propias Actas de sesiones y en el *Informe del Consejo de Estado recaído en la consulta formulada por S.E. el Presidente de la República acerca del Anteproyecto sobre Nueva Constitución Política del Estado*, en el que, además, se adjuntó su propuesta sobre *Texto del Proyecto de la Nueva Constitución Política*, de 1 de julio de 1980. La última etapa fue la labor desarrollada por la Junta de Gobierno, organismo que introdujo los ajustes finales a los trabajos realizados por la CENC y el Consejo de Estado.

Continúan notas <sup>35 a 37</sup>

La propuesta generó opiniones diversas. Para algunos comisionados, todo lo que tuviera que ver con la contaminación y el ambiente debía excluirse de cualquier cariz constitucional<sup>38</sup>. Para otros, tales materias sí debían poseerlo, pero insertas dentro del campo de acción propio del bien común<sup>39</sup>. Al fin, ciertos integrantes sostuvieron que tenían que incorporarse en el texto fundamental, pero dentro de los derechos y garantías individuales<sup>40</sup>.

Continuación notas <sup>35 a 37</sup>

<sup>35</sup> La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución fue un órgano creado por el gobierno de facto (decreto ley N° 1.064, de 12 de noviembre de 1973, del Ministerio de Justicia) que sucedió al régimen de Salvador Allende, y cuya misión fue elaborar la Constitución Política que sustituiría a la de 1925.

<sup>36</sup> Me refiero al *Memorandum que contiene las metas u objetivos fundamentales en que deberá inspirarse la nueva Constitución Política del Estado*, de 26.11.1973.

<sup>37</sup> En el documento se señaló que "para dar protección al derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo, será necesario evitar la contaminación del medio ambiente, estableciendo las normas que conduzcan a tal fin". (ASC 18, de 22.11.1973, p. 6). En la misma sesión, sin embargo, el comisionado DIEZ URZÚA estimó conveniente redactar esta parte de la siguiente forma: "Asimismo, para la protección del derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo, será necesario establecer normas que eviten la contaminación del medio ambiente". Tal propuesta fue aceptada (*Id.*, p. 19).

<sup>38</sup> El comisionado OVALLE QUIROZ adujo que "la contaminación del medio ambiente no puede figurar en la Carta Fundamental, porque, si bien es cierto que es un deber del Estado buscar los arbitrios necesarios para asegurar las más óptimas condiciones ambientales para el desarrollo físico y moral de las personas, no es menos cierto que esta materia -por importante que sea- no debe tener, en este aspecto, jerarquía o rango constitucional" (ASC 18, p. 19).

<sup>39</sup> El comisionado SILVA BASCUNÁN propuso "tratar el tema relativo a la contaminación en el capítulo quinto, acerca del Estado, porque ésta debe ser una de las preocupaciones preferentes del Estado, inserta en su objetivo fundamental que es el bien común" (*Ibid.*).

<sup>40</sup> El comisionado DIEZ URZÚA planteó que la idea de situar este derecho en el ámbito de las garantías constitucionales obedecía a que "la mantención de un ambiente sano es un derecho de todos los hombres" (*Ibid.*) A modo de complemento, el comisionado EVANS DE LA CUADRA agregó que "esta materia debe tratarse conjuntamente con las ga-

Tres años más tarde, la CENC retomó la discusión<sup>41</sup> y comenzó el estudio acerca de la posibilidad de establecer este derecho en la Carta Constitucional, a partir de una indicación formulada por el comisionado EVANS DE LA CUADRA, la cual generó nuevamente un debate que fue testigo de la confrontación de diversos criterios<sup>42</sup>.

El comisionado SILVA BASCUÑÁN se refirió al principio según el cual la Constitución no debía contemplar normas tales que no presta-

#### Continuación nota <sup>40</sup>

rantías y derechos individuales, porque la preocupación por el medio ambiente forma parte de la superestructura de la seguridad social" (*Ibid.*) En definitiva, la CENC acordó mantener lo expresado en la propuesta del *Memorandum*, insertándole sólo modificaciones menores. Esta versión quedó plasmada en el texto definitivo del *Memorandum*, en los términos siguientes: "Será su deber [se refiere al Estado], en cumplimiento de su fundamental misión de velar por la vida de los ciudadanos, implícita en todas las Constituciones del mundo, consagrar normas que tiendan a evitar la contaminación del medio ambiente." (*Id.*, p. 24).

<sup>41</sup> Sin embargo, hubo dos sesiones intermedias en las cuales se trató nuevamente el punto. Con ocasión de la solicitud de un informe sobre diversas materias, el profesor Francisco Cumplido señaló a la CENC "que debe ser la Constitución la que establezca la obligación de proteger los recursos humanos y materiales ecológicos que permitan la subsistencia de los habitantes del territorio nacional, y, al mismo tiempo, se consulte una posibilidad de control o de mayor fiscalización respecto del uso de ciertos bienes naturales o de contaminación, que constantemente provocan una disminución de estos recursos, con riesgo de la vida misma. Estima que, aunque parezca algo desvinculado de las garantías y derechos humanos, en el fondo la subsistencia del hombre, su salud corporal y mental, son realmente tan fundamentales como la libertad, el derecho de opinión y otros". (ASC 86, de 12.11.1974, p. 5). Por su parte, también con motivo de un informe que le fue requerido, el profesor José Luis Cea Egaña manifestó que "referente a los derechos y deberes sociales, cree que cabría, por ejemplo, consagrar normas destinadas a proteger el medio ambiente, en términos de preservar el equilibrio ecológico, y los recursos naturales; a controlar o eliminar la contaminación ambiental..." (ASC 88, de 19.11.1974, p. 9).

<sup>42</sup> Esto ocurrió en la Sesión 186, de 09 de marzo de 1976. La indicación era del siguiente tenor: "La Constitución asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación. Corresponde al Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales."

La ley podrá establecer determinadas restricciones al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

La integridad del patrimonio territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental" (ASC 186, p. 5).

ran utilidad, y que el derecho en estudio perfectamente podía entenderse comprendido dentro del bien común, aspecto que ya se había abordado dentro del capítulo de las normas generales del nuevo texto fundamental. Destacó también que, desde la perspectiva de la titularidad, en el caso de este derecho no estaba lo suficientemente clara<sup>43</sup>.

SILVA BASCUÑÁN consideró también en extremo delicada su consagración como derecho, pues a la indeterminación de su titularidad se agregaba la imposibilidad de que una finalidad como el bien común pudiese transformarse en un derecho individual<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Bajo tales premisas, expresó que "lo esencial del precepto en debate, con cuyo contenido está fundamentalmente de acuerdo, se relaciona con una aplicación de la idea de bien común, contenida en el capítulo de las normas generales", de donde se seguía que "si el bien común consiste en proporcionar a todos los habitantes —personas naturales o morales— las condiciones necesarias para su integral desarrollo humano, es un aspecto integrante, básico y genérico del mismo aquello de que el Estado deba asegurar a los habitantes, precisamente, un medio ambiente libre de toda contaminación, velar porque ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales" (ASC 186, p. 8). Agrego que SILVA BASCUÑÁN no hizo, en esta parte, nada original, pues vino a reafirmar lo que ya expusiera en la sesión 18 de 1973.

<sup>44</sup> Textualmente, señaló que era "extraordinariamente grave e inductivo a confusión y a problemas jurídicos bastante trascendentales colocar esta norma dentro de la enunciación de los derechos y libertades que se aseguran a todos los habitantes de la República, ya que es tan genérico el valor que consagra para toda la comunidad que no puede adscribirse específicamente a ninguna persona o cuerpo particular. Tal como todos tienen derecho a un integral desarrollo humano y, por lo tanto, a que el Estado les proporcione el bien común, no podría ese fin genérico y sustancial convertirse en una garantía que asegure a todos y a cada uno de los habitantes de la República, porque el exceso de extensión crea después una serie de problemas jurídicos. Cuando los derechos que se aseguran son susceptibles de adscribirse específicamente a una persona o cuerpo que puede interponer una acción proyectada específicamente a su respecto, entonces sí que está bien que ello se enuncie entre las seguridades que se dan a todos los habitantes de la República en términos de que pueden ser ejercidas por cada uno si acaso llega un momento en que, respecto de lo específico, se está violando o quebrantando un valor". "Sin embargo —prosiguió—, en este precepto, donde se trata de un valor colectivo tan genérico, tan indispensable, tan "atmosférico" —por decirlo así—, tan propio de un requisito esen-

Tal enfoque fue controvertido por los comisionados ORTÚZAR ESCOBAR y DIEZ URZÚA. Para el primero resultaba indelible la vinculación entre el bien común y la garantía referida al ambiente, por lo cual, lejos de ser una norma reiterativa, "de lo que se trata ahora es, justamente, especificar un poco, en lo que dice relación al derecho a vivir en condiciones normales"<sup>45</sup>. El segundo expresó que, desde el punto de vista de la naturaleza de este derecho, se trataba de uno de carácter individual<sup>46</sup>.

Continuación nota <sup>44</sup>

cial de convivencia, le parece que no puede reducirse a una simple enunciación de la tabla que se asegura a todos los habitantes y a cada uno de ellos. Porque vendrán problemas sobre cuándo, cómo y quién ejercerá el derecho; y entonces, como no podrá precisarse específica y concretamente respecto de determinadas personas, la inasibilidad jurídica del derecho que se está consagrando generará dificultades de tipo político, puesto que, en verdad, si el Estado falta tan gravemente al bien común que descuida la preservación del medio ambiente, lo que representa un peligro y un atropello para toda la colectividad, sólo puede ser instado para que se encamine por la senda correcta mediante los resortes políticos de que disponen los ciudadanos". Como colofón de los criterios descritos, manifestó ser partidario entonces "de que los incisos primero y tercero se coloquen en las normas generales; de eliminar el inciso segundo, y de que no se estatuya como derecho que se asegura a todos los habitantes de la República, debido a que lo fundamental que se asegura a todos es que el Estado va a ser manejado dentro del bien común. Y ello no es materia de una enunciación de tabla de derechos". (ASC 186, pp. 9-10).

<sup>45</sup> *Id.*, p. 10.

<sup>46</sup> En concreto, señaló que "además, es un derecho de las personas individualmente consideradas; es un derecho individual a vivir en ambientes libres de contaminación, por lo que debe ser puesto entre los derechos. Que la manera de hacer efectivo este derecho todavía no aparezca claro no es obstáculo, porque una institución tiene que partir con algo. Debe partirse con que es un derecho de las personas, de todos los habitantes de la República, el vivir en un ambiente libre de contaminación". Más adelante añadiría que "este derecho individual es tan derecho individual como el derecho a la vida y como el derecho a la salud". Concluyó "que la Comisión debe establecerlo como derecho individual, para dar a las personas o a los grupos de personas o a instituciones la oportunidad de recurrir a los tribunales. Todos los derechos individuales establecidos en la Constitución deben cubrirse con algún tipo de recurso. Debe estudiarse alguna fórmula que permita dar competencia a algún tribunal para que pueda velar por tales derechos. Por eso le agrada que se establezca como derecho individual". (*Id.*, pp. 11-12).

En suma, quedaron visiblemente reflejadas dos aproximaciones en el seno de la CENC. Según la primera, el derecho al ambiente representaba una pieza constitutiva del bien común, a cuya satisfacción debía concurrir el Estado, y que ya se había contemplado en la parte inicial del futuro texto constitucional, de manera que abordarla en otro capítulo venía a ser algo poco más que tautológico. Asimismo, afirmaba que este derecho, por su evidente pertenencia a todas las personas, por su obvia necesidad práctica, no estaría radicado en sujetos determinados, sino "diseminado" en la colectividad toda, configurando así un derecho general. Incluso —añadía—, se estaría ante un clásico ejemplo de prestación estatal cuya insatisfacción no podía ser calificada como prerrogativa constitucional, ni mucho menos susceptible de acción jurisdiccional que la hiciera exigible.

La segunda orientación apuntaba a que efectivamente el derecho en análisis formaba parte del bien común, pero que ello no era razón para no especificar ese deber a propósito del ambiente, agregándose que el mismo carácter de general que se le imputaba al estudiado lo podían tener otros derechos que ya habían sido consagrados, como el de la salud o el de la educación. De todos modos, era un derecho, se decía, que se encontraba íntimamente vinculado con el derecho a la vida y a la salud de las personas. Este enfoque reivindicaba el carácter individual del derecho a vivir en un ambiente adecuado<sup>47</sup>, y tal fue el que terminó por imponerse.

## 2. El Consejo de Estado

Tal como acaeció en el seno de la CENC, voces dispares se pronunciaron sobre la materia, no lográndose nunca la unanimidad.

<sup>47</sup> En la primera posición, principalmente, el comisionado SILVA BASCUÑÁN y GUZMÁN ERRÁZURIZ. En la segunda, los señores DIEZ URZÚA y EVANS DE LA CUADRA.



Por una parte, el consejero ORTÚZAR fue de la opinión de "que esta norma no constituye una mera declaración, ya que en determinados casos habilita para presentar el recurso de protección"<sup>48</sup>. Por la otra, JORGE ALESSANDRI consideró "que materias como éstas, que ahora se han llevado a un anteproyecto constitucional, son propias de otros mecanismos, puesto que bien pueden ser consideradas en la ley o, incluso, mediante medidas administrativas. Destaca que, a su juicio, la norma propuesta es abiertamente exagerada"<sup>49</sup>.

Según el mismo registro, el consejero IBÁÑEZ compartió este último parecer, preguntándose además si era "admisible que un particular paralice todo un sistema de transporte, porque contamina el aire, en circunstancia que el erario puede carecer de recursos para realizar los urgentes gastos necesarios para evitarlo"<sup>50</sup>.

El consejero PHILIPPI, por el contrario, siguiendo la línea de ORTÚZAR, consideró que la disposición en discusión era adecuada, "pues no debe menospreciarse el gran esfuerzo y sacrificio que han realizado los países desarrollados para intentar recuperar las condiciones naturales, deterioradas por no haber adoptado a tiempo las medidas adecuadas"<sup>51</sup>.

Como resultado de estas diversas opiniones, y con el voto en contra de los señores ALESSANDRI, FIGUEROA, HERNÁNDEZ y URRUTIA, se acordó aprobar el precepto<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Acta de la sesión 58, de 12 de diciembre de 1978 (Actas del Consejo de Estado, vol. 2, p. 360).

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Id.*, p. 361. Vale la pena señalar que las opiniones de los señores integrantes del Consejo de Estado en esta sesión, fue vertida con ocasión del Anteproyecto de la Nueva Constitución de octubre de 1978, elaborado por la CENC.

<sup>52</sup> *Ibid.* Lo que fue confirmado en la sesión 100, de 08.01.1980 (Consejo de Estado Actas, vol. 3., p. 201).

Posteriormente, el Consejo manifestó que no había logrado unanimidad en torno a la consagración de ciertos nuevos derechos en lo que sería a futuro la nueva Constitución<sup>53</sup>. En particular, el Presidente del organismo señaló que no había "sido partidario de incorporar garantías constitucionales de tal naturaleza, que su cumplimiento no depende de la voluntad del Presidente de la República. A su juicio, se trata de simples declaraciones demagógicas que pueden dar lugar a dificultades innecesarias"<sup>54</sup>.

Finalmente, en el texto del proyecto de la nueva Constitución Política propuesto por el Consejo de Estado, anexo al Informe bajo examen, se contempló expresamente el derecho a un medio ambiente adecuado<sup>55</sup>, como, también, la posibilidad de ser amparado bajo la acción constitucional de protección<sup>56</sup>.

#### C) SIGNIFICADO Y EXTENSIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE ADECUADO

##### 1. *El enfoque dado por la CENC*

Según ya se expusiera, el texto bajo el cual este grupo de trabajo desarrolló su labor se concentró en la indicación que formulara el comisionado EVANS DE LA CUADRA. Para efectos de mayor claridad, reproduciré nuevamente el texto aludido:

<sup>53</sup> Informe del Consejo de Estado y su Proyecto Adjunto, recaído en la consulta formulada por el Presidente de la República acerca del Anteproyecto elaborado por la Comisión, sobre nueva Constitución Política del Estado, de 1 de julio de 1980, (RCHDUC, vol. 8, 1981, p. 391).

<sup>54</sup> *Id.*, p. 420 Coherente con lo expresado en la sesión N° 58ª, de 12.12.1978.

<sup>55</sup> *Id.*, p. 429 (artículo 19 N° 8).

<sup>56</sup> *Id.*, pp. 435-436 (artículo 20.2).



*La Constitución asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación. Corresponde al Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales.*

*La ley podrá establecer determinadas restricciones al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente.*

*La integridad del patrimonio territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental<sup>57</sup>.*

Hubo básicamente dos planteamientos que surgieron en el seno de la CENC, que permitieron analizar el tema desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo.

En el primer sentido, el comisionado DIEZ URZÚA fue de la idea de suprimir la voz "toda", ya que en ninguna sociedad era posible contar con ambiente exento absolutamente de contaminación, dejando simplemente la frase "libre de contaminación"<sup>58</sup>.

En lo cualitativo, el mismo comisionado entendió que este derecho consistía en la posibilidad de vivir en "un ambiente que permita desarrollar la vida en condiciones normales"<sup>59</sup>. Para su homólogo GUZMÁN ERRÁZURIZ, ello significaba evitar "la contaminación peligrosa para el ser humano e inconveniente para la sociedad"<sup>60</sup>. Sin embargo, éste formuló una observación todavía más de fondo, y que por su relevancia me permito transcribir aquí:

*En la expresión "libre de contaminación", ¿tiene la palabra "contaminación" un sentido unívoco y preciso dentro de la terminología actual? Hace la pregunta, dice, porque no lo tiene claro en el siguiente sentido, que le preocupa. Entiende el derecho a vivir en un*

<sup>57</sup> ASC 186, p. 5.

<sup>58</sup> *Id.*, p. 7. Sobre este punto hubo pleno acuerdo.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Id.*, p. 17.

*medio ambiente sano, desde el punto de vista del aire, del agua, etcétera, pero cree que, en realidad, el medio ambiente está siempre contaminado, vale decir, tiene un grado de contaminación inevitable. Quiere decir que no sabe si acaso la expresión "libre de contaminación" sea excesiva en lo que se pretende, de suerte que, a lo mejor, es preferible referirse a un "medio ambiente sano". En realidad, agrega, desconoce los términos técnicos para expresarlo de una manera mejor, pero deja planteada la inquietud en cuanto a si todo el medio ambiente no está de algún modo contaminado y si en algún grado es imposible evitarlo<sup>61</sup>.*

En otras palabras, para GUZMÁN ERRÁZURIZ no era suficiente la aclaración de que no se garantizaba una contaminación cero. La mantención de la frase "libre de..." todavía podía conducir a equívocos, de tal forma que lo razonable era expresar la idea referida a un "ambiente sano". Este planteamiento, por más interesante que resultara ser, fue descartado por los demás integrantes<sup>62</sup>.

Las conclusiones a las que llegó la CENC merecen más de un alcance en la perspectiva de la extensión conceptual de la norma.

En efecto, aparece de manifiesto que dicho órgano intentó primero limitar la pretensión que se derivaría de la norma, para lo cual dejó claramente sentado en las actas que no se trataba de un ambiente exento de "toda" contaminación. Es obvio, sin embargo, que ningún ambiente en el que esté presente el ser humano se encuentra libre de algún grado de alteración, como señalara

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Los comisionados ORTÚZAR y EVANS DE LA CUADRA indicaron que, sobre la base de lo definido en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el término estaba correctamente empleado en el texto propuesto (*Id.*, p. 18). En todo caso, según los pasajes expuestos, dentro de la CENC se utilizaron diversas fórmulas para expresar el derecho en estudio: derecho a un *medio ambiente sano*, derecho a *vivir en condiciones normales* y derecho a *vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Este último fue el que imperó en definitiva.

GUZMÁN ERRÁZURIZ. Aun cuando la CENC dejó sentada esta aclaración, de todos modos hubiese sido preferible construir el precepto de otra forma, trasladando tal precisión a un nuevo texto, tal como lo propusiera el comisionado aludido<sup>63</sup>.

Además, la construcción jurídica de la CENC limitó la forma en que el ambiente podía ser adversamente intervenido (contaminación). Bien se sabe hoy que éste puede afectarse por otras causas, como el impacto y daño ambientales, figuras que, en rigor jurídico, no son lo mismo que contaminación, y tienen, además, campos de actuación diferentes, pero que igualmente pueden producir modificaciones no deseadas en el medio<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Para CORDERO VEGA, lo que la CENC pretendió fue "permitir a la ciudadanía vivir en un ambiente tolerable en que el número de impurezas no afecta gravemente su salud o vida". ("La regulación general del medio ambiente", *Gobierno Regional y Municipal*, Año III-8, N° 32, marzo, 1996. Edit. Jurídica ConoSur Ltda., p. 49). Usualmente la doctrina que aborda este punto, incluso los tribunales, se queda con la sola idea de que estuvo claro en la CENC –y en el texto final– que lo que asegura la CP no es un ambiente inmune. El punto es que, como muy bien lo expuso GUZMÁN ERRÁZURIZ, "libre" de algo significa exento, desembarazado, sin contaminación, de modo que entre la utilización de "libre" y "libre de toda" no hay diferencia alguna.

<sup>64</sup> Dentro de los instrumentos de gestión ambiental contemplados en la LSBGMA, se encuentran el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los Planes de Prevención o Descontaminación, las Normas de Calidad Ambiental, las Normas de Emisión y la Responsabilidad por Daño Ambiental. Lo que en definitiva se busca con estas herramientas es lograr un óptimo ambiental o, dicho de otro modo, determinar el grado de deterioro del entorno que Chile en tanto país se encuentra dispuesto a tolerar en el corto, mediano y largo plazo. Así, mediante el sistema de evaluación de impacto ambiental la autoridad, unida a una determinación *a priori*, decidirá qué impactos ambientales que generarán ciertos proyectos o actividades, se conciliarán de mejor modo con el medio ambiente; a través de las normas de calidad ambiental y de emisión, establecerá los rangos máximos permitidos de contaminación; y, finalmente, a través del mecanismo de responsabilidad ambiental, el legislador, primero, y el Juez, luego, definirán y decidirán, respectivamente, el punto a partir del cual la agresión al entorno se hace jurídicamente intolerable. Surgen así las nociones de contaminación, impacto y daño ambiental, conceptos todos que de alguna manera giran en torno a la idea anteriormente expuesta, pues a través de la ponderación y aceptación de determinados impactos, de la fijación de

## 2. La doctrina

CEA EGAÑA cree que lo determinante es la compatibilidad de una conducta con el bien jurídico que protege la ley fundamental, de modo tal que cuando no la hay resulta contraria al derecho consagrado en la CP<sup>65</sup>. La falta de congruencia entre esos aspectos se daría "cuando esas conductas exceden los límites que compatibilizan la salud y la vida humanas, por una parte, con el despliegue de las actividades productivas que la misma Constitución reconoce, por otra"<sup>66</sup>. Por lo tanto, para el autor la contaminación incompatible con dicho bien es aquella "nociva para la vida o la salud del hombre, como asimismo dañina para el ecosistema en que él desenvuelve normalmente su existencia"<sup>67</sup>.

### Continuación nota <sup>64</sup>

rangos de contaminantes y de la definición legal *a priori* y judicial *a posteriori* de daño ambiental, la autoridad no hace otra cosa sino que establecer el grado aceptable de alteración del medio ambiente, legitimando hasta cierto punto esas acciones y/u omisiones de parte de los agentes que deben cumplir la correspondiente preceptiva. No obstante esta similitud genérica que presentan los conceptos de contaminación, impacto y daño al entorno, estimo indudable que, como se anotara ya, corresponden y se encuadran dentro de contextos específicos diversos. Así, el primero tiene que ver con el cumplimiento de las Normas Primarias de Calidad Ambiental, Normas Secundarias de Calidad Ambiental y en alguna medida también de las Normas de Emisión; el segundo, con la posibilidad de llevar adelante –en su fase de construcción, operación o abandono– ciertos proyectos o actividades; y el tercero, con la satisfacción de una adecuada diligencia en la actuación de las personas con y en el medio ambiente, en el sentido de obrar sin atentar contra el mismo, en términos tales que de no hacerlo así, se harán acreedoras –al menos de forma potencial– de una responsabilidad ambiental y civil subsecuente.

<sup>65</sup> Advirtiendo, de modo previo, que la concepción del derecho posee un sentido y alcance relativo, ya que su tutela no alcanza al goce de un ambiente exento de toda contaminación. Por ende, anota, "El derecho aludido es (...), compatible con aquellos niveles de contaminación ambiental que, además de insuperables o inevitables, no sean peligrosos para el ser humano". (*Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías Constitucionales*. Edit. Jurídica de Chile, 1988, p. 331).

<sup>66</sup> *Id.*, p. 332.

<sup>67</sup> *Ibid.*

La propuesta teórica reseñada deja planteada la interrogante acerca de qué contaminación es aquella que resulta adversa para el hombre y el ambiente en sí mismo considerado y, por ende, la que atenta en contra del relevante jurídico resguardado.

Dudas de factura similar surgen de las ideas de SOTO KLOSS, para quien "el ambiente libre de contaminación a que hace referencia el constituyente no es sino el hábitat en que se desarrolla la vida diaria de las personas y que se exige jurídicamente que esté exento, despojado, esto es, libre de todos aquellos agentes contaminantes que hacen que dicho ambiente esté polucionado, contaminado, corrompido en la pureza debida a fin de asegurar una vida que permita sea vivida por los hombres de modo sano"<sup>68</sup>. La interrogante que invariablemente aparece es la de saber cuándo no se asegura una vida sana y qué significa una vida sana<sup>69</sup>.

Con prescindencia de las críticas que merecen, las visiones referidas coinciden con el enfoque antropocéntrico que el artículo 19 N° 8 CP ha plasmado en su redacción.

La norma, en efecto, configura una relación dual en una dirección sujeto-medio, porque sitúa al ser humano en un punto excéntrico en su vinculación con el ambiente, como ente distinto y distante de éste, apostando a una disociación entre el individuo y el contexto que le ofrece y posibilita su desarrollo. En otras palabras, el ambiente es mirado en cuanto función jurídica como facultad del ser humano en relación con su derecho sobre el mismo, pero

<sup>68</sup> SOTO KLOSS, "El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación: su contenido esencial". *GJ* N° 151, 1993, p. 26.

<sup>69</sup> BÓRQUEZ YUNGUE, en una propuesta más simple, que no admite matices ni distinciones, ha dicho que un medio ambiente libre de contaminación es "aquel entorno planetario en el que se encuentran ausentes cualesquiera tipos de contaminación que existen, a saber: atmosférica, acuática, terrestre, visual, acústica, sanitaria, radiactiva y alimenticia". *Introducción al Derecho Ambiental Chileno y Comparado*. Edit. Jurídica de Chile, 1993, p. 14.

no como una entidad —el ambiente— autónoma, digna de amparo en su totalidad y en cada uno de sus múltiples componentes que lo conforman, como de las relaciones y funciones que desempeñan.

No excluye lo dicho la existencia de deberes que la norma fija para el Estado en materia ambiental, por cuanto lo que reconoce y asegura la CP al individuo —y que garantiza a través de la acción de protección— no es más ni menos que vivir en un ambiente dotado de ciertas características.

### 3. La aproximación de los tribunales

En el desarrollo jurisprudencial se han dado algunos pincelazos dirigidos a dibujar adecuadamente el cuadro que se discute —contenido y alcance de este derecho—, pero sin éxito aparente a la hora de liberarse de vagas nociones como las recién vistas.

Algunos fallos han establecido que contaminar importa la alteración del ambiente en condiciones tales que no sea posible el desarrollo adecuado de las personas. Este tipo de aproximación se perfila en base a la relación causal posible entre el deterioro del ambiente y el agravio que afecta al derecho<sup>70</sup>. En otros casos —y

<sup>70</sup> Bustamante Vidal, *Luzmila con Alcalde Municipalidad de Maipú y otro*. (SCAS, 21.11.1984, Consid. 4., *RDJ*, t.LXXXI, 2.5, 1984). En ella, la Corte señaló que "la defensa del medio en que se desenvuelve el hombre se traduce en preocupación por evitar causar perjuicio al ambiente, y a la vez, que éste no atente contra su salud, economía y bienestar." En igual sentido, *Gogoy Marillán, José y otros con Municipalidad de Concepción y otro* (SCAC, 18.12.1985, Consid. 3. Confirmada por SCS, 27.01.1986. En: *Medio Ambiente, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente*, PALMA TORRES y COBO GARCÍA, Edit. Jurídica ConoSur Ltda., 1997, p. 348); *Pulza Corvacho, Humberto* (Apelación, SCS, 19.12.1985 (Consid. 10 *RDJ*, t.LXXXII, 2.5, 1985); y *Flores San Martín, Pedro con Codelco-Chile División El Salvador* (SCACOP, 23.06.1988, Consid. 5. Confirmada por SCS, 28.07.1988 *RDJ*, t. LXXXV, 2.5, 1988) En un caso en que se reconoció este nexo causal, el tribunal explicitó aún más el alcance del derecho, señalando que éste consistía "en acceder a la naturaleza y sus elementos en condiciones de normalidad..." (SCAS, 29.08.1996, Consid. 5-A *RDJ*, t. XCV, 2.5., 1998).



este es el segundo enfoque— los tribunales se han apoyado únicamente en la definición que ofrece de “contaminación” el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, y que se resume en la alteración de la pureza del ambiente<sup>71</sup>.

La primera perspectiva supone entonces que un “ambiente libre de contaminación” significa uno en el que hay un *equilibrio* entre los diversos elementos que lo conforman y que, por ello, permiten el desarrollo adecuado de las personas. En cambio, según el segundo criterio, habría tal cuando se encuentra puro, sin alteraciones.

Tiendo a participar del parecer sostenido por el primer tipo de decisiones judiciales, pues es el más acertado —aunque no el óptimo—. El punto es que las de la segunda clase adolecen de un nivel sumamente abstracto, que incluso se acerca, paradójicamente, más a la letra del texto del artículo 19 N° 8 CP que a una solución, y con el cual estoy en completo desacuerdo.

En efecto, bastaría un pequeño factor para que la impureza se produjera, y aunque en la CENC quedó claro, según se expuso, que no se garantizaba un medio exento absolutamente de toda contaminación, quedaría por definir cuándo y en qué circunstancias precisas ese elemento causante de un ambiente no impoluto agrava efectivamente el derecho bajo examen.

En este nivel, la primera postura distinguida más arriba posee un grado de mayor objetividad y, en otro grado, contiene elemen-

<sup>71</sup> Consejo Provincial de Deportes y Recreación, VIII Región, *Dígeder con Sociedad de Productos Alimenticios Sur Ltda.*, Pin-Pan (SCAC, 19.01.1987, Consid. 4. Confirmada por SCS, 04.03.1987. FM N° 340, 1987); *Palza Corvacho, Humberto y otros* (Apelación, SCS, 26.11.1987. Consid. 1. FM N° 348, 1987); *Infante Amunátegui, José Andrés con Municipalidad de Las Condes* (SCAS, 07.08.1990, Consid. 6. Confirmada por SCS, 03.09.1990. FM N° 382, 1990); y *Becker Henríquez, Alicia y otros con Sociedad Protectora de la Infancia* (SCAC, 17.07.1990, Consid. 7. Confirmada por SCS, 06.09.1990. FM, N° 382, 1990).

tos de juicio que permiten una mayor precisión para determinar cuándo se está o no ante un ambiente liberado de contaminación<sup>72</sup>.

#### 4. La definición contenida en la LSBGMA<sup>73</sup>

Uno de los fines de esta ley fue “darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”<sup>74</sup>. En virtud de esto, estableció dentro de sus objetos regulados, precisamente, el derecho a vivir en un “ambiente libre de contaminación”<sup>75</sup>, y lo que se buscaba era construir un marco jurídico preciso al derecho establecido en la CP, lo cual se lograría a través de la consagración de normas que se dirigieran en dicha dirección<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Obviamente —lo cual es válido para los dos criterios—, habrá de estarse a los antecedentes de hecho que rodeen al caso y que fundamentan la reclamación jurisdiccional.

<sup>73</sup> Sobre la relación conceptual a nivel legal y constitucional, *vid. infra*, Cap. IV, Primera Parte, &I, A).

<sup>74</sup> Mensaje Presidencial con el que se envió al Congreso Nacional el proyecto de la LSBGMA.

<sup>75</sup> Artículo 1, LSBGMA.

<sup>76</sup> Es interesante destacar que el *derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación* no fue definido directamente en el artículo 2, lo que sí ocurrió, en cambio, con el *medio ambiente libre de contaminación*, es decir, el objeto material de aquél. Por otra parte, el *derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, luego de su mención en el artículo 1, es utilizado una sola vez en la Ley: en el artículo 33, que alude a una explicitación de la función constitucional del Estado de velar por la no afectación de este derecho. Ha de notarse también que *medio ambiente libre de contaminación*, a más de su conceptualización, no es jamás aludido en el resto del articulado.

El concepto legal de *medio ambiente libre de contaminación*<sup>77</sup> tiene su base funcional en la noción de *contaminante*, que el mismo estatuto también define<sup>78</sup>, a la vez que *contaminante* representa la base del significado que se le da en la LSBGMA a *contaminación*<sup>79</sup>. Estas vinculaciones son evidentes, conforme se explica a continuación.

Postular que *contaminante* es la base operacional de *medio ambiente libre de contaminación* y de *contaminación* se funda no sólo en razones de texto, sino también de un hecho muy simple: tanto la contaminación como un ambiente libre de ella implica una referencia a aquello que contamina o que puede hacerlo, y de tal no son sino capaces los contaminantes. Hasta aquí parecen no existir mayores dificultades.

Profundizando estas relaciones a nivel conceptual, y si se toman estrictamente los términos que indica la ley para *contaminación*, la necesaria conclusión sería que, para la LSBGMA, *medio ambiente libre de contaminación* sería aquél en el cual la presencia de sustancias, energía o combinación de ellos, se encuentran en concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según

<sup>77</sup> Definido como "aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos 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" (artículo 2, letra m), LSBGMA).

<sup>78</sup> Definido como "todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda 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" (artículo 2, letra d), LSBGMA).

<sup>79</sup> Definida como "la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente" (artículo 2, letra c), LSBGMA).

corresponda, a las establecidas en la legislación vigente, por cuanto la definición de contaminación se hace en función de la sujeción o no a la legislación vigente, es decir, de los máximos que ésta disponga.

Sin embargo, la concepción legal de *medio ambiente libre de contaminación* se efectúa apuntando a si no hay de aquellos riesgos que se indican. Bajo el primer encuadre, entonces, no hay contaminación y por ende existe un medio ambiente libre de ella, en tanto se respete lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; bajo el segundo, en cuanto no existan los riesgos a que se refiere<sup>80</sup>.

Hay aquí una disonancia que surge entre los conceptos establecidos en la LSBGMA, y cuya solución tiene proyecciones trascendentes a la hora de determinar el rol que cumple la normativa en función de establecer si la existencia de regulación es la única forma de establecer cuándo hay o no contaminación.

Es a partir de una aparente incoherencia contenida en la LSBGMA de donde surgen, con todo, posibilidades de aclarar el punto.

<sup>80</sup> Como condimento adicional a este punto, he de expresar que no existe un lenguaje homogéneo cuando el legislador definió "contaminación" y "contaminante", pues para la primera se refiere a *sustancias, elementos, energía o combinación de éstos*, mientras que para la segunda, alude a *elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos*. Igual disonancia se aprecia entre la definición de "contaminación" y la de "medio ambiente libre de contaminación", pues en el primer caso se habla de presencia de elementos, etc., en concentraciones y permanencia *superiores o inferiores*, según corresponda, y para el segundo, se habla de la presencia de contaminantes en concentraciones y períodos *inferiores*. Pero hay otro desacuerdo que se reúne con los anteriores. Dentro de los riesgos que señaló el legislador cuando definió contaminante y medio ambiente libre de contaminación, se encuentra el que se puede producir a la "preservación de la naturaleza". El concepto de ésta es la de ser "el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país". (Artículo 2, letra p), LSBGMA). ¿Es imaginable un riesgo dentro de este campo? Puede existir, sí, para el aseguramiento de las condiciones que se señalan, pero el asunto se complica para las políticas, planes, programas, etc.

Si se leen los conceptos de *contaminante* y de *medio ambiente libre de contaminación*, se advierte que son nociones—de la forma en que se encuentran plasmadas en el texto— en principio sin correspondencia. Ello, por cuanto al definir *contaminante*, la ley da a entender que tal es sólo aquél que genera ciertos riesgos, de modo que todo aquello que no lo provoca no se corresponde con el concepto. No obstante, al definir *medio ambiente libre de contaminación*, señala, en suma, que es aquél donde los *contaminantes* no son susceptibles de producir los aludidos riesgos. Si se toman las definiciones recién mencionadas, se puede concluir que un contaminante puede encontrarse en una y otra situación: es decir, con condición de riesgoso o sin ella.

Lo predicho se une a lo que ya señalara a propósito de la disonancia entre las nociones de *contaminación* y *medio ambiente libre de contaminación*, pues mientras la primera se construye en función de la existencia de una legislación que rija el tema, la segunda lo hace en función de riesgos. Esto mueve a pensar que la LSBGMA, con la definición de *contaminación*, quiso referirse únicamente a los contaminantes que se encuentran normados y que cuando definió *medio ambiente libre de contaminación*, pretendió aludir a los contaminantes que no se encuentran normados. De esta manera, la ley, mediante diferentes definiciones, estaría refiriéndose tanto al ámbito de lo normado como al del no regulado.

En contra, se podría argumentar que a la luz de los conceptos de norma primaria<sup>81</sup> y de norma secundaria de calidad ambien-

<sup>81</sup> El artículo 2 letra n), LSBGMA, la define como "aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población".

tal<sup>82</sup>, dada la identidad de los elementos que las constituyen con los que forman parte de medio ambiente libre de contaminación, los riesgos a que se refiere este último son sola y exclusivamente aquellos que se encuentran regulados, precisamente, a través de las normas de calidad. Esto equivale a decir, por una parte, que este tipo de preceptos son los únicos aptos para regular y hacerse cargo de los riesgos, y, por otra, que sólo tienen relevancia para el derecho aquellos riesgos que se encuentran normados. No puedo estar más en desacuerdo con ello.

En primer lugar, porque de esos riesgos se hacen también cargo otros instrumentos, distintos de las normas de calidad, como son las normas de emisión y el sistema de evaluación de impacto ambiental.

Luego, porque la existencia de regulación específica no excluye la ocurrencia de hechos con consecuencias jurídicas: es decir, que una norma no garantiza, ni menos elimina, la presencia de riesgos. El umbral fijado por el derecho, bajo el cual "se cumple", de todos modos puede implicar secuelas sobre el ambiente y las personas, por cuanto la infalibilidad de los análisis previos y que la fundaron es una regla que es confirmada constantemente por sus excepciones. Además, puede que por importantes extensiones de tiempo no exista regulación para un determinado contaminante, lo cual no inhibe, por cierto, el nacimiento de efectos nocivos

<sup>82</sup> El artículo 2 letra ñ), LSBGMA, la define como "aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza".



para la población o para el medio, ni, con mucho, suprime las posibilidades de reaccionar jurídicamente frente a ello<sup>83-84</sup>.

Sostener lo contrario, se insiste, importaría aceptar que hay un medio "libre de contaminación" ahí donde se encuentra un contaminante no regulado que, con todo y por sus características y nive-

<sup>83</sup> La historia de la tramitación del proyecto de la LSBGMA nos permite ubicar el origen de estas cuestiones. El Mensaje Presidencial no proponía la definición de contaminación, sino únicamente la de contaminante. No obstante, a partir del Primer Trámite Constitucional se planteó como indicación que se definiera, también, *contaminación*. Tal propuesta generó dos posiciones. Para algunos, era necesaria su inclusión porque se daba un mayor grado de certeza jurídica; posibilitaba un mejor desempeño de los tribunales y aseguraba en grado importante la eficacia de la legislación. Tales argumentos partían de la base que la definición de contaminante no establecía aquello que podía constituir un riesgo, de forma tal que con el concepto de contaminación se objetivaba y aclaraba cuándo se producía efectivamente aquello que podía dañar a las personas y al ambiente. Sostuvieron esta posición los senadores DIEZ, FELIÚ, SIEBERT, JARPA, PIÑERA y THAYER. Para quienes no era conveniente la conceptualización de contaminación, consideraban que la definición que se proponía carecía de sentido, porque implicaba aceptar que aquello que tiene fijado un estándar y que se respeta, no causaba contaminación, lo cual no era racional. No era posible aceptar que la contaminación sólo se producía cuando una norma jurídica resultaba infringida. Adicionalmente, se decía que dicho concepto desincentivaba la actuación preventiva por parte de la autoridad. Así lo estimaron los senadores CANTUARIAS, PAPI, PACHECO Y SOTO, a los cuales se unió el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, señor BOENINGER. El resultado de la discusión parlamentaria fue la aprobación, por estrecho margen, de la definición de contaminación en los términos hoy existentes. Habría que agregar que en la Cámara de Diputados también se generó un debate similar. El Diputado BARRUETO, impugnando el concepto propuesto, llevó el asunto al extremo, señalando que con la idea se aceptaría que "mediante un Decreto, podría dejarse al país libre de contaminación". Una vez que fue aprobado en ambas Cámaras el concepto, se mantuvo una diferencia entre el Senado y la Cámara de Diputados, en el sentido de que para el primero debía hacerse referencia a la "legislación vigente", mientras que para la segunda debía aludirse a las "normas de calidad ambiental". El punto lo zanjó la Comisión Mixta, aceptando el criterio del Senado, agregando que "en todo caso estuvo de acuerdo en que la relevancia del punto radica en determinar cuándo el fenómeno de la contaminación genera efectos jurídicos, lo que el proyecto desarrolla a lo largo de su articulado".

<sup>84</sup> La relación entre la alteración del ambiente y los preceptos regulatorios se da, a más del caso de la contaminación, en las hipótesis de daño ambiental. Aparentemente, en este caso el vínculo adquiere una forma distinta, pues, de acuerdo al artículo 52, la

les, produzca de todos modos un riesgo. Esto sería no sólo un error de naturaleza técnico-científica, sino también jurídica, al considerar conductas agraviantes para el ambiente exentas de todo reproche, por la sola razón de carecer de patrones legales cualitativos y cuantitativos<sup>85</sup>.

Queda por saldar, no obstante, la deuda que surge a partir de la idea restringida de considerar el *medio ambiente libre de contaminación* sólo como la inexistencia de riesgos derivados de *contaminantes*. ¿Es posible reducir la perturbación del ambiente a esa sola fuente? Creo que no.

#### Continuación nota <sup>84</sup>

infracción de las normas que ahí se indican configuran una presunción simplemente legal de responsabilidad. Bien pensado, sin embargo, podría decirse que el legislador estableció, una vez más, una relación de causa a efecto entre una conducta infraccional y la generación de efectos negativos en el ambiente, a tal grado que le confirió a dicha situación una presunción en el sentido que si hubo incumplimiento de norma, acaso por tal razón sea que se produjo la referida afectación. Desde otro punto de vista, el artículo 58 también concreta un tipo de relación del que venimos hablando. Establece que el juez, a la hora de imponer multas ocasionadas por los hechos descritos en el artículo 56, debe tomar en cuenta, principalmente, "los niveles en que se haya excedido la norma, o el incumplimiento de las obligaciones establecidas en un plan de prevención o descontaminación, o en las regulaciones especiales para planes de emergencia".

<sup>85</sup> Como ha señalado VERGARA FISHER, creer que la contaminación se vincula exclusivamente con lo normado "aun cuando desde la perspectiva de la seguridad jurídica que involucra puede ser atractivo, es obviamente discutible respecto de la protección efectiva de las 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." ("El futuro del derecho ambiental", *Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional*, Edit. Jurídica ConoSur Ltda., 1998, p. 537).

La alteración del entorno puede asumir diversas formas. A la luz de LSBGMA, ellas son el impacto ambiental, la contaminación y el daño ambiental, nociones que si bien operan en ámbitos diferentes, todas representan ciertos desequilibrios sobre el entorno<sup>86</sup>.

Entre los fenómenos mencionados se dan ciertos grados de correlación. Así, bajo ciertas circunstancias puede que exista *contaminación*, y, por ende, también *impacto ambiental*, lo cual, al tenor de los conceptos vertidos por el legislador en el artículo 2, LSBGMA, no perentoriamente importará *daño ambiental*<sup>87</sup>, de donde se sigue que el aserto "no hay daño sin contaminación", resulta ser, en principio, erróneo<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Sobre el tema, *vid. supra* nota 64.

<sup>87</sup> El daño ambiental se configura como tal solamente en la medida que resulte ser esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo del medio ambiente o de uno o más de sus componentes, "significativa". (Artículo 2, letra e), LSBGMA). Lo "significativo" del daño ambiental —no definido en la LSBGMA— es una cuestión de hecho que en su momento tendrá que apreciar el Juez. Aunque esta cualidad carece de conceptualización en la legislación, útil es mencionar algunos parámetros generales que, individual o conjuntamente, ayudan a discernir la cualidad del daño. Así, puede considerarse la magnitud geográfica del daño: la cantidad de personas afectadas por el mismo; si, de acuerdo al artículo 2, letra s) de la LSBGMA, la reparación posible del entorno se efectuará restituyéndolo a "una calidad similar" a la que tenía con anterioridad al daño generado, o solamente "restableciendo sus propiedades básicas"; e, incluso, como uno —no el único— de los elementos insertos en el contexto del siniestro, el grado en que, dado el caso, se haya infringido una determinada normativa general o especial. Otros parámetros los ofrece el artículo 58 de la LSBGMA, en donde se establecen pautas al tribunal para imponer las multas en hipótesis de incumplimiento de planes de prevención o descontaminación, de las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental o por incumplimiento de los planes de manejo señalados en el artículo 42 de la citada ley. Por ejemplo, se señala la "gravedad de la infracción" (letra a) y el "cumplimiento de los compromisos contraídos en las Declaraciones o en los Estudios de Impacto Ambiental" (letra d).

<sup>88</sup> Digo "en principio", porque del análisis que posteriormente se efectúe del contexto fáctico en que se produjo el atentado al medio ambiente, puede desprenderse que producto de la violación de una norma primaria o secundaria de calidad ambiental o de emisión y, por tanto, se esté ante una hipótesis de contaminación en sentido estricto, exista también daño ambiental.

El impacto ambiental negativo es el concepto genérico de la LSBGMA con el cual se identifican las alteraciones que puede experimentar el ambiente, siendo, en consecuencia, la contaminación y el daño ambiental especies de aquél, aun cuando operen todos en instrumentos de gestión diferentes. Esto proviene de la noción que ofrece el artículo 2 LSBGMA de *impacto ambiental*, y cuya lectura no impide su incorporación en contextos ajenos al sistema de evaluación de impacto ambiental. Es una noción que además actúa de modo subsidiario en la ley, como una suerte de pivote que impide la generación de vacíos y que no es difícil que se den.

El impacto ambiental, pues, es la noción angular de todo el aparato de la gestión ambiental desde el punto de vista de las conductas susceptibles de reparo jurídico, y que puede revestir tres formas: como impacto ambiental autónomo (cuando no existe contaminación, con base en la definición del artículo 2, letra c) de la ley, pues no hay emisión o estándar que verificar; y cuando tal conducta no alcanza a revestir el carácter de daño ambiental); como contaminación en sentido estricto (cuando hay norma) o, al fin, en tanto daño ambiental (con o sin norma).

Sin embargo, la circunstancia que el impacto ambiental juegue como moneda de cambio de las dos últimas situaciones apuntadas no ha de entenderse como un esfuerzo por reprochar todas las conductas. Para ello es menester diferenciar tres hipótesis donde ello sería procedente:

— Primero, que en el contexto de un proyecto analizado en el sistema de evaluación, en el cual una resolución de calificación ambiental haya dispuesto que un impacto ha debido mitigarse, compensarse o repararse, el proponente no lo haya respetado.

— Segundo, que se trate de un proyecto o actividad en el cual, ponderado ambientalmente en un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, ni el titular ni la autoridad hayan estimado del

caso precisar de tales medidas, aunque a la luz de los antecedentes sí era necesario adoptarlas.

— O, al fin, que estemos frente a una actividad —como hay muchas— que no se encuentre obligada a ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental, pero que genere alteraciones ambientales significativas.

#### *5. Toma de posición acerca del significado del derecho a vivir en un ambiente adecuado en la CP*

Es cierto que el tenor mismo del estatuto constitucional no brinda gran apoyo para resolver el punto, lo que explica que tanto los autores como también ciertas decisiones judiciales incurran, para dilucidar su alcance, en argumentos tan inasibles como parece ser el texto en estudio. Constituye una necesidad entonces esbozar algunos criterios que se acerquen hacia lo objetivo y que permitan definir este derecho de manera algo más precisa<sup>89</sup>.

Tomando en consideración lo apuntado en los párrafos anteriores, en la medida que exista un campo regulatorio dado, habría una perturbación en el derecho al ambiente cuando las normas que gobiernan los componentes que lo integran resultaran quebrantadas. En el escenario que se analiza pueden ocasionarse conductas que, mediando infracción de los preceptos de que se trate, provoquen impacto ambiental, contaminación o daño ambiental.

<sup>89</sup> Este diseño asume la utilización de los elementos y definiciones de la LSBGMA, los cuales, a pesar de que no son estrictamente vinculantes desde el punto de vista constitucional para su aplicación al artículo 19 N° 8, —y, además, sumamente confusos, según se expuso— sí son herramientas que nos pueden ayudar a levantar un esquema que permita cierta coherencia entre el plano superior (la CP) y el inferior de la pirámide kelseniana (la LSBGMA). Sobre el tema conceptual, *vid., infra*, Cap. IV, Primera Parte, &I, A).

En cambio, ahí donde no hubiere regla legal que disciplinara el componente, surge el problema de la exigibilidad jurisdiccional de una conducta que se produzca en el ámbito de lo no normado, como quiera que, conforme se verá más adelante, en el caso de este derecho la acción de protección procede únicamente cuando aquél ha sido amagado por una conducta *ilegal*, lo cual supone vulneración de algún precepto jurídico.

No obstante, si se tiene en vista que una de las normas que deben satisfacerse de modo permanente es aquella que reconoce el legítimo ejercicio de este derecho al ambiente —de carácter constitucional—, no sería aventurado sostener que, aun en ausencia de normas de rango inferior que gobiernen el componente, surge la plena y eficaz obligación de respetarlo. En consecuencia, lo *ilegal* puede proyectarse sobre la regla de reconocimiento constitucional de esta prerrogativa fundamental<sup>90</sup>.

Lo que en definitiva se quiere decir es que el derecho a vivir en un ambiente adecuado se encuentra agraviado cuando una determinada norma es infringida y a causa de la cual se produce un impacto ambiental autónomo, un fenómeno de contaminación o se configura un daño ambiental. En el evento que no exista precepto jurídico que regule la materia, se le afectará cuando se genere un impacto ambiental o un daño ambiental, tomando como base la prohibición constitucional de no afectar el legítimo ejercicio de este derecho.

De todo lo anterior se sigue que la voz *contaminación* que utiliza la CP alude a impacto ambiental significativo no mitigado, compensado o reparado, como también a contaminación en sentido estricto y daño ambiental; y *libre de contaminación* significa

<sup>90</sup> Este argumento serviría también para fundar la ilegalidad de una conducta, aun cuando “se conformara”, por ejemplo, con una regla existente, como sería una norma de emisión.



un ambiente donde hay impacto ambiental significativo, debidamente mitigado, compensado o reparado; o bien no existe contaminación ni daño ambiental, en el sentido ya explicado.

#### D) CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO EN LA CP

##### 1. Concepto y naturaleza jurídica del ambiente

###### a) Significado jurídico de ambiente.

###### *Una visión general de la doctrina comparada*

Nada sencillo resulta edificar el centro y los contornos del ambiente desde el punto de vista del derecho. Muestra de ello es que, como se verá a continuación, no pocas definiciones se han formulado en el intento de acudir a su determinación, diversidad que no demuestra sino el profundo disenso que existe desde el punto de vista, al menos, descriptivo<sup>91</sup>. Esto rinde tributo a dos razones fundamentales. La primera es que el ambiente es una noción relativa en el sentido que, como concepto jurídico indeterminado, precisa ser descubierto a partir de las normas que gobiernan la materia dentro de cada ordenamiento<sup>92</sup>. En seguida, se explica

<sup>91</sup> Para JORDANO FRAGA, "Las razones de la amplitud del tratamiento del problema conceptual habría que situarlas tanto en la juventud de una disciplina que busca elementos aglutinadores en su proceso de maduración, como en la propia dificultad de la elaboración de un concepto operativo y coherente, que ha provocado un discurso todavía abierto que intenta aportar elementos y resolver la problemática que conlleva la formulación del concepto". (*La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 55).

<sup>92</sup> JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 76.

porque desde el punto de vista científico constituye un sistema de múltiple composición, lo que hace que su traducción al campo de lo jurídico sea una tarea de suma complejidad.

Pero con prescindencia de estos datos, es menester embarcarse en esta empresa debido a que muchos estatutos constitucionales, especialmente latinoamericanos, reconocen a las personas el derecho a un medio ambiente adecuado<sup>93</sup>; si ello es así, entonces será necesario contar con una idea acerca de qué es el ambiente, para luego adentrarse en el significado de su cualificación (adecuado, sano, equilibrado, libre de contaminación, etc.), según los términos expuestos anteriormente.

Desde el punto de vista de los elementos que constituyen el ambiente, habitualmente se practica la idea de dividir los diversos enfoques distinguiendo las posiciones restrictivas de las extensivas. Para efectos de este trabajo, si bien se seguirá el mismo derrotero, se añadirán ciertos matices que podrían ofrecer una mayor claridad sobre esta discusión.

Los autores que participan de la corriente restrictiva suelen poner el acento en dos factores que caracterizan esta aproximación. En primer término, apuntan al tipo de elementos que componen el ambiente, jurídicamente considerado. En tal perspectiva, serían parte de aquél, sola y exclusivamente, los elementos naturales y, dentro de éstos, únicamente el agua y el aire<sup>94</sup>; o, además, el

<sup>93</sup> Que se reconozca este derecho a nivel constitucional, sin embargo, no necesariamente conlleva ventajas decisivas para la protección del ambiente. Esto ha provocado que ciertos autores consideren que, más que sustantivamente, el ambiente —el derecho asociado al mismo— haya de ser enfocado más convenientemente desde un punto de vista procesal. *Vid. supra*, &I, A).

<sup>94</sup> En España, MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991, p. 86 y LARUMBE BIURRUM, *cit. en* JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 59; en Francia, MARTÍN, *Id.*, p. 70.