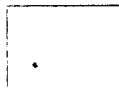


# Fundamentos



de Derecho Ambiental

Jorge Bermúdez Soto



EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las Leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Jorge Bermúdez Soto  
Inscripción N° 166.445

ISBN 978-956-17-0412-1

Derechos Reservados

Ediciones Universitarias de Valparaíso  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Calle 12 de Febrero 187, Valparaíso  
Fono (32) 227 30 87 - Fax (32) 227 34 29  
E.mail: [euvs@ucv.cl](mailto:euvs@ucv.cl)  
[www.euv.cl](http://www.euv.cl)

Diseño Gráfico: Guido Olivares S.  
Asistente de Diseño: Mauricio Guerra P.  
Asistente de Diagramación: Alejandra Larrain R.  
Corrección de Pruebas: Osvaldo Oliva P.

Impreso en Libra

HECHO EN CHILE

***Dedicado a Brigitte, Maren y Martin.***

## **Agradecimientos**

En los años que ha tomado la elaboración de este trabajo son varias las personas e instituciones a quienes quiero agradecer. En primer lugar a la Fundación Alexander von Humboldt, la que a través de su ayuda económica me permitió llevar a cabo una estancia de investigación postdoctoral en Alemania, durante la cual se gestó el fundamento de esta obra. En este mismo contexto quiero agradecer al profesor Dr. Klaus Lange, quien me acogió en su cátedra durante mi estancia en la Universidad de Giessen, dándome la libertad y el apoyo necesarios para dedicarme a la elaboración de este libro.

También quiero agradecer a la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, la que me ha apoyado e incentivado a terminar este trabajo. En particular a Claudia Mejías y Camilo Mirosevic quienes revisaron en momentos distintos el borrador, sugiriéndome cambios y correcciones de todo tipo, pero sobre todo motivándome a publicar este libro. No quiero olvidar a mis estudiantes de los cursos de Derecho ambiental de la misma escuela y del programa de Magíster en Derecho de la PUCV, quienes con su discusión y crítica me llevaron a replantear varias de las conclusiones que a lo largo del libro se exponen.

Finalmente, debo hacer presente que el libro que el lector tiene en sus manos fue concluido en el marco del proyecto FONDECYT N° 1060818.

Muchas gracias a todos.



## Introducción

El presente trabajo está dividido en cuatro capítulos los que constituyen, lo que creo son los cuatro pilares del Derecho ambiental chileno. En primer lugar el capítulo denominado Fundamentos de Derecho Ambiental, en que se explican básicamente tres cosas: las razones de la regulación ambiental; la forma en que se regula; y los principios y conceptos técnicos de esta rama del Derecho. En el segundo capítulo se estudia el fundamento constitucional de la protección del medio ambiente. En esta parte se pasa revista tanto al derecho subjetivo constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, así como a su relación con otros derechos. Asimismo, se revisa la acción de protección que ampara dicho derecho. El capítulo tercero está dedicado a los instrumentos que el ordenamiento jurídico chileno ha consagrado para la protección ambiental. En particular se estudian aquellos que incorpora la ley N° 19.300 de bases generales del medio ambiente. El cuarto capítulo y final se dedica al estudio de la responsabilidad por el daño ambiental. En esta parte hay una especial dedicación, además, a la relación entre la responsabilidad ambiental y la responsabilidad del Estado por el daño ambiental ocasionado por sus organismos.

La bibliografía utilizada en este trabajo puede clasificarse, según su origen, en tres grupos. En primer lugar se ha procurado utilizar las fuentes chilenas que se han tenido a mano, aunque debo señalar, como crítica, que no siempre ha sido posible encontrar algo más que una mera exposición de la norma legal en los textos y artículos nacionales. En segundo término he recuperado mucha de la literatura española que utilizara durante mi trabajo de doctorado, ello explica que en algunos casos la referencia bibliográfica tenga una data de casi una década de antigüedad. Aunque, en defensa de esta opción, debo señalar que se trata de bibliografía que sigue siendo una base importante en el contexto del Derecho ambiental iberoamericano. Por último debo destacar la utilización

de la bibliografía alemana, la que pude conocer durante mis estancias de investigación postdoctoral. El manejo de esta bibliografía me ha permitido concluir que las soluciones jurídicas a la problemática de la protección ambiental son comunes, variando en muchos casos sólo el grado o estándar aplicable y las posibilidades de fiscalización de la norma.

Este libro puede ser leído por cualquier persona que tenga interés en conocer el régimen jurídico de la protección del medio ambiente en Chile. Sin embargo, es probable que aquellos que cuenten con una base previa en Derecho administrativo puedan entender de mejor manera algunas de las conclusiones y discusiones que a lo largo del texto se plantean. Esto no es una casualidad. Desde mi perspectiva, el Derecho ambiental chileno, al igual como ocurre en muchos otros lugares, es en buena parte un Derecho administrativo especial. No quiero entrar aquí en la ya manida discusión de si el Derecho ambiental tiene o no una identidad propia, sin embargo, en la mayor parte de sus instrumentos es posible apreciar una base claramente administrativista.

Finalmente, se debe tener en cuenta que en este trabajo se ha intentado plantear las relaciones y referencias internas que se dan entre los diversos temas tratados. En tal sentido, podría decirse que no se trata de una descripción lineal de temas de Derecho ambiental, sino de una sistematización crítica de los tópicos que se estimó fundamentales del Derecho ambiental chileno. Es por ello que en muchas partes es posible apreciar referencias del estilo "C.I.1" o "Ver C.I.1", correspondiendo al capítulo y el numeral al que el lector puede reconducir su lectura, para complementar o relacionar la idea expuesta.

Espero que la obra que el lector tiene en sus manos pueda resultarle de utilidad, la que como cualquier obra humana no está exenta de errores, por lo que estaré muy agradecido de los comentarios, críticas y sugerencias que se le puedan formular.

**Jorge Bermúdez Soto**

Valparaíso, noviembre de 2007

---

\* Estos se pueden hacer llegar a [jorge.bermudez@ucv.cl](mailto:jorge.bermudez@ucv.cl)

## **Tabla de Abreviaturas**

**Art.:** Artículo

**CA:** Corte de Apelaciones

**CE:** Constitución española

**Cfr.:** Confrontar

**CONAMA:** Comisión Nacional del Medio Ambiente

**COREMA:** Comisión Regional del Medio Ambiente

**CPR:** Constitución Política de la República

**CS:** Corte Suprema

**DIA:** Declaración de Impacto Ambiental

**DO:** Diario Oficial

**DS:** Decreto Supremo

**Ed.:** Editorial

**EIA:** Estudio de Impacto Ambiental

**Inc.:** Inciso

**LBGAE:** Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado  
Nº 18.575.

**LBGMA:** Ley de Bases Generales del Medio Ambiente Nº 19.300

**LBPA:** Ley que establece las bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado Nº 19.880

**LOCM:** Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades Nº 18.695

**Op.cit.:** Obra citada

**pp.:** páginas

**RCHD:** Revista Chilena de Derecho

**RDUCV:** Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

**REDC:** Revista Española de Derecho Constitucional

**RSEIA:** Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo Nº 95 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia

**SEIA:** Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

**ss.:** siguientes

**TC:** Tribunal Constitucional

**Vol.:** Volumen

## Prólogo

El profesor Dr. Jorge Bermúdez ha concebido una parte importante de este libro durante los años 2002/2003 en Alemania, como becario de la Fundación Alexander von Humboldt. La presente obra se ha desarrollado realizando una confrontación con el derecho ambiental alemán, el cual ya cuenta con una larga tradición y estructuras dogmáticas confirmadas. El profesor Bermúdez ha presentado a la discusión en Alemania sus conceptos, en especial sobre las bases constitucionales del derecho ambiental, y ha recibido un gran asentimiento de la doctrina especializada, contribuyendo, de paso, al enriquecimiento de la investigación del derecho ambiental alemán. Dado que el profesor Bermúdez durante su pasantía de un año en Alemania estuvo como invitado en mi cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Giessen, estoy especialmente contento de felicitarlo a través de este prólogo por la aparición de su libro, el que está marcado por un tratamiento soberano y preciso de la dogmática jurídica, experiencia práctica y conocimiento de las culturas jurídicas española, alemana y chilena.

Le deseo a esta obra toda la gran distribución que merece una presentación erudita del derecho ambiental.

Giessen, octubre de 2007

Prof. Dr. Klaus Lange  
Professor für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre  
an der Justus-Liebig-Universität Gießen  
Präsident a.D. des Staatsgerichtshofes des Landes Hessen

## Índice

|   |     |
|---|-----|
| I. Fundamentos de Derecho Ambiental .....                 | 27  |
| II. Protección Ambiental y Constitución .....             | 71  |
| III. Instrumentos Jurídicos de Protección Ambiental ..... | 137 |
| IV. Responsabilidad por el Daño Ambiental .....           | 223 |
| Bibliografía .....  | 279 |

## Índice General

### Capítulo Primero: Fundamentos de Derecho Ambiental

|   |    |
|---|----|
| 1. Protección Ambiental.....  | 27 |
| 2. Política Ambiental.....  | 29 |
| 2.1 Eficacia .....  | 29 |
| 2.2 Ámbitos .....   | 30 |
| 3. Economía Ambiental .....   | 33 |
| 4. Derecho Ambiental .....  | 34 |
| 4.1 Antecedentes.....   | 36 |
| 4.2 Derecho Ambiental contemporáneo.....                                  | 37 |
| 4.3 Reconocimiento constitucional.....                                    | 38 |
| 4.4 La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.....                     | 41 |
| 4.4.1 Disparidad entre el objeto de la ley y la regulación efectiva ..... | 41 |
| 4.4.2 Opción por las normas con rango legal.....                          | 42 |
| 4.4.3 Discutible carácter de ley de bases.....                            | 43 |
| 5. Principios del Derecho Ambiental.....                                  | 44 |
| 5.1 Precautorio.....  | 44 |

|  |    |
|--|----|
| 5.2 Causador o de Responsabilidad.....                   | 46 |
| 5.3 Cooperación .....                                    | 49 |
| 6. Conceptos técnico-jurídicos de Derecho Ambiental..... | 51 |
| 6.1 Medio Ambiente .....                                 | 52 |
| 6.1.1 Medio Ambiente como bien unitario.....             | 53 |
| 6.1.2 Medio Ambiente como bien singular .....            | 53 |
| 6.1.3 Problemas de la definición de Medio Ambiente.....  | 53 |
| 6.1.4 Definición.....                                    | 55 |
| 6.2. Conservación del Patrimonio Ambiental .....         | 57 |
| 6.3 Desarrollo Sustentable .....                         | 60 |
| 6.3.1 Concepto .....                                     | 60 |
| 6.3.2 Desarrollo Sustentable en la LBGMA.....            | 63 |
| 6.4 Preservación de la Naturaleza.....                   | 67 |
| 6.5 Protección del Medio Ambiente.....                   | 68 |

## **Capítulo Segundo: Protección Ambiental y Constitución**

|  |    |
|--|----|
| 1. Constitución Ambiental.....                                       | 71 |
| 2. Derecho a vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación ..... | 72 |
| 2.1 Contenido.....   | 73 |
| 2.2 Extensión.....   | 75 |
| 2.2.1 Perspectiva restrictiva.....                                   | 76 |
| 2.2.2 Perspectiva amplia .....                                       | 80 |
| 2.2.3 Perspectiva ecléctica: Entorno Adyacente.....                  | 81 |
| 2.2.4 Delimitación del entorno adyacente.....                        | 82 |



|  |     |
|--|-----|
| 2.2.5 Entorno adyacente en la práctica.....                            | 83  |
| 2.2.6 Conclusión .....   | 85  |
| 2.3 Elementos .....  | 86  |
| 2.3.1 Perspectiva amplia.....  | 88  |
| 2.3.2 Perspectiva sistémica .....                                      | 88  |
| 2.3.3 Perspectiva determinista.....                                    | 89  |
| 2.3.4 Perspectiva dual: derecho-deber .....                            | 89  |
| 2.4 Finalidad .....  | 90  |
| 2.4.1 En relación con la salud y la calidad de vida.....               | 91  |
| 2.4.2 En relación con el entorno .....                                 | 93  |
| 2.4.3 Incidencia de las normas de calidad en la finalidad .....        | 93  |
| 2.5 Conclusiones.....  | 96  |
| 3. Recurso de Protección Ambiental.....                                | 96  |
| 3.1 Objeto del recurso.....  | 98  |
| 3.2 Forma de vulneración del derecho.....                              | 99  |
| 3.3 Conducta que vulnera el derecho .....                              | 100 |
| 3.4 Calidad de la conducta.....  | 102 |
| 3.5 Sujeto imputado.....   | 104 |
| 3.6 Efectos del recurso de protección en materia ambiental.....        | 104 |
| 4. Protección Ambiental y Límite a los Derechos Constitucionales ..... | 106 |
| 4.1 Preeminencia de derechos y garantías constitucionales.....         | 108 |
| 4.2 Alcance del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR .....                     | 109 |
| 4.2.1 Interpretación progresiva del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR.....  | 110 |
| 4.2.2 Condiciones para la limitación.....                              | 114 |
| 4.3 Limitaciones a derechos en particular .....                        | 118 |

|  |     |
|--|-----|
| 4.3.1 Derecho de propiedad .....                         | 118 |
| 4.3.2 Derecho a desarrollar actividades económicas ..... | 125 |
| 5. El Deber de Protección Ambiental del Estado .....     | 130 |
| 5.1 Sujeto destinatario.....                             | 130 |
| 5.2 Contenido.....                                       | 131 |
| 5.2.1 Que el derecho no sea afectado .....               | 132 |
| 5.2.2 Tutela de la preservación de la naturaleza.....    | 134 |
| 5.3 Déficit en la ejecución del deber.....               | 135 |

### **Capítulo Tercero: Instrumentos Jurídicos de Protección Ambiental**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Instrumentos de Protección Ambiental .....             | 137 |
| 1.1 Concepto .....  | 140 |
| 1.2. Instrumentos normativos .....                        | 141 |
| 1.3 Instrumentos objeto de análisis .....                 | 143 |
| 2. Normas de Calidad Ambiental.....                       | 143 |
| 2.1 Norma primaria de calidad ambiental.....              | 144 |
| 2.2 Norma secundaria de calidad ambiental .....           | 145 |
| 2.3 Características.....                                  | 147 |
| 2.3.1 Distinción basada en la presencia de personas ..... | 147 |
| 2.3.2 Diversidad de deberes constitucionales.....         | 147 |
| 2.3.3 Vigencia territorial.....                           | 148 |
| 2.3.4 Fijan situaciones de emergencia.....                | 150 |
| 2.3.5 Operan sobre medios ambientales.....                | 150 |
| 2.3.6 Fijan niveles de contaminación .....                | 151 |
| 2.3.7 Contenidas en un Decreto Supremo .....              | 151 |

|  |     |
|--|-----|
| 2.3.8 Revisión periódica .....                                 | 152 |
| 2.4 Obligatoriedad .....                                       | 152 |
| 2.5 Procedimiento de formación .....                           | 154 |
| 2.6 Estudio de caso: norma primaria de calidad para MP10 ..... | 155 |
| 3. Normas de Emisión .....                                     | 160 |
| 4. Ausencia de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión .....  | 163 |
| 5. Normas Ambientales como Normas de Compromiso.....           | 164 |
| 6. Declaración de Zona Latente y Saturada.....                 | 166 |
| 7. Planes de Prevención y de Descontaminación.....             | 168 |
| 7.1 Elementos.....   | 169 |
| 7.2 Instrumentos.....  | 172 |
| 7.3 Obligatoriedad .....                                       | 172 |
| 7.4 Problemas de constitucionalidad .....                      | 175 |
| 8. Contencioso-Administrativo Ambiental.....                   | 175 |
| 8.1 Objeto de la reclamación.....                              | 175 |
| 8.2 Legitimación activa.....                                   | 176 |
| 8.2.1 El DS no se ajusta a la LBGMA.....                       | 177 |
| 8.2.2 El DS causa perjuicio al demandante.....                 | 177 |
| 8.3 Plazo de interposición .....                               | 178 |
| 8.4 Juez competente y procedimiento.....                       | 178 |
| 8.5 Procedencia de Recursos Administrativos ordinarios.....    | 179 |
| 9. Planes de Manejo .....                                      | 179 |
| 9.1 Contenido .....  | 180 |

|  |     |
|--|-----|
| 9.2 Destinatarios.....                                       | 180 |
| 9.3 Roles de la Administración Pública.....                  | 181 |
| 9.4 Planes de manejo contenidos en leyes especiales.....     | 182 |
| 10. Programas de Control Integrado .....                     | 182 |
| 11. Regulación especial del Suelo .....                      | 184 |
| 12. Permisos de Emisión Transable .....                      | 186 |
| 12.1 Principio y objetivo .....                              | 187 |
| 12.2 Presupuestos .....                                      | 187 |
| 12.2.1 Determinación de la cantidad de emisiones .....       | 187 |
| 12.2.2 Ámbito de aplicación .....                            | 188 |
| 12.2.3 Distribución .....                                    | 189 |
| 12.3 Situación legislativa actual .....                      | 189 |
| 13. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental .....         | 189 |
| 13.1 Concepto .....  | 191 |
| 13.2 Características.....                                    | 192 |
| 13.2.1 Evaluación preventiva.....                            | 192 |
| 13.2.2 Evaluación cooperativa .....                          | 193 |
| 13.2.3 Evaluación integral .....                             | 194 |
| 13.2.4 Evaluación comprensiva .....                          | 194 |
| 13.3 Finalidad.....  | 195 |
| 13.4 Elementos de la Evaluación .....                        | 196 |
| 13.4.1 Impacto ambiental como daño ambiental permitido ..... | 197 |
| 13.4.2 Evaluación de los impactos directos e indirectos..... | 197 |
| 13.4.3 Evaluación de todos los entornos.....                 | 198 |

|  |     |
|--|-----|
| 13.4.4 Evaluación en relación con normas ambientales ..... | 198 |
| 13.4.5 Línea de base.....                                  | 199 |
| 13.5 Ingreso al SEIA .....                                 | 201 |
| 13.5.1 Estudio de Impacto Ambiental.....                   | 201 |
| 13.5.2 Declaración de Impacto Ambiental .....              | 203 |
| 13.6 Actividades sometidas al SEIA .....                   | 205 |
| 13.7 Sometimiento voluntario.....                          | 206 |
| 13.8 Resolución de Calificación Ambiental.....             | 207 |
| 13.8.1 Características.....                                | 208 |
| 13.8.2 Informe Consolidado.....                            | 209 |
| 13.8.3 Adopción de la resolución .....                     | 211 |
| 13.8.4 Problemas del sistema de acuerdo.....               | 213 |
| 13.8.5 Impugnación de la Resolución.....                   | 214 |
| 13.9 Conclusiones .....                                    | 217 |
| 14. Certificación Ambiental .....                          | 218 |
| 14.1 Concepto de certificación.....                        | 218 |
| 14.2 Certificación voluntaria u obligatoria .....          | 219 |
| 14.3 Certificación ambiental obligatoria .....             | 221 |

## Capítulo Cuarto: Responsabilidad por el Daño Ambiental

|   |     |
|---|-----|
| 1. Marco Normativo .....                                  | 224 |
| 2. Responsabilidad Ambiental en el Derecho Comparado..... | 225 |
| 2.1 Aplicación de normas de Derecho común .....           | 225 |
| 2.1.1 Sistema español (I) .....                           | 225 |
| 2.1.2 Sistema mexicano.....                               | 226 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.2 Aplicación de soluciones comunes por normas especiales.....   | 226 |
| 2.2.1 Sistema alemán.....   | 227 |
| 2.3 Aplicación de un concepto específico de daño ambiental.....   | 227 |
| 2.3.1 Sistema italiano.....                                       | 227 |
| 2.3.2 Sistema español (II).....                                   | 228 |
| 2.4 Conclusión.....   | 229 |
| 3. Alcance del Sistema de Responsabilidad.....                    | 229 |
| 4. Sistema Subjetivo de Responsabilidad.....                      | 230 |
| 4.1 Presunciones de responsabilidad.....                          | 230 |
| 4.2 Objetivación de la responsabilidad ambiental.....             | 232 |
| 5. Daño Ambiental.....  | 233 |
| 5.1 Características.....  | 234 |
| 5.1.1 Sólo es daño ambiental el inferido al medio ambiente.....   | 234 |
| 5.1.2 El daño ambiental puede presentarse en cualquier forma..... | 236 |
| 5.1.3 El daño ambiental debe ser significativo.....               | 236 |
| 5.1.4 Daño significativo en el Derecho comparado.....             | 237 |
| 6. Relación de Causalidad.....                                    | 240 |
| 7. Reparación del Daño Ambiental.....                             | 241 |
| 7.1 Formas de reparación.....                                     | 242 |
| 7.2 Concepto legal de reparación.....                             | 242 |
| 7.2.1 Reparación en una calidad similar.....                      | 243 |
| 7.2.2 Reparación restableciendo las propiedades básicas.....      | 244 |
| 7.3 Conclusión.....   | 245 |
| 7.4 Indemnización de los perjuicios en materia ambiental.....     | 245 |

|   |     |
|---|-----|
| 8. Titulares de la Acción de Responsabilidad Ambiental .....                      | 246 |
| 8.1 Afectados por el daño ambiental .....   | 246 |
| 8.2 Municipalidades .....   | 247 |
| 8.3 El Estado .....   | 248 |
| 8.4 Preclusión de la legitimación activa .....                                    | 249 |
| 8.5 Requerimiento para el ejercicio de la acción ambiental .....                  | 249 |
| 9. Juez Competente y Procedimiento .....  | 251 |
| 10. Prescripción de la Acción.....  | 253 |
| 11. Relación entre las Responsabilidades Ambiental y Civil Extracontractual ..... | 254 |
| 11.1 Perspectiva normativa .....  | 254 |
| 11.2 Perspectiva reparatoria.....   | 255 |
| 11.2.1 Componente patrimonial de la reparación ambiental .....                    | 255 |
| 11.2.2 Reparación ambiental solicitada por otros legitimados activos.....         | 256 |
| 11.2.3 Omisión de la acción ambiental .....                                       | 256 |
| 11.2.4 De lege ferenda.....   | 257 |
| 12. Responsabilidad por vulneración de Planes Ambientales.....                    | 257 |
| 12.1 Causas por las que procede.....  | 258 |
| 12.2 Extensión de las causales.....   | 259 |
| 12.3 Cúmulo de responsabilidades.....   | 259 |
| 12.4 Legitimación activa .....  | 259 |
| 12.5 Sanciones y medidas cautelares.....  | 260 |
| 12.6 Reglas para la determinación de las sanciones .....                          | 261 |
| 12.7 Non bis in ídem .....  | 262 |
| 12.8 Naturaleza Jurídica de esta clase de responsabilidad.....                    | 262 |
| 12.9 Conclusión.....  | 264 |

|   |     |
|---|-----|
| 13. Responsabilidad Administrativo-Ambiental .....                            | 264 |
| 13.1 Naturaleza jurídica.....   | 265 |
| 13.2 Recurso contencioso-administrativo.....                                  | 266 |
| 14. Responsabilidad del Estado por el Daño Ambiental .....                    | 267 |
| 14.1 Planteamiento del problema .....   | 268 |
| 14.2 Supuesta autarquía del Derecho Administrativo.....                       | 269 |
| 14.3 Improcedencia de la acción ambiental .....                               | 270 |
| 14.4 Excepción a la aplicación de las normas de Derecho Público .....         | 272 |
| 14.5 Fisco con Fisco en materia ambiental .....                               | 273 |
| 14.5.1 El Consejo de Defensa del Estado y el deber de protección .....        | 273 |
| 14.5.2 Daños ambientales ocasionados por órganos del Estado .....             | 274 |
| 14.5.3 Acción ambiental frente a las diversas Administraciones Públicas ..... | 275 |
| 14.5.4 Conclusión .....   | 277 |
| 15. Valoración del Sistema de Responsabilidad.....                            | 277 |
| Bibliografía .....  | 279 |



# Capítulo Primero

## Fundamentos de Derecho Ambiental

### 1. Protección Ambiental

El ser humano necesita del medio ambiente, como único espacio en el que, hasta ahora, puede desarrollar su existencia. Aire, agua, suelo, diversidad biológica, minerales y en general recursos naturales conforman el capital terrestre con el que la humanidad ha contado, cuenta y contará para existir y desarrollarse. Los elementos del capital terrestre son puestos en movimiento gracias a la inagotable energía aportada por el sol, el capital solar. El producto de la ecuación ambiental, conformada por capital terrestre y capital solar, lo constituye el medio, entorno o medio ambiente, sobre el que la humanidad ha evolucionado en la forma y condiciones que se conocen hoy en día.

Los problemas ambientales, tales como el crecimiento de la población, la depredación de los recursos naturales, la extinción de plantas y animales, la pérdida de hábitat y la contaminación, parecen amenazar hoy, como nunca antes, al resultado de la ecuación: al medio ambiente<sup>1</sup>. Independientemente de la opinión que se tenga respecto de la seriedad

---

<sup>1</sup> Como primera aclaración metodológica debe señalarse que en este trabajo no se examinan los problemas ambientales propiamente tales, analizados con propiedad por las ciencias ambientales, sino que se parte de la premisa de que la protección del medio ambiente es una finalidad asumida por el Estado y sus organismos desde diversas perspectivas. El análisis de la protección ambiental se reduce, en este caso, como resulta lógico, sólo a su aspecto jurídico.

Para una visión general y comprensiva de los problemas ambientales, *George Tyler Miller*, *Living in the Envi-*

que presenta el problema del deterioro ambiental, y aun más, incluso aceptando que el ingenio y la tecnología humana serían capaces de solucionar algunos de los problemas ambientales que aquejan a la humanidad, lo cierto es que los Estados, en diverso grado, han asumido la cuestión ambiental como una función pública más. Y ello porque el deterioro que sufren los bienes que conforman el medio ambiente tiene una incidencia directa en la vida, salud y calidad de vida de la población.

La función pública ambiental ha encontrado como primera respuesta la formulación y asunción de nuevas tareas por parte del Estado, las que se agrupan bajo la adopción de una política pública que tiene como finalidad alcanzar algún nivel de protección ambiental que permita minimizar o moderar los efectos que el deterioro ambiental tiene sobre la ciudadanía y los bienes ambientales. Para alcanzar dicha finalidad, se crean o extrapolan diversas clases de instrumentos, herramientas y formas de acción concretas, todos los que, en definitiva, se transforman en acciones jurídicas o materiales de los órganos del Estado<sup>2</sup>.

La función de protección ambiental, en un sentido amplio, constituye una reacción por parte del Estado frente a la amenaza o peligro de un daño o deterioro ambiental actual, pero también importa una responsabilidad duradera y permanente para asegurar las bases de la vida de las futuras generaciones<sup>3</sup>. Esta reacción no ha sido ni es voluntaria. Las finalidades de protección ambiental encuentran su apoyo en dos pilares fundamentales, por una parte la inseparable relación que existe entre ambiente y existencia humana, esto es, que en cuanto se protege el entorno, se asegura la existencia y supervivencia humana. En tal sentido, la protección ambiental constituye un destino necesario e inevitable<sup>4</sup>, dentro de las tareas que debe asumir el Estado moderno. Y por otra, que las finalidades de protección ambiental y la intensidad de las medidas en que se concretan, corresponden a una forma o manera de actuar que se identifica como una ética o conciencia ambiental de una determinada sociedad, pero también con una situación económica y unas finanzas públicas ordenadas, que permitan financiar la protección ambiental<sup>5</sup>.

---

ronment, Wadsworth Publishing Company, 13ª Edición, 2003.

<sup>2</sup> El artículo 2 q) LBGMA define Protección del Medio Ambiente como: "el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro".

<sup>3</sup> El artículo 2 g) LBGMA define Desarrollo Sustentable como "el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras".

<sup>4</sup> Michael Kloepfer, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, Ed. De Gruyter, Berlin-New York, 1978, p. 7 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. Rüdiger Brewer, *Umweltschutzrecht*, en *Besonderes Verwaltungsrecht*, Eberhard Schmidt-Aßmann editor, 11ª Edición, Berlín 1999, p. 467. Sobre el tema de la financiación de la protección ambiental, Michael Kilian, *Finanzierung des Umweltschutzes*, en *Hans-Werner Rengeling* (editor), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Ed. Carl Heymanns, Colonia, 1998, pp. 71 y ss.

La finalidad de protección ambiental no está circunscrita a un ámbito específico, sino que es una tarea que debe ser alcanzada a través de instrumentos de diversa índole. Tales instrumentos pueden sistematizarse, al menos, bajo tres clases u órdenes, se trata de herramientas provenientes de:

- la Política Ambiental;
- la Economía Ambiental y;
- Derecho Ambiental.

## 2. Política Ambiental

Al lado de cualquier otra tarea del Estado, que tiene como antecedente previo la formulación de una política pública (por ejemplo la política de salud, la política educacional o la política pesquera), la formulación de una política ambiental responde a la necesidad de fijar los lineamientos generales a través de los que se asumirá esta nueva tarea de protección ambiental por parte del poder público. En los países desarrollados se ha asumido desde comienzos de los años setenta<sup>6</sup>, y que en el caso del Estado chileno, se encuentra formalmente considerada recién desde la década de los noventa<sup>7</sup>.

