

(R)

E .

a495491

30

344.83046

A8582

2006

c. 2

EDUARDO ASTORGA JORQUERA

DERECHO AMBIENTAL CHILENO
PARTE GENERAL

 LexisNexis®

Impresora: Comercialización y Distribuidora
Aguayo y Flores Ediciones y

*A mis maestros:
Raúl Brañes y Ramón Martín Mateo,
por su generosidad afectiva e intelectual.*

DERECHO AMBIENTAL CHILENO

PARTE GENERAL

© EDUARDO ASTORGA JORQUERA

2006 LexisNexis • Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile • Teléfono: 600 700 8000 • www.lexisnexis.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 150.453 • I.S.B.N. 956 - 238 - 594 - 9

1ª edición enero 2006

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

etc., forma parte de los llamados "Derechos de la Solidaridad" o "de la tercera generación"⁴⁴. En efecto, y tal como señalan DANIEL BOÓ y ARIEL VILLAR, "el derecho humano al ambiente es continente y cauce para los demás derechos humanos y, a la vez, es una garantía de realización de todos los derechos sociales e individuales (limitándolos a fin de que no degraden el ambiente)". Y agregan "el intento de elevar la potencia de derecho humano al patrimonio colectivo ambiental en un acto concreto, es un intento de afirmación de todos los demás derechos, y de lograr una igualdad social y humana real"⁴⁵.

De umbral cada vez más bajo: Dada la finitud de los componentes del ambiente, y su creciente relevancia social, económica, política y jurídica, pasa a constituir un bien jurídico cada vez más escaso y por lo tanto de mayor valor. Desde esta perspectiva y parafraseando en el concepto a WELZEL, podemos afirmar que el medio ambiente en forma gradual pero inexorable, pasa a formar parte de aquel conjunto de bienes jurídicos reverenciados, cuyo umbral para ser traspuesto requiere de una genuflexión especialmente pronunciada⁴⁶.

3. PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

Los principios desde el ámbito jurídico, además de estar dotados de una función axiológica, "normogenética", importan en el sentido de guiar y fundamentar las normas de orden jurídico, además de te-

⁴⁴ Ver HÉCTOR GROSS ESPIELL, *Estudios sobre los Derechos Humanos*, Edit. Civitas, Madrid, España, 1988.

⁴⁵ "El derecho humano al ambiente es, simultáneamente, un interés del individuo y un interés de la colectividad, o dicho de otra manera, es un derecho que le corresponde al sujeto individual en cuanto miembro de la colectividad, no existiendo lo uno sin lo otro". Ver DANIEL BOÓ y ARIEL VILLAR, *El Derecho Humano...*, op. cit., págs. 33 y sgtes.

⁴⁶ Ver HANZ WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, págs. 11 y siguientes, 11ª edición, 2ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1976.

ner la ventaja de generar aperturas en el sistema jurídico para las transformaciones sociales y ecológicas⁴⁷, dado su carácter de genéricos, abstractos e indeterminados⁴⁸.

Las funciones de los principios del derecho⁴⁹ son básicamente las de fundar, interpretar y suplir, dependiendo en lo ambiental de la realidad sociopolítica, capacidad técnica, ordenamiento jurídico, situación económica y las características ecológicas del territorio; y de la imagen prospectiva del país; es decir, el objetivo nacional que se quiera diseñar.

Para la Política Ambiental deben definir las directrices y objetivos básicos acerca de lo que el país se propone alcanzar en materia ambiental.

En el modelo chileno, la Ley N° 19.300, en el texto del Mensaje del Presidente de la República al Congreso Nacional, recoge y releva los siguientes principios:

Preventivo: Mediante este principio se pretende evitar o reducir efectos negativos de carácter significativo sobre el entorno, justificados jurídicamente –impacto ambiental– o antijurídicos –daño ambiental–. Este es el principio inspirador del Derecho Ambiental, y hasta la fecha aquel en virtud del cual se han desarrollado la mayoría de los instrumentos de gestión ambiental. Y es obvio, resulta más eficaz y eficiente para la gestión ambiental prevenir eventuales menoscabos o detrimentos, que posteriormente restaurarlos o repararlos.

⁴⁷ Ver a RAMÓN MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Ambiental*, quien en el Capítulo II, relativo a los "Megaprincipios", identifica el principio de Ubicuidad, Sostenibilidad, Globalidad, Subsidiariedad y Solidaridad. Edit. Thomson, Aranzadi, 3ª edición, Navarra, España, 2003.

⁴⁸ Ver a AIRTON GUIHERME BERGER FILHO, EDSON DINON MARQUES y FÁBIO MICHELIN, *Os princípios do direito ambiental e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro*, doc. mim. del Magíster en Planificación y Gestión Ambiental, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2002.

⁴⁹ Ver SILVIA JAQUENOD DE ZSÖGÖN, *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Edit. Dykinson, Madrid, España, 1991.

En consecuencia, lo que corresponde a la Administración es poner el acento en este tipo de instrumentos, tales como el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y el régimen de permisos (gestión ex ante), más que focalizar los esfuerzos y recursos en la función fiscalizadora (gestión ex post).

Dicho lo anterior, y ante una eventual modificación de la Ley N° 19.300, entender las Declaraciones de Impacto Ambiental –DIA–, más que instrumentos preventivos, instrumentos esencialmente fiscalizables, y poner el acento ahí, es un contrasentido⁵⁰.

Este principio tiene, por lo demás, también una mirada desde el modelo económico ya que el medio ambiente constituye un límite natural al sistema de mercado, si es que éste pretende sostenerse en el tiempo. Desde esta perspectiva, por ejemplo, es más razonable resguardar los suelos agrícolas de la actividad inmobiliaria, que posteriormente recuperarlos a calidades similares.

Cabe agregar que existe también un conjunto relevante de otros instrumentos inspirados en este principio. Tal es el caso de los planes de prevención, cuyo objetivo como lo veremos más adelante, es el de evitar que se sobrepasen las normas de calidad o inmisión, así como en las propias normas de emisión y calidad, los planes de manejo, instrumentos económicos, etc.

Contaminador/Pagador: Sustentado en el principio anterior, desde una primera aproximación se expresa en la obligación que tiene el promotor de todo proyecto o actividad, sea éste público o privado, de internalizar las externalidades negativas de los mismos. Se encuentra plasmado en diversos instrumentos, tales como las normas de emisión, calidad, el propio SEIA, el Proyecto de Bonos de Descontaminación, Compensación de Emisiones, etc.

⁵⁰ Lo anterior, por cuanto se estimó que las DIA podrían eventualmente ser simplificadas aún más, autorizándose en forma prácticamente automática, estableciéndose un sistema de fiscalización aleatoria.

Una “segunda derivada” sin embargo, aborda este principio con un prisma distinto al anterior, asociándolo más bien al concepto de responsabilidad por daño ambiental, existiendo en la doctrina diversas miradas sobre las dos vocaciones de este principio, una orientación *a priori* antes mencionada, pero también con otra consideración *a posteriori*, expresado en el principio usuario-pagador.

Gradualidad: Establecido para el modelo chileno, sostiene que el desarrollo y cumplimiento de las metas establecidas por la Administración, e incluso de la propia normativa ambiental debe ser paulatino, tal como se constata en el instrumento de los Planes de Descontaminación.

No se trata evidentemente de un principio del Derecho Ambiental, sin embargo recoge los planteamientos de Rafael Valenzuela, en el sentido de que la legislación ambiental debe ser *eficaz y eficiente*; es decir, debe cumplir el objetivo para el cual fue creada, y conjuntamente ser reconocida y aprehendida por la comunidad. Esto se expresa en un mejoramiento continuo de estándares, acorde a la experiencia internacional y la propia realidad chilena⁵¹, así como a la posibilidad de cumplir obligaciones actuales, sin generar disminuciones de rentabilidad significativas en el sector productivo y sus consecuentes efectos sociales. Por tanto, una vez satisfecha la norma, es posible establecer nuevas o mayores medidas o exigencias. En el caso chileno, este es el fundamento principal del proceso de revisión de normas de emisión y calidad cada cinco años⁵².

Esta misma lógica –aunque más estricta–, se aplica en otros modelos tales como el alemán o español, en donde existe el “standt der Technik” o la “cláusula de progreso”, en virtud de la cual los estándares de las normas se actualizan y se hacen más exigentes en forma auto-

⁵¹ Por ejemplo, la incorporación de las últimas normas Euro para vehículos en la Región Metropolitana.

⁵² Ver artículo 32 de la Ley N° 19.300.

mática, en la medida que el desarrollo científico y tecnológico sea capaz de sustentarlo.

Del mismo modo, también podemos recoger del modelo chileno el principio del *Realismo*, contemplado en el Mensaje de la Ley N° 19.300, el cual postula que para establecer estándares ambientales hay que tener presente la realidad social, política, cultural y, en particular, económica del país. Se trata de un principio plenamente aplicable, aunque no exclusivamente a las normas de emisión y calidad, de cuya experiencia podemos colegir que cuando un texto jurídico de esta naturaleza establece estándares teóricos inalcanzables, ésta no será aplicada o será derogada a muy breve plazo⁵³.

Responsabilidad: Consagrado en el TÍTULO III de la Ley 19.300⁵⁴, establece que quien cause daño ambiental⁵⁵ debe repararlo a su costa.

Esta aún nueva figura de responsabilidad civil se expresa en una clásica obligación de "hacer" y consiste en la exigencia para los responsables de reparar a su costa todo el daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas, o sus originales funciones ambientales.

Como veremos más adelante, la ley otorga acción no sólo a la víctima del daño sino también al Consejo de Defensa del Estado, el cual dispone de una Unidad especializada en la materia, y bajo ciertas circunstancias y requisitos a las propias municipalidades.

⁵³ Tal es el caso de la original norma de arsénico del Ministerio de Salud, que además de ser declarada ilegal, resultaba absolutamente inalcanzable, en particular para gran parte del sector minero del norte de Chile, cuyos recursos hídricos "naturalmente", contienen mayores niveles de arsénico que los que la propia norma establecía. Otra perspectiva del tema queda reflejada en las normas Euro para motores diesel, las que para su adecuada implementación en Chile, requirieron mayor desarrollo tecnológico a efecto de disponer en el mercado de servicios técnicos certificados.

⁵⁴ Artículos 51 y siguientes.

⁵⁵ Definido en el artículo 2° literal e) de la Ley N° 19.300, como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes".

La limitación, sin embargo, es el propio régimen de responsabilidad subjetiva, que se desentiende de la tendencia de los modelos más desarrollados que han incorporado mecanismos de responsabilidad objetiva, tal como orienta el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental⁵⁶.

Participativo: Para garantizar una gestión ambiental adecuada se requiere que todos sus actores tengan un rol activo. En este principio, conocido en el modelo alemán como *principio de cooperación*, los tres actores fundamentales de la gestión ambiental son las ONG, el Estado, y los empresarios privados, todos relevantes y equivalentes.

Es un principio democrático que se ve reflejado en diversos instrumentos de gestión ambiental⁵⁷, resultando los más destacados el SEIA, el Procedimiento para la Dictación de Normas de Calidad, Emisión y Planes de Prevención y Descontaminación. La Ley N° 19.300, salvo lo establecido en la legislación urbanística⁵⁸ para los Planes Reguladores Comunales, es la primera norma jurídica que contempla en Chile procedimientos administrativos en donde la participación ciudadana constituye un elemento preceptivo. Existe para estos instrumentos la oportunidad procesal de informarse, intervenir y formular observaciones a los Estudios de Impacto Ambiental, o a los proyectos de Planes y Normas, correspondiendo una adecuada consideración o ponderación de las mismas en el respectivo acto jurídico administrativo. Subyace como fundamento de este principio el derecho a la información, así como la transparencia con que debe actuar

⁵⁶ Bruselas, 9 de febrero de 2000, antecedido por el Libro Verde sobre Reparación del Daño Ecológico, 1993.

⁵⁷ Ver el interesante trabajo de CARLOS MORENO SANTANDER, *Participación Ciudadana en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente*, Edit. LexisNexis, Santiago, Chile, 2004.

⁵⁸ Artículo 2.1.11, N° 3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. D.S. N° 47 de 1992 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

la Administración, y la oportunidad a la sociedad civil de expresar sus opiniones generando de tal forma un marco de corresponsabilidad social a la toma de decisiones por parte de la autoridad, legitimándolas a lo menos teóricamente.

Ligados a este principio, encontramos el *Principio a la Información Ambiental*, sustrato del mismo, el *Principio a la Educación Ambiental*, antecedente que dota de contenido a la participación y el *Principio de Reconocimiento y Respeto a las Identidades, Culturas e Intereses de los Pueblos Indígenas y Comunidades Tradicionales*.

Precautorio: Conforme al numeral 15 de la Declaración de Río, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades, advirtiendo que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”⁵⁹.

Sobre el tema, REHBINDER plantea que “se podría afirmar que según este principio, las políticas sobre el medio ambiente no se limitan a la protección del hombre y de su entorno contra riesgos inaceptables —peligros aceptables se diría en alemán—, lo que constituye el principio de protección, sino que además tienen por objeto reducir incluso los riesgos de degradación del medio ambiente que no alcanzan a ser inaceptables. Evidentemente, hay un nivel de riesgo (“riesgo residual”) que es tolerable o tan bajo en términos de magnitud y probabilidad que, tomando en consideración la escasez de recursos y los efectos económicos y sociales negativos de las medidas de reducción, no se le debería prestar atención”⁶⁰.

⁵⁹ Ver EDWIN ZACCAI y JEN NOEL MISSA, *Le principe de Precaution, significations et conséquences*, Editions de L'Université de Bruxelles, Bélgica, 2000.

⁶⁰ Ver ECKARD REHBINDER, “Medidas precautorias y sustentabilidad ¿Dos caras de la misma moneda?”, artículo publicado en *A Law for the Environment*, editado por

“En términos teóricos es posible reducir los riesgos ambientales casi a cero, pero como el costo marginal del logro de ese objetivo aumenta en forma desproporcionada, hay que poner ciertos límites a las medidas precautorias”⁶¹.

Para la fijación de estos umbrales se pueden utilizar determinados enfoques de regulación, tal como el análisis costo-beneficio, costo-efectividad, enfoque tecnológico y el basado en los derechos de las personas⁶².

Continuación nota ⁶⁰

ALEXANDER KISS y FRANCOISE BURHENNE-GUILMIN, Unión Mundial para la Naturaleza, 1994, reproducido por CEPAL en documento LC/R. 1573, Santiago, Chile, 1995, pág. 93.

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 12.

⁶² RAÚL O'RYAN y ANDRÉS ULLOA plantean que “El análisis costo-beneficio compara los costos sociales de controlar una actividad que usa recursos ambientales contra los beneficios sociales monetarios, asociados a esta reducción. Utilizando el análisis se establece la meta óptima, posteriormente se selecciona el instrumento más eficiente para lograr la meta. Uno de los problemas más serios de este enfoque es el que los recursos ambientales por su naturaleza (no se transan en el mercado, existencia de externalidades y propiedad común) no se pueden valorar completamente, o su valoración de la salud humana, la valoración de la biodiversidad, las funciones ecológicas, los hábitat, etc., son muy discutidos. En la práctica, estas dificultades llevan a que se utilice poco este enfoque para la toma de decisiones ambientales”.

“El enfoque costo-efectividad toma como un dato la determinación de la meta ambiental a alcanzar y se preocupa de buscar la manera más barata o económicamente eficiente de lograrla”.

“Usando un enfoque tecnológico, el regulador obliga a las firmas a instalar tecnologías más limpias o tecnologías de control, dentro de lo factible, tomando en cuenta factores tecnológicos, económicos y de gestión. La tecnología existente llevará a una cierta calidad ambiental que podría estar bastante lejos de la óptima. Tampoco hay un compromiso entre costos y reducción, sino que la definición tecnológica impone los costos y los agentes se deben adaptar. Este enfoque es muy utilizado en U.S.A. para regular contaminación en aire y agua”.

“Bajo un enfoque basado en los derechos de las personas se reemplazan la noción de utilidad o beneficio por uno de justicia, donde predominan consideraciones morales y éticas. La idea de que no siempre se pueden balancear costos y beneficios y que hay derechos que no pueden ser alterados sin el consenso de los afectados, predominan en este tipo de análisis. El

Existe evidentemente "necesidad de coexistencia" del principio de *precaución* y el de *Sostenibilidad*, los cuales se "yuxtaponen". REHBINDER aclara que el principio de precaución⁶³ "se centra en los riesgos para la salud que supone el contacto directo del ser humano con sustancias peligrosas...", a diferencia del principio de Sostenibilidad que no es aplicable a estos riesgos "ni siquiera en el sentido más amplio de conservación de la capacidad de asimilación del medio ambiente".

En este sentido, la dimensión social del principio de Sostenibilidad permitiría extenderlo sobrepasando la capacidad de absorción del medio ambiente de tal manera que abarcara también la obligación de "evitar los peligros y riesgos no razonables para la vida y la salud humanas", ya que, en definitiva, el "objetivo fundamental de todas las medidas destinadas a proteger el medio ambiente es la supervivencia de la humanidad"⁶⁴.

Según el Convenio sobre Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo, firmado en Espoo (Finlandia) el 25 de enero de 1991⁶⁵, el término Medio Ambiente abarca "especialmente" (no se trata pues de una enumeración exhaustiva): "la salud y seguridad humanas, la flora y la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estruc-

Continuación nota ⁶²

concepto de cero riesgo o mínimo riesgo impuesto por los partidarios de este enfoque debe lograrse sin importar consideraciones tecnológicas o económicas".

Ver en "Instrumentos de regulación ambiental en Chile", *Sustentabilidad Ambiental del Crecimiento Económico Chileno*, OSVALDO SUNKEL (editor). Programa de Desarrollo Sustentable, Centro de Análisis de Políticas Públicas, Universidad de Chile, Santiago, Chile 1996, págs. 285-324.

⁶³ Sobre este principio, ver también a JUAN RODRIGO WALSH en *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, pág. 47, Edit. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2000.

⁶⁴ ECKARD REHBINDER, "Medidas...", *op. cit.*, pág. 9.

⁶⁵ Ver breve reseña del Convenio de Espoo de JESÚS R. GARCÍA, *Guía Legal del Medio Ambiente en España*, Edit. Amarú, Salamanca, España, 1993.

turas físicas, o la interacción entre dichos factores; comprende también los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socio-económicas que resulten de las modificaciones de dichos factores"⁶⁶.

Lo cierto es que en el ámbito de la legislación sobre evaluación chilena, estas disquisiciones no quedan adecuadamente reflejadas, confundiendo ambos conceptos. De hecho, el Reglamento del Sistema⁶⁷ establece que si de la predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto⁶⁸ se deducen eventuales situaciones de riesgo al medio ambiente, el titular del mismo debe proponer medidas de Prevención de Riesgos y de Control de Accidentes.

La prevención de riesgos ambientales se expresa en medidas cuyo objetivo es "evitar la aparición de efectos desfavorables sobre la población" (salud humana).

La norma en este punto supone a un efecto irreal, ya que en términos concretos se trata de medidas destinadas a disminuir los riesgos, sin que esto implique evitarlos completamente.

A su vez las medidas de control de accidentes son aquellas que operan en situaciones en que se encuentren involucradas la vida, la salud humana o el medio ambiente y cuya finalidad es la de permitir la intervención eficaz en los sucesos que alteren el desarrollo normal de un proyecto o actividad.

De la Equidad Intergeneracional en el Acceso a los Recursos Naturales: Este principio sobre acceso equitativo a los recursos naturales de las generaciones presentes y futuras, es planteado por MARTÍN MATEO, básicamente respecto de aquellos que "tienen valor para la

⁶⁶ Ver PAZ VIZCAÍNO SÁNCHEZ-RODRIGO, *Introducción al Derecho del Medio Ambiente*, Edit. CTO Medicina, España, 1996, pág. 111.

⁶⁷ Que originalmente establecía un Párrafo especial sobre "La Estrategia de Manejo Ambiental".

⁶⁸ Artículo 62 del D.S. N° 95/2001 de MINSEGPRES (Ministerio Secretaría General de la Presidencia).

humanidad en cuanto ellos pueden sacar determinados rendimientos o satisfacciones, se presentan con una cierta escasez, pueden agotarse o deteriorarse por obra del hombre, y aunque no nos suministren ventajas inmediatas su desaparición o perturbación pueden causar dislocaciones y perjuicios para los ecosistemas progresivamente⁶⁹.

La equidad intergeneracional, según LEME, exige "consideraciones de orden ética, científica y económica de las generaciones actuales y una evaluación prospectiva de las necesidades futuras, debe ser siempre posible de ser concebidas y medidas en el presente"⁷⁰.

La teoría de la equidad intergeneracional, en opinión de BERGER, MARQUES y MICHELIN, parte de tres principios bases para los derechos y obligaciones intergeneracionales, principios de conservación de opciones, de la conservación de la calidad, y de la conservación de acceso⁷¹.

Sobre el *Principio del Desarrollo Sustentable*, que constituye el marco lógico de este trabajo, baste apuntar lo expresado por MAURICE STRONG y por IGNACY SACHS, en el sentido de que para lograr la sustentabilidad ambiental, se requiere "prudencia ecológica, eficiencia económica y equidad social"⁷².

De la Supremacía del Interés Público en la Protección del Medio Ambiente: Este principio, que orienta en definitiva al Derecho Público, debe caracterizar las decisiones de las políticas y los poderes públicos, en tanto es precisamente el Estado quien debe garantizar el interés general de la sociedad y finalmente el bien común.

⁶⁹ Ver RAMÓN MARTÍN MATEO, Vol. I, op. cit., págs. 198 y sgtes.

⁷⁰ Ver PAOLO AFONSO LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, pág. 51, 11ª edición, Edit. Malteiros, Brasil, 2004.

⁷¹ AIRTON GUIHERME BERGER FILHO, EDSON DINOS MARQUES y FABIO MICHELIN, "Os principios do direito ambiental y su positivización en el ordenamiento jurídico brasileiro", doc. Np, Universidad de Caxias do Sul, Universidad de Chile, 2004.

⁷² Apud BARBIERI, j.c. "Desenvolvimiento e Mello Ambiente: as estrategias de mudança da Agenda 21". Vosees, pág. 7, Rio de Janeiro, 1997.

Sobre el punto ANTONIO HERNÁN V. BENJAMÍN señala que la titularidad del medio ambiente, como macroconcepto, pertenece a la colectividad (sociedad) y su utilización es pública, vale decir, a esta es aplicable el principio de la no-exclusión de sus beneficiarios. Un bien ambiental es público no porque le pertenezca al Estado (criterio subjetivo), sino porque no resulta posible su apropiación exclusiva (criterio objetivo), "siendo por esto mismo, un verdadero bien público de uso común del pueblo"⁷³.

En este principio se funda la supremacía de los intereses colectivos, en relación a los intereses particulares o privados, de forma tal que en caso de dudas para un caso concreto, debe prevalecer la interpretación que privilegie los intereses de la sociedad, es decir *in dubio pro ambiente*, resultando posible utilizar el *in dubio pro sanitas et natura*⁷⁴.

Un aspecto interesante a este nivel es la determinación de los límites entre lo público y lo privado en materia de contaminación y, por tanto, de responsabilidad por el presunto daño o riesgo.

En efecto, tratándose de pasivos confinados en propiedad privada, sin que exista un riesgo significativo de dispersión o que se vehiculicen afectando a terceros, resulta extremadamente complejo al Estado exigir la remediación de ese pasivo. Hasta ahora, la naturaleza pública de la protección del medio ambiente, incluso el principio de la función ambiental de la propiedad, encuentra aquí sus insitas limitaciones.

Cabría señalar que, derivado de este principio, encontramos una serie de otras categorías, tales como el *Principio de la Indisponibilidad del Interés Público, y Ambiente*.

Corresponde finalmente mencionar el *Principio de la Solidaridad* que, junto al *Principio de Cooperación entre los Pueblos*, representa un

⁷³ Ver ANTONIO HERNÁN VASCONCELLOS BENJAMÍN, *Dano ambiental, prevenção, reparacão e repressão*, pág. 71, Sao Paulo:RT, Brasil, 1993 (traducción propia).

⁷⁴ Ver BERGER, MARQUES y MICHELIN, op. cit., págs. 30 y sgtes.

cambio de paradigmas en la forma de comprender el fenómeno ambiental, así como el *Principio del Derecho al Acceso a la Información*, establecidos en las Directivas 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, y la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003⁷⁵.

4. TEORÍA DEL RIESGO AMBIENTAL

Vivimos en la sociedad del riesgo, en la cual el rol de las normas ambientales corresponde fundamentalmente el establecimiento de niveles de seguridad, los que tienen por objeto evitar la exposición del daño⁷⁶. Riesgo es la probabilidad de que aparezcan efectos desfavorables o indeseables como resultado de una exposición dada⁷⁷.

El punto es la adscripción del principio relativo a la exposición "sin riesgo" o exposición cero⁷⁸, el cual se funda en la idea de que no existe ningún nivel admisible de riesgo, y que normalmente se aplica a los riesgos derivados de presuntos carcinógenos, lo que se contrapone explícitamente con las normas que se basan en el criterio del nivel de umbral "que de por sí entraña un análisis de la ecuación riesgo-beneficio". En la exposición cero se da prioridad al componente de la ecuación representado por el "riesgo".

⁷⁵ Ver también "Convención de Aarhus"-Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, 1999. Para el caso chileno, ver Ley N° 19.880.

⁷⁶ Sobre la cobertura del riesgo ambiental, ver ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, en *La reparación de los Daños al Medio Ambiente*, págs. 277 y sgtes., Edit. Aranzadi, Pamplona, España, 1996.

⁷⁷ Organización Mundial de la Salud, 1977.

⁷⁸ Ver H. W. de KONING, *Establecimiento de Normas Ambientales, Pauta para la adopción de decisiones*, págs. 49 y sgtes., publicado por la OMS, en colaboración con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos, Ginebra, Suiza, 1988.

Ahora bien, una dificultad inherente al concepto de tolerancia cero está representada por la propia definición de "cero", la cual depende del nivel de desarrollo tecnológico; es decir, de la precisión de las técnicas existentes para tales mediciones.

La respuesta de la ciencia que basa sus conclusiones en estudios de mortalidad y morbilidad, es que la norma debe tender a cero, lo que podría brindar una respuesta razonablemente aceptable, frente a la disyuntiva de estar compelidos a aceptar en razón de realidades técnico-económicas, ciertos niveles de lesión al bien jurídico protegido.

Sin embargo en este ámbito —como en otros—, la realidad es mucho más poderosa y compleja que la teoría, y aceptando que el riesgo es un concepto objetivo, una vez determinada la reducción neta de riesgos, se hace necesario definir los umbrales que la sociedad considera aceptables, los cuales pueden variar considerablemente de una sociedad a otra, así como de una clase social a otra, etc., dependiendo en gran medida del desarrollo económico el nivel de tolerancia social que exista al riesgo. "Esto quiere decir que al tomar una decisión conviene tener en cuenta no sólo los niveles vigentes de riesgo admisibles sino también los niveles probables"⁷⁹. Sin embargo, y a pesar de la validación social que debe verificarse en esta tipología de normas jurídicas, incluso existiendo procedimientos administrativos reglados, que incorporan esta etapa en la elaboración de la norma, caso de Alemania, Chile, etc., no existen metodologías que permitan realizar un análisis riguroso para la determinación del grado de aceptación social de los diferentes tipos de riesgos que estas normas involucran, quedando en definitiva entregada dicha decisión a la intuición de la autoridad administrativa sobre los niveles de riesgo socialmente admisible. Son en definitiva según PATRICIA MATUS, "niveles de decencia", los que en definitiva deberán orientar la potestad regla-

⁷⁹ Ver National Academy of Sciences. *Decision-making for regulatory chemicals in the environment*. Washington, DC, NAS, 1975.