### 2.1 Eficacia

La Política Ambiental fijará las directrices que gobernarán la actividad estatal encaminada a la protección ambiental. La principal eficacia o virtualidad práctica de la formulación de una política ambiental se resumen en los siguientes:

- La política ambiental determinará la posición que la protección del medio ambiente tiene dentro del contexto de las demás políticas públicas, sea con carácter coordinado o subordinado frente a aquéllas.
- La fijación de los niveles o estándares ambientales, responde a la posición y

---

<sup>6</sup> Como por ejemplo el Programa Ambiental del Gobierno Federal alemán de 1971 (*Das Umweltprogramm der Bundesregierung*).

<sup>7</sup> Como primer documento de política ambiental integral del Estado chileno, puede ser considerada la *Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable*, aprobada por el Consejo Directivo de Ministros de CONAMA el año 1998. Esto no quiere decir que con anterioridad no existiesen directrices o lineamientos generales en materia ambiental, sin embargo estos no tenían el carácter integral que una verdadera política ambiental debe mostrar.

valoración que se dé a los bienes jurídicos que se han considerado en la política de protección ambiental. Así el conjunto de medidas que se estima necesarias para llevar a cabo la política ambiental podrán considerar niveles de protección necesarios para asegurar un medio ambiente sano para la vida, la salud y/o la calidad de vida de las personas.

- Finalmente, la política ambiental supone una opción y priorización entre los diversos instrumentos de protección ambiental, los que no siempre son compatibles, o que operan sólo de manera secuencial una vez agotados los anteriores. Por ejemplo la política ambiental no podría señalar como idea rectora la aplicación del principio de cooperación, y luego, el legislador fijar una legislación marco sancionadora, como instrumento principal de la protección ambiental.

La política ambiental puede alcanzar diversos ámbitos espaciales, entre los cuales pueden contarse los niveles internacional, suprarregional, nacional, regional y local. Ello no supone que en cada uno de estos ámbitos o niveles efectivamente exista una política de protección ambiental. Sin embargo, pone de manifiesto la envergadura y el alcance que puede comprender esta función pública en los ámbitos doméstico e internacional.

## 2.2 Ámbitos

La conformación de una política ambiental puede darse en diversos ámbitos territoriales. Ello dependerá de la materia ambiental específica sobre la que recaiga esta política, como también de la forma de organización interna que asuma un Estado en concreto. Los ámbitos de la política ambiental podrán ser:

- *Internacional/Global.* Los grandes impulsos dados en materia de protección ambiental provienen de las conferencias internacionales realizadas en el marco de Naciones Unidas. La primera de ellas fue la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, la que sentó las bases de lo que sería la protección ambiental en el ámbito internacional<sup>8</sup>. Luego la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992<sup>9</sup> y la Conferencia de Johannesburgo de 2002, (Río + 10) sobre Desarrollo Sostenible.

Desde la perspectiva global, es posible destacar dos de los aspectos más relevantes

---

<sup>8</sup> José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid 1999, p. 18.

<sup>9</sup> Los resultados de esta conferencia son dos declaraciones (la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo y la Declaración sobre los bosques), dos convenios internacionales (sobre cambio climático y sobre biodiversidad) y un plan de acción (Agenda 21).

de la política ambiental: la consagración de principios y reglas universales ambientales y el establecimiento de organizaciones internacionales.

- Uno de los avances relativamente recientes y más destacados lo constituye la consagración del principio del *desarrollo sostenible*. Dicho principio se encuentra contenido, a pesar de que no se define, en la Declaración de Río, documento con que dicha Conferencia concluye<sup>10</sup>. El principio de *desarrollo sostenible*, es la piedra angular que debe inspirar la política nacional ambiental de los Estados, para asegurar una herencia ambiental a la humanidad en su conjunto. La Declaración de Río recoge, a partir de dicho principio central, una serie de subprincipios que se articulan entre sí, para alcanzar el desarrollo sostenible, única vía concebible para compatibilizar el desarrollo económico, con la correspondiente protección ambiental<sup>11</sup>. Así las consideraciones con base en: la capacidad económica de un país; la equidad social; y la protección del medio ambiente, constituyen elementos que deben ser conjugados, para que todos los Estados puedan alcanzar su propio desarrollo a través del desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente. Estos principios se concretan en programas específicos de acción, los cuales se contienen en la denominada *Agenda 21*<sup>12</sup>.
- Otro aspecto es el relativo a las organizaciones internacionales con competencias ambientales. En la práctica no existe una organización internacional exclusivamente encargada de la cuestión ambiental, desde una perspectiva integral y global<sup>13</sup>. Dentro del marco de las Naciones Unidas, debe destacarse el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP)<sup>14</sup>. Asimismo, existe un gran número de organizaciones específicas, encargadas de aspectos de la protección ambiental, y que han sido creadas a partir de tratados internacionales particulares, así por

---

<sup>10</sup> Se trata precisamente de una Declaración y no de un tratado internacional o convención, por lo que no tiene fuerza jurídica vinculante, sino que vale sólo como el denominado *soft law*, de Derecho internacional público. Ello supone que los principios que se contienen en tales documentos son considerados como reglas de comportamiento en la práctica del Derecho internacional público, pero que no tienen el carácter vinculante que presentan las otras fuentes del catálogo del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. *Astrid Epiney, Martin Scheyli*, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 77-78.

<sup>11</sup> *Astrid Epiney, Martin Scheyli*, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, op. cit. p. 29.

<sup>12</sup> Hacia 1996, el modelo de acción local de la Agenda 21 contaba con alrededor de 1.800 ciudades que habían iniciado o acordado su aplicación. No se dispone de información relativa a la participación de ciudades chilenas en los planes de acción local de la Agenda 21.

<sup>13</sup> Cfr. *Frank Biermann y Udo E. Simonis*, Politikinnovation auf der globalen Ebene, en *Aus Politik und Zeitgeschichte* B48/99 de 26 de noviembre de 1999, pp. 3 y ss.

<sup>14</sup> Ver: [www.unep.org](http://www.unep.org)

ejemplo de CITES<sup>15</sup>, del Convenio de Ramsar para la protección de humedales<sup>16</sup>, etc. Finalmente, organizaciones internacionales cuyo ámbito de competencias no es ambiental, pero que se vinculan directamente a éste por las actividades que aquéllas involucran, han creado departamentos o secciones especializadas en el tema. Por ejemplo dentro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o el Banco Mundial.

- *Internacional/Regional.* Se caracteriza por las conferencias y acuerdos de Derecho internacional formal y las declaraciones de *soft law*, con el objeto de atender a la finalidad de protección ambiental en un ámbito continental, subcontinental o entre dos o más Estados. Evidentemente la protección ambiental tiene una dimensión global, sin embargo, la identidad de intereses y problemas conducen a esta clase de acuerdos suprarregionales, los que facilitan la cooperación en la resolución de los problemas comunes de los Estados. Aquí también es posible constatar la existencia de organizaciones regionales con competencia ambiental, u otras creadas con otro fin, pero que han asumido de alguna manera la cuestión ambiental. Ejemplos relevantes son la Dirección General del Medio Ambiente de la Comunidad Europea, la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos CCMLAR<sup>17</sup>.
- *Nacional.* La política ambiental integral del Estado chileno viene desarrollándose de manera incipiente desde inicios de la década de los noventa y de manera formal, a partir de mediados de la misma, a través de la Política Ambiental del Gobierno. Hoy día esta se consagra en el documento aprobado por el Consejo Directivo de Ministros de CONAMA el 9 de enero de 1998, denominado: Una Política Ambiental para el Desarrollo Sustentable. Una política nacional ambiental responde a unos principios operativos, que por regla general serán el Principio Precautorio; el Principio Causador, o de Contaminador Pagador; y el Principio de Cooperación<sup>18</sup>. Asimismo, la formulación de una política ambiental nacional viene acompañada, la mayoría de las veces, de la creación de la correspondiente organización administrativa con competencias en materia ambiental, por regla

<sup>15</sup> DS N° 141/1975 Convención sobre Comercio Internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres (Washington 3 de marzo de 1973). Ministerio de Relaciones Exteriores.

<sup>16</sup> DS 771/1981 Ministerio Relaciones Exteriores, Convenio sobre zonas húmedas de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Ramsar, Irán. 2 de febrero de 1971).

<sup>17</sup> Ver: [www.ccamlr.org](http://www.ccamlr.org)

<sup>18</sup> Es discutible la extensión del listado de principios y subprincipios que informan el Derecho ambiental. La doctrina más autorizada agrega a la *triada ambiental* señalada, el principio de las *cargas comunes*. Michael Kleopfer, *Umweltrecht*, 2a edición, Ed. Beck, Munich 1998, p. 183 (hay una edición de la misma editorial de 2004).

general, un Ministerio<sup>19</sup>, la que se encargará de coordinar la puesta en práctica de la política ambiental.

- *Regional.* Dentro de la organización interna de cada Estado, las Regiones, Estados Federales, Autonomías, etc. elaboran y llevan adelante políticas y planes para la protección del medio ambiente ubicado dentro del territorio de su competencia. En este contexto tendrá importancia determinante la distribución interna de competencias que la Región (o bien, el Estado Federal o la Autonomía) tengan, pudiendo ir desde una mera transposición de las políticas nacionales al ámbito regional (caso de los Estados unitarios), hasta aquellos casos en que la organización menor cuenta con competencias autónomas en materia de protección ambiental (Estados autonómicos y federales), por lo general para establecer unos niveles de protección mayores a los establecidos como base en el nivel federal.
- *Local.* En la esfera de competencias respectiva, las organizaciones administrativas de nivel local (Municipalidades, Ayuntamientos, Comuna, etc.), dependiendo del grado de autonomía con que cuenten, constituirán el brazo ejecutor de las políticas ambientales que la Administración superior haya formulado o de la política ambiental que la Administración Local se haya dado a sí misma<sup>20</sup>.

### 3. Economía Ambiental

Desde la perspectiva de los ámbitos en que se asume la protección ambiental, se debe considerar al lado de la política ambiental, a la economía ambiental. Tradicionalmente se ha considerado que el uso de los medios o elementos ambientales es gratis, por ejemplo la emisión de gases a la atmósfera o de residuos líquidos al océano. Los costos de descontaminar esos elementos ambientales o de curar o tratar las enfermedades que ocasionan los contaminantes han sido soportados por el medio ambiente o por los particulares y no por los productores de tales externalidades negativas. La aplicación de instrumentos provenientes de la economía para la protección ambiental implica que se debe considerar entre los parámetros de una actividad, los costos y beneficios que impone la finalidad de protección ambiental. Los bienes ambientales que son de propiedad de la comunidad toda (o de nadie, dependiendo de la posición que se asuma), deben ser considerados como un valor, y su daño debe ser internalizado como un costo más de

---

<sup>19</sup> Como se sabe, la LBGMA introdujo la denominada *institucionalidad ambiental*, encarnada en la *Comisión Nacional del Medio Ambiente* (CONAMA).

<sup>20</sup> En el caso del Derecho municipal chileno, el artículo 4 b) LOCM dispone que las municipalidades en el ámbito de su territorio pueden desarrollar, directamente o conjuntamente con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la protección del medio ambiente.

la producción de bienes y servicios. En tal sentido la economía ambiental comprende el conjunto de principios, procedimientos, e instituciones que permiten apreciar a los bienes y elementos ambientales como escasos, les asigna valor y los gestiona de acuerdo con instrumentos de mercado.

Hasta ahora los indicadores de crecimiento económico, como el PIB, no consideran el valor que tienen los bienes ambientales y los costos de éstos en la producción de bienes y servicios. La economía ambiental persigue, precisamente, que tales externalidades ambientales negativas, o costos ambientales no asumidos por el productor del bien o prestador del servicio, sean al menos en parte restituidos al capital ambiental<sup>21</sup>.

#### 4. Derecho Ambiental

El Derecho ambiental es la tercera herramienta genérica que utiliza el Estado para llevar adelante la finalidad de protección ambiental. No existe una definición unívoca de Derecho ambiental, e incluso más, una importante doctrina comparada lo denomina como Derecho de la protección ambiental<sup>22</sup>. Independientemente de esta cuestión, se trata de un Derecho transversal u horizontal al ordenamiento jurídico, en cuanto, el elemento común no es la rama a la que este pertenece, sino su objetivo, esto es, la protección del bien jurídico medio ambiente a que ésta parcela del ordenamiento jurídico tiende. Así las cosas, el Derecho ambiental puede ser definido como *el conjunto de disposiciones que tienen por objeto la protección de los elementos del patrimonio ambiental, con el fin de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana y la mejora de la calidad de vida de las personas, así como la de las generaciones futuras*<sup>23</sup>. Esta perspectiva trae como consecuencia

<sup>21</sup> Paul Hawken, Natural Capital, en G. Miller, Living in the environment, op. cit. p. 706. "The concept of natural capital is not a new one. Economists have long noted that natural capital is a factor in industrial production, albeit a marginal factor. A new view is emerging, the proposition that our economic system cannot long endure without taking the flow of renewable and nonrenewable resources through economies into account. The value of natural capital is becoming paramount to the success of all business. While economists may still insist that its value is less than that of labor, wealth, or technology, it is doubtful that this view can be profitably supported by business in the long term".

<sup>22</sup> Cfr. Rüdiger Breuer, Umweltschutzrecht, op. cit., pp. 461 y ss.

<sup>23</sup> Se trata de un concepto de tipo *antropocéntrico*, en el que, por tanto, se pone el acento en el aseguramiento de las condiciones que permiten la existencia humana. Tal es la premisa del Principio Primero de la Declaración de Río, en que la persona se encuentra en el centro de los esfuerzos para alcanzar el desarrollo sostenible. Astrid Epiney, Martin Scheyli, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, op. cit. pp. 48-49. En el sistema jurídico chileno, así como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos comparados, el otorgamiento de derechos propios a la naturaleza o a otros objetos de derecho, sin consideración a las personas, es del todo dudoso. Cfr. entre otros, Michael Kloepper, Interdisziplinäre Aspekte des Umwelstaats, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1994, p. 14. Ello no ha obstado a que alguna doctrina plantee el problema de la titularidad de



que el Derecho ambiental responda a una idea de *concepto-recopilación*<sup>24</sup> o de Derecho de carácter transversal a las diversas ramas del ordenamiento jurídico. Y ello, dado que el Derecho ambiental reúne normas de diversas ramas del Derecho, así será posible hablar de un Derecho administrativo ambiental, Derecho constitucional ambiental, Derecho penal ambiental, Derecho civil ambiental, Derecho internacional ambiental, etc.

Sin embargo, es en el Derecho público, y específicamente en el Derecho administrativo, donde el Derecho ambiental encuentra su centro de gravedad<sup>25</sup>. Y ello por tres razones fundamentales:

- En primer lugar, por razones históricas, ya que el Derecho ambiental actual tiene su origen en el denominado Derecho administrativo de policía, el que por la vía de mandatos, prohibiciones y sanciones regulaba las actividades que podían afectar a la salud y vida de las personas<sup>26</sup>.
- En segundo término, porque la finalidad de protección ambiental constituye, como se señaló, una política pública, que se traduce en una actividad del Estado y de su Administración.
- Y finalmente, porque hoy en día la mayoría de los instrumentos de protección ambiental, sobre todo aquellos de carácter preventivo y en menor medida, los represivos, tienen una naturaleza jurídica público-administrativa.

En efecto, si se revisa el catálogo de instrumentos de gestión ambiental, podrá apreciarse como todos ellos tienen naturaleza jurídico-administrativa. Las normas de calidad ambiental y de emisión son eso, normas administrativas, por su parte el SEIA es un procedimiento administrativo destinado a obtener permisos administrativos, o sea actos administrativos. A ello se agrega la creación de procedimientos contencioso-

---

derechos, por ejemplo, de los animales. Cfr. *Santiago Muñoz Machado y otros*, Los Animales y el Derecho, Ed. Civitas, Madrid 1999.

<sup>24</sup> Cfr. *Joachim Sanden*, Umweltrecht, 1999, p. 27, quien señala que Derecho ambiental desde la perspectiva de un concepto-recopilación (*Sammelbegriff*) comprende todas las normas orientadas al cuidado y conservación de los recursos naturales y aquellas destinadas a la protección de las personas, frente a efectos ambientales dañinos, y la mantención de las condiciones de vida.

<sup>25</sup> Cfr. entre otros, *Dietrich Murswiek*, Umweltrecht und Grundgesetz, en *Die Verwaltung*, Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft, 33. Band 2000, p. 241, *Michael Kloepfer*, Umweltpolitik und Umweltrecht: Privatrecht und insbesondere Öffentliches Recht, en *Hans-Werner Rengeling*, Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, op. cit., pp. 94-101, *Philip Kunig*, Umweltrecht, en *Umweltpolitik*, M. Jänicke, P. Kunig y M. Stitzel, editado por Bundes Zentrale für politische Bildung, Bonn 2000, pp. 169-170.

<sup>26</sup> Sin perjuicio de ello, es posible encontrar en el Derecho privado, instituciones con una clara orientación protectora del medio ambiente o que sirvieron -y aún sirven- a dicho fin así los casos de *actio negatoria* y de algunos interdictos posesorios.

administrativos especiales. Sin embargo, la denominación Derecho Administrativo Ambiental para esta rama del Derecho está poco difundida, sobre todo porque la literatura dedicada al Derecho Ambiental incluye por lo general alguna referencia a la regulación ambiental existente en el Derecho Internacional Público y en el Derecho Civil. Tales referencias, por lo general, son marginales, constituyendo el estudio del Derecho Administrativo Ambiental el grueso de lo que se denomina Derecho Ambiental.

#### 4.1 Antecedentes

En esta parte sólo serán tratados algunos ejemplos representativos del tema. Tanto en el Derecho romano como en el medieval la protección de los bienes que hoy día podrían ser denominados como ambientales estuvo caracterizada por una protección privada de los mismos. Es decir, el bien se protegía sólo en cuanto se produjera una afectación del patrimonio privado de las personas y por tanto, por medio de acciones privadas, generalmente de carácter negatorio o prohibitivo (de negación de servidumbre o los denominados interdictos de *cloacis* y *que nada se haga en lugar público*). En cualquier caso debe considerarse que tales acciones estaban íntimamente ligadas a la salubridad pública, antes que a la protección de los elementos ambientales, los cuales eran considerados *res nullius*<sup>27</sup>.

Sólo para efectos ilustrativos, vale la pena una referencia al Derecho medieval español, en el que se destaca el Fuero Real del año 1250 cuya Ley VI denominada "*Que pena ha el que cierra rio de los que entran al mar*", Título VI "*De los que cierran caminos, e egidos e los rios*", contiene la prohibición de cerrar los ríos mayores que entran en el mar, sancionando tal conducta con el pago de 30 sueldos y con la obligación de deshacer la obra construida<sup>28</sup>. Esta disposición resulta de asombrosa actualidad ya que impone una obligación de actuación material para el dañador del medio ambiente. Tal forma de reparación es del todo novedosa frente a un sistema indemnizatorio tradicional, basado en la idea de la equivalencia monetaria, como por ejemplo la establecida en el Código Civil chileno. Dicha forma de reparación *in natura* fue la que el legislador adoptó al establecer el sistema reparatorio de la LBGMA.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la legislación contempla un sinnúmero de disposiciones de contenido eminentemente ambiental, normas dictadas de forma "*casual*" con incidencia en la protección del medio ambiente<sup>29</sup>. Se trata de un cúmulo de

<sup>27</sup> Cfr. Alejandro Guzmán Brita, Derecho Privado Romano, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 180 y pp. 433-435.

<sup>28</sup> Cfr. Jesús Jordano Fraga, La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 23 y ss.

<sup>29</sup> Esta expresión es la que utilizara el profesor Rafael Valenzuela Fuenzalida, en sus clases de Derecho ambien-

disposiciones de naturaleza civil, económica, y especialmente administrativas y de policía que tienen una incidencia o efecto en la protección ambiental, pero que originariamente fueron dictadas con otra finalidad. Incluyendo todas estas disposiciones, una recopilación de normas ambientales alcanzaría a más de mil disposiciones<sup>30</sup>.

#### 4.2 Derecho Ambiental contemporáneo

Por Derecho Ambiental contemporáneo debe entenderse aquel conjunto de disposiciones que, partiendo de una consideración sistémica de los elementos que componen el medio ambiente, han sido dictadas expresamente con una finalidad de protección ambiental. En consecuencia, es posible incluir dentro del Derecho Ambiental contemporáneo al conjunto de disposiciones de orden nacional e internacional que orientan su objetivo en los siguientes ámbitos:

- Control de la contaminación;
- Control de sustancias y procedimientos peligrosos para la salud humana y el medio ambiente;
- Disminución y manejo de residuos;
- Conservación de los recursos naturales; y
- Protección de los ecosistemas.

Es discutida la fecha concreta de su nacimiento, y no podría ser de otro modo, ya que como ocurre con toda nueva ordenación, ésta es manifestación de un proceso histórico, que desemboca en una nueva regulación o rama del Derecho. Hecha esta prevención, es posible señalar algunos hitos que marcan el inicio de una nueva etapa en la configuración de esta parte del ordenamiento jurídico.

En primer término debe señalarse la *Environmental Policy Act* de 1969 de los Estados Unidos. Se trata de una norma pionera que “*introduce por primera vez ante los tribunales federales las cuestiones ambientales comprensivamente, expande el alcance del control jurisdiccional sobre la actuación administrativa, introduce nuevas normas y valores en el proceso de decisiones administrativas y refuerza el poder del Congreso en la supervisión de las actuaciones de la Administración con efectos ambientales adversos*”<sup>31</sup>. Otro hito significativo, además desde la perspectiva orgánica, lo marca en Francia el Decreto 1971/94 de 27 de

---

tal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>30</sup> Esta cifra la arrojan algunas recopilaciones de normas ambientales y con incidencia ambiental.

<sup>31</sup> *Rodgers*, Environmental Law, St. Paul Minnesota, West Publishing Company, 1977, p. 697.

enero, creador del Ministerio de *protection de la nature et de l'environnement*<sup>32</sup>.

Sin embargo, el hito fundamental tiene su fuente en el Derecho Internacional Público y viene dado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo entre el 5 y 16 de junio de 1972, cuya Declaración es considerada por muchos el acta de fundación del Derecho ambiental moderno<sup>33</sup>. Veinte años más tarde, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, más conocida como cumbre de Río, por haberse celebrado en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992, supuso un nuevo impulso al desarrollo de la protección ambiental. Como resultado de esta conferencia se desprenden cinco documentos, de diverso valor jurídico e impacto práctico.

- La Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo;
- La Agenda 21;
- El Convenio marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático;
- La Convención sobre Diversidad Biológica; y
- Declaración de principios relativos a los bosques.

#### 4.3 Reconocimiento constitucional

La inclusión del artículo 19 N° 8 en la CPR responde a una tendencia constitucional que se viene produciendo a partir de la década de los setenta, en la que la mayoría de los nuevos textos fundamentales se han hecho eco de la nueva sensibilidad que se abre paso<sup>34</sup>. Ello se hace presente en un reconocimiento constitucional de la cuestión ambiental, que se manifiesta fundamentalmente a través de dos fórmulas: la consagración de un principio rector o deber del Estado en materia ambiental, o bien, la consagración de un derecho público subjetivo ambiental, *"se sigue con ello una tendencia que se encuentra en todas las modernas constituciones que se acogen al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho"*<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> <http://www.environnement.gouv.fr/>

<sup>33</sup> Denominación que se utiliza para oponerla a la denominada Prehistoria del Derecho ambiental, Cfr. *José Juste Ruiz*, Derecho Internacional del Medio Ambiente, op. cit. pp. 16-20.

<sup>34</sup> En Latinoamérica existen múltiples manifestaciones de esta tendencia constitucional, en virtud de la cual se recoge de manera expresa la protección del medio ambiente en su conjunto, por ejemplo en las constituciones de Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979), Chile (1980), Honduras (1982), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), México (1987), Brasil (1988), Colombia (1991) y Paraguay (1992).

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de noviembre de 1990.

- *Deber estatal.* Dentro del grupo de constituciones que consagran un deber estatal de protección ambiental puede incluirse, a modo ejemplar, la Constitución griega de 1975 que en su artículo 24.1 expresa un deber del Estado de proteger el medio ambiente. Su importancia radica en que, a pesar de haberse consagrado originalmente como un deber cuyo destinatario es el Estado, de él se ha deducido un derecho subjetivo al medio ambiente garantizado por la Constitución, susceptible de ser reclamado ante los Tribunales de Justicia<sup>36</sup>. También el caso de la Ley fundamental alemana, que con la modificación acaecida en 1994, introdujo en virtud del artículo 20A un deber del Estado para la protección del medio ambiente<sup>37</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y administrativa alemanas, así como la doctrina, se encuentran contestes en que a partir de dicho deber no es posible deducir derecho subjetivo ambiental alguno, susceptible de ser ejercido ante los tribunales de justicia<sup>38</sup>.
- *Derecho subjetivo.* Para ilustrar la consagración de un derecho subjetivo al medio ambiente de rango constitucional se utilizará el caso español<sup>39</sup>. La Constitución española en su artículo 45 dispone<sup>40</sup>: "*Artículo 45. 1.- Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2.- Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3.- Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*".

---

<sup>36</sup> Cfr. *Francisco Delgado Piqueris*, Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, Revista Española de Derecho Constitucional N° 38, mayo-agosto de 1993, p. 49.

<sup>37</sup> Artículo 20A Ley Fundamental (Grundgesetz): "*Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*". Protección de los fundamentos naturales de la vida. El Estado protege, también en responsabilidad por las generaciones futuras, las bases naturales de la existencia, en el ámbito del orden constitucional, a través de la legislación y con medidas legales y jurídicas, llevadas a cabo a través del poder Ejecutivo y Judicial (traducción del autor).

<sup>38</sup> La cantidad de autores que aquí es posible citar es considerable, sin embargo, para una idea general sobre el tema: *Michael Kloepfer*, *Umweltrecht*, op. cit. p. 123; *Reiner Schmidt*, *Einführung in das Umweltrecht*, Ed. C.H. Beck, 6ª Edición, Munich 2001, pp. 45 a 47, etc.

<sup>39</sup> Se expone brevemente este caso, por corresponder al Derecho extranjero que mayor influencia tiene en la actualidad en el Derecho público chileno.

<sup>40</sup> En el mismo sentido, la Constitución portuguesa de 1976 en su artículo 66 dispone expresamente que: "*Todos tienen derecho a un medio ambiente de vida humano, salubre y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo*".

Una cuestión importante que se ha planteado en la doctrina española, a partir del artículo 45 CE, es la relativa a la naturaleza jurídica de las normas en él contenidas, en cuanto se debe dilucidar si éstas constituyen efectivamente un principio rector de la política social y económica, tal como se indica en el encabezamiento del Capítulo III del Título I de la CE en el cual se ubican o, si por el contrario, se trata de una norma que atribuye un derecho subjetivo a los ciudadanos. El planteamiento de esta cuestión se justifica en cuanto la opción por una u otra solución determinará la posibilidad de legitimación de las reclamaciones ante los Tribunales de Justicia con base directa en el artículo 45 CE, dada la limitación que el artículo 53.3 CE impone para la alegación en juicio de los principios rectores sólo cuando estos han sido desarrollados por el legislador<sup>41</sup>.

Hoy en día, la posición que se viene imponiendo, no sin dificultad, es la que identifica en el artículo 45 CE un derecho subjetivo constitucional (o derecho público subjetivo), cuya protección, dada la limitación del artículo 53.2<sup>42</sup>, no es susceptible de impetrarse por la vía del recurso de amparo constitucional, aunque sí por la vía ordinaria (tanto contencioso administrativo, como civil o penal ordinarias)<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> En efecto, el artículo 53.3 CE dispone que: *"El reconocimiento, el respeto y la promoción de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen"*.

<sup>42</sup> artículo 53.2 CE *"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo (artículos 15 a 29) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30"*.

<sup>43</sup> Cfr. Francisco Velasco Caballero, El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector? en Revista Andaluza de Administración Pública N° 19, julio-agosto-septiembre de 1994, p. 77 y ss. Francisco Delgado Piqueras, Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, op. cit. p. 54. Y Jesús Jordano Fraga, El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva, en Revista "Humana Iura" N° 6 año 1996, p. 121 y ss. A modo de ejemplo, la posición contraria, que se debe reconocer sigue siendo mayoritaria, en: Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, en Administración Local y Medio Ambiente, en Derecho del Medio Ambiente y Administración Local, coordinado por José Esteve Pardo, Ed. Civitas, Madrid 1996, p. 31, analizando la naturaleza jurídica que se da al Derecho al Medio Ambiente en la CE, señala que *"no es un derecho fundamental en sentido estricto, en cuanto no pertenece al grupo selecto de los enumerados en la sección primera del capítulo segundo, los que tienen reconocido a su favor el recurso de amparo constitucional. Como 'principio rector' necesita de la intermediación del legislador..."* Diego Vera Jurado, La disciplina ambiental de las actividades industriales, Ed. Tecnos, Madrid 1994, p. 32, en forma más rotunda afirma que *"el artículo 45 contiene, inicialmente, una declaración general, que no puede interpretarse, en ningún caso, como un derecho público subjetivo o un derecho fundamental al medio ambiente"*. Juan José González Rivas, El derecho al medio ambiente: diversidad normativa, en Actualidad Administrativa, N° 24 1996. p. 477 señala que *"A pesar de que el artículo 45 se califica como derecho, entendemos que no nos encontramos ante un derecho estrictamente subjetivo, sino ante un principio rector de política social y económica, especialmente dirigido a los poderes públicos..."* En el mismo sentido, Cristina Arenas Alegría y Elena Mugica Alcoriza, Introducción al

#### 4.4 La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente

Dos son los hitos del Derecho Administrativo Ambiental chileno: la inclusión de un derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que se analizará en el próximo capítulo; y la entrada en vigencia de la LBGMA. Ya se han señalado en otra parte los grandes aportes que realiza la LBGMA al ordenamiento jurídico ambiental chileno<sup>44</sup>. Dicha ley, en cuanto ley de bases y por tanto conformadora de una parcela del ordenamiento, contiene a lo menos cuatro hitos: la fijación de un catálogo de definiciones de conceptos y principios de naturaleza ambiental o que provienen, en términos estrictos, de las Ciencias Ambientales, ello en el artículo 2; la incorporación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como mecanismo preventivo de los daños ambientales que pueden provenir de determinadas actividades; un sistema de responsabilidad ambiental, cuyo ejemplo más notable lo constituye la responsabilidad por el daño ambiental; y la creación de una institucionalidad ambiental, personificada en la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

Cada uno de estos aspectos resulta ser de crucial importancia en la conformación de un verdadero ordenamiento jurídico ambiental. Este carácter conformador se resalta más aún por el hecho de estar considerados dentro de una ley que se denomina a sí misma como ley de bases. A continuación se examinarán las especiales características y consecuencias que tiene la LBGMA en cuanto *ley de bases*<sup>45</sup>.

##### 4.4.1 Disparidad entre el objeto de la ley y la regulación efectiva

El artículo 1 LBGMA dispone que: *"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la*

---

Derecho Medioambiental, en Boletín de Estudios Económicos Vol. XLVIII N°150, diciembre de 1993, p. 501 y ss. *René Santamaría Arinas*, Administración Pública y Prevención Ambiental: El régimen jurídico de la producción de residuos peligrosos, Ed. IVAP, Bilbao 1996, p. 133. Y también en *José Javier Abad Pérez*, Las Administraciones Públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente, en Poder Judicial Número especial IV sobre Medio Ambiente, 1988 p. 35. Finalmente y haciendo presente la dificultad doctrinaria a la hora de categorizar el derecho de un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE), *Andrés Betancor Rodríguez*, Instituciones de Derecho Ambiental, Editorial La Ley, Madrid 2001, pp. 375 y ss.

<sup>44</sup> *Jorge Bermúdez Soto*, Sistemas Sancionadores de protección ambiental, casos español y chileno. Tesis doctoral, Madrid 1998, pp. 490 y ss.

<sup>45</sup> Debe recordarse además, que el proyecto de la actual LBGMA fue objeto del control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. La decisión contenida en la Sentencia Rol N° 185 de 1994, en especial su considerando 12° ya han sido suficientemente criticados. Al respecto se puede ver: *Eduardo Aldunate Lizana*, La Desconstitucionalización de la Constitución, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXII 2001, pp. 17-36.

*conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de la presente ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia".* Desde la perspectiva de lo que debe ser una ley de bases, es posible formular lo siguientes comentarios críticos a dicha disposición:

Esta norma encabeza el título I sobre disposiciones generales de la LBGMA. El legislador realiza una enumeración sobre los elementos que, en principio, serán objeto de la regulación que se desarrolla. Por tanto, se trata de una disposición de gran importancia, toda vez que ella constituye el pórtico del moderno Derecho ambiental chileno, ella es la norma que fija el ámbito de regulación de la LBGMA. Sin embargo, cuando se avanza en el estudio de la ley es posible concluir que la regulación que se contiene en la misma recae solamente sobre los cuatro hitos, señalados en el numeral anterior, sin que exista una correspondencia entre el señalado objeto de regulación y la regulación efectiva que se desarrolla.

Evidentemente, tanto el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se ven favorecidos por las instituciones que crea la LBGMA. Pero ello es distinto a decir que el objeto de la regulación haya recaído sobre estos mismos. Una regulación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por ejemplo hubiese considerado la posibilidad de acciones jurisdiccionales directas que permitiesen sacar al Estado de la omisión en su deber de tutelar el derecho, cuestión que hoy no es posible lograr con el recurso de protección.

#### *4.4.2 Opción por las normas con rango legal*

Sin entrar en un análisis de fondo sobre el objeto de regulación, que en términos generales podría ser identificado como el medio ambiente o entorno (comprendiendo en él al derecho público subjetivo que sobre él recae y a la protección, preservación y conservación del mismo), es necesario detenerse en la circunstancia de que es el instrumento normativo "*ley*" el que lo regula, sin perjuicio de lo que otras "*normas legales*" establezcan sobre la materia. Llama la atención que el objeto de la regulación del Derecho ambiental (derecho subjetivo, protección, preservación y conservación) haya quedado remitido sólo a lo dispuesto por la ley de bases, sin perjuicio de lo que otras *normas legales* establezcan sobre la materia. En efecto, el rango de las normas que se incluirían en el Derecho Ambiental o, al menos, que reglan a los más importantes objetos de su ordenación. Respecto del derecho constitucional subjetivo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ello es entendible, en cuanto sólo por ley pueden ser regulados y limitados los derechos públicos subjetivos. No obstante y teniendo en cuenta dicha



situación especial, no se comprende la exclusión de los demás productos normativos, sea de superior o inferior rango, esto es, tratados internacionales y reglamentos, respecto de los demás objetos de la regulación que comprende el ordenamiento jurídico ambiental<sup>46</sup>.

#### 4.4.3 *Discutible carácter de ley de bases*

La LBGMA deja vigentes las demás normas legales sobre la materia, ya que aquella rige “sin perjuicio” de lo que estas dispongan. El legislador dejó pasar aquí una oportunidad notable de racionalizar el ordenamiento jurídico ambiental. Ciertamente era más fácil dejar vigente toda la normativa con incidencia ambiental a través del manido “*sin perjuicio de*”, sin embargo, ello denota una falta en la técnica legislativa que sólo podrá ser superada caso a caso.

Por otra parte, se debe hacer presente que en su momento existió un sector de la doctrina muy crítico, primero del proyecto y luego ley de bases generales del medio ambiente. De ella se había criticado su denominación aunque por razones distintas a las señaladas en el párrafo anterior<sup>47</sup>, olvidando que es el propio constituyente el que entrega la misma en el artículo 63 N° 20 CPR al señalar entre las materias de ley “*Toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales del ordenamiento jurídico*”.

El objeto de esta ley es el de servir de fundamento o base a todo ese sector del ordenamiento jurídico conformado por normas de contenido ambiental, pero que originariamente, por ser de carácter sectorial, operaban de forma desarticulada. La LBGMA conecta este ordenamiento jurídico ambiental y sienta sus principios. Es por ello que, por una parte, hace objeto de su regulación todo lo relativo al ordenamiento jurídico

---

<sup>46</sup> Los instrumentos normativos que dan vida, desarrollan y particularizan al Derecho Administrativo Ambiental son de rango inferior al legal. Así en la práctica, a pesar de las referencias a las normas legales a que alude el artículo 1 LBGMA, la protección ambiental sólo será entendible con relación a dichas normas técnico-jurídico ambientales de rango infralegal.

<sup>47</sup> Eduardo Soto Klos, Derecho Administrativo Bases Fundamentales, Tomo II el principio de juridicidad, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996, p. 72, señala en tal sentido que “*La Ley N° 19.300 a pesar de su título de ‘ley de bases generales’, es una ley común, ordinaria, sin apellidos; no es una ley orgánica...*”

Al respecto debe hacerse presente que la denominación que recibe la LBGMA, como se vio, es la que el propio constituyente le ha dado, de qué otra forma podría haberse denominado, sobre todo si se considera que precisamente la intención del legislador fue la de sentar los fundamentos del ordenamiento jurídico ambiental, el cual se encontraba desperdigado en una infinidad de disposiciones de todos los rangos, sin un referente común que las uniera y reorientara. Evidentemente la LBGMA no es una ley orgánica constitucional, ya que las materias objeto de dicha clase de leyes están establecidas expresamente en la Constitución y el medio ambiente no está incluido entre ellas. Es una ley ordinaria (el Código Civil también lo es), pero no por ello menos importante.

ambiental (el derecho subjetivo, la protección y conservación del medio ambiente), pero, por otra, no deroga la normativa anterior a su vigencia, sino que su entrada en vigor es sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia. Todo ello, no obstante mantenerse la crítica planteada a esta forma de legislar.

El rol que cumple la LBGMA como norma de base, es el de servir de elemento coordinador de una parcela del ordenamiento jurídico. A partir de ella la interpretación de las disposiciones ambientales vendrá marcada por los principios y reglas generales que incorpora la ley. En tal sentido se justifica, por ejemplo, que el artículo 2 incorpore un verdadero catálogo de conceptos ambientales, los que deberán ser tenidos en cuenta *para todos los efectos legales*.

Como se verá más adelante, algunas disposiciones de la LBGMA sugieren erróneamente la idea de una ley marco o básica, propia de sistemas federales o autonómicos (CIII. 11 y 12). Sin embargo, ello no desmerece el carácter conformador del ordenamiento jurídico ambiental que ella tiene.

## 5. Principios del Derecho Ambiental

Si se revisa la literatura especializada, podrá constatarse que la enumeración de principios fundamentales del Derecho ambiental es bastante amplia. Sin embargo, los principios propiamente dichos, excluyendo reglas de aplicación general, y aplicaciones de principios, se reducen a sólo tres: precautorio, de responsabilidad y de cooperación; ellos constituyen la *tríada ambiental*<sup>48</sup>.

### 5.1 Precautorio

Los presupuestos a partir de los cuales se estructura el principio precautorio son dos, a saber: En primer término se encuentra el hecho de que la relación existente entre el conocimiento científico disponible y la complejidad de los sistemas ecológicos, provoca que no exista una certeza absoluta respecto de la evolución futura de los peligros y riesgos ambientales. Esta relación entre conocimiento científico limitado y ecosistemas aun hoy en día es muy compleja y hace difícil tener claridad respecto de qué causas originaron un determinado daño ambiental, y cuáles son los medios más eficientes para poder atacarlas<sup>49</sup>. Efectos sinérgicos, pluralidad de causalidades, daños que se manifiestan en el

<sup>48</sup> Esta expresión ha sido extraída del Derecho ambiental alemán *Umwelttrias* (tríada ambiental).

<sup>49</sup> Astrid Epiney y Martin Scheyli, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, op. cit., pp. 89-90.

largo tiempo o mucho después de ocurrido el hecho causal, etc., son todos demostrativos de esta compleja relación. Desde esta perspectiva, el principio precautorio impone una actuación anticipada incluso frente a aquellas situaciones en que no se cuenta con la certeza absoluta de los efectos que un determinado hecho puede tener para el medio ambiente.

Como consecuencia de lo anterior es que, al menos en Derecho comparado, se distingue al principio precautorio del (*antiguo*) principio de prevención, el cual no opera en casos de falta de certeza científica<sup>50</sup>. La Declaración de Río en su principio 15 reconoce este primer extremo del principio precautorio en los términos siguientes: “*Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica 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*”.

En segundo lugar, los instrumentos y herramientas para solucionar los problemas ambientales que se han demostrado como más idóneos, son precisamente los que se aplican con carácter anticipado o *ex ante*. Y ello porque la protección ambiental se alcanza de manera más eficiente actuando de manera anticipada. Es decir, será más fácil, económico, eficaz y eficiente proteger al medio ambiente a través de instrumentos que se anticipan, previenen, evitan o minimizan el daño ambiental, que a través de fórmulas *ex pos*, como la reparación del daño ambiental, máxime si se considera que los daños al medio ambiente por lo general son difíciles o imposibles de reparar<sup>51</sup>.

El principio precautorio debe inspirar una política general del medio ambiente y toda actuación en materia ambiental. Prevenir siempre será más eficiente -y más barato- que reparar<sup>52</sup>. No existe en la LBGMA una declaración genérica, ni mucho menos una definición del principio precautorio, no obstante, el sistema de evaluación de impacto ambiental, en sí mismo, constituye una aplicación concluyente de este principio.

El reconocimiento del principio precautorio trae como consecuencia que la protección ambiental se vea ampliada desde una doble perspectiva.

- El principio precautorio incluye a las situaciones de peligro de daño ambiental, y además las de simple *riesgo*. Este no es un detalle menor, toda vez que la inclusión

---

<sup>50</sup> Astrid Epiney trid Epiney y Martin Scheyli, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, op. cit. p. 91.

<sup>51</sup> Cuestión que se ve agravada si se considera que según el artículo 2 letra e) LBGMA sólo es daño ambiental aquel de carácter *significativo*.

<sup>52</sup> En general, toda la doctrina especializada que se ha referido al tema destacan este extremo del principio. Así por ejemplo: Alexander Kis y Dinah Shelton, Manual of European Environmental Law, Cambridge University Press, 2ª Edición, Cambridge 1997, pp. 39 y ss., Ramón Martín Mateo, Manual de Derecho Ambiental, Editorial Trivium, 2ª Edición, Madrid 1998, pp. 54 y 55.

de los riesgos ambientales dentro del principio precautorio, y por ende, en la protección ambiental, supone que los instrumentos que se empleen sean operativos frente a situaciones de baja probabilidad de daño<sup>53</sup>.

- El principio precautorio supone un mandato de responsabilidad por la existencia, desarrollo y calidad de vida de las generaciones futuras. En efecto, la preocupación y responsabilidad respecto del desarrollo de las generaciones futuras es uno de los fundamentos del desarrollo sostenible, que tiene su base en el principio precautorio<sup>54</sup>. Sólo en la medida en que se actúe anticipadamente, aún frente a situaciones en que no existe certeza absoluta del daño, e incluso frente a una baja probabilidad de daño, podrá garantizarse un medio ambiente adecuado para las posibilidades de supervivencia y desarrollo de las generaciones venideras.

## 5.2 Causador o de Responsabilidad

También conocido como principio contaminador pagador o, también por la expresión *el que contamina paga* (*polluter pays principle*). Este principio surge como un método para adscribir los costos de la contaminación a un determinado agente<sup>55</sup>. Si el principio precautorio atiende al *cuando* deben adoptarse medidas de protección ambiental. El principio de causación determina *quién* debe soportar los costos de tales medidas. Si bien es cierto que los bienes ambientales presentan la doble faz de constituir bienes privados y de titularidad común o *erga omnes*, y en ocasiones, sólo esta última; ello no obsta a que respecto de éstos se puedan aplicar las reglas del mercado, y por tanto, que se les atribuya un valor<sup>56</sup>. Tal valoración es el supuesto para que los costos de la prevención, disminución y reparación puedan ser atribuidos a su causador.

De lo anterior se desprende, además, que frente a aquellos casos en que los costos no

<sup>53</sup> La protección ambiental frente a los simples *riesgos* ha sido expresamente reconocida dentro del catálogo de definiciones de conceptos generales de la LBGMA. El artículo 2 d) LBGMA al definir Contaminante, señala que se trata de elementos cuya presencia en el medio ambiente *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*. En el mismo sentido las definiciones de Medio Ambiente Libre de Contaminación (artículo 2 m), Norma Primaria de Calidad Ambiental (artículo 2 n) y Norma Secundaria de Calidad Ambiental (artículo 2 ñ).

<sup>54</sup> Ello explica además, que el desarrollo sostenible o sustentable corresponda más a una regla general de Derecho ambiental que a un principio estructural del mismo.

<sup>55</sup> Alexander Kiss y Dinah Shelton, Manual of European Environmental Law, op. cit. pág. 43.

<sup>56</sup> Como se sabe, la valoración económica de bienes que se encuentran fuera del comercio constituye una realidad que no es nueva para el Derecho. El valor de sustitución que representa la evaluación monetaria del daño moral es un buen ejemplo de ello.

son asumidos por su causador (externalidad negativa), pueda entenderse que se trata de una práctica de *dumping ambiental*. Y por lo mismo, de dicha posibilidad de valoración se colige la posibilidad de aplicar instrumentos económicos de protección ambiental, tales como los *ecoimpuestos* y los permisos de emisión transables.

Contaminador pagador quiere decir, en su idea original, que el productor de bienes y servicios debe hacerse responsable de los costos de prevenir o eliminar la contaminación que los procesos productivos ocasionen<sup>57</sup>. Sin embargo, no debe perderse de vista que el consumidor también se beneficia de la externalidad negativa ambiental que supone un producto o un servicio. Es precisamente su demanda la que coloca en el mercado el bien, por lo que este principio no estaría completo si no se considerase la parte de responsabilidad que debe atribuirse al consumidor.

El principio causador o de responsabilidad incluye tanto los costos ambientales, como también los costos directos ocasionados en las personas o propiedad de éstas. También debe cubrir los costos necesarios para evitar la polución y no sólo los costos específicos que remedien el daño ocasionado<sup>58</sup>.

La vigencia de este principio importa además una estrecha relación con el principio precautorio, ya que la aplicación de este último debe lograr que los costos de la protección ambiental disminuyan o desaparezcan. Así las cosas, si se toman todos los resguardos para el desarrollo de una actividad económica, de modo que no se produzca daño ambiental (principio precautorio), y si dichos resguardos fueron los correctos, deberá traer como consecuencia que no se produzca un daño ambiental, y por tanto, la improcedencia de las consecuencias del principio causador, en especial las que supone la responsabilidad por el daño ambiental.

El principio causador incluye una perspectiva doble. Por una parte, una regla de cálculo, distribución y adscripción de los costos de la protección ambiental. Desde esta perspectiva, serán los instrumentos de gestión ambiental de tipo económico los que de mejor manera lo interpreten. Así los denominados eco-impuestos constituyen precisamente un cálculo de cuánto cuesta la protección ambiental, su distribución entre los contribuyentes (para el productor, para el consumidor, o para ambos) y al mismo tiempo, una adscripción directa de los costos de la protección ambiental respecto de quien ocasiona el riesgo o peligro de daño ambiental.

Sin embargo, el principio causador presenta otra perspectiva, tal es una de carácter

---

<sup>57</sup> Werner Hoppe, Martin Beckmann, Petra Kauch, Umweltrecht, Ed. C.H. Beck, 2ª edición, Munich 2000, p. 44.

<sup>58</sup> Cfr. Stuart Bell, Environmental Law, Ed. Blackstone Press Limited, 4ª edición, Londres, 1997, p. 124.

normativo. Los mandatos y prohibiciones que impone la prevención ambiental, es decir, los instrumentos de gestión ambiental de carácter normativo, también materializan dicho principio. En efecto, las normas destinadas a evitar, disminuir o eliminar la contaminación o el daño ambiental, así como las normas sobre procedimiento y producción de bienes y servicios, son demostrativos de ello. Todas ellas, no sólo le imponen al titular de una actividad o al consumidor una forma de actuación, sino que además le están atribuyendo los costos que su cumplimiento supone. Por ejemplo cuando la norma de emisión impone un determinado nivel de contaminación medido en el efluente (emisor), está prohibiendo que se sobrepase dicho nivel, pero además está señalándole implícitamente al titular de la actividad que debe asumir los costos que supone ejercer su actividad con unos niveles bajo el umbral fijado por la norma.

Los instrumentos internacionales también han recogido este principio. En la Declaración de Río de Janeiro de 1992 se señala en el principio 16 que *"el que contamina debería, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y no distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales"*. Como puede apreciarse, la declaración reconoce que este principio no puede ser aplicado irrestrictamente sin tener en cuenta las diversas realidades sociales y económicas, sobre todo entre países ricos y pobres. Es probable que sea esa una de las razones por las que la LBGMA no lo consideró expresamente.

La aplicación del principio causador o de responsabilidad en no pocas ocasiones choca con la realidad que supone la imposibilidad de determinar al causante del daño ambiental o de la contaminación, o sencillamente, porque estos son causados por la comunidad en su conjunto, que además se ha beneficiado de la acción u omisión dañosa. Atendida dicha realidad, es que se plantea como subprincipio el denominado principio de la carga o responsabilidad común (*Gemeinlastprinzip*)<sup>59</sup>. La protección ambiental es una función pública que no sólo compromete al Estado y sus organismos, sino que alcanza a la sociedad en su conjunto. Por tanto, ella debe asumir los costos de la protección ambiental, frente a aquellos casos en que la prevención, disminución y reparación no pueden ser asumidas por su causante directo, sea porque este no puede ser determinado o bien porque no es capaz de asumir los costos financieros de la descontaminación<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Rüdiger Breuer, *Besonderes Verwaltungsrecht*, op. cit. p. 473.

<sup>60</sup> Andreas Helberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, en *Umweltrecht*, Has-Joachim Koch Editor, Ed. Luchterland, 2002, p. 85

### 5.3 Cooperación

Uno de los más modernos principios, si no el que más, que inspiran la actuación de la Administración del Estado es el principio de cooperación. La idea de la cooperación entre Estado y sociedad domina la discusión científico jurídico-administrativa del Derecho comparado, en especial del alemán<sup>61</sup>. En su trasfondo se encuentra el aumento cuantitativo y cualitativo de las tareas que el Estado asume, la complejidad de las mismas, la disminución de personal y capacidades de la Administración Pública. Todo ello ha llevado a que la idea de la cooperación se transforme en un elemento de conducción política y de desarrollo y ampliación de la actividad estatal, que es jurídicamente procedente y realizable en la práctica.

En todas partes, también en Chile, los gobiernos procuran sentarse a la mesa con los actores involucrados en los problemas que se intenta resolver. Los pactos, acuerdos, protocolos, son las diversas manifestaciones en las que se plasma el principio de cooperación. Asimismo, el principio de cooperación encierra tal carga positiva que apenas es posible encontrar alguno que se manifieste como detractor u opositor, al menos, a un intento de consenso. De aquí se siguen dos consecuencias:

- Cualquier teoría sobre el principio de cooperación debe tener en cuenta a los que quedan fuera (*Auenseiter, outsider*) de su aplicación, y prevenir de una eventual aplicación totalitaria del principio.
- El principio de cooperación tiene unos límites, por lo que los resultados de su formulación y aplicación pueden ser menos importantes de los esperados. Asimismo, existen ocasiones en las que el principio de cooperación simplemente no puede ser aplicado.

El primer problema que presenta el principio de cooperación es decidir si se trata de una descripción empírica de la cooperación entre Estado y sociedad, un principio de dirección de la ciencia administrativa o de un principio jurídico. La cuestión es si se puede obligar a actuar de manera cooperativa y consensuada y en qué momento la Administración Pública agota la aplicación del principio de cooperación y pasa a utilizar mecanismos tradicionales, en especial de carácter unilateral / coercitivos.

El punto de partida se encuentra en la disminución de la capacidad de dirección sobre la comunidad por parte del Estado, ante un crecimiento de las tareas que éste asume. Frente a dicha situación, el principio de cooperación se erige como una vía alternativa a la toma de decisiones con base en el uso de facultades de imperio. El Estado cuenta

---

<sup>61</sup> Para una visión general del tema, se puede ver: *Peter M. Huber* (Editor), *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, Ed. Berlin-Spitz, Berlin 1999.

con unas competencias que le permiten llevar a cabo su actividad. Un análisis de los mecanismos más efectivos para lograr los fines que legalmente se le han impuesto, le lleva a renunciar al ejercicio imperativo de las potestades que se encuentran dentro de su esfera de competencias, para acordar con la comunidad la mejor manera de alcanzar en conjunto la finalidad de protección ambiental.

Las formas a través de las cuales se materializa el principio de cooperación son múltiples, algunas de ellas formalizadas, algunas con efecto jurídico, etc. Entre ellas, de modo genérico<sup>62</sup>, se cuentan:

- Creación de instancias de participación por parte de especialistas privados en consejos o grupos especializados de trabajo. Tal es el caso de los Consejos Consultivos Nacional y Regionales, que la LBGMA contempla (artículos 78, 79, 82 y 83) o en los consejos o comités a que se refiere el artículo 77 inc. 2º LBGMA.
- Creación de instancias de participación del ciudadano en los procedimientos administrativos ambientales. El supuesto para el ejercicio de este derecho de participación es la existencia de un derecho de acceso a la información administrativa ambiental. Este no se encuentra reconocido como tal en el ordenamiento jurídico ambiental, no obstante, es posible de ser ejercido por la vía genérica de acceso, establecida en los artículos 13 y 14 de la LBGAEº. Por su parte, dentro de la participación en procedimientos administrativos ambientales el ejemplo más claro es el del procedimiento del SEIA según lo dispuesto en los artículos 26 a 31 LBGMA.
- Participación en el ejercicio de la potestad administrativa. El moderno Derecho administrativo abre la posibilidad, tanto de la preparación, como de la sustitución de la resolución (en cuanto acto unilateral) por pactos, acuerdos, convenios o contratos concluidos entre Administración actuante y responsable del procedimiento y los interesados en éste. Así las cosas, un acto administrativo que pone fin al procedimiento puede tener una base consensual o ser él mismo consensual. Se trata por tanto de una *co-determinación* del contenido de la declaración que se contiene en el acto. Este principio supone una confianza en la actuación de la Administración del Estado, pero asimismo la buena fe del administrado. En los ordenamientos jurídicos en los que no se ha reconocido esta salida consensual al procedimiento administrativo, es la actuación informal de la Administración la que ha representado una verdadera aplicación de esta manifestación del principio de cooperación.

---

<sup>62</sup> Ejemplos de aplicación del principio de cooperación en instrumentos específicos del Derecho ambiental especial se pueden ver en: *Jorge Bermúdez Soto*, Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, en RCHD Vol. 29 N° 2, Mayo-Agosto de 2002, pp. 423-440.



- Mecanismos de incentivo a los particulares para aumentar voluntariamente los niveles de protección ambiental. Por ejemplo, a través de acuerdos, no necesariamente vinculantes, en los que se manifiesta la intención de someterse a mayores exigencias, ejemplo un pacto de producción limpia. El incentivo del particular está dado, por lo general por la vía de una mejora en la imagen frente al mercado, doméstico o internacional, que el productor o el sector presentan. Por ejemplo a través del sometimiento a una *ecoauditoría* o auditoría ambiental.
- Motivación basada en la exención de aplicación de una norma. Una de las vías que se contemplan en el Derecho comparado que permite materializar el principio de cooperación, es la consistente en la facultad que permite a la Administración Pública eximir al particular de la aplicación de normas y requisitos ambientales, cuando este voluntariamente se somete a niveles más exigentes y efectivos<sup>63</sup>.
- Reconocimiento de entidades certificadoras: el principio de cooperación admite que en la toma de decisiones administrativas pueda utilizarse como antecedente fundante o único el informe o declaración emanado de una entidad en quien se ha depositado la confianza pública. Tal es la entidad certificadora u organismo certificador, que es reconocida por el Estado por su grado de conocimiento científico o técnico, su idoneidad ética y profesional y su independencia e imparcialidad.

## 6. Conceptos técnico-jurídicos de Derecho Ambiental

El estudio del Derecho ambiental se encuentra condicionado por el conocimiento previo de una serie de conceptos que la normativa ambiental utiliza. Se trata de conceptos que muchas veces provienen de otras ciencias o que tienen un carácter eminentemente técnico y que han sido adoptados por el Derecho ambiental, sea otorgándoles una definición legal, sea haciendo aplicación directa de ellos. A continuación se presentarán algunos de los conceptos que recogidos por la LBGMA<sup>64</sup>.

El artículo 2 LBGMA parte señalando que "*para todos los efectos legales se entenderá por*" y a partir de ahí se desarrollan 23 definiciones legales (desde la letra a) hasta la u) inclusive). Una pregunta previa que parecía pertinente formularse es si era necesario que la ley fijara este catálogo de definiciones, que se deben tener en cuenta, precisamente,

<sup>63</sup> A modo de ejemplo, la ley federal alemana de protección contra las intrusionas (*Bundesimmissionschutzgesetz BImSchG*) en su §17.3 a) prevé esta posibilidad.

<sup>64</sup> Algunos de los conceptos técnico-jurídicos que aquí se tratan, ya fueron abordados previamente en otro trabajo. Jorge Bermúdez Soto, Estudio de los conceptos técnico-jurídicos del Derecho ambiental, en Revista de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. II N° 2 Julio-Diciembre 2000, pp. 459-471.

para todos los efectos legales. La respuesta debe ser afirmativa y proviene del propio carácter de ley de bases que detenta la LBGMA, la que como tal tiene por objeto señalar los cimientos sobre los que se asentará el ordenamiento jurídico ambiental. Este catálogo de definiciones ambientales constituye una fijación a nivel legislativo de unos conceptos generales del Derecho ambiental, los cuales en cuanto preceptos legales que son, deben ser interpretados y aplicados a las situaciones concretas que se planteen.

No se abordará el análisis de todas y cada una de las definiciones que contiene el catálogo del artículo 2 LBGMA. Serán objeto de análisis algunas de ellas que presentan aspectos de interés para el desarrollo de este trabajo, con referencias cruzadas a otros conceptos definidos en el mencionado artículo.

## 6.1 Medio Ambiente

En estricto rigor la sola utilización de la expresión *medio ambiente* no resulta del todo precisa, en cuanto los dos términos del concepto no son unívocos y resultan redundantes en su utilización conjunta. De hecho, con la expresión *medio* se hace alusión a aquellos elementos ambientales a través de los cuales se traslada o deposita la contaminación ambiental. En cambio *ambiente* se refiere al conjunto de elementos y su interacción, sobre los que se desarrolla la vida. Sería más preciso utilizar una sola expresión tal como *ambiente* o *entorno*, reservando la expresión *medio* para aquellos elementos tales como agua, aire y suelo, que constituyen los denominados *medios ambientales*. Sin embargo, tanto en la Constitución chilena<sup>65</sup> como en las diversas leyes ambientales, en especial en la LBGMA, se ha empleado la expresión medio ambiente para hacer referencia al objeto de protección jurídica<sup>66</sup>.

Reconocida esta falta de precisión, debe hacerse la previsión metodológica, en cuanto a lo largo de este trabajo se emplearán las voces medio ambiente, medio, ambiente y entorno como sinónimos, salvo en aquellos casos puntuales en que se les dé otro significado.

<sup>65</sup> La Constitución española en su artículo 45 también hace uso del doble concepto *medio ambiente*. Sin embargo, la Constitución peruana en su artículo 67 dispone que el Estado determina la política nacional del *ambiente*.

<sup>66</sup> Esta utilización tautológica de los términos afecta a la precisión del lenguaje, problema que no se presenta en otros idiomas, así las voces *environment*, *environnement* y *Umwelt*, se refieren todas ellas a lo que en parte de los países de lengua castellana se denomina *medio ambiente*. Sin embargo, la traducción correcta de ellas es entorno (lo que rodea), que por desuso o simple moda ha sido desplazada por medio ambiente.

### 6.1.1 Medio Ambiente como bien unitario

El medio ambiente puede ser considerado como un bien unitario, como un solo bien jurídico, cuando éste es apreciado en su generalidad. Ello en cuanto se trata de un bien que está constituido por un *sistema*, el que sólo puede ser considerado en su conjunto. La faceta sistémica del ambiente puede, a su vez, ser de carácter extensiva o restrictiva. Como de lo que se trata es de sistemas, y más claramente de *ecosistemas*, la agregación de varios de estos constituye un sistema mayor, para llegar en última instancia al sistema global que constituye el planeta en su conjunto. Por el contrario, una perspectiva restrictiva aísla los diversos sistemas, para considerar a un sistema como un medio ambiente, por ejemplo, un ambiente acuático constituido por un lago o por un humedal; un medio ambiente terrestre, conformado por un bosque, una pradera, un desierto, etc.

### 6.1.2 Medio Ambiente como bien singular

Desde una perspectiva singular, se aprecian cada uno de los elementos que componen el ambiente, por ejemplo, agua, suelo, aire, flora, fauna, etc. Esta ha sido la forma tradicional en que el ordenamiento jurídico ha enfrentado la protección ambiental<sup>67</sup>. Tal perspectiva no presentaría problema alguno si se consideraran todos y cada uno de los elementos ambientales. Sin embargo, ello supondría una primera dificultad dada por la problemática enumeración de los elementos efectivamente *ambientales*. Para ello sería necesario saber qué elementos deben ser considerados como efectivamente ambientales, y si se eligiera un número determinado de estos, por ejemplo, agua, aire y suelo, surgiría luego la pregunta relativa a la extensión de dichos elementos y de sus interacciones.

En consecuencia, parece más o menos claro que no bastará con señalar un grupo de elementos, que se enumeran o que se relacionan, sino que se debe tender a una categoría con un cierto grado de abstracción de manera de dar una operatividad concreta a aquellas instituciones que se basan en un concepto sistémico de medio ambiente, tal como ha sido la opción del legislador chileno.

### 6.1.3 Problemas de la definición de Medio Ambiente

Todos los conceptos jurídicos, también aquellos que provienen de otras ciencias y

---

<sup>67</sup> La protección ambiental ha sido asumida por el legislador, por lo general, tomando elementos ambientales específicos, para aplicarle los respectivos instrumentos de protección. Así por ejemplo la legislación ambiental en materia de bosques, suelos, aire, fauna, etc.

que son utilizados por el Derecho, pueden ser objeto de una definición, de modo de uniformar la aplicación de la norma y ordenar la discusión dogmático-jurídica. En el caso del concepto de medio ambiente, la elaboración de una definición, plantea problemas de diversa índole, entre ellos:

- *Multiplidad de criterios de composición.* Existe una falta de uniformidad de los criterios, tanto respecto de lo que debe ser entendido como medio ambiente, como de los elementos que lo integran. Un concepto amplio de medio debería considerar el entorno artificial o construido, atendido que es precisamente ese el ambiente en que vive y se desarrolla la mayoría de la población. Otro tanto ocurre con los elementos del tipo cultural, que no siempre son de carácter artificial, sino también natural, como en el caso de la Araucaria para el pueblo Mapuche.
- *Carácter confuso y complejo del concepto.* El cual puede ser interpretado desde diversos ángulos, la mayor parte de las veces o muy excesivamente amplios, por ejemplo la definición del artículo 2 II) LBGMA o excesivamente restringidos, por ejemplo el concepto doctrinal que reduce el medio ambiente a los tres medios ambientales a través de los que se desplaza o deposita la contaminación, a saber, agua, aire y suelo<sup>68</sup>.
- *Mutabilidad.* El concepto de medio ambiente está en permanente elaboración, en cuanto en la medida que avanzan las ciencias ambientales, van aclarándose las diversas interacciones que se producen entre los subsistemas ecológicos, permitiendo explicar, por ejemplo, los problemas de causalidad del daño ambiental.
- *Interdisciplinariedad.* Se trata de un concepto que, para ser entendido, debe valerse de conocimientos de otras ciencias (biológicas, químicas, físicas, ecológicas, sociales etc.). A partir de ello, es un lugar común afirmar la necesidad de conocimientos propios de las ciencias ambientales, para entender de mejor manera la normativa ambiental.
- *Multifuncionalidad.* El medio ambiente es un concepto de tipo múltiple, en cuanto lo utilizan las ciencias ambientales en un sentido técnico, es de uso común o doméstico, en cuanto forma parte del lenguaje de cualquier sociedad moderna; y también es un concepto jurídico, en cuanto es asumido por el legislador (artículo 2 II) LBGMA), por la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

---

<sup>68</sup> Tal es el concepto utilizado por el catedrático español *Ramón Martín Mateo*, el que es criticado por parte de la doctrina, precisamente por lo excesivamente restrictivo del concepto. *Ramón Martín Mateo*, Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, Ed. Trivium, 1991.

#### 6.1.4 Definición

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, se puede esbozar una definición del concepto de medio ambiente: se trata de la manifestación actual de las relaciones que se dan entre los diversos ecosistemas -tanto los existentes en los ámbitos urbanos como naturales- que produciendo un conjunto de condiciones, inciden de forma determinante en las posibilidades de desarrollo integral de los seres humanos.

Por su parte, el medio ambiente es definido en el artículo 2 II) LBGMA como: *"El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"*.

Resulta evidente que la definición legal de medio ambiente es de carácter amplio. Lo cual tiene importancia dado que se proyecta en su aplicación hacia todo el Derecho ambiental, incluyendo al constitucional<sup>69</sup>. Dicha amplitud, y por ende las dificultades en su aplicación práctica, exigen el desarrollo de conceptos dogmático-jurídicos, que permitan acotar el concepto y dotarlo de operatividad. Así, en el caso de la aplicación del concepto frente al derecho subjetivo constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la idea de un *entorno adyacente* hace posible fijar el contenido, que en un caso en concreto el concepto de medio ambiente tiene.

El problema que se desprende de la amplitud del concepto legal radica en que, a partir de la sola lectura, dados los elementos que comprende, se podría afirmar que el medio o entorno es prácticamente todo, y por tanto que el derecho público subjetivo que a él se tiene, comprende un objeto tan amplio como dicho concepto. Sin embargo, ello llevaría a afirmar que cualquier alteración del medio, dónde y cómo sea que ella se produzca (incluso fuera de las fronteras del Estado), afecta a tal derecho y, por tanto, podría activar los mecanismos de protección constitucional y legal<sup>70</sup>. Extremo poco deseable, por decir lo menos. Lo que está claro es que el entorno es algo más que lo inmediato que rodea al individuo, algo más que aquellas esferas cubiertas por otros derechos, como el derecho a la vida, pero limitado, sin llegar a elementos distantes, cuya incidencia es indirecta o inmediatamente imperceptible.

<sup>69</sup> Ello debido al carácter de concepto que para *todos los efectos legales* deberá ser tenido en cuenta (artículo 2 LBGMA) y la amplitud del ámbito de aplicación de la LBGMA (artículo 1).

<sup>70</sup> El Principio 2 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo reconoce la dificultad jurídica que supone un concepto globalizador de medio ambiente, señalando que *"De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional"*.

De la definición legal de medio ambiente se desprenden dos elementos relevantes:

- La primera idea que se rescata de la definición es la de medio ambiente vinculado o relacionado al ser humano o a otras manifestaciones de la vida. Se refiere a aquella porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, especie o grupo animal o vegetal, la cual no se reduce a su residencia o hábitat inmediato o más próximo necesario para esa forma de vida, sino que incluye además al entorno adyacente. Y ese entorno adyacente será tan amplio o tan restringido en cuanto *rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*. Entonces, la amplitud del concepto de medio ambiente es sólo aparente o, más bien, sólo lo es en un aspecto. Es amplia en cuanto se refiere a una multiplicidad de objetos (naturales, artificiales incluso de naturaleza sociocultural), pero es acotada por esta idea de medio ambiente que rige y condiciona las diversas manifestaciones de vida, la que obliga a situarse relativamente respecto de un ser humano, un animal/vegetal o grupo de éstos, y desde allí avanzar hasta aquel último elemento que rige y condiciona la existencia y desarrollo de esa forma de vida en particular. Por tanto, lo que interesará, desde la perspectiva jurídica, no es todo el medio ambiente, sino ese ambiente visto desde la perspectiva de una manifestación de vida en concreto, ese medio ambiente o entorno adyacente que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones hoy día y en ese contexto en particular<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional español Nº 102/1995 (fundamento jurídico 4 párrafo 3º), luego de reconocerse desde la perspectiva de las ciencias ambientales que medio ambiente es prácticamente todo, restringe el concepto para el ámbito jurídico señalando que *"No obstante, en la Constitución y en otros textos, el medio, el ambiente, o el medio ambiente es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía que aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción. El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí"*.

Tanto en la definición del Tribunal Constitucional español, como en la del artículo 2 letra II) LBGMA el elemento que acota al concepto de medio ambiente es la idea propuesta de *entorno adyacente* (*"condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo"*, dice el Tribunal Constitucional español; *"rige y condiciona el desarrollo de la vida"*, dice el artículo 2 letra II LBGMA). La nota distintiva está en el sujeto al cual se refiere una y otra definición, o desde cual sujeto, relativamente, se parte para considerar este entorno adyacente. En el caso del Tribunal constitucional español será el ser humano, para el legislador chileno será cualquier manifestación de la vida.

En el mismo sentido la definición de medio ambiente que aparece en el Diccionario Jurídico Black's Law Dictionary, 6ª Edición, St. Paul Minn. 1991, *Environment: The totality of physical, economic, cultural, aesthetic, and social circumstances and factors which surround and affect the desirability and value of property, and which also affect the quality of peoples live. The surrounding conditions, influences or forces which influence or modify.* (U.S. v. Amadio , C.A. Ind. , 215 F.2d 605, 611).

- La segunda idea que vale la pena destacar es la relativa a un *sistema global*. Esta perspectiva sistémica dentro del concepto de medio ambiente, no sólo tiene trascendencia en cuanto reconoce un aspecto esencial del entorno o medio, sino también por las consecuencias que ello trae, por ejemplo, la reparación de los daños al medio ambiente deben restablecer precisamente el *sistema* dañado<sup>72</sup>. El problema que plantea esta perspectiva global sistémica radica en que los sistemas son infinitos, en cuanto a su número e interrelaciones, y la definición de medio ambiente comprende entre sus elementos no sólo aquello que naturalmente rodea a los seres vivos, sino también los elementos artificiales e incluso socioculturales. Entonces, para el legislador nacional, medio ambiente puede ser desde un bosque hasta una población, desde un hábitat acuático hasta un monumento histórico o una zona típica. Siempre y cuando cumplan con el requisito de condicionar la existencia y desarrollo de la vida en alguna de sus manifestaciones.

## 6.2. Conservación del Patrimonio Ambiental

Este ha sido definido como *“el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”* (artículo 2 b) LBGMA).

La primera relación que surge respecto de esta norma es con la del artículo 19 N° 24 inciso 2° CPR. Dentro de las limitaciones que debe cumplir la propiedad privada derivadas de su función social se encuentran las que emanan de la conservación del patrimonio ambiental. Pues bien, es el legislador quien para todos los efectos legales ha concretado el concepto de conservación del patrimonio ambiental. Dicho concepto constituye un precepto legal que ayuda a determinar las implicancias que tiene una restricción a la propiedad privada en razón de su función social ambiental.

Resulta interesante apreciar la forma en que el legislador ha entendido el concepto de conservación del patrimonio ambiental<sup>73</sup>, toda vez que dicho concepto se nutre de otros

---

<sup>72</sup> Ramón Martín Mateo, Manual de Derecho Ambiental, op. cit. p. 24 y ss. Respecto de los sistemas ambientales señala tres características: constituyen el soporte de la vida; interaccionan con los organismos naturales; y tienen ámbito planetario.

<sup>73</sup> La pregunta que surge aquí es si podía una ley ordinaria definir, *“para todos los efectos legales”*, conceptos que utiliza el constituyente. La respuesta es clara cuando se considera que el catálogo del artículo 2 LBGMA no es un catálogo de normas interpretativas constitucionales, sino un listado de preceptos o concreciones de nivel legal, los que como tales deben ser a su vez interpretados y, por cierto, aplicados.

Asimismo, y desde una perspectiva formal, no existiría problema de momento que el propio Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 185 de 28.02.94, no cuestionó la constitucionalidad de las definiciones del

también contenidos en el citado artículo 2 LBGMA<sup>74</sup>. Para un mejor análisis, dicho concepto es susceptible de ser desglosado en las siguientes partes:

- Acciones: Se trata de conservar algo (el objeto), dicha actividad se lleva a cabo por medio de, a lo menos, tres acciones: el uso racional, el aprovechamiento racional y la reparación. Las actividades de uso y aprovechamiento, pueden ser resumidas en una, tal es la explotación, pero no a secas, sino adjetivada, en cuanto esta debe ser *racional*. Una explotación (uso y aprovechamiento) con el carácter de racional, queda comprendida dentro del concepto de desarrollo sustentable, fijado en la letra g) del artículo 2 LBGMA. La conclusión que se extrae a partir de la acción de conservar (conservación) es que ésta siempre incluye la explotación de los bienes ambientales, aunque esta debe consistir en un uso y aprovechamiento que debe ser racional, noción que, como se dijo, se relaciona directamente con la de desarrollo sustentable o sostenible, en cuanto debe ser apropiada, adecuada. Dicha forma de explotación garantizará la satisfacción de las necesidades presentes y también de las generaciones futuras<sup>75</sup>. Dentro del concepto de conservación, además, se incluye un segundo grupo de acciones, tales son las que supone la reparación, definida en el artículo 2 letra s).

- Ambos extremos de la acción que comprende la conservación del patrimonio ambiental, tendrán gran trascendencia, como se anunció, a propósito de las limitaciones del derecho de propiedad. La función social de la propiedad consistente en la conservación del patrimonio ambiental reconoce por una parte la posibilidad de explotar racionalmente los recursos, lo cual en la práctica limita el poder absoluto de disposición que tradicionalmente se ha atribuido al dominio, imponiéndole unos requisitos que no existían y que hoy día pueden identificarse, por ejemplo, con el sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Pero además supone una segunda carga que se relaciona con los deberes propios de la reparación. Se trata de una carga que impone una actividad y que en la práctica puede ser identificada con las consecuencias que se derivan de la responsabilidad por el daño ambiental.
- La conclusión que se desprende del análisis de las acciones de que pueden ser objeto los bienes ambientales se basa además en el carácter patrimonial que estos en ocasiones presentan. En efecto, los elementos ambientales, dependiendo de la naturaleza de los mismos, pueden formar parte del patrimonio de sujetos públicos

---

artículo 2 LBGMA.

<sup>74</sup> Tal es el caso de la definiciones de desarrollo sustentable (artículo 2 g), reparación (artículo 2 s), medio ambiente (artículo 2 ll), recursos naturales (artículo 2 r).

<sup>75</sup> Esta relación entre conservación del patrimonio ambiental y desarrollo sustentable queda más clara cuando se aprecian la finalidad a que debe tender la actividad de conservación y el propio concepto de desarrollo sustentable, los cuales se analizarán un poco más adelante.



o privados. Por ello pueden ser objeto de explotación (uso y aprovechamiento). Sin embargo, fuera del carácter de bien patrimonial, son bienes ambientales. De esta doble naturaleza de los bienes ambientales-patrimoniales, se desprenderán unas condiciones de uso y aprovechamiento y una obligación de reparación, que normalmente los bienes patrimoniales, no ambientales, no tienen.

- Objeto: Las acciones que supone la conservación se ejercen sobre un objeto determinado, en este caso es el patrimonio ambiental (segunda parte del concepto). Este está integrado por los componentes del medio ambiente, tales son los que han sido enunciados en el concepto de medio ambiente de la letra II) del mismo artículo 2, es decir, son *elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural*.
- Objeto fortalecido: Dentro del objeto (patrimonio ambiental-medio ambiente) existen algunos elementos que se desgranar de él, respecto de los cuales la acción de conservación debe ser realizada de un modo más intenso. Tales son aquellos elementos *propios del país que sean únicos, escasos o representativos*. La pregunta que naturalmente surge aquí es en qué consistirá esta acción realizada *"especialmente"*. La solución no la da la norma, y es dable esperar que la caracterización de este objeto potenciado sea concretada a posteriori. No obstante, hoy día es posible detectar algunas manifestaciones legislativas que sirven para ilustrar la forma en que la conservación puede ser realizada de forma más intensa. Por ejemplo, la ley N° 19.473 sobre Caza de 1996 en su artículo 2 define *Especies Protegidas* como *"todas las especies de vertebrados e invertebrados de la fauna silvestre que sean objeto de medidas de preservación"*<sup>76</sup>. Tales medidas de preservación pueden consistir en la inclusión de la especie en alguna de las categorías que la propia ley de caza establece, a saber: especies en peligro de extinción; especies vulnerables, especies raras; especies escasamente conocidas, etc. Las que no son totalmente coincidentes con la clasificación, según su estado de conservación, señalada en el artículo 38 LBGMA<sup>77</sup>.
- Finalidad: La finalidad de la acción que se realiza sobre el objeto patrimonio ambiental-medio ambiente, es la de *asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración*. Bajo este aspecto teleológico de la norma se engloban todos los

<sup>76</sup> Al respecto ver Reglamento de la Ley de Caza, DS N° 5 de 2003, Ministerio de Agricultura.

<sup>77</sup> La disposición del artículo 38 LBGMA comprende las categorías de extinguidas, en peligro de extinción, vulnerables, raras, insuficientemente conocidas y fuera de peligro, las cuales son desarrolladas en el Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres, DS N° 75 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

componentes del patrimonio ambiental<sup>78</sup>. La *permanencia* se refiere a aquellos elementos naturales no renovables o de difícil recuperación, como asimismo a los elementos socioculturales o artificiales (ejemplo de los primeros son aquellas especies en categorías vulnerables o en peligro de extinción, de los segundos el patrimonio histórico). Por el contrario, la *capacidad de regeneración* apunta más bien a aquellos elementos naturales cuya aptitud para renovarse admite una explotación racional, sin comprometer las expectativas de desarrollo de las generaciones futuras.

### 6.3 Desarrollo Sostenible

Uno de los conceptos jurídico-ambientales más complejos y respecto de los que se corre el riesgo de que se transmita la carga ideológica personal es el de desarrollo sustentable. Por una parte está el grado de contingencia que la cuestión ambiental presenta, que se confirma con el incremento de la sensibilidad que la sociedad tiene por los problemas ambientales, lo cual lleva a que exista una presión extensiva en orden a estimar del modo más amplio posible lo que debe entenderse por protección ambiental y por medio ambiente. Por otra parte, está la inevitable tensión existente entre protección ambiental y desarrollo económico<sup>79</sup>. A los aspectos sociales y económicos del concepto, se agregan otros de carácter histórico, político y jurídico, todo ello hace que el estudio del mismo se torne complejo e incommensurable<sup>80</sup>.

#### 6.3.1 Concepto

El examen de este concepto se divide en dos partes. En primer término se señalará brevemente el contenido y desarrollo del concepto, para luego analizar el alcance que le ha dado la definición de la LBGMA.

- *Origen y contenido del concepto*: La tensión entre protección ambiental y desarrollo

---

<sup>78</sup> Esta afirmación podría ser controvertida si la norma en comento sólo redujera esta finalidad de "asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración" respecto de los elementos ambientales que son propios del país únicos, escasos o representativos, es decir, sobre lo que he llamado "*objeto potenciado*". No obstante, la sola literalidad del precepto permite afirmar que dicho fin abarca a todos los elementos ambientales y no sólo a aquellos respecto de los cuales la acción de conservación debe ser realizada especialmente.

<sup>79</sup> Si bien no es impensable que dicha tensión logre evolucionar hacia una relación constructiva para el progreso armónico, el modelo de desarrollo económico y social actual recarga al medio ambiente, sin considerar su limitada capacidad de regeneración.

<sup>80</sup> Sobre el tema, desde la doctrina alemana la monografía más actual es la de *Guy Beaucamp*, *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2002.

económico tiene una solución dialéctica, que es bastante sencilla, viene dada por una fórmula mágica<sup>81</sup>: desarrollo sostenible. Ya en 1987 la *World Commission on Environment and Development*, conocida como Comisión Brundtland, por el nombre de la presidenta de la comisión, en su informe “Nuestro Futuro Común” (*Our Common Future*)<sup>82</sup>, había puesto de manifiesto la inseparable vinculación que existe entre la problemática de la protección ambiental y los problemas de desarrollo<sup>83</sup>. Asimismo, fundó las bases para la Conferencia de las Naciones Unidas en Río de Janeiro, sobre Medio Ambiente y Desarrollo, realizada en 1992.

- La Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo, si bien no contempla una definición concreta de desarrollo sustentable o sostenible<sup>84</sup>, en diversos numerales hace alusión a elementos del mismo<sup>85</sup>. En el Principio 3º señala que “*El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras*”. Por su parte el Principio 4º complementa lo anterior al decir que “*a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada*”. A ello se agrega que la Declaración de Río considera cuatro elementos constitutivos del desarrollo sostenible: integración del medio ambiente en otras políticas; necesidad de erradicar la pobreza; responsabilidad común de los Estados, pero diferenciada entre Estados desarrollados y subdesarrollados; y participación de los nuevos actores de la sociedad tales como mujeres, pueblos indígenas y jóvenes.
- El artículo 2 g) LBGMA se refiere al concepto de *desarrollo sustentable*, a pesar de que la Declaración de Río, así como la doctrina comparada, utilizan la expresión *sostenible*. Sin entrar en la polémica del sentido preciso de una y otra expresión, se estimará a lo largo de este trabajo que ambos son sinónimos<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> Expresión usada por Mathias Ninck, *Zauberwort Nachhaltigkeit*, Zurich 1997.

<sup>82</sup> El informe de la Comisión Brundtland se contiene en el documento UN Doc. A/42/427 de 4 de agosto de 1987. Hay una edición en castellano, *Nuestro Futuro Común*, Ed. Alianza, Madrid, 1992.

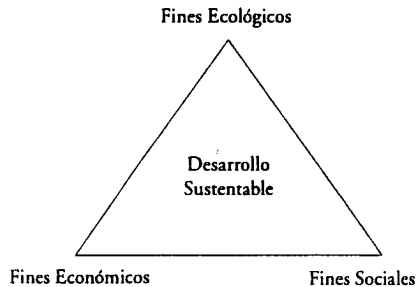
<sup>83</sup> En palabras de la propia Comisión: “*What is required is a new approach in which all nations aim at a type of development that integrates production with resource conservation and enhancement, and that links both to the provision for all of an adequate livelihood base and equitable access to resources*” (*Our Common Future*, p. 39).

<sup>84</sup> Gerd Ketteler, *Der Begriff der Nachhaltigkeit im Umwelt und Planungsrecht*, en *Natur und Recht* N° 9 2002, p. 513.

<sup>85</sup> Por lo general las Declaraciones Internacionales son instrumentos que carecen de efectos obligatorios, aunque de hecho, los principios que en ellas se contienen sirven de base para el Derecho internacional consuetudinario e inspiran el Derecho interno de los Estados. Tales instrumentos conforman, como se dijo, el llamado *Soft Law*.

<sup>86</sup> Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Ambiental*, op. cit., p. 42, refiriéndose a este concepto, manifiesta su preferencia por el de desarrollo “*sostenible*” argumentando: “*Mantenemos la expresión ‘sostenible’, prefiriéndola a la de ‘sustentable’ empleada alternativa o predominantemente en ciertos medios científicos o culturales*”.

- *Desarrollo sustentable como mandato de armonización*: El principio del desarrollo sustentable o sostenible importa un crecimiento económico a largo plazo, que sea compatible con la conservación del medio ambiente en el que se lleva a cabo y apoya. Ello importa una armonización entre el progreso social y económico (la mayor realización espiritual y material posible, artículo 1 inc. 4º CPR) y los deberes de velar por el respeto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de tutela de la naturaleza (artículo 19 N° 8 inc. 1º 2ª frase CPR). La doctrina plantea el concepto de desarrollo sustentable como un triángulo equilátero, en que los aspectos ecológicos, sociales y económicos tienen el mismo peso<sup>87</sup>.



- Sin embargo, cuando se desciende a la realidad, en no pocas ocasiones, es posible apreciar cómo siguen siendo los factores macroeconómicos los definidores del progreso y del desarrollo y cómo los Estados de naciones subdesarrolladas o en desarrollo, la mayoría con poco éxito, tratan de alcanzar niveles de crecimiento, aún a costa de su patrimonio ambiental.
- La idea de una armonización entre crecimiento económico y protección del medio

---

*de Iberoamérica... que con indudable rigor terminológico y lingüístico apoyándose precisamente en los criterios de la Real Academia Española de la Lengua, mantiene que sustentar es conservar una cosa, su ser y estado. Pero no se trata de mantener intacta la naturaleza sino de controlar en términos aceptables lo que se ha calificado por J.L. Serrano Moreno como 'interiorización de la entropía', desarrollo sostenible o regulación de la producción, el consumo, la emisión, el vaciado de los recursos fundamentales. Por todo ello nos parece más ajustado y adecuado a la problemática aquí abordada, el calificativo de sostenible".*

La falta de precisión de la traducción de la expresión inglesa *sustainable development*, ha llevado a algunos autores a proponer que se emplee en otros idiomas la expresión original. Gerd Ketteler, *Der Begriff der Nachhaltigkeit im Umwelt und Planungsrecht*, op. cit. p. 514.

<sup>87</sup> Guy Beaucamp, *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, op. cit. p. 20.

ambiente, que subyace en el principio de desarrollo sostenible, todavía sigue siendo un objetivo lejano, costoso y difícil de alcanzar<sup>88</sup>. Las dificultades que plantea dicha armonización o compatibilización, quedan puestas de manifiesto en una importante sentencia del Tribunal Constitucional español, el que, tempranamente, declaró que *"En su virtud [del artículo 45 CE] no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la 'utilización racional' de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida"*<sup>89</sup>.

### 6.3.2 Desarrollo sustentable en la LBGMA

El artículo 2 g) lo define como: *"El proceso de desarrollo sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras"*.

El concepto de desarrollo sustentable a que se refiere la citada norma, está en consonancia con la definición del mismo que se ha dado en instrumentos de carácter internacional. Tal como se señaló más arriba, dicho concepto había sido reconocido de un modo más o menos directo en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 7 de mayo de 1992.

A partir del concepto legal de desarrollo sustentable, es posible extraer las siguientes conclusiones y relaciones:

- *Desarrollo sustentable y servicialidad del Estado*: El primer destinatario del mandato de desarrollo sustentable es el Estado. A través de sus órganos, el Estado deberá garantizar las condiciones para que exista un progreso económico que sea perdurable en el tiempo, que permita una progresiva mejora en la calidad de vida, tomando los resguardos que la protección ambiental requiere. El concepto

---

<sup>88</sup> Enrique Leff, en TERRAMÉRICA, Suplemento de Medio ambiente para América Latina y el Caribe, N° 4 agosto de 1996, p. 5 señala al respecto que: *"Hoy día, el discurso del desarrollo sostenible opera un vuelco de 360 grados (sic) y parece distorsionar las causas y efectos de la crisis ambiental con un fin: mantener un sistema económico que se resiste a cambiar. Parece ignorar las contradicciones del mercado y las condiciones ecológicas que aseguran la sustentabilidad de la vida y de la economía. La globalización económica -antes que fundarse en las leyes de la naturaleza para orientar las leyes de la producción- retrocede en el tiempo a las invocaciones mágicas. Parece tratarse de una nueva alquimia que quiere reconvertir a la naturaleza bajo los designios de la economía, acelerando la máquina devoradora de recursos finitos"*.

<sup>89</sup> Sentencia 64/1982 de 4 de noviembre, Fundamento Jurídico 2°.

de desarrollo sustentable, así entendido, pone de manifiesto que el Derecho ambiental, y la finalidad de protección ambiental tienen una orientación netamente antropocéntrica. Al menos desde la perspectiva del Estado, ello no podría ser de otro modo, atendido el primer deber estatal consistente en estar *al servicio de la persona humana*. A partir de lo dispuesto en el artículo 1 inc. 4º de la Constitución que establece lo que se ha denominado como principio de servicialidad del Estado, el Estado no podrá tener otra orientación que servir a las mujeres y hombres que conforman la sociedad chilena. Dicha norma dispone que: *"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*<sup>90</sup>.

- Como puede apreciarse, el constituyente se había referido a las condiciones materiales y espirituales de desarrollo de las personas, las que aisladamente consideradas se relacionarán con el desarrollo y crecimiento económico. Sin embargo, éstas se complementan, en el ámbito del Derecho ambiental, con las ideas de calidad de vida y de solidaridad intergeneracional, que están presentes dentro del concepto de desarrollo sustentable. Esta relación que podría aparecer como meramente dogmática o simple ejercicio intelectual, cobra importancia práctica cuando se considera la eficacia normativa directa de las normas constitucionales y la posibilidad de exigir acciones positivas al Estado en el cumplimiento de sus deberes constitucionales —como el contenido en el artículo 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase CPR—. Ello se complementa con un concepto de desarrollo sustentable, que debe ser tenido en cuenta para todos los efectos legales<sup>91</sup>.
- *Desarrollo sustentable y calidad de vida*: A diferencia de lo que por sí sola representa la norma del citado artículo 1 inciso 4º CPR, en cuanto el desarrollo de la persona humana se materializa en el crecimiento material y espiritual. El concepto legal de desarrollo sustentable supone agregar a dicho crecimiento material el concepto

<sup>90</sup> Dicha disposición se reitera, ahora exclusivamente respecto de la Administración del Estado, en el artículo 3 inc. 1º de la LBGAEº.

<sup>91</sup> Con la modificación sufrida por el artículo 20 inc. 2º CPR se agrega la expresión *omisión*, con lo que se abre un amplio espectro de posibilidades para exigir por vía del recurso protección el cumplimiento de los deberes constitucionales por parte de los órganos del Estado, siempre que tal omisión importe una afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. No obstante lo anterior, bajo el estado actual de desarrollo del Derecho Administrativo, nada impide el ejercicio de acciones de naturaleza contencioso-administrativa, constitutivas y declaratorias de derechos, con el objeto de materializar por la vía jurisdiccional el deber de protección ambiental que corresponde al Estado. En el Derecho comparado esta clase de acciones son fácilmente identificables. Así por ejemplo, la acción o demanda general de prestación del Derecho Administrativo alemán (*allgemeine Leistungsklage*). Al respecto ver: *Javier Barnes Vásquez* (editor), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 85.

de calidad de vida. La calidad de vida de la población supone alcanzar un grado de crecimiento económico y además, unos niveles de protección y conservación ambientales adecuados para el desarrollo integral de la persona.

Una buena calidad de vida de la población, depende de tres elementos. Un elemento económico que viene dado por el poder adquisitivo de bienes de consumo y servicios. En la medida que las personas puedan satisfacer las necesidades básicas y de tipo secundario, podrá pasarse de un buen nivel económico de vida a uno de buena calidad de vida. Un segundo elemento viene dado por las condiciones que el Estado garantiza para alcanzar la calidad de vida. Así por ejemplo, la fijación de unos determinados niveles de contaminación como máximo aceptable, para un determinado contaminante, que no sólo se base en el mínimo para la existencia. Finalmente, la calidad de vida tiene mucho que ver con la personalidad y el comportamiento propio de las personas. Es decir, de nada sirve que las Municipalidades construyan y mantengan áreas verdes si estas no son utilizadas o son mal usadas por algunos ciudadanos de escasa cultura. De nada sirve una temporada de conciertos, si la población prefiere quedarse en casa a ver televisión, etc. En consecuencia, la calidad de vida tendrá unos componentes objetivos, como lo son los indicadores económicos y las condiciones que garantice el Estado para ello, pero además tiene que ver con elementos subjetivos y culturales, que son de difícil cuantificación.

- *Desarrollo sustentable y solidaridad intergeneracional:* El crecimiento económico y el desarrollo presentes no deben suponer que se comprometan las expectativas de supervivencia y desarrollo de las generaciones futuras<sup>22</sup>. Este aspecto de la definición permite dos conclusiones: por una parte se debe destacar el hecho que no es la primera vez que el Derecho se ocupa o prevé consecuencias respecto de sujetos que aún no existen. Así por ejemplo, en el caso de la protección de la vida del que está por nacer (artículo 19 N° 1 inc. 2° CPR) o en el propio Código Civil a propósito de los derechos que se diferencian a la criatura que está en el vientre materno (artículos 74 a 77). Un segundo aspecto lo plantea la legitimación democrática de las decisiones que se tomen hoy, respecto de individuos que aún no existen y que no tuvieron oportunidad de participar en la toma de dichas decisiones<sup>23</sup>. Por último, debe reconocerse la vaguedad del objetivo político consistente en no comprometer las expectativas de las generaciones futuras, respecto de las que no se

---

<sup>22</sup> El componente de solidaridad intergeneracional del concepto de desarrollo sustentable fue abordado en 1987 por la Comisión Brundtland, la que lo define como *"development that meets the needs of today whilst not affecting the ability of future generations to meet their own needs"*.

<sup>23</sup> La protección jurídica de las generaciones futuras, así como la legitimidad democrática de las decisiones que a ellas les impliquen son algunos de los aspectos que plantea el desarrollo sustentable. Ellos sólo pueden ser por ahora señalados.

sabe con certeza su número ni necesidades, ni mucho menos la forma e intensidad del impacto que tendrán las decisiones adoptadas hoy para su desarrollo en el futuro<sup>94</sup>.

- *Desarrollo sustentable y crecimiento equitativo*: Existe una relación directa entre pobreza y amenazas al medio ambiente<sup>95</sup>. Sólo en la medida que el crecimiento económico alcance de manera equitativa y solidaria a todos los sectores de la población, será posible enfrentar la protección ambiental de modo integral. Tal como se señaló más arriba, el desarrollo sustentable cuenta entre sus pilares la superación de la pobreza. Este aspecto del desarrollo sustentable representa mucho más que una simple declaración de principios. Este es posible de ser colegido, también, a partir de la interpretación progresiva del artículo 1 inc. 5° CPR, que establece como deber del Estado *promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*.
- *Desarrollo sustentable y crecimiento económico*: No debe olvidarse que la primera parte del concepto es *desarrollo*<sup>96</sup>. Se trata de avanzar en el crecimiento económico, pero tomando unos ciertos resguardos ambientales. La protección del medio ambiente tiene como presupuesto unas cuentas públicas ordenadas, una macroeconomía estable y en crecimiento y una estabilidad social que permitan dedicar esfuerzos y recursos humanos y financieros tanto estatales como privados a dicha tarea<sup>97</sup>. El desarrollo sustentable sintetiza el crecimiento económico y la preocupación por el medio ambiente como dos caras de la misma moneda. Un crecimiento económico ilimitado y a costa de la depredación de los bienes ambientales, hipoteca las posibilidades de crecimiento, e incluso de supervivencia, en el futuro. Por el contrario, en el caso hipotético de una protección ambiental irrestricta, se hipotecará el bienestar presente y la calidad de vida de las personas.
- *Desarrollo sustentable y utilización racional de los bienes ambientales*: La definición de desarrollo sustentable no excluye la posibilidad de utilización de los elementos ambientales. Y ello porque esta forma de desarrollo está basada en otros dos

<sup>94</sup> Las evaluaciones del impacto ambiental estratégicas se ocupan parcialmente de este aspecto.

<sup>95</sup> Guy Beaucamp, *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, op. cit. p. 35.

<sup>96</sup> Precisamente en ese sentido se han orientado algunas de las críticas que se formulan a este concepto. Alexander Kiss y Dinah Shelton, *Manual of European Environmental Law*, 2ª Ed. Cambridge 1997 p. 37 señalan al respecto "Sustainable development ... is a process in which two concepts predominate: giving priority to efforts to meet the essential needs of the world's poor, and recognizing the limitations imposed by technology and science on meeting both present and future needs. It is a human-centered approach with a focus on economic and social objectives rather than ecological ones; there is no reference to the environment in the definition".

<sup>97</sup> En los hechos es precisamente en los países desarrollados donde se muestran los mayores avances en la protección ambiental.



conceptos: conservación y protección del medio ambiente. En el caso de la conservación del patrimonio ambiental, como se señaló en 7.2, supone una *explotación racional* de los bienes ambientales, pero es una explotación al fin y al cabo. Por su parte la protección del medio ambiente se encuentra definida en el artículo 2 letra q) LBGMA como *“el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y a controlar su deterioro”*. Ambos conceptos suponen una utilización de los recursos naturales y en general de los elementos que componen el medio ambiente, a diferencia de otros conceptos, como el de preservación de la naturaleza (artículo 2 letra p) que no supone utilización de los recursos, sino *mantención y desarrollo* de los elementos ambientales, concepto que está más bien vinculado al de sostenibilidad (referido a la *mantención* de un estado por largo tiempo), y por tanto, distinto del concepto de desarrollo sustentable. En definitiva, el desarrollo sustentable supone una utilización racional de los recursos, de manera que el crecimiento económico y productivo no lleven a una presión sobre los bienes ambientales más allá de sus propios límites.

#### 6.4 Preservación de la Naturaleza

Resulta de importancia el análisis de la definición legal de preservación de la naturaleza, ya que a partir de ella podrá entenderse de mejor modo uno de los deberes estatales señalados en el artículo 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase CPR.

De acuerdo con la definición del artículo 2 p) LBGMA, preservación de la naturaleza consiste en *“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”*. Entre los comentarios y relaciones que conviene destacar se cuentan:

- *Objetivo*: el objetivo buscado con la preservación de la naturaleza es la mantención del medio. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el concepto de conservación del patrimonio ambiental (Ver 6.2), en que se parte de la base de la propiedad de los elementos ambientales, y como consecuencia de ello, de la posibilidad de utilización racional de los mismos, no queda claro que la preservación de la naturaleza permita la utilización de los bienes ambientales. El verbo rector de la definición es *mantener*, el que tiene precisamente como acepciones *sustentar y sostener*. Si dicho verbo rector se redujera sólo a dichas acepciones la definición se hace superflua, ya que se encuentra comprendida en el concepto de desarrollo sustentable ya analizado. Por el contrario, el concepto de preservar supone también proteger o resguardar algo frente a un daño o peligro. A partir de dicha acepción, habría que entender que el deber constitucional de preservación de la naturaleza

no admite la posibilidad de utilización económica de los bienes ambientales, tal como ocurre, por ejemplo con los parques nacionales.

- *Ejercicio sobre el medio natural:* La preservación de la naturaleza constituye un concepto estrictamente ambiental que tiene como objeto la acción de mantener los elementos ambientales de carácter natural. En efecto, la acción de mantener las condiciones, no dice relación con todos los elementos ambientales, sino sólo con las especies y ecosistemas del país. Se relaciona entonces, con el concepto de Biodiversidad o Diversidad Biológica, definido en el artículo 2 a) LBGMA como *la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas.*
- *Se preservan elementos del país:* Las políticas, planes, programas, normas y acciones deben tener como efecto que se mantengan las condiciones que posibilitan la evolución y desarrollo de especies y ecosistemas del país. Esta referencia resulta lógica, toda vez que es precisamente sobre dichos elementos ambientales sobre los que el Estado autónomamente puede ejercer sus competencias para la protección ambiental. Por el contrario, respecto de aquellos bienes ambientales que quedan fuera de la jurisdicción del Estado, los denominados bienes comunes (*Common Goods*)<sup>98</sup>, las posibilidades de protección vienen dadas por el Derecho Internacional Público.
- *El Estado como destinatario:* El destinatario de las tareas que impone la preservación de la naturaleza es el Estado y sus organismos. Ello se desprende del propio texto de la definición legal, en cuanto sólo a él corresponde la elaboración de un conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a este objetivo. Y además, porque es el Estado el destinatario del mandato constitucional contenido en el artículo 19 N° 8 inc. 1° parte final CPR.

## 6.5 Protección del Medio Ambiente

Si bien es cierto la protección del medio ambiente constituye la finalidad del Derecho ambiental en su conjunto, la LBGMA lo ha señalado como un concepto técnico jurídico específico. En efecto, el artículo 2 q) LBGMA la define como *“el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y a controlar su deterioro”*.

---

<sup>98</sup> Entre éstos se cuentan, por ejemplo, alta mar, atmósfera, espacio y antártida. Al respecto se puede ver: Wolfgang Durner, *Common Goods, Statusprinzipien von Umweltgütern im Völkerrecht*, Ed. Nomos, Baden Baden, 2001.

Se trata de una definición amplia, y no podría haber sido de otra forma, ya que la protección ambiental comprende una variedad de aspectos, no sólo jurídicos, sino económicos, sociales, científicos, etc. En este trabajo precisamente de lo que trata es de la protección ambiental desde la perspectiva jurídica, teniendo en cuenta el carácter multidisciplinario que no debe perder de vista incluso el análisis jurídico cuando se trata del estudio de instituciones de Derecho ambiental.

Volviendo a la citada definición del artículo 2 q) LBGMA, es posible desprender las siguientes relaciones y comentarios:

- *El Estado como destinatario*: Es cierto que constitucionalmente el Estado es destinatario del deber de protección ambiental. En tal sentido, parece claro que la definición es correcta al incluir políticas, planes, programas, normas y acciones, que, aunque no se dice expresamente, son todos instrumentos que emanarán del Estado y sus órganos. Sin embargo, una perspectiva actual de la protección ambiental no puede dejar de considerar el rol que juegan los particulares y la sociedad para alcanzarla. La vigencia del principio de cooperación es manifestación de ello.
- *Objeto*: La definición legal que se comenta, cuenta con un doble objeto: i) Mejora del medio ambiente. La primera finalidad que señala la definición es la de mejorar el medio ambiente. Ello presupone un grado de deterioro del mismo para que tenga lugar una acción de mejora, que puede estar representada, por ejemplo por la reparación de los daños ambientales, o por la fijación de mejores niveles de calidad ambiental, etc. Como el destinatario de la acción es el medio ambiente, ello incluirá no sólo el medio natural, sino el artificial o construido y el sociocultural. ii) Prevención y controlar el deterioro. Dos aspectos plantea esta parte de la definición. Por una parte hace alusión a las acciones de prevención y control, como parte de la protección ambiental. La prevención forma parte del principio precautorio, uno de los pilares del Derecho ambiental. Por su parte, el control del deterioro ambiental entra en relación con las acciones reparatorias que se desprenden de la conservación del patrimonio ambiental y con la puesta en práctica de los instrumentos de gestión ambiental.
- *Finalidad*: La definición legal no señala cuál es la finalidad que tienen las medidas adoptadas –políticas, planes, programas, normas y acciones- que mejoran el medio ambiente y previenen y controlan su deterioro. Dichas acciones no se realizan porque sí y ello porque al menos en el sistema del Derecho Administrativo Ambiental chileno la protección ambiental tiene como finalidad alcanzar la mejor calidad de vida de la población.

## Capítulo Segundo

### Protección Ambiental y Constitución

#### 1. Constitución Ambiental

Por Constitución Ambiental debe entenderse aquel conjunto de disposiciones constitucionales que expresa o implícitamente, por la vía del establecimiento de un derecho, de una restricción, o de un deber estatal, tienen por finalidad la protección ambiental. En el caso del Derecho chileno la protección del medio ambiente, al menos desde la perspectiva constitucional, satisface dichos tres aspectos. En efecto, el artículo 19 N° 8 CPR no se limita al simple reconocimiento de un derecho constitucional al ambiente libre de contaminación, sino que establece expresamente un deber genérico de protección ambiental que debe ser materializado a través de las actividades de los poderes del Estado. Así Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no sólo deben *velar para que el derecho* (a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) *no sea afectado*, sino que su deber de protección se extiende a *tutelar la preservación de la naturaleza* (CPR artículo 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase). A ello se agrega la posibilidad de limitar derechos constitucionales en los términos consagrados en el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR.

Además, a propósito del derecho de propiedad, el artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR al referirse a la función social que debe cumplir este derecho dispone que: *"Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental"*.

Finalmente, el constituyente incluyó dentro del catálogo de derechos constitucionales

que se encuentran amparados por el recurso de protección al derecho establecido en el artículo 19 N° 8 CPR. El artículo 20 inc. 2° CPR dispone que: *“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”*.

La densidad de la normativa constitucional ambiental chilena supera con creces a lo que acontece en el Derecho Constitucional comparado, aquélla establece un derecho constitucional, un deber del Estado y una acción cautelar, sin perjuicio del mínimo de protección ambiental que puede desprenderse de otras disposiciones constitucionales<sup>99</sup>. Ello es demostrativo de la importancia asignada por el constituyente a la cuestión ambiental. Cuál es el grado de protección que constitucionalmente le ha sido reconocido a este bien jurídico, así como el alcance del derecho constitucional sobre el mismo, son algunos de los problemas que se abordarán en este capítulo.

## 2. Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación

Ubicado en el Capítulo III referido a los Derechos y Deberes Constitucionales<sup>100</sup>, el artículo 19 N° 8 CPR ha consagrado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en los términos siguientes:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 8 El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados

<sup>99</sup> Tales como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (art. 19 N° 1); a la protección de la salud (art. 19 N° 9) y el deber genérico de servicialidad del Estado.

<sup>100</sup> A lo largo de este trabajo se utiliza la expresión derecho constitucional y su plural, para hacer referencia a aquellas posiciones jurídicas (o derechos subjetivos) que el artículo 19 CPR reconoce a los habitantes de la República y que son susceptibles de ser opuestos frente al Estado o a otros particulares. Por el contrario, no se utiliza la expresión derecho fundamental y su plural, propia del Derecho constitucional español y que tiene su origen en la expresión *Grundrecht* que utiliza la Ley Fundamental de Bonn, por tratarse de una expresión discutida y extraña a la tradición jurídica chilena. Dicha expresión no había sido utilizada por el texto constitucional chileno hasta su introducción por la reforma constitucional de 2005 en el art. 93 inc. 3° a propósito de la legitimación activa para impugnar la constitucionalidad de los autos acordados ante el TC de las personas que sean parte en un juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado.

derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

El primer antecedente del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra en un memorando de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC)<sup>101</sup> en el que se señaló que uno de los principios en que se debía fundar la futura Constitución era el derecho a la vida de los ciudadanos para lo cual “*sería necesario evitar la contaminación del medio ambiente, estableciendo las normas que conduzcan a tal fin*”. Dicha declaración de intenciones encontró su consagración positiva en el Acta Constitucional N° 3 de 1976, en la que se estableció, por un lado, el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y por otro, impuso al Estado el deber correlativo de velar porque este derecho no sea afectado.

“Tal norma, inédita en la historia constitucional chilena, pasa a la Constitución de 1980<sup>102</sup>, en los términos ya vistos, no obstante lo cual, en el Texto Constitucional definitivo se incorporaron dos diferencias respecto del texto contenido en la citada Acta Constitucional. La primera de ellas a propósito del derecho de propiedad, el artículo 19 N° 24 inc. 2°, 2ª frase CPR, el que establece dentro de la función social que debe cumplir este derecho a la conservación del patrimonio ambiental. En segundo término, en materia de la acción constitucional de protección, en virtud del artículo 20 inc. 2° CPR se extiende esta acción respecto de las acciones que afecten el derecho al medio ambiente libre de contaminación, aunque en términos bastante restrictivos<sup>103</sup>.”

## 2.1 Contenido

Por contenido del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se debe entender la materia incluida en él. Si se determinan la naturaleza y alcance del derecho subjetivo podrá abordarse de mejor modo el problema del ámbito de aplicación del mismo y su deslinde respecto de otros derechos constitucionales. Es claro que el problema se soluciona con la lectura del propio artículo 19 N° 8 CPR, y tal vez

---

<sup>101</sup> Dicha comisión fue creada por el Decreto Supremo N° 1.064 de 25 de octubre de 1973. La CENC sesionó en 417 oportunidades hasta la conclusión final del anteproyecto de Constitución, el cual fue analizado por el Consejo de Estado, finalmente, el proyecto definitivo surgió de las Comisiones legislativas de la Junta de Gobierno. Como se sabe, el proyecto fue aprobado por plebiscito el día 11 de septiembre de 1980.

<sup>102</sup> Como se indicó en CI 5, a partir de la década de los setenta comienza a producirse un reconocimiento expreso de la cuestión ambiental. Por lo general, las fórmulas utilizadas por los constituyentes fueron dos, la de establecer un derecho subjetivo constitucional (tal como se hizo en la CPR) o bien, estableciendo un principio genérico que correspondería a los órganos del Estado cumplir, previo desarrollo legislativo del mismo.

<sup>103</sup> Cfr. Rafael Valenzuela Fuenzalida, El Recurso Constitucional de Protección sobre materia ambiental en Chile, RDUVC, XIII 1989-1990, p. 175 y ss.

por lo mismo constituye una cuestión que extrañamente no ha planteado una discusión demasiado intensa dentro de la doctrina chilena. Sin embargo, conviene detenerse en su análisis dado que de la forma en que se entienda el contenido u objeto-materia del derecho constitucional, se derivarán importantes consecuencias para su protección.

La premisa que debe servir de guía en este análisis proviene de la literalidad de la norma constitucional. El derecho constitucional que en ella se establece es a *vivir* en un medio ambiente libre de contaminación. Es decir, lo que se consagra en el artículo 19 N° 8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado *per se*, sino el derecho a vivir en él. De ello se extrae una conclusión de contenido negativo: no podría, con base en el artículo 19 N° 8 CPR, elevarse una pretensión dirigida a obtener la protección del medio ambiente como tal, sin relación a persona alguna<sup>104</sup>. Por el contrario, el derecho tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son las mujeres y hombres (*todas las personas* dice el artículo 19 en su encabezamiento), son sólo éstos los titulares del derecho<sup>105</sup>.

Los titulares del derecho son los hombres y mujeres, toda vez que se trata de un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Ello quiere decir que sólo estas personas pueden ver vulnerado su derecho, sólo puede sentirse atacado en su derecho quien es titular del mismo<sup>106</sup>. Consecuentemente, las posibilidades de amparo judicial de este derecho requieren como presupuesto que exista una afectación en el derecho de una persona natural, no estando legitimados para recurrir quienes no tienen el derecho, por ejemplo las personas jurídicas, que como tales podrían tener por finalidad la protección del medio ambiente, pero dado que éstas no son titulares del derecho, no podrían esgrimir un derecho subjetivo al medio ambiente libre de contaminación. Evidentemente, podrán recurrir en representación del titular del derecho afectado, pero ello es consecuencia de la aplicación de las normas del Derecho común y no de que sean titulares del derecho subjetivo. Como aplicación de lo dicho, puede citarse la sentencia

<sup>104</sup> Ello no quiere decir que el medio ambiente como tal, carezca de protección jurídica, pero ella viene dada por otros instrumentos, por ejemplo a través del sistema de evaluación del impacto ambiental o la responsabilidad por el daño ambiental.

<sup>105</sup> Interesa desarrollar esta idea, en cuanto, la protección ambiental desde la perspectiva del derecho constitucional del 19 N° 8 inc. 1°, 1ª frase CPR, sólo puede entenderse en relación con las personas y por las personas que en un medio determinado viven y se desarrollan. Dicha disposición no establece una posibilidad de impetrar una protección, al menos por esta vía, del medio ambiente *per se*.

<sup>106</sup> En el mismo sentido, *Andrés Bordaberry Salamanca*, Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente, Ed. Fallos del Mes, Santiago 2004, pp. 103 y 104, señala: "Es de simple comprensión que ciertos derechos de contenido patrimonial como el derecho de propiedad, pueden ser atribuidos tanto a una persona natural como a una persona jurídica. Pero hay otros derechos que sólo los humanos pueden disfrutar, como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la salud, etcétera, y no es concebible que personas jurídicas los disfruten. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho que sólo puede ser disfrutado por personas naturales, puesto que se trata de un derecho a vivir con una relación con el ambiente en términos de calidad o con bienestar."

de 15 de diciembre de 1993 de la Corte de Apelaciones de Concepción (confirmada por la Corte Suprema, sentencia de 4 de enero de 1994). En esta breve sentencia se señala que: "*siendo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación propio de las personas naturales, porque emana de la naturaleza humana, el que deduce el recurso por sí o por medio de un tercero que lo hace en su nombre, además de afectado ha de ser persona natural*". Tal vez lo más importante de la doctrina transcrita sea el origen del derecho en cuestión, este se encuentra en la propia naturaleza humana, es decir, es consustancial a la humanidad, al carácter de hombre y mujer, un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación<sup>107</sup>. Consecuentemente, son dichos hombres y mujeres sus titulares, y sólo ellos quienes pueden ser afectados en el ejercicio del mismo.

Como consecuencia de lo señalado en el párrafo anterior, no procederá la invocación del derecho de forma desvinculada de las personas. Esto es, el derecho no alcanza a la protección de la naturaleza, en cuanto bien jurídico en sí mismo tutelado. Dicho bien jurídico, si bien de acuerdo con el citado artículo 19 N° 8 corresponde al Estado resguardar (*Es deber del Estado... tutelar la preservación de la naturaleza*), será objeto de tutela jurídica, no por ser parte del derecho subjetivo, sino por ser un deber del Estado en materia ambiental. Siempre la invocación deberá ser entendida en relación con el derecho a *vivir* en un medio ambiente libre de contaminación, y no a un medio ambiente sin contaminar aisladamente considerado. El medio ambiente en cuanto tal es un bien jurídico colectivo, sin embargo, para obtener su amparo por la vía del artículo 19 N° 8 CPR, no basta esta titularidad genérica o *erga omnes*, es necesario invocar el derecho subjetivo que efectivamente fue afectado.

## 2.2 Extensión

Las conclusiones expuestas en el numeral anterior deben ser matizadas en el sentido siguiente. Hasta ahora la subjetividad jurídica sólo ha sido reconocida para las personas naturales y jurídicas. Los objetos, los animales y vegetales, en definitiva, los ecosistemas son objetos del Derecho, careciendo de derechos subjetivos *per se*<sup>108</sup>. Por esa razón la forma de proteger constitucionalmente el objeto de derecho llamado *medio ambiente* es adscribiéndolo a un derecho subjetivo constitucional que lo asume como parte de su

---

<sup>107</sup> Esta cuestión no es indiferente, ya que el artículo 5 inc. 2° CPR considera como uno de los límites al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con lo que si el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación goza de tal carácter, su respeto comportará una limitación directa y reforzada a la actuación de los poderes públicos.

<sup>108</sup> Sin perjuicio de ello, debe reconocerse que existe una tendencia doctrinaria que está por reconocer derechos subjetivos a algunos, hasta ahora, objetos de Derecho, como por ejemplo, los animales. Sobre este tema se puede ver, Cfr. *Santiago Muñoz Machado y otros*, *Los Animales y el Derecho*, op. cit.



contenido propio. Consecuentemente, la extensión de la tutela del contenido u objeto, es decir, la tutela del bien jurídico protegido medio ambiente, que otorga este derecho, dependerá de dos elementos:

- En primer término de lo que se entienda por “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación; y
- Además por los elementos que se integren en el concepto de medio ambiente.

### 2.2.1 Perspectiva restrictiva

Una perspectiva restrictiva de la extensión del contenido del derecho, determinará que el objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende sólo el entorno más inmediato del individuo titular del mismo, toda vez que como lo que se establece es el derecho a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación se trata de una particularización del derecho a la vida consagrado en el artículo 19 N° 1° del texto constitucional chileno<sup>109</sup>. No resulta difícil llegar a este resultado, ya que si en lo que consiste este derecho es en “vivir” en un ambiente incontaminado, lógico es que la primera asociación se realice con el derecho a la vida. Juega en su favor, un argumento histórico, en cuanto, en las actas de la CENC se señaló que una de las formas de asegurar el derecho a la vida, sería evitando la contaminación ambiental.

El problema de una perspectiva restrictiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, radica en que puede llevar a privar de virtualidad jurídica a dicho derecho. Y ello porque, como se verá, las esferas de protección que otorgaría el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación coincidirían con esferas ya protegidas por otros derechos constitucionales, por ejemplo el propio derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 CPR).

Así las cosas, la primera tarea que se debe enfrentar es la de distinguir, si es que ello es posible, entre el derecho a la vida del artículo 19 N° 1 CPR y el derecho a vivir en un

<sup>109</sup> Eduardo Soto Kloss, en un “Comentario” a la Sentencia de 22 de junio de 1992 de la CA de Copiapó (Callejas Molina y otro con Compañía Minera del Pacífico S.A.), Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX p. 354 y ss., “La contaminación de que se trata de proteger al hombre por el artículo 19 N° 8 y por el 20 [Constitución Política] ha de significarle al ser humano, es decir, a la persona, un menoscabo o agravio en su naturaleza humana, sea en su corporeidad/ integridad física, sea en su constitutivo psicológico/ integridad síquica, de allí que “su ambiente” es el que ha de ser afectado, en el que vive y desarrolla sus actividades, ya lugar de trabajo o bien de descanso, esparcimiento o recreación”. El mismo autor reitera su opinión en El Derecho Fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: su contenido esencial, Revista Gaceta Jurídica N° 151 enero de 1993 p. 22 y ss.

medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 CPR). A partir de allí podrá concluirse si éste último goza de un ámbito propio de aplicación, no cubierto por una interpretación amplia del primero.

El artículo 19 N° 1 inc. 1° CPR establece dos derechos fácilmente distinguibles cuando consagra:

*"El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona".*

El derecho a la vida es presupuesto para la vigencia de los demás derechos y garantías constitucionales de la persona. Aunque sea evidente decirlo, hay que partir de la base que sin existencia humana es lógicamente impensable que puedan concurrir otros derechos subjetivos. El derecho a la vida es uno de aquellos derechos esenciales que emanan de la persona humana y que limitan el ejercicio de la soberanía y a cuyo respeto y promoción están obligados los órganos del Estado (artículo 5 inc. 2° CPR). El derecho a la vida es la base de todo el edificio jurídico, ya que en él se asienta la subjetividad jurídica de la persona. Sobre el soporte de este derecho se van articulando los demás derechos, en primer lugar aquellos considerados esenciales que emanan de la naturaleza humana, luego los demás derechos constitucionales y derechos subjetivos. La justificación de este derecho es tan obvia que hasta hace poco no se había ni siquiera incluido entre ellos<sup>110</sup>. Y todo ello porque al decir "vida" importa decir persona o ser humano, ya que resulta imposible distinguir entre el derecho y el sujeto titular del mismo, por el hecho de ser persona se tiene derecho a la vida, pero sin vida no existe persona humana<sup>111</sup>.

Directamente relacionado al derecho a la vida, aunque no por ello pierde su autonomía, se encuentra el derecho a la integridad física y psíquica. En virtud de éste toda persona tiene el derecho a no ser objeto de cualquier tipo de violencia física, con lo que no podrá recibir ni torturas, ni tratos inhumanos o degradantes por parte del Estado o sus organismos, ni por parte de persona alguna. La integridad psíquica de la persona importa que esta no sea objeto de tortura psicológica o de tratos que anímicamente le puedan representar un trato inhumano o degradante desde la perspectiva mental.

---

<sup>110</sup> Jorge De Esteban y Pedro J. González-Trevijano, Curso de Derecho Constitucional Español, Torno II, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid 1993, p. 28, al respecto agregan que: *"fueron los textos internacionales en donde primero se reconoció el derecho a la vida, tras la hecatombe que significó la Segunda Guerra Mundial. De esta forma se reconoce por vez primera en el artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948..."* En el mismo sentido, Bodo Pierrat y Bernhard Schlink, Grundrechte Staatslehre II, Ed. CF. Müller, 18ª edición, Heidelberg, 2002, pp. 90-92.

<sup>111</sup> Precisamente, una de las acepciones que le otorga el Diccionario de la Real Academia a "Vida" es la de persona o ser humano.

- *Relación entre los derechos.* Frente a este breve planteamiento, es posible preguntarse acerca de la relación existente entre el derecho a “vivir” en un medio ambiente incontaminado y el derecho a la “vida”. En el fondo, hablar de derecho a la vida, así a secas (si se permite la expresión), como sustantivo (objeto) sin adjetivos calificativos, importa el derecho a la humanidad, a ser persona humana, por eso el inc. 2º del mismo artículo 19 N° 1 CPR señala que “*la ley protege la vida del que está por nacer*”, dada la potencialidad que tiene el *nasciturus* de convertirse en ser humano. En cambio, cuando se dice que se tiene un derecho “a vivir”, se está aludiendo a unas determinadas condiciones, que se agregan a esa condición de “vida” o de persona humana que se detenta. Por lo tanto, cuando el constituyente dice derecho “a vivir”, se está refiriendo a la vida o humanidad en movimiento, a que tenga esa existencia con unas determinadas condiciones o sustancias que le confieren una cualidad. Por ello podrá ser una vida digna, libre, saludable, educada, en un medio ambiente incontaminado, etc.

Todo esto conduce a la conclusión de que la expresión “vivir” que utiliza el artículo 19 N° 8 CPR, aporta un elemento nuevo al sujeto de derecho persona humana, o lo que es lo mismo, a la “vida”. Porque decir que se tiene derecho a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación no puede ser igual a decir que se tiene derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Evidentemente, todos los derechos surgen, se asientan y hallan su presupuesto en la vida, pero ninguno de ellos dice que se tiene derecho a la vida libre o a la vida saludable, o a la vida educada, ya que es obvio que en todos ellos está subyacente que lo primero que debe haber para que exista el derecho es que haya vida, es decir, una persona humana. Aquí se encuentra una nota distintiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no se trata de una existencia humana estática, sino “en movimiento”.

Lo importante, entonces, será poder decir cómo, en virtud del catálogo de derechos, debe ser esa vida, cuál es la cualidad que se le aporta a esa vida humana en virtud de la vigencia de los derechos constitucionales. Cada uno de los derechos irá aportando una cualidad a ese derecho a la vida, así por ejemplo el derecho a la salud, le garantizará la posibilidad de acceso a la cualidad de ser una vida saludable. El derecho a la libertad otorga el libre albedrío, el derecho a la educación la transforma en que sea una vida culta, etc. ¿Qué le otorga el 19 N° 8 CPR? Literalmente, le da la particularidad de que sea una vida o existencia humana con unas condiciones y cualidades que sólo pueden obtenerse si ésta se desarrolla o se pone en movimiento en un medio ambiente libre de contaminación. Y aquí entra esta nueva nota distintiva, el artículo 19 N° 8 CPR consagra un derecho a “vivir”, es decir, a que el ser humano pueda desarrollarse, a desplegar sus potencialidades, en un entorno con unas determinadas cualidades.

En resumen, la “vida”, sin calificativos, significa simple existencia humana, las meras constantes vitales, pero ella puede o no ser digna, puede o no ser libre. En cambio, “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación significa existencia humana en movimiento, desplegando sus potencialidades, pero además se trata de un “vivir”, de una vida o existencia en movimiento, en un entorno propicio para ello, que según el artículo 19 N° 8 inc. 1° CPR será aquél que se encuentra libre de contaminación<sup>112</sup>.

Adelantando conceptos, hay que agregar que dicha cualidad que comporta un medio ambiente libre de contaminación se refiere a que esa vida que se desarrolla, esa existencia humana, sea cualitativamente buena desde la perspectiva de los niveles ambientales. Es decir, el 19 N° 8 inc. 1° CPR permite que la persona humana pueda desarrollarse con unos determinados recursos o medios de subsistencia, en definitiva “vivir”, en unas ciertas condiciones las cuales son otorgadas por ese objeto que se llama medio ambiente libre de contaminación.

- **Resultado intermedio.** Sostener una concepción restrictiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comporta, en la práctica, una pérdida de eficacia de tal derecho por la operatividad de otros derechos constitucionales específicos que actuarán en la esfera jurídica inmediata del individuo, e incluso, algunos de ellos, con mecanismos de tutela menos restrictivos que los establecidos para el propio artículo 19 N° 8 CPR. Vivir en un medio ambiente libre de contaminación significa existencia o persona humana en movimiento, desarrollándose en un entorno o ambiente con una cualidad bien definida, es decir, libre de contaminación.

Esta es la conclusión a la que se debe llegar si se parte de la base de que toda interpretación constitucional debe lograr la debida armonización entre los diversos preceptos que en principio puedan entrar en conflicto dentro de la propia Constitución, intentando no llegar a soslayar ninguno de ellos<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> *Albin Eser*, Derecho Ecológico, en Revista de Derecho Público (España), N°s 100-101, julio-diciembre 1985 p. 617, fundamentando la importancia de los bienes ambientales, incluso, para la propia existencia humana, en una frase que resume todo el planteamiento sostenido, señala que: “no sólo, pues, que se viva, sino también cómo se vive debe ser fundamentalmente la meta de todo ordenamiento jurídico”.

<sup>113</sup> *Francisco Rubio Llorente*, El principio de legalidad, REDC N° 39 septiembre-diciembre de 1993, p. 11, agrega que: “La labor interpretativa ha de partir siempre, en efecto, de la hipótesis del legislador no redundante, de la idea de que el enunciado normativo no es una vaciedad inútil, sino una proposición que por sí sola crea Derecho”.

### 2.2.2 Perspectiva amplia

Una perspectiva que podría denominarse como “ecologista”, no sólo rechaza una asimilación del derecho al medio ambiente incontaminado con el derecho a la vida, sino que además considera al derecho objeto de este estudio, de forma mucho más amplia, toda vez que su punto de partida está en el concepto mismo de medio ambiente, el cual se fracciona en un sinnúmero de elementos concatenados conformadores de un sistema. Esta amplitud debe ser apreciada desde una doble perspectiva.

- *Medio ambiente como ecosistema.* La primera de ellas encuentra su punto de partida en el carácter sistémico y complejo que el entorno comporta, la vinculación de los distintos sistemas y subsistemas ecológicos lleva a entender que en la biosfera todos los ecosistemas se encuentran relacionados. Desde una perspectiva práctica, por ejemplo la deforestación de una región determinada (por ejemplo el Amazonas) no sólo produce efectos directos en esa zona (sea por la desertificación o erosión de los suelos, o la falta de lluvias o el empeoramiento de la calidad del aire) sino también a nivel suprarregional, nacional, e incluso internacional, producirá efectos contaminantes o degradantes, dado que contribuirá, entre otros efectos, al aumento de la temperatura global y en definitiva será una de las causas del llamado efecto invernadero (*greenhouse effect*). Y ello porque desde un punto de vista ecológico cualquier alteración del medio tiene consecuencias que, en una mayor o menor intensidad, tendrán repercusión a nivel planetario y en definitiva afectarán al derecho a un medio ambiente libre de contaminación.
- *Elementos que integran al medio ambiente.* La segunda perspectiva que se debe considerar, para entender esta concepción amplia del medio ambiente y en definitiva del Derecho ambiental en general, dice relación con el conjunto de aspectos o materias que pueden ser alcanzados por el mismo. En efecto, el medio ambiente como relación sistémica que es, se desgrana en una multitud de elementos que ya son objeto de regulación particular por otras ramas del Derecho. No sólo los elementos que comprende el entorno se ven afectados por las regulaciones sectoriales, sino también la mayor parte de las actividades económicas, dada la repercusión ambiental que éstas puedan tener. Ello trae como consecuencia que el radio de acción del derecho a un medio ambiente incontaminado se amplíe indefinidamente, ya que toda actividad tendrá una relación más o menos cercana con el entorno.

En resumen, una visión ecologista o amplia acerca de la extensión del medio ambiente o de sistema omnicompreensivo no resulta de fácil inserción en un ordenamiento jurídico con vocación nacional. Sobre todo cuando se trata del reconocimiento de derechos de la llamada tercera generación o sociales, cuyo carácter de derechos constitucionales o fundamentales aún no está claro en el Derecho comparado, y

cuyos mecanismos de tutela difieren de un ordenamiento a otro<sup>114</sup>. Y es que en el fondo, resulta tan contraproducente para una efectiva protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, tanto la anterior perspectiva restrictiva, como la llamada perspectiva ecológica. Y ello porque expandir tanto el área de influencia del derecho, basado en los elementos en que se fragmenta el medio ambiente, equivale a decir que medio ambiente es todo, pero también nada, dada la imposibilidad de particularizarlo en elementos concretos que permitan articular los mecanismos de protección jurídica existentes.

### *2.2.3 Perspectiva ecléctica: Entorno Adyacente*

Es por las razones ya comentadas que en el actual estado de desarrollo del Derecho ambiental chileno la respuesta más acorde a la extensión del objeto sobre el que se ejerce este derecho debe ser la perspectiva intermedia. No puede tratarse de un derecho tan restrictivo que se llegue a confundir con otros derechos, haciendo perder toda operatividad propia a un derecho, con carácter autónomo, al medio ambiente libre de contaminación. Pero tampoco puede ser considerado tan ampliamente que haga que su protección sea ilusoria, dada la imposibilidad de articular mecanismos de protección sobre aspectos no relacionados realmente con el medio ambiente en que viven las personas o relacionados de manera muy lejana.

Esta conclusión abstracta, seguramente no satisfaga todos los casos que en la realidad mutable se vayan planteando, pero sí está claro que el entorno, el medio ambiente, a que se refiere el artículo 19 N° 8 de la CPR es algo más que lo inmediato que rodea al individuo, es un derecho constitucional que tiene una eficacia jurídica propia y distinta de los demás derechos constitucionales. Pero limitado, sin llegar a extenderse a aspectos más distantes cuya incidencia en el derecho a un medio ambiente libre de contaminación es indirecta o casi imperceptible<sup>115</sup>.

Como solución a este problema se propone la idea de un medio ambiente vinculado o

---

<sup>114</sup> Sin ir más lejos, en el Derecho comparado, el artículo 53.2 CE no otorga el recurso de amparo al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado contenido en el artículo 45 CE. Por el contrario, en el Derecho chileno, la CPR en el artículo 20 inc. 2° concede el recurso de protección respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

<sup>115</sup> Debe recordarse que en este trabajo se analiza el medio ambiente de las personas, necesario para que puedan desarrollarse con una buena calidad de vida. Es precisamente esa vinculación a la persona humana la que impide sostener una visión omnicompreensiva del objeto de este derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de la protección ambiental como tal, es decir, la actividad que impone al Estado un deber de cuidado del entorno, no podrá considerarse el ambiente, sino desde una perspectiva sistémica, tal como lo señala el artículo 2 II) LBGMA.

relacionado al ser humano que resulta necesario para que éste desarrolle sus potencialidades. Por tal debe entenderse aquella porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, la cual no se reduce a su residencia ni lugar en que desarrolla sus actividades, no sólo es su entorno inmediato necesario para la vida. Sino también el "*entorno adyacente*", que es el lugar necesario para que el individuo se desarrolle, es decir, el espacio que él necesita para poder desplegar sus capacidades, en definitiva el entorno relacionado al individuo, necesario para alcanzar la mayor realización espiritual y material posible que asegura el artículo 1 inc. 4° CPR. Dicho entorno adyacente influye directa o indirectamente de forma previsible en esa esfera más próxima que está representada por su domicilio y lugar de trabajo, la cual viene protegida por otros derechos distintos del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por ejemplo los derechos a la vida, la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, de propiedad, a la salud, etc.

Si se pone por caso, por ejemplo, que la fuente de contaminación se está produciendo en una zona determinada en que es previsible que directa o indirectamente se extienda a otras áreas, de forma inmediata o mediata, parece ser que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en tal situación debería operar autónomamente, amparando también a esas otras áreas. Por lo tanto, si está más o menos claro, de acuerdo a los conocimientos científicos correspondientes, que la fuente de contaminación afecta el entorno adyacente del individuo, el derecho al medio ambiente incontaminado será invocable en protección de ese medio en que efectivamente se está produciendo la contaminación. Por el contrario, por muy grave que sea la contaminación o daño que se esté produciendo, si no existe una posibilidad relativamente cierta de que se afectará esta esfera más amplia representada por el entorno adyacente, no podrá esgrimirse el derecho del artículo 19 N° 8 CPR. Por ejemplo la contaminación de un río a raíz de una actividad industrial ubicada en el extremo sur del país. Los habitantes de las ciudades aledañas a su cauce, así como los agricultores que aprovechan sus aguas verán afectado su derecho a vivir en un medio ambiente incontaminado, ya que incidirá de forma más que previsible en esas posibilidades de realización espiritual y material que exceden a la esfera más inmediata de derechos del individuo (por ejemplo imposibilidad de pasear, de nadar, de pescar, de contemplar el paisaje, de descansar, etc). Sin embargo, sería difícil imaginar que un habitante del centro o sur, en un país que tiene más de 4.000 km. de largo, viera afectado directamente su derecho, toda vez que dada la lejanía de su entorno adyacente, faltaría un elemento de relación con la afectación que se está produciendo.

#### 2.2.4 Delimitación del entorno adyacente

El objeto del derecho a vivir un medio ambiente incontaminado debe ser entendido

desde una perspectiva antropocéntrica, y circunscrito al señalado entorno adyacente del titular del derecho. Esta idea abstracta de *entorno adyacente*, puede ser delimitada positiva y negativamente.

- *Delimitación positiva.* En cuanto el entorno adyacente corresponde a una esfera de intereses que excede a lo que inmediatamente está en relación con el ser humano, esto es su domicilio, lugares de trabajo y recreo. Es algo más que dicha esfera directamente relacionada con la persona, que ya ha sido protegida por otros derechos. Porque está claro que el derecho que la CPR garantiza a las personas es a desarrollarse en un entorno incontaminado o, lo que es lo mismo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y como tal debe comprender algo que es diferenciable de los demás derechos directamente vinculados a la persona, como lo son los derechos a la integridad, propiedad, salud, etc.
- *Delimitación negativa.* Se encuentra limitado de forma negativa por el elemento de la potencial relación de la afectación. En cuanto ésta debe caer dentro de las previsiones normales de afectación del derecho, aplicando las metodologías de las ciencias ambientales. Es decir, que bajo circunstancias habituales frente a un hecho determinado pueda esperarse racionalmente que ocurrirá una afectación de ese entorno adyacente que queda incluido dentro del objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Lo que quede fuera de esa relación, aquel medio ambiente más lejano, no estará amparado dentro de ésta noción de entorno adyacente.

En definitiva, entorno adyacente es el concepto en que se traduce el medio ambiente a que se refiere el artículo 19 N° 8 CPR, puesto que es esa porción o esfera en la que el ser humano actual o potencialmente necesita para el desarrollo y logro de la mayor realización espiritual y material, a que se refiere el artículo 1 inc. 4° CPR. Se trata de una noción más amplia o más lejana que la representada por los lugares de residencia, trabajo o recreo, las cuales, al tratarse de esferas más cercanas, ya estarán protegidas por otros derechos (vida, libertad, intimidad, propiedad). Y será tan amplio como sea previsible una afectación al mismo.

### 2.2.5 Entorno adyacente en la práctica

Si se produce un vertido tóxico en un lago y este se ve gravemente contaminado quienes utilizaban sus aguas para beber no necesitarán esgrimir su derecho a un medio ambiente libre de contaminación para proteger su interés, les basta con el derecho a la vida y a la integridad física, que serán los derechos principal y directamente afectados. Aquellos que desarrollaban una actividad piscícola en el mismo, podrán esgrimir su derecho de propiedad o el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, no necesitarán del



19 N° 8 CPR. Por el contrario, el ciudadano que realizaba pesca recreativa en el río que era afluente del lago, o que tenía por costumbre pasear por las márgenes de dicho río o fotografiar las aves que se alimentaban de sus peces, no podría esgrimir más derecho que el del 19 N° 8 CPR. Y ello porque la afectación no se produce en su esfera más inmediata, sino que en aquella más lejana representada por lo que se propone denominar como entorno adyacente, el cual le resultaba útil y grato para el desarrollo de su personalidad. Porque es bastante previsible que al morir el ecosistema lacustre (lago) también se vea afectado el ecosistema fluvial (río). Por lo que la calidad de vida de este ciudadano disminuiría de forma considerable al no contar con ese espacio que le venía garantizado por su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sin embargo, no es previsible que se afectara por el hecho contaminante el derecho de un ciudadano cuyas actividades las desarrollaba en un río que no tenía la calidad de afluente del lago contaminado, ya que respecto de éste último, al producirse la afectación fuera de su entorno adyacente, carecería de legitimación para reclamar la afectación, dado que estas esferas tan lejanas no quedarán comprendidas dentro del objeto del derecho del artículo 19 N° 8 CPR.

Es posible encontrar alguna jurisprudencia que puede servir de apoyo para reafirmar la idea de que lo que se ampara por el artículo 19 N° 8 es sólo un entorno adyacente. En el asunto Albornoza c/ Sociedad Maderera de Aysén, resuelto por la Corte de Apelaciones (CA) de Coyhaique de 28 de diciembre de 1992 (confirmada por la Corte Suprema (CS) el 19 de enero de 1993), en la cual se contienen implícitamente el concepto de previsibilidad en la afectación al derecho al medio ambiente libre de contaminación como presupuestos para admitir la tutela del mismo. Se señala al respecto que: *"procede desestimar la alegación de la recurrente de que el hecho denunciado vulnera su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, puesto que no cabe suponer que la mera corta de cierta cantidad de árboles de un bosque contamine -por sí solo- un medio ambiente determinado y, porque en el supuesto que así fuera, tampoco podría prosperar tal alegación, toda vez que el derecho a recurrir de protección solamente lo tiene quien es directamente afectado por el hecho de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución Política, calidad que no tienen los recurrentes quienes según sus propias declaraciones viven en San Bernardo y no podrían ser afectados con una eventual contaminación del medio ambiente ocurrida en la región de Aysén distante más de mil kilómetros de la Región Metropolitana".*

A partir de la doctrina jurisprudencial, es posible deducir el señalado elemento. En primer término no es previsible que se produzca contaminación y en definitiva afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de ella cuando el hecho causal es la mera corta de unos árboles [cuya cantidad aparece indeterminada]. Es decir, y aunque el razonamiento del Tribunal no lo diga, si parece estar subyacente la idea de que no

\*  
c

toda acción puede ser constitutiva de vulneración al derecho al medio ambiente libre de contaminación, sino aquellas de carácter más trascendente. En el caso en cuestión, si a la corta sucedía una reforestación, hubiere sido difícil afirmar que se estaba contaminando (léase dañando). En segundo término, y esto es lo que más interesa destacar de la cita, dado que el derecho es a “vivir”, o a desarrollarse en un medio ambiente libre de contaminación, aunque el hecho causal sea efectivamente contaminante, considerando “contaminación” en sentido amplio<sup>116</sup>, no era previsible que dicho acto (tala de árboles) afectara el entorno adyacente de los recurrentes, ya que estos tenían su residencia y vivían a más de mil kilómetros del lugar de los hechos. Y es que, tal como dice la Corte de Apelaciones de Coyhaique, los recurrentes no eran directamente afectados en su derecho, por tanto no podían esgrimirlo para repeler el hecho. No tenían dicha calidad porque su residencia estaba a muchos kilómetros del lugar de los hechos objeto de la acción de protección y, lógicamente, su entorno adyacente no llegaba hasta tan lejos. Finalmente, el recurso de protección fue acogido por la vulneración al derecho de propiedad de los recurrentes. Ello confirma que esa esfera de intereses inmediata de los recurrentes, en este caso la constituida por su patrimonio, sí había sido afectada por el hecho causal, estando ésta protegida por el derecho de propiedad.

## 2.2.6 Conclusión

El objeto definitivo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es difícil de particularizar en tales o cuales componentes. Se trata de una noción susceptible de irse ampliando o restringiendo en la medida que sea o no previsible que ese entorno adyacente pueda ser afectado, y en la medida en que las ciencias ambientales determinen una correlación directa entre dos o más ecosistemas. Y ello porque si bajo ciertas circunstancias un hecho no afectaría previsiblemente al medio ambiente, bajo otros supuestos extraordinarios sí los afectará. Asimismo, actividades o elementos considerados hoy en día como inocuos pueden, por el avance de la ciencia, resultar ser los causantes de afectaciones que hasta la fecha eran consideradas como naturales.

A pesar de que esta idea de *entorno adyacente* constituye una noción que se propone para resolver el problema del objeto del derecho consagrado en el artículo 19 N° 8 CPR, y que por tanto, puede o incluso debe ser objeto de crítica. Debe afirmarse que ésta, resulta ser una interpretación aceptable e incluso que produce mayores efectos que aquella que caracteriza el derecho del artículo 19 N° 8 CPR como una simple manifestación especial del derecho a la vida y aquella que amplía tanto el objeto, hasta privar de operatividad

---

<sup>116</sup> Debe tenerse en cuenta que la sentencia citada es anterior a la LBGMA, por lo que los conceptos de daño ambiental y contaminación todavía no estaban claramente diferenciados.

a los mecanismos previstos para la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

### 2.3 Elementos

Bajo este acápite se intenta determinar lo que implica o lo que comprende el medio ambiente sobre el cual se ejerce este derecho. Esta es una cuestión capital si se considera que la delimitación del contenido del derecho determinará en definitiva la extensión de las posibilidades de tutela del mismo<sup>117</sup>.

La definición legal de medio ambiente sirve como una primera aproximación al problema. Como se recordará, la LBGMA en su artículo 2 letra II), define al Medio Ambiente como: *"El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"* (CI. 6.1).

La definición de medio ambiente que entrega el legislador chileno, tiene trascendencia no sólo por el rango de la norma en que se contiene, sino también porque según lo previsto en el artículo 1 de la misma LBGMA, el contenido del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se regulará por las disposiciones de la propia ley<sup>118</sup>. Consecuentemente, deberá concluirse que esta definición legal determina lo que debe entenderse por medio ambiente a efectos de lo dispuesto en el artículo 19 N° 8 CPR.

Desde la perspectiva práctica la determinación de los elementos del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tendrá una gran importancia para definir los casos en que procedan las vías administrativas y judiciales para su amparo. Así por ejemplo un vecino del Cerro Concepción de Valparaíso podrá interponer un recurso de protección, al considerar afectado su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, con la aprobación de una modificación en el plan regulador comunal que admite la edificación en altura en el sector del paseo Atkinson, del mismo sector, que hasta la fecha tenía el carácter de zona típica y por el cual el recurrente acostumbraba a pasear.

<sup>117</sup> Jorge Bermúdez Soto, Grundlage des chilenischen Umweltrechts, in Verfassung und Recht in Übersee, 4° Quartal 2002, pp. 513-531.

<sup>118</sup> El artículo 1 LBGMA dispone que: *"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia"* (Ver CI. 4.4.1).

El éxito de la acción intentada dependerá no sólo de la legalidad del acto administrativo recurrido, sino también de la determinación del contenido del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Si es entendido medio ambiente como entorno o medio natural, o relativo sólo a elementos naturales (aire, agua, suelo, flora, fauna), evidentemente la acción sería desechada. Por el contrario, si dentro de los elementos que conforman el medio ambiente se consideran también los elementos artificiales y socioculturales, la acción sería procedente respecto de este tipo de casos.

Entrando en el análisis de la definición legal<sup>119</sup>, resulta de interés aclarar la extensión que da el legislador al concepto de medio ambiente toda vez que, como se ha dicho, ello determinará en definitiva los diversos ámbitos sobre los que el derecho se puede ejercer por parte de sus titulares y las posibilidades de protección del mismo.

De acuerdo con la disposición citada, el medio ambiente no sólo incluye aquello que podría denominarse como medio natural, que sólo comprende los elementos naturales (físicos, químicos o biológicos), sino que además incluye elementos artificiales y elementos de carácter sociocultural. Ello quiere decir que el entorno que importa a efectos de este derecho no sólo es el comprendido por los ecosistemas de carácter natural y las interacciones que se producen entre estos, sino que también queda bajo su amparo el medio artificial y sociocultural creado por el ser humano, es decir, las ciudades, áreas urbanas y, en definitiva, todas las obras del hombre, como por ejemplo, las que componen el patrimonio histórico.

Se ha señalado que el concepto de medio ambiente era difícilmente particularizable en elementos determinados. Y ahora el legislador señala cuáles son esos elementos. Lo que parece ser una respuesta legal que viene a rebatir dicha afirmación debe ser matizada en el sentido siguiente. La definición legal de medio ambiente si bien señala tipos de elementos que lo conforma (físicos, químicos, biológicos, etc.), no señala concretamente ningún elemento. Por el contrario, cada uno de los componentes que señala deben ser llenados por elementos concretos particulares, por ejemplo flora y fauna serán elementos del tipo biológico, o bienes del patrimonio histórico y arqueológico quedarán dentro de los de tipo artificial o sociocultural, etc.

A partir de la definición del contenido de medio ambiente en el artículo 2 letra II) LBGMA, es posible destacar algunos aspectos, que permitirán aclarar la relación entre el objeto del derecho constitucional (entorno adyacente) y los elementos del mismo.

---

<sup>119</sup> El análisis que se efectúa arriba debe ser complementado con lo señalado en Cl. 6.1.

### 2.3.1 Perspectiva amplia

La perspectiva que utiliza el legislador chileno es amplia, dado que aparte de los elementos naturales incorpora los de carácter artificial y sociocultural. En consecuencia, el objeto del derecho no se limita al medio natural, sino que este se extiende al entorno construido e incluso a elementos intangibles como los socioculturales. Esta conclusión reafirma la idea propuesta de entorno adyacente, como concepto delimitador de lo que medio ambiente implica en cada caso particular. Ello porque es claro que el medio ambiente, el entorno, se desgrana en determinados elementos, lo importante es ver hasta dónde llegan estos elementos. Por ejemplo, la contaminación de las aguas, para el titular del derecho del 19 N° 8 CPR, ¿hasta qué punto puede tener un interés jurídico en que ella no se produzca?, esa respuesta no la da la mera enumeración legal de cosas que comprende el medio ambiente, esa respuesta sólo será posible si se recurre a criterios dogmáticos que sirvan para la fijación del objeto del derecho, tales como el, ya aludido, de entorno adyacente.

### 2.3.2 Perspectiva sistémica

La definición legal utiliza la noción de “*sistema global*” para referirse al medio ambiente. Y es que el medio ambiente, medio o entorno (*Umwelt, environment*) es el lugar en que se producen las distintas interacciones de los subsistemas que lo componen. La suma de todos constituye un bien jurídico mayor que sus partes denominado medio ambiente o entorno. La idea anterior debe ser relacionada con el objeto del derecho a vivir en un medio incontaminado. Si tal derecho es a vivir en un medio ambiente, y si su contenido, es decir, el medio ambiente constituye un sistema global, que debe tener una cualidad que es la de estar libre de contaminación, dado que el contenido del derecho es tan amplio, el objeto del mismo, es decir, el derecho a vivir en él, no puede reducirse tan drásticamente que sólo comprenda pequeñas parcialidades del mismo como lo serían aquellas fracciones del entorno relacionadas directamente con el individuo, especialmente vida y propiedad. Y ello porque tal reducción atentaría contra la idea misma de sistema global, que *per se* implica algo que supera lo meramente inmediato al ser humano. El problema es hasta dónde llega este sistema, porque el sistema global por excelencia es el sistema total que conforma el planeta. Aquí entra el segundo elemento que delimita negativamente al entorno adyacente y al que ya se hizo alusión: la relacionabilidad y previsibilidad de la afectación. Ya que por mucho que toda afectación al medio ambiente influya mediata o inmediatamente en el sistema global, sólo podrá comprenderse aquella que quede dentro de lo que previsiblemente pueda afectar al entorno adyacente del individuo, que es el verdaderamente protegido por el artículo 19 N° 8 CPR.

### 2.3.3 Perspectiva determinista

Los elementos que integran al medio ambiente tienen una característica distintiva, se trata de elementos por cuya interacción o modificación se *rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*. Una de las manifestaciones de la vida es la vida humana, sobre ella, evidentemente, también influye el medio ambiente. Y esto una vez más confirma lo que insistentemente se ha venido diciendo y es que como el derecho constitucional que consagra el 19 N° 8 CPR es a *vivir*, es decir, existencia humana en movimiento, de lo que se trata es de que los hombres y mujeres puedan desplegar actual o potencialmente todas sus capacidades, para ello necesitan de este entorno adyacente que les garantice el derecho en comento. No sólo es el entorno inmediato el que determina y condiciona a la vida humana, también lo hace en igual o mayor medida el entorno adyacente. Es por ello que el medio ambiente garantizado en el artículo 19 N° 8 inc. 1° CPR es mucho más que el lugar específico de residencia o trabajo. Es, por el contrario, todo ese entorno de extensión variable que *determina* que esa vida se desarrolle y sea de calidad.

### 2.3.4 Perspectiva dual: derecho-deber

El derecho en cuestión implica una facultad de aprovechamiento o disfrute de aquello que comprende el medio ambiente. Se trata de un derecho muy peculiar, en cuanto tal aprovechamiento o disfrute es de todos, es decir, de todas las personas, sin posibilidad de excluir de él a ningún individuo. Pero además con la contrapartida del deber de conservación del mismo, puesto que esa es la única forma de garantizar que este derecho de disfrute pueda seguir siendo detentado efectivamente por el mayor número de personas posibles. Toda acción de defensa del medio ambiente, es decir, su protección y conservación, encuentra como antagonista al propio hombre, causante de las mayores lesiones ambientales, pero también es éste el sujeto beneficiario. Ello justifica, en definitiva, lo que con acierto se le haya denominado como un *derecho-deber*. Por tal razón es que respecto de tal derecho no concurren las facultades de disposición material que podrían darse respecto de otros derechos subjetivos como el de propiedad<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Fernando López Ramón, Derechos Fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente, Revista Española de Derecho Administrativo N° 95 Julio/ Septiembre de 1997. p. 358 señala: "si alguien lesiona el derecho de otro al medio ambiente adecuado, incumpliendo el deber de conservarlo, el segundo tendrá acción judicial, según los casos, para evitar la lesión, ante el peligro de su producción (principio de prevención), o para suprimirla, si ya se ha consumado, comprendiendo incluso la reparación de los daños causados (principio de corrección)".

## 2.4 Finalidad

La finalidad del derecho, esto es, lo que en virtud de él se persigue, es que la vida humana pueda desarrollarse en un medio ambiente *libre de contaminación*. Una interpretación literal del texto constitucional lleva a concluir forzosamente que la ausencia de contaminación en cuanto finalidad del derecho es contradictoria y utópica<sup>121</sup>. Esta afirmación tan tajante se explica en cuanto es imposible en la práctica que un individuo se encuentre con un medio incontaminado, sobre todo si se trata de medio en el que los hombres y mujeres viven. Y ello porque donde alcanza la mano del hombre, llega la degradación del medio. La cuestión es ¿qué tan contaminado se encuentra ese entorno?, ¿qué grado de contaminación es tolerable sin vulnerar la vigencia de este derecho? Y además es utópico, en cuanto hoy en día la cuestión ambiental no se plantea en la dicotomía medio contaminado frente a uno incontaminado, ya que es imposible aspirar a una contaminación “cero”.

Nuevamente ha sido el legislador de la LBGMA el que ha venido a fijar el alcance de la finalidad señalada en el texto constitucional, definiendo lo que se debe entender por medio ambiente libre de contaminación, al respecto dispone en su artículo 2 letra m) que es: *“aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”*.

Por tanto, el legislador entiende que medio ambiente incontaminado no es aquél en que la contaminación es inexistente, sino aquél en que la contaminación se mantiene a niveles aceptables. O lo que es lo mismo, aquél en que las concentraciones de contaminantes se mantienen en un rango y por períodos que no constituyen un riesgo para la salud humana, la calidad de vida de la población, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental.

Además, desde la norma transcrita es posible extraer las siguientes conclusiones:

- *Definición de rango legal con aplicación general.* Efectivamente, el legislador de la LBGMA ha fijado, *para todos los efectos legales* (artículo 2 inc. 1°), el sentido y alcance de lo que se debe entender por medio ambiente libre de contaminación, por lo que la cuestión en principio queda zanjada por la más autorizada de las interpretaciones. Sin embargo, se plantea el problema de interpretar, ahora, la

<sup>121</sup> Se debe reconocer que en las discusiones que se suscitaron al respecto en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se tuvo siempre claro que era imposible alcanzar un medio ambiente absolutamente libre de contaminación. Es por ello que se eliminó del proyecto de Constitución la expresión “toda”, que antecedería a contaminación. Cfr. Acta de la sesión N° 186 de 9 de marzo de 1976.

norma definidora, ya que también ésta requiere que sea develado su sentido y alcance.

- *Noción de riesgo.* En la formulación de la norma se incorpora la idea de protección anticipada de los bienes jurídicos toda vez que los niveles de contaminación no deben constituir ni tan siquiera un "riesgo", por oposición a peligro, lesión o daño efectivo de los bienes jurídicos que se señalan. Es decir, medio ambiente libre de contaminación es aquél en que, dadas unas ciertas concentraciones y períodos en que se encuentran las sustancias contaminantes, no existe posibilidad razonable de que se afecten los bienes jurídicos protegidos. Si tal es la interpretación que debe darse a la disposición comentada, es posible extraer una nueva conclusión. Ello querrá decir que la falta de certeza científica respecto del nivel de contaminación permisible en sí mismo ya constituirá un riesgo que debe ser evitado. Ello supondrá entonces, unos niveles muy estrictos de contaminación aceptable, los que deben evitar llegar a esa situación de riesgo.
- *Diversidad de parámetros.* En la definición comentada se dice que los niveles de contaminación no deben representar ni tan siquiera un riesgo para la salud, la calidad de vida de la población, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental. El problema está en decidir por cuál de todos estos conceptos se opta para fijar el nivel en que se entiende que se está en presencia de un medio ambiente libre de contaminación. Y ello porque a cada uno de los conceptos mencionados corresponde, en principio, un distinto nivel de protección. A esta cuestión se dedican los dos apartados siguientes.

#### 2.4.1 En relación con la salud y la calidad de vida

Para intentar dar alguna respuesta sistemática a la interrogante planteada, es posible ordenar los bienes jurídicos utilizados como parámetros por el artículo 2 m) LBGMA (salud, calidad de vida de la población, preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental) en dos clases, dependiendo de la implicancia directa de éstos en los seres humanos.

En relación al primero de ellos la interpretación de la norma resulta difícil ya que el legislador ha incurrido o bien, en una incongruencia peligrosa, o bien en una reiteración innecesaria. Se tratará de una incongruencia peligrosa, incluso conducente a situaciones que contrarían el principio de igualdad ante la ley, si se considera que ambos bienes jurídicos (salud y calidad de vida) implican niveles de protección de distinto grado. Los niveles y períodos de contaminación aceptables para mantener la salud humana son distintos de los niveles y períodos de contaminación aceptables para la calidad de vida de la población. Una buena calidad de vida supone unos máximos de contaminación bastante



bajos, o lo que es lo mismo, una norma muy estricta. Por el contrario, la mantención de la salud exige sólo unos niveles meramente aceptables. Así las cosas, no resulta difícil pensar en casos prácticos en que se fijen niveles de contaminación tomando en cuenta un nivel mínimo destinado a la protección de la salud, frente a otros casos de niveles estrictos, destinados a proteger la calidad de vida. Desde esta perspectiva, el legislador al definir medio ambiente libre de contaminación, asimiló indebidamente dos conceptos que implican niveles de protección distintos.

No obstante lo anterior, esta duplicidad de bienes jurídicos puede constituir una reiteración innecesaria, si se tiene en cuenta que la definición de *salud*, al menos la aceptada internacionalmente por la Organización Mundial de la Salud, no sólo incluye la situación de ausencia de enfermedad física y psíquica de la persona, sino que comprende el bienestar social de la misma. Evidentemente, se trata de una definición amplia de salud que incorpora lo que hoy día se entiende como *calidad de vida*.

En estricto rigor ni siquiera debió haberse planteado una posibilidad de elección entre ambos estándares o niveles de protección, ya que si se tiene en cuenta lo dicho a propósito del objeto del derecho, será posible comprobar que en aquellos casos en que los niveles de contaminación sean tan altos que afecten la salud humana, no se activará el mecanismo de protección que concede la garantía constitucional del artículo 19 N° 8, sino que directamente la del artículo 19 N° 1 (derecho a la vida/integridad física y psíquica) y del artículo 19 N° 9 (derecho a la protección de salud)<sup>122</sup>. Si se entiende que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación protege algo distinto de lo que protegen los derechos a la vida, la integridad física y psíquica, a la salud, etc., es ilógico recurrir a un nivel o parámetro de contaminación sobre el cual lo que se vulnera directamente son estos derechos y no el derecho a vivir en un medio ambiente incontaminado.

Lo que debió haber dicho el legislador es que medio ambiente libre de contaminación es aquél en que los niveles de contaminantes son inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo para la calidad de vida de la población. Y no sólo por las razones ya señaladas, sino porque es la "*calidad de vida*" el concepto que realmente subyace en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, si se tiene en cuenta que el derecho es a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, esto es, a desarrollarse y que para ello debe tener unas determinadas condiciones de baja contaminación de ese entorno en el que se va a desarrollar, quiere decir que sus condiciones de desarrollo van a ser mejores o peores dependiendo de los niveles de contaminación, de cualquier tipo que esta sea (acústica, atmosférica, lumínica, visual, etc.). En definitiva, su desarrollo, o lo que es lo

<sup>122</sup> Este último, como se sabe, no se encuentra amparado por el recurso de protección, sino sólo como libertad de elección del sistema de salud (público o privado) al que una persona puede acogerse.

mismo su vida en movimiento, tendrá mejor calidad si se respetan unos niveles máximos de contaminación del entorno.

#### 2.4.2 En relación con el entorno

El segundo grupo de parámetros es el referido a la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental. El concepto de “preservación de la naturaleza” ha sido definido en el propio artículo 2 letra p) LBGMA como *“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”* (CI. 6.4).

Por su parte la “conservación del patrimonio ambiental” se define en el artículo 2 letra b) como *“el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”* (CI. 6.2).

Se plantea aquí, nuevamente el problema de cómo compatibilizar niveles de contaminación que en principio son distintos en uno y otro caso, toda vez que la preservación de la naturaleza discurre sobre niveles muy exigentes, ya que de lo que se trata es de mantener los ecosistemas. En cambio, en la conservación del patrimonio ambiental lo que se busca es un nivel que haga posible el desarrollo sustentable, en cuanto se persigue el uso y aprovechamiento racional de los elementos del medio ambiente. Sin embargo, es posible argumentar en el sentido de que dependiendo de la opción política por la que se opte, en un momento se pueda preferir por la preservación de la naturaleza (por ejemplo para proteger un parque nacional) frente a otros en que se opte por la conservación del patrimonio ambiental, para alcanzar el desarrollo sustentable o sostenible. En definitiva, ambos parámetros si bien distintos, al menos cuentan con el denominador común de ser estrictamente ambientales.

#### 2.4.3 Incidencia de las normas de calidad en la finalidad

A pesar de las apuntadas incongruencias, el propio legislador complica la interpretación un poco más, cuando se refiere a las normas encargadas de la fijación de los niveles de contaminación en un entorno determinado, ya que la solución hubiese sido la de fijar cuatro distintos tipos de niveles, para cada uno de los cuatro bienes jurídicos señalados. Niveles bajo los cuales se entendería legalmente que un ciudadano se encuentra en un medio ambiente libre de contaminación. Sin embargo la LBGMA señala sólo dos clases

de normas de calidad ambiental, las primarias y secundarias<sup>123</sup>.

La norma primaria de calidad ambiental, de acuerdo con el artículo 2 letra n) LBGMA, es definida 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"*.

Dicho en términos más sencillos, norma primaria es aquella que establece los niveles de contaminación sobre los cuales se entiende que hay un riesgo para la vida o salud de las personas. Consecuentemente, podría afirmarse *a priori* que se trata de un límite permisivo, o lo que es lo mismo, que admite mayores niveles de contaminación ya que el umbral está en el riesgo a la vida o salud de las personas y no se refiere a la calidad de vida, en cuyo caso el límite de contaminación aceptable hubiese sido mucho más estricto. Aquí se reitera, con mayor razón, la crítica al legislador de la LBGMA al utilizar niveles relacionados con otros derechos (vida/salud) distintos del derecho al medio ambiente libre de contaminación.

Por su parte, la norma secundaria de calidad ambiental, de acuerdo al artículo 2 letra ñ) LBGMA es: *"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 conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza"*.

Ya se ha señalado la definición legal de preservación de la naturaleza y se ha concluido respecto de ella que los niveles aceptables para alcanzarla deberían ser altos ya que importa la "mantención" de los ecosistemas, sin aludir a su explotación, ni siquiera de forma racional para asegurar un desarrollo sostenible (CI. 6.3). Sin embargo, el legislador no se refiere a la conservación del patrimonio ambiental, que es el concepto que utiliza para referirse a medio ambiente libre de contaminación, sino que incorpora un nuevo concepto: la protección o conservación del medio ambiente. Por protección del medio ambiente, de acuerdo con el artículo 2 letra q) LBGMA, se debe entender *"el conjunto de políticas, planes, programas, normas, y acciones destinadas a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro"* (CI. 6.5). Mejora, prevención y control del deterioro del medio ambiente, eso es protección del medio ambiente, en ningún momento se refiere a la posibilidad de uso y aprovechamiento racional de los elementos del medio ambiente. A pesar de esa omisión, habría que entender que, por la generalidad de la definición, tal posibilidad debe ser reconocida a partir de otras definiciones de conceptos más específicos.

<sup>123</sup> Sobre las normas de calidad ambiental, CIII. 2.

Sin embargo, en ninguna parte se define conservación del medio ambiente, con lo que será posible preguntarse si este nuevo concepto es equivalente a la conservación del patrimonio ambiental, ¿se entiende incorporada en la primera, esta segunda noción? La literalidad de los preceptos pareciera indicar que se trata de conceptos distintos. Pero si se opta por la respuesta negativa, esto es, que protección o conservación del medio ambiente es distinto de conservación del patrimonio ambiental, tendría que concluirse que la LBGMA no considera una norma secundaria de calidad ambiental que establezca unos niveles de contaminación que hagan posible el uso y aprovechamiento racionales de los recursos que componen el medio ambiente. Y ello porque ni en el concepto de preservación de la naturaleza, ni el de protección o conservación del medio ambiente lo contemplan.

Entonces se llega a la siguiente paradoja, la norma primaria de calidad ambiental es tan permisiva que los niveles que establece no deben constituir un riesgo para la salud o la vida de las personas, pero no para la calidad de vida, que es a lo que realmente tiende el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En cambio, la norma secundaria de calidad ambiental, es tan estricta que al no comprender niveles que hagan posible la conservación del patrimonio ambiental, o lo que es lo mismo, al no contemplar la posibilidad de explotación racional que haga posible un desarrollo sustentable, sólo podrá permitir actividades tendientes a la preservación de la naturaleza (mantención de los ecosistemas) o la protección del medio ambiente (mejorar, prevenir y controlar el deterioro ambiental). Esta es una conclusión casi disparatada, pero a ella conduce forzosamente la literalidad de las normas citadas de la LBGMA y pone de manifiesto la falta de coherencia interna que tiene el catálogo de definiciones del artículo 2 LBGMA.

Respecto de la norma primaria no existe posibilidad alguna, ella no establece niveles que protejan la calidad de vida, sino que sólo la vida y salud. Respecto de la norma secundaria la interpretación puede salvarse sólo si se acepta que conservación del patrimonio ambiental es sinónimo de conservación del medio ambiente. Al parecer, para el legislador ambos conceptos (patrimonio ambiental y medio ambiente) son sinónimos, a pesar de la amplitud del concepto de medio ambiente, que excede al medio natural. Esta es la única forma de entender que la idea de desarrollo sustentable que subyace en el concepto de conservación del patrimonio ambiental está presente en las normas secundarias de calidad ambiental<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Ver Cl. 6.2 y CIII. 2.2.

## 2.5 Conclusiones

Lo que se ha intentado en esta parte del trabajo es volver sobre el derecho subjetivo constitucional del artículo 19 N° 8 de la CPR. A más de dos décadas de la entrada en vigor de la CPR, parece pertinente interpretar el alcance del mismo, tanto a partir de las modificaciones legislativas que el ordenamiento jurídico ambiental ha sufrido, sobre todo con la entrada en vigor de la LBGMA, como también con los cambios que en la conciencia ciudadana se han producido respecto de la temática ambiental.

Lo que parece fluir como resultado de este análisis es que si el constituyente estableció un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación lo hizo como un derecho subjetivo-constitucional autónomo, distinto y con esferas de protección diversa a las que brindan otros derechos, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud. Sólo a partir de dicha premisa se podrá avanzar en la fijación de los límites que harán efectivo un derecho constitucional que en el momento en que ve la luz, al menos en el papel, se mostraba como una de las consagraciones constitucionales más avanzadas en la materia.

Por su parte, el rol que juega la LBGMA en materia de regulación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es fundamental. En ella se ha definido el objeto o contenido del derecho constitucional (medio ambiente), los elementos que lo componen, así como su finalidad (libre de contaminación)<sup>125</sup>. La defensa del derecho se logrará tanto por la vía del recurso de protección (CII. 3), como por la puesta en práctica de los instrumentos de gestión ambiental (CIII. 1) que la propia LBGMA crea. Tal visión de conjunto permitirá en definitiva apreciar de mejor modo el sentido y alcance de dicho derecho constitucional.

## 3. Recurso de Protección Ambiental

Hablar de amparo constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación implica hacer referencia a la defensa que le dispensa el recurso de protección consagrado en el artículo 20 inc. 2° CPR<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> Precisamente en la aclaración de la finalidad del derecho constitucional, es decir, en la determinación del contenido del medio ambiente libre de contaminación es donde la LBGMA jugaba un rol preponderante al definirlo en el artículo 2 m). Sin embargo, la definición cuenta con tales deficiencias, que lejos de favorecer el desarrollo autónomo de este derecho constitucional, lo ha restringido fijándole unos parámetros que en realidad corresponden a otros derechos constitucionales (derecho a la vida, salud, integridad física y psíquica). Sea consecuencia de una opción política o de un error en la técnica legislativa, el resultado final es el mismo.

<sup>126</sup> Cfr. *Rafael Valenzuela Fuenzalida*, El recurso constitucional de protección..., op. cit. p. 175 y ss; *Enrique*

Antes de entrar directamente en materia resulta conveniente hacer una referencia, de carácter general, a la acción constitucional de protección, para determinar luego las peculiaridades que ésta presenta respecto del derecho al medio ambiente libre de contaminación.

El artículo 20 inc. 1° CPR señala que: *"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes"*.

Lo que la citada norma consagra es el llamado Recurso de Protección, el cual es una acción constitucional de carácter cautelar, diferenciada del tradicional recurso de amparo o *habeas corpus*<sup>127</sup>, y por tanto, procesalmente sumaria, que se ejerce ante las Cortes de Apelaciones por aquéllos que por una amenaza, perturbación o privación hayan visto vulnerado el legítimo ejercicio de alguno de los derechos que el propio artículo 20 inc. 1° enumera<sup>128</sup>. La causal que habilita a la interposición del recurso dice relación con un acto u omisión arbitrario o ilegal, pudiendo provenir de cualquier sujeto, sea este público o privado, e incluso, no siendo necesario que sea determinado expresamente. No existen formalidades para la interposición de los recursos e inclusive puede actuar como un agente oficioso cualquier persona a nombre del afectado<sup>129</sup>. Finalmente, el recurso de

---

*Navarro Beltrán*, Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en RCHD Vol. 20 N°s 2-3 Mayo-Diciembre de 1993; *Raúl Bertelsen Repetto*, El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia, en RCHD Vol.25 N° 1, Enero-Marzo 1998 139-174; *Rafael Vargas M.*, El recurso de protección ambiental, Ed. Metropolitana, Santiago, 2005; *Andrés Bordall Salamanca*, Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente, Ed. Fallos del Mes, Santiago, 2004 (en particular el Capítulo Décimo). Aunque todos ellos con referencia al texto original del art. 20 inc. 2° CPR.

<sup>127</sup> El artículo 21 CPR consagra el recurso de amparo destinado a la protección de la libertad personal y seguridad individual (artículo 19 N° 7 CPR).

<sup>128</sup> Procede el recurso de protección en favor de los derechos y garantías del artículo 19 números: 1° (derecho a la vida y a la integridad psíquica y física); 2° (igualdad ante la ley); 3° inc. 4° (derecho al juez predeterminado por la ley); 4° (respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra); 5° (inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada); 6° (libertad de conciencia); 9° inc. final (derecho a elección del sistema de salud); 11° (libertad de enseñanza); 12° (libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa); 13° (derecho de reunión pacífica); 15° (derecho de asociación); 16° (libertad de trabajo, libre elección y libre contratación); 19° (derecho de sindicación voluntaria); 21° (libre iniciativa económica); 22° (no discriminación en materia económica); 23° (libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes); 24° (derecho de propiedad); y 25° (derecho de autor y propiedad intelectual).

<sup>129</sup> Auto Acordado sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales (DO de

protección como acción cautelar que es, no obsta al ejercicio de las demás acciones que se puedan derivar del hecho que motiva el amparo, su interposición es "sin perjuicio"<sup>130</sup> de los demás derechos que se puedan hacer valer<sup>131</sup>.

Frente a la amplitud con que ha sido consagrado el recurso de protección para asegurar el amparo de la generalidad de los derechos constitucionales, en materia ambiental presenta ciertos matices que restringen las posibilidades prácticas para su ejercicio. El recurso de protección en materia ambiental se consagra en el artículo 20 inc. 2° CPR en los términos siguientes: "*Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada*".

A partir del citado precepto, el análisis del recurso de protección en materia ambiental se puede desglosar en los aspectos que se detallan a continuación.

### 3.1 Objeto del recurso

Aunque resulte evidente señalarlo, el objeto del recurso de protección en materia ambiental, esto es, la materia respecto de la que se solicita el amparo, es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Ello porque la remisión del artículo 20 inc. 2° CPR no es a todo el artículo 19 N° 8, sino sólo al derecho en él contenido. Es importante destacar este extremo porque, como ya se señaló (CII.1), fuera del citado derecho subjetivo constitucional, el artículo 19 N° 8 CPR contiene un mandato a los órganos del Estado para velar para que el derecho no sea afectado y por la preservación de la naturaleza. Entonces, si los órganos del Estado fallan en el cumplimiento de dicho deber no podría recurrirse de protección. Y ello porque este deber impuesto al Estado, que es manifestación del deber general de servicialidad a la persona con el fin de promover el bien común contenido en el artículo 1 inc. 4° CPR, no se traduce en un derecho constitucional para el ciudadano, su naturaleza jurídica es distinta, se trata más bien de un principio que debe orientar la acción estatal, y que, eventualmente, podrá ser exigible ante la jurisdicción ordinaria, pero no goza de la vía privilegiada del recurso de protección.

27.06.1992), numeral 2°.

<sup>130</sup> Eduardo Soto Kloss, "Sin perjuicio de..." en el recurso de protección, en RDUVCV N° VI 1982, p. 369 y ss.

<sup>131</sup> El recurso de protección, al no exigir el agotamiento de las demás vías jurisdiccionales -lo que en Derecho alemán se denomina *Rechtswegerschöpfung*-, presenta una nota característica singular que difiere de lo que ocurre en el Derecho comparado, recurso de amparo español y *Verfassungsbeschwerde* alemán. Cfr. Jorge Bermúdez Soto, *Grundlage des chilenischen Umweltrechts*, op. cit. p. 523.

El principio constitucional de servicialidad del Estado en su vertiente ambiental supone una actividad de prestación que recae sobre los órganos del Estado y fundamentalmente sobre la Administración. La omisión en el cumplimiento de dicho principio, sea por razones de opción política, falta de presupuesto o simple desidia en su cumplimiento, potencialmente, puede vulnerar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que tienen los ciudadanos. Dicha omisión, hasta ahora no estuvo amparada por la vía del recurso de protección, ya que originalmente en materia ambiental sólo procedía dicho recurso frente a acciones positivas que vulnerasen el derecho.

### 3.2 Forma de vulneración del derecho

Para que proceda el recurso de protección general, la forma en que se puede producir la vulneración al legítimo ejercicio de los derechos por él amparados, será una amenaza, una perturbación o una privación. Sin embargo, respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación el artículo 20 inc. 2° CPR dice que éste debe ser *"afectado"*. La pregunta que surge es si esta diferencia semántica constituye una particularidad que permite distinguir entre ambas especies del recurso de protección, sobre todo teniendo en cuenta la dimensión objetiva en que se proyecta el deber de protección ambiental que pesa sobre el Estado (CII. 5.2).

De acuerdo a lo planteado por el profesor Valenzuela Fuenzalida el empleo del verbo *"afectar"* en forma pasiva *"mueve a entender que lo que se exige es que se esté ante un hecho consumado de privación o perturbación del derecho en cuestión, excluyéndose la hipótesis de una mera 'amenaza' de que ello ocurra, desde el momento que no puede sostenerse que se encuentre 'afectado' en su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación quien sólo enfrenta el riesgo de que este derecho le sea conculcado"*<sup>132</sup>.

Se debe reconocer que en la doctrina nacional existe un acuerdo mayoritario con la opinión del profesor Valenzuela Fuenzalida, dado que la literalidad del precepto, su sentido natural y obvio, parece referirse sólo a hechos consumados, es decir, perturbaciones o privaciones. Sin embargo, también debe advertirse que existen argumentos que permitirían sostener lo contrario, esto es, que por una amenaza también se admite el recurso de protección en materia ambiental, dado que gramaticalmente se justificaría la voz *"afectado"* utilizada por el constituyente, para evitar una reiteración de las voces del inc. 1° del artículo 20 CPR (amenaza, perturbación y privación), considerándose

---

<sup>132</sup> Rafael Valenzuela Fuenzalida, El recurso constitucional de protección..., op. cit. p. 185. En el mismo sentido Raúl Bertelsen Repetto, Informe en derecho: Facultades de Conaf y contaminación de aguas de un lago, RCHD Vol. 19 N° 3 1992 pp. 549 y ss.



que es comprensiva de todas ellas<sup>133</sup>. Esta interpretación extensiva además encontraría justificación en el principio de interpretación constitucional *in favor libertatis*, el cual permite preferir aquella interpretación de la norma fundamental que más favorezca el ejercicio de los derechos constitucionales.

Esta segunda interpretación, gana en fundamentación cuando se recurre a argumentos interpretativos de carácter sistemático. La exclusión de la amenaza se justificaba antes de la reforma constitucional de 2005 en la circunstancia de que el recurso de protección ambiental procedía sólo por actos, excluyéndose las omisiones. En efecto, si se consideraba que la acción omisiva estaba vinculada directamente con la amenaza al ejercicio del derecho, debía aceptarse entonces que si se excluía la posibilidad de interposición por una acción omisiva, lógicamente, se excluyen los supuestos causales de amenaza. Dicho argumento hoy día no resulta procedente. La omisión consiste en una inactividad frente a un deber o conveniencia de obrar, es una falta de actuación estando de algún modo jurídicamente compelido a hacerlo. Por su parte, amenazar a alguien es dar a entender que se le quiere hacer un mal. Por consiguiente, es muy factible que por esa omisión se esté dando a entender que se puede realizar este hecho dañoso, sin que todavía se haya llegado a producir. Todo esto no implica una correlación total del binomio omisión-amenaza, ya que es lógicamente posible, tanto que se produzcan amenazas por actuaciones activas (actos), como que, por actuaciones omisivas (omisiones) se produzcan vulneraciones efectivas a un derecho, sea por una perturbación o una privación.

Lo que ocurre es que cada vez que un sujeto que está obligado o tiene el deber de realizar una actividad y no lo hace incurre en una acción omisiva o simplemente "omisión". En virtud de dicha omisión, antes de perturbar o privar el legítimo ejercicio de un derecho, se le estará amenazando. Finalmente, habrá que señalar que esta interpretación restrictiva del recurso de protección en materia ambiental se encuadraba dentro del contexto general de posibilidad limitada de interposición del mismo, situación, que como se verá más adelante ya no ocurre.

### 3.3 Conducta que vulnera el derecho

Si para la generalidad de los derechos el recurso de protección procedía por conductas activas u omisivas (acción u omisión), una diferencia radical respecto del recurso

<sup>133</sup> Es decir, por razones de técnica legislativa el constituyente utilizó una expresión genérica que engloba las tres posibilidades en que el derecho puede ser afectado (privación, perturbación y amenaza). Si tal como señala la doctrina citada, *afectado* incluye a los casos de privación y perturbación (hechos consumados) y no la amenaza, sería plausible preguntarse por qué el constituyente no dijo precisamente eso en el inc. 1º del artículo 20, es decir, por qué no prefirió una redacción más económica como *afectado y amenazado*.

en materia ambiental ocurría en que éste sólo procedía por “actos”, excluyéndose las omisiones. Con la reforma constitucional contenida en la ley N° 20.050, aparecida en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005 esta situación fue enmendada, equiparándose al recurso de protección en materia ambiental respecto del recurso general.

En efecto, uno de los mayores avances que representa el proyecto de reforma constitucional es el de la ampliación de la conducta vulneradora, dando cabida a las omisiones que afectan al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Con ello se supera una importante limitación en la tutela del derecho ya que, por ejemplo, si por una carencia u omisión en la actividad administrativa en su deber de velar para que el derecho no sea afectado, se está amenazando al ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación será posible recurrir de protección. En consecuencia, una CA puede condenar a la Administración del Estado a la realización de una prestación o a salir de una actitud pasiva en esta materia, cuando con ella se esté afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

Las consecuencias que se abren a partir de esta nueva redacción del art. 20 inc. 2° CPR son insospechadas, toda vez que, por una parte será posible exigir a los órganos del Estado y en especial a su Administración que asuman una actitud activa, pudiendo ser condenados a la realización de prestaciones de diversa naturaleza que suplan la omisión inconstitucional vulneradora del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Pero también respecto de los particulares, los cuales estarán obligados a suplir las omisiones en que incurran y que afecten al citado derecho.

Dos ejemplos pueden ilustrar la trascendencia de la nueva norma constitucional, a saber.

- *Respecto de los particulares:* dentro de la función social de la propiedad privada se encuentra el límite que impone la conservación del patrimonio ambiental, la cual obliga al propietario no sólo el aprovechamiento racional de los recursos, sino además a su reparación<sup>134</sup>. Una omisión en esta obligación de reparar, en cuanto afecte al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación será posible de ser subsanada por la vía del recurso de protección, toda vez que es una omisión que ocasiona una vulneración a dicho derecho.
- *Respecto de la Administración del Estado:* si ésta deja de dictar una norma de calidad ambiental, no pone en marcha un plan de prevención y/o descontaminación, o lo dota de escasos recursos, estará incurriendo en una omisión que afecta al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que sería claramente

---

<sup>134</sup> Art. 19 N° 24 inc. 2° CPR en relación con art. 2 letra b) LBGMA.

recurrible por vía de protección. En consecuencia, si por una carencia u omisión en la actividad de la Administración del Estado en su deber de velar para que el derecho no sea afectado, se está amenazando el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se podrá recurrir de protección. Consecuentemente, una CA que conoce del recurso de protección puede y debe condenar a la Administración del Estado a la realización de una prestación o a salir de una actitud pasiva en esta materia, a pesar de que con ella se esté afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Más complejo será el caso, en que la Administración ha actuado, por ejemplo, dictando un plan de prevención y descontaminación, sin embargo, éste en alguno de sus aspectos no alcanza un nivel de protección ambiental adecuado, que efectivamente permita la vigencia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se trata de una actuación formal de la autoridad administrativa, sin embargo, dicha actuación es insuficiente o sencillamente demasiado permisiva, vulnerando así el derecho. ¿Podría la Corte de Apelaciones revisar la idoneidad, aptitud y proporcionalidad del acto? Y si se responde afirmativamente, ¿podría ordenar, para restablecer el imperio del Derecho, la fijación de niveles de protección más elevados? La respuesta a estas cuestiones no está clara ya que el recurso de protección, una vez que cumplidos los requisitos de procedencia, entrega un amplio margen de discrecionalidad judicial. Dicho margen permitiría, para restablecer el imperio del Derecho, revisar los criterios técnicos que se tuvieron en vista para fijar un determinado nivel de protección en un acto administrativo. En consecuencia, no tendrían impedimento el tribunal para revisar, obviamente con la ayuda técnica pericial necesaria, los niveles de protección fijados en un determinado acto, ordenando en definitiva su adecuación a un estándar que permita la real vigencia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación<sup>135</sup>.

### 3.4 Calidad de la conducta

El artículo 20 inc. 2° CPR en su versión original exigía que la conducta vulneradora, es decir, el acto, fuese *arbitrario e ilegal*, a diferencia del recurso de protección ordinario en que la exigencia no es copulativa sino disyuntiva (“arbitrario o ilegal”). Esta cuestión que podría haberse justificado en un intento de restringir aún más el recurso en esta materia, conllevaba un ilógico difícil de explicar. Ello porque un acto o es ilegal o es arbitrario, pero difícilmente podía distinguirse entre ambas calidades, e incluso frente a algunos supuestos es difícil que se den a la vez. Con la reforma constitucional de 2005 el acto u

<sup>135</sup> Sobre la posibilidad de revisión judicial de los estándares ambientales fijados en acto administrativo o en leyes, se puede ver: *Dietrich Murswiek* Umweltrecht und Grundgesetz, op. cit. p. 241 y ss.

omisión que afectan al derecho sólo deben ser ilegales.

De acuerdo a lo señalado por la CA de Santiago en su sentencia N° 1294/1994 de 25 de agosto, en el insoluble asunto relativo a las medidas de restricción vehicular destinadas a rebajar los altos índices de contaminación de la capital chilena: *"Lo ilegal, se refiere concretamente al campo donde se ha violado o infringido el derecho en el ejercicio de la potestad jurídica. Así, toda vez que el actor ha actuado sin sujeción a la ley de la cual es mero ejecutor o que debe respetar, ha cometido un acto ilegal. Por el contrario, lo arbitrario se refiere al campo de la voluntad no gobernada por la razón. Si el actor ha realizado un acto por antojo o por impulso instintivo, no gobernado por la razón o guiado por una idea o propósito que no tiene motivación aparente y fuera de las reglas ordinarias o comunes, decimos que su acto es arbitrario"*<sup>136</sup>.

Entonces, lo ilegal importa una vulneración del ordenamiento jurídico, lo arbitrario supone actuación irracional o caprichosa. En el caso de la actuación de la Administración del Estado, será lógico que en muchas ocasiones un acto arbitrario, por ese sólo hecho, también sea ilegal, por ejemplo un acto inmotivado, y ello porque lo arbitrario está siempre al margen de la ley<sup>137</sup>. Por tanto, dicho acto antes que arbitrario será ilegal. Con lo que la Administración no podría escudarse en la falta de ilegalidad del acto, alegando que este sólo es arbitrario para echar abajo el recurso de protección<sup>138</sup>.

La jurisprudencia que ha debido enfrentarse a este requisito, en general, nunca fue demasiado meticulosa en su análisis. Por ejemplo en el asunto "Callejas Molina y otros con Compañía Minera del Pacífico S.A.", la CA de Copiapó en su sentencia de 22 de junio de 1992 señaló que: *"de la disposición legal citada, se desprende que la primera obligación que se impone a los establecimientos industriales, fabriles y mineros es la de no contaminar, exigiéndoseles para ello, que deben acreditar las medidas técnicas y prácticas que sean pertinentes para que no ocurra. Acreditada la contaminación, los actos de la recurrida resultan entonces ilegales. Y son además arbitrarios, al depender la ejecución de su exclusiva*

<sup>136</sup> Cfr. en este mismo sentido, Enrique Navarro Beltrán, Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, op. cit. p. 599.

<sup>137</sup> Milagros Otero Parga, La arbitrariedad, Anuario de Filosofía del Derecho (España), Tomo XII año 1985 p. 393.

<sup>138</sup> En efecto, tres son los requisitos que se predicán de la arbitrariedad, a saber: conducta antijurídica, irregularidad caprichosa y que la conducta provenga del poder público. Como señala Luis Recasens Siches, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 6a edición, México 1981, p. 107, *"se llaman arbitrarios los actos antijurídicos, de los poderes públicos, con carácter inapelable. Los actos antijurídicos de los particulares, y también los de los órganos subalternos del poder público y asimismo todos aquellos susceptibles de apelación, son calificados según los casos- de ilegalidad civil, de falta, de delito, de contravención administrativa o de sentencia o de resolución incorrecta (apelable o rectificable), pero no calificamos ninguno de esos actos como arbitrariedad en el sentido riguroso de esta palabra; porque son sancionables y rectificables por instancias superiores"*.

*voluntad, atentando con ello en contra del medio ambiente en general y de los intereses de los olivicultores [recurrentes], en particular*". Lo que hace el Tribunal es resumir en la vulneración de las normas sobre emisiones la ilegalidad de la actuación de la empresa recurrida. La acción vulnera la norma, por tanto ilegal.

Más escueta fue la CA de Santiago en su sentencia de 15 de marzo de 1994, en el asunto "Mardones y otros con Laborderie y otros", que al abordar la calidad de la conducta señala que: *"El comportamiento observado por la recurrida... constituye un acto arbitrario e ilegal que afecta el derecho de los recurrentes a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puesto que sin razón que lo justifique y transgrediendo las normas que rigen la materia, vulnera ese derecho..."* Nuevamente aquí la jurisprudencia asumía conjuntamente el examen de la concurrencia del doble requisito de arbitrariedad e ilegalidad, para concluir que la conducta irrazonable y que transgrede el ordenamiento jurídico es suficientemente cualificada para hacer procedente el recurso.

### 3.5 Sujeto imputado

El último matiz que plantea el recurso de protección en materia ambiental dice relación con el sujeto imputado o causante del acto que afecta al derecho, este debe ser *"imputable a una autoridad o persona determinada"*. Tal como se señaló, el recurso de protección ordinario no exige una determinación del sujeto causante de la afectación al derecho, en cambio en materia ambiental debe ser interpuesto en contra de una autoridad o persona determinada, es decir, se debe señalar expresamente el causante del acto que produce la violación del derecho.

Es menester que se produzca una vinculación entre la afectación al derecho (perturbación, privación y eventualmente amenaza y riesgo) y la conducta de un individuo determinado. En consecuencia, la exigencia de la determinación de la autoridad o persona imputada de la afectación del derecho, supone la verificación de la relación de causalidad entre el acto arbitrario e ilegal y la violación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se trata de una imputación objetiva, ya que se atribuye un resultado a la conducta de un individuo. No es necesario que el recurrente determine si el hecho causante de la afectación fue realizado por dolo o culpa. Lo importante es que objetivamente ese hecho corresponde a un determinado sujeto. En sede de responsabilidad ambiental y civil será exigible que se pruebe el elemento subjetivo, la dificultad de su prueba puede conllevar que el sujeto imputado se exima de dichas responsabilidades. Sin embargo, en el ámbito constitucional no se exige este requisito subjetivo, basta con que el hecho causante de la afectación sea atribuido a ese individuo para que sea procedente el amparo ambiental solicitado, siempre que se cumplan los demás requisitos.

Esta exigencia de una determinación concreta del causante encontraba su lógica en la antigua restricción relativa a la conducta vulneradora, ya que si se exigía que el recurso fuera procedente sólo en contra de actos, resultaba lógico que éste fuere atribuido a un sujeto determinado. Ello a diferencia de las omisiones, en que es el Tribunal el que puede determinar el sujeto al que le corresponde actuar para subsanarla. Atendida la equiparación del recurso de protección respecto de conductas activas y omisivas, hubiere sido lógico que esta última limitación, al perder su fundamento, también hubiere sido eliminada.

### 3.6 Efectos del recurso de protección en materia ambiental

Los efectos materiales del recurso de protección en materia ambiental<sup>139</sup>, en aquellos casos en que su interposición ha sido exitosa, pueden ser sistematizados en tres órdenes de efectos o medidas de protección decretadas:

- **Suspensivas del hecho:** se trata de la medida más eficaz cuando se trata de actuaciones materiales de la Administración, sean éstas consecuencia o no de un acto administrativo anterior. En ocasiones el tribunal ha fijado un plazo a la Administración para dar cumplimiento a la orden de suspensión.
- **Clausuras y retiros:** en el primer caso supondrá, por ejemplo, el cierre del establecimiento del cual está emanando la contaminación que vulnera el derecho. En estricto rigor la clausura corresponde a la manifestación externa o efecto material de la aplicación de una sanción administrativa consistente en la caducidad o la revocación-sanción de un permiso o un acto administrativo de contenido favorable. Sin embargo, en el caso del recurso de protección, atendida la celeridad del mismo, el tribunal puede decretar directamente la consecuencia material (clausura), quedando para el juicio de lato conocimiento el examen de la legalidad del título administrativo que habilitaba a la actividad. En el caso del retiro, se trata fundamentalmente de los casos de vehículos contaminantes que son sacados de circulación.
- **Órdenes a las Administraciones públicas:** dentro de esta última categoría de medidas de protección se encuentran todos aquellos mandatos a la Administración para que, por ejemplo, dé cumplimiento a la normativa ambiental vulnerada, para que fiscalice una actividad, esto es, para que actualice sus poderes de policía, para que realice una actuación material (por ejemplo que proceda efectivamente a la clausura), etc.

---

<sup>139</sup> Se analizan aquí las consecuencias materiales del recurso de protección, mas no aquellas que dicen relación con la legitimidad del acto administrativo, en caso de que éste haya sido objeto de la acción.

#### 4. Protección Ambiental y Límite a los Derechos Constitucionales

El artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR establece que *“la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*.

Preguntarse acerca del alcance de esta norma resulta problemático. No sólo por el grado de abstracción que la disposición presenta, sino también porque será necesario explicar la manera en que ella debería operar en la práctica y la diferencia que ella representa respecto de la forma normal en que el constituyente ha limitado o ha establecido la posibilidad de limitar los derechos y garantías constitucionales. En efecto, su sola presencia dentro del artículo 19 N° 8 CPR llama la atención, toda vez que no existe otra disposición en el artículo 19 CPR que suponga tan claramente una valoración (y contraposición) entre derechos constitucionales y/o bienes jurídicos.

Debe recordarse que los derechos y garantías constitucionales no están garantizados en la Constitución de una manera ilimitada<sup>140</sup>. Las restricciones a los derechos y garantías constitucionales vendrán establecidas por normas que, o bien, se encuentran en la propia Constitución<sup>141</sup>, o bien, que son dictadas porque la Constitución lo admite. En este segundo caso, el requisito *sine qua non* de la norma de limitación será que ésta no contraríe la Constitución, cuestión que no representa ninguna novedad atendida la preeminencia del texto constitucional. Si el análisis de la limitación a los derechos constitucionales queda acotado, como en el caso del artículo 19 N° 8 inc. 2°, a aquellos límites que pueden ser impuestos desde fuera, entonces el problema se reducirá a la determinación del órgano que tiene la competencia para dictar la norma de limitación. La respuesta la entrega el *principio de reserva legal*<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Queda pendiente la discusión relativa a si los derechos y garantías constitucionales, en sí mismos y originariamente se encuentran desprovistos de límites y que estos vienen impuestos desde fuera, desde la propia Constitución o bien la ley (límites externos). O por el contrario, ellos en su concepto (en su contenido esencial), ya vienen limitados (límites immanentes). En este segundo caso, más que tratarse de límites se trata del ámbito de aplicación del derecho. En efecto, la vigencia de un derecho no puede extenderse a ámbitos que no le son propios, o que entran en el ámbito que le corresponde a otros derechos. Así por ejemplo el derecho a realizar cualquier actividad económica (artículo 19 N° 21 inc. 1°) tiene su ámbito propio y distintivo, que dice relación con la facultad de los ciudadanos para desarrollar una actividad económica de manera lícita. Sin embargo, tiene un ámbito distinto al de la libertad de emitir opinión y de informar, o al del derecho de propiedad privada.

<sup>141</sup> Por ejemplo el artículo 19 N° 13 inc. 1° CPR establece el derecho de reunirse pacíficamente sin permiso previo y *sin armas*. La exigencia relativa a la ausencia de armas para el ejercicio del derecho de reunión, constituye una limitación que la propia Constitución ha establecido, se trata de un límite directo (constitucional) a la libertad de reunión. Cfr. *Robert Alexy, Theorie der Grundrechte*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt del Meno 1997, pp. 258-263.

<sup>142</sup> Evidentemente el principio de reserva legal comprende una vertiente mucho más amplia y que en este trabajo no puede ser analizada, tal es la relativa a la relación entre ley y reglamento.

El principio de reserva legal constituye una garantía formal en virtud de la cual se *"asegura que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos..."*<sup>143</sup>

En la señalada segunda posibilidad de limitación (limitación externa) la Constitución dispondrá de las denominadas cláusulas de reserva, en virtud de las cuales se autoriza al legislador para dictar normas que contengan limitaciones a los derechos y garantías constitucionales.

En consecuencia, el ejercicio de la facultad de establecer normas de limitación supone el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La existencia de una cláusula de reserva legal, en cuya virtud se autorice al legislador a dictar la norma de limitación, autorización que podrá ser expresa o implícita<sup>144</sup>.
- La norma de limitación debe adecuarse a la Constitución, atendido el principio de jerarquía constitucional.
- La norma de limitación debe respetar las condiciones establecidas en el artículo 19 N° 26 CPR, esto es, *no podrá afectar a los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> La cita corresponde a una sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 83/1984 de 24 de julio, Fundamento Jurídico 4, párrafo 3°). Ignacio de Otto, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Ed. Ariel S.A., Barcelona 1987, 4ª reimpresión 1995 p. 151, agrega en este sentido que: *"Hay reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En tal caso la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley lo que significa también que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto al reglamento"*. Y más adelante agrega que (p. 154): *"La reserva es un mandato que la Constitución impone al legislador democrático limitando su poder para atribuir a la Administración la tarea de regular por sí misma materias determinadas. En el campo de las reservas no cabe más regulación que la establecida, en una ley, y el reglamento sólo podrá producirse para completar ésta en cuestiones de detalle que no añadan nada a la normativa legalmente establecida, en un terreno que en puridad es ajeno a la reserva..."*

<sup>144</sup> Una cláusula de tipo expreso es por ejemplo la del artículo 19 N° 5 inc. 1° CPR que establece la garantía de inviolabilidad del hogar y correspondencia. La segunda frase de dicha disposición establece que *"El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley"*. Ejemplo de una cláusula implícita la constituye el artículo 19 N° 13 inc. 2° que a propósito del derecho de reunión en forma pacífica y sin armas dispone que *"Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía"*. Evidentemente esas disposiciones generales de policía son las establecidas en el Derecho administrativo de policía, que deben ser reguladas por ley, al menos si ellas contienen disposiciones de tipo sancionador.

<sup>145</sup> Disposición que establece los denominados *límites de los límites* o teoría de la esencia de los derechos fundamentales. Cfr. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, op. cit. pp. 267 y ss.



Por último se agrega que las normas que limitan los derechos y garantías constitucionales no sólo deben tener rango legal, sino que además, deben estar contenidas en leyes formales, es decir, de origen parlamentario. Según el artículo 61 inc. 2º CPR queda vedada la regulación de las materias comprendidas en las garantías constitucionales por la vía del Decreto con Fuerza de Ley, en cuanto éste es el instrumento normativo con rango de ley emanado del Presidente de la República, previa delegación de facultades por parte del Congreso Nacional. Esta respuesta es lógica ya que siempre ha correspondido al legislador la regulación del ejercicio y la limitación de los derechos subjetivos constitucionales (derechos y libertades).

#### 4.1 Preeminencia de derechos y garantías constitucionales

La Constitución al consagrar un derecho o garantía constitucional, en variadas ocasiones establece, acto seguido, la posibilidad de su limitación, disponiendo para tal fin de la respectiva cláusula de reserva legal. Dicha posibilidad no ha sido establecida respecto de todos y cada uno de los derechos y garantías, es decir, no existe una cláusula de reserva que habilite genéricamente al legislador a establecer limitaciones para todos y cada uno de los derechos y garantías<sup>146</sup>, sino que respecto de cada derecho o garantía, luego de su consagración en el texto constitucional, se establece, en algunos casos, la posibilidad al legislador para limitar a ese derecho o garantía.

Por su parte en el artículo 19 se contemplan derechos y garantías que no admiten la posibilidad de límites externos (*ex lege*). Así el derecho a la vida, luego de la derogación de las leyes penales que establecían la pena de muerte, no reconoce limitación alguna. Más claro aún, resulta el caso de la integridad física y psíquica, la que es garantizada de manera irrestricta. Otro ejemplo, el contenido en el artículo 19 N° 4 inc. 1° en el que se establece "*El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia*". Por su parte, el artículo 19 N° 11 inc. 2°, a propósito de la libertad de enseñanza, la que *no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional*. El artículo 19 N° 8, por su parte, tampoco apodera al legislador para limitar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En todos estos casos la intervención del legislador tendrá por objeto la regulación del derecho, no para limitarlo, sino para desarrollarlo, asegurarlo y protegerlo.

En consecuencia, la limitación de derechos y garantías constitucionales será posible sólo

<sup>146</sup> Tal es la técnica legislativa habitual, también utilizada en el Derecho comparado. Cfr. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19ª Edición, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1993, p. 131.

en aquellos casos en que el texto constitucional habilite, en virtud de una cláusula expresa o implícita de reserva, al legislador. Esta conclusión se ve apoyada, además, atendida la preeminencia que los derechos y garantías constitucionales tienen<sup>147</sup>, frente al ejercicio de la soberanía por parte de los órganos del Estado<sup>148</sup>, y al principio interpretativo *in dubio pro libertate*<sup>149</sup>. La última comprobación de la conclusión planteada la entrega el artículo 19 N° 26 CPR el que dispone que la Constitución asegura a todas las personas: "*La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia...*" Este límite de los límites, operará sobre el supuesto que la Constitución haya autorizado la posibilidad de limitar el derecho<sup>150</sup>. *A contrario sensu* existirán casos en que la Constitución no autorice al legislador a limitar el derecho y que por tanto, este no reconocerá límite *ex lege* alguno<sup>151</sup>.

#### 4.2 Alcance del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR

A partir de los resultados señalados anteriormente, se plantea el problema relativo al alcance o ámbito de aplicación del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR. ¿Qué aporta el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR? La hipótesis de trabajo de la que se parte, es la de que el constituyente quiso crear una norma de derecho operativa y no redundante<sup>152</sup>, toda vez

<sup>147</sup> Herbert Beshge, Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, en Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, 1995, pp. 351 y ss.

<sup>148</sup> Artículo 5 inc. 2° CPR: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

<sup>149</sup> En cuya virtud debe preferirse la interpretación más favorable a la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

<sup>150</sup> Desde una perspectiva lógica la garantía de la citada disposición operará del siguiente modo. En primer término deberá comprobarse si el legislador estaba habilitado en virtud de una cláusula de reserva legal para establecer la limitación. Una vez comprobado dicho extremo, podrá procederse al examen del contenido de la limitación, para determinar si esta afecta o no al contenido esencial del derecho.

<sup>151</sup> No debe perderse de vista que, frente a aquellos casos en que el derecho o garantía constitucional no prevé la posibilidad de su limitación por ley, podrá entrar el legislador en la regulación del derecho de manera de hacerlo efectivo. En esta caso el derecho queda intacto en su ámbito de aplicación, este no se ve reducido ya que no se trata de un límite. Por su parte, la ley regulará el contenido del derecho. Esta doble función de la ley, de desarrollo y concretización del derecho, por una parte, y de limitación, por otra, se aprecia claramente en el caso del derecho de propiedad privada, artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR. Sobre la labor de concretización y desarrollo, Cfr. Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 18ª edición, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 2002, p. 53.

<sup>152</sup> Francisco Rubio Llorente, El principio de legalidad, op. cit. p. 11.

que *"La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algún precepto de ella"*<sup>153</sup>.

El artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR supone un contraste con los resultados más arriba señalados. En efecto, lo que dicha disposición establece no es una habilitación al legislador para limitar el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por el contrario, establece una cláusula genérica de limitación a los derechos o libertades con la finalidad de proteger el medio ambiente.

La tesis que se sostiene a este respecto es la siguiente: *la CPR no es neutra en materia ambiental y sitúa a la protección del medio ambiente un lugar de preeminencia frente a otros derechos y bienes jurídicos*.

#### 4.2.1 Interpretación progresiva del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR

Una de las formas en que el ordenamiento jurídico constitucional cambia y se desarrolla es a través de la transformación que experimenta el texto constitucional, en su entendimiento, interpretación y aplicación, producto de nuevos hechos, valores o de nuevas relaciones que se producen entre unos y otros<sup>154</sup>. En el caso del Derecho constitucional ambiental, tales nuevos hechos aparecen claramente manifestados en la expansión de la conciencia ambiental dentro de la sociedad chilena, así como el aumento de los riesgos y daños ambientales<sup>155</sup>, que incluso tienen su manifestación en el aumento de las catástrofes naturales<sup>156</sup>.

En el caso de la disposición contenida en el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR, no hubiere sido necesario recurrir a esta justificación metodológica ya que la literalidad del texto es clara. El problema radica en que dicha norma en realidad y salvo excepciones, nunca obtuvo de parte de la doctrina la suficiente atención<sup>157</sup>. Estimándose que constituía una manifestación particular de la cláusula de reserva legal, que en cierta manera repetía las

<sup>153</sup> Tribunal Constitucional, sentencias de 24 de septiembre de 1985 y 21 de diciembre de 1987.

<sup>154</sup> Transformación constitucional que en el Derecho alemán se denomina *Verfassungswandel*. Sobre el tema, sobre todo, *Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1982, pp. 254 y ss.

<sup>155</sup> Cfr. *Jorge Bermúdez Soto, Grundlagen des chilenischen Umweltrecht*, op. cit., pp. 517-521.

<sup>156</sup> Este argumento no es baladí, de hecho los valores de las primas de seguros que cubren fenómenos y catástrofes naturales (en especial inundaciones y sequías) atribuibles al fenómeno del cambio climático, han aumentado de manera considerable. En mayor proporción han aumentado los valores de los reaseguros.

<sup>157</sup> En este punto se destaca el trabajo de *Julio Lavín, Legislación Restrictiva de Derechos y Libertades para proteger el medio ambiente*, en *RCHD* 4vol. 25 N° 1, 1998, pp. 175 a 203.

limitaciones específicas establecidas para otros derechos constitucionales, y en especial en relación con el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 inc. 2° parte final CPR).

La tesis que aquí se sostiene y las consecuencias que trae aparejada esta forma de entender el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR, tienen básicamente un apoyo en el texto literal de la propia Constitución y en la interpretación progresiva que de ellas se hace. En efecto, desde la perspectiva de la Dogmática Jurídica sigue siendo la interpretación del texto de la norma, el primero y fundamental método interpretativo<sup>158</sup>. El recurso a los elementos históricos, sistemáticos y comparativos, evidentemente juega un importante rol de apoyo<sup>159</sup>. Sin embargo, es la letra de la ley el primer dato del que el jurista debe partir<sup>160</sup>.

Pero la labor del jurista no se agota en la dureza de la letra de la norma, su interpretación debe ser progresiva. Si se entiende que el ordenamiento jurídico es algo mucho más dinámico que un mero conjunto de leyes dictadas con pretensión de permanencia, que es algo que se hace, que está en constante movimiento, que permanentemente debe estar dando respuestas a la realidad social a que pertenece y que pretende regular y dirigir, podrá entonces darse el verdadero alcance que tiene la labor hermenéutica<sup>161</sup>.

<sup>158</sup> "Jede Auslegung einer Rechtsnorm beginnt mit ihrer sprachlichen Interpretation". Cada interpretación de una norma comienza con la interpretación literal (traducción del autor). *Ekkehart Stein*, Staatsrecht, 13ª edición, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, p. 20.

<sup>159</sup> El recurso a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, el elemento histórico de interpretación, tiene importancia al momento de fijar el sentido y alcance del texto constitucional y representa un método de interpretación de uso común por parte de la doctrina especializada. En efecto, en especial las actas de las sesiones de trabajo de la CENC explican, en no pocas ocasiones el origen de una disposición y resultan de utilidad en la tarea interpretativa. Sin embargo, conviene preguntarse respecto del valor que tiene la interpretación histórica, atendidas las especiales circunstancias en que el trabajo de la CENC se desarrolló. El problema que plantea el método histórico en el caso de la CPR, dice relación con el déficit democrático que éste tiene (artículo 4 CPR). Ello nada tiene que ver con la autoridad moral y la altura intelectual de los integrantes de las comisiones, sin embargo, ello corresponde a otro método interpretativo, como lo es el recurso a la doctrina de los autores. Este argumento refuerza la idea de privilegiar el recurso al elemento literal en que se basa éste análisis progresivo de las normas en comento.

Los problemas que plantea el déficit de legitimación democrática siguen hoy tan vigentes como antes, por ejemplo en los procesos de integración subcontinental o en la entrega de porciones de soberanía a organismos internacionales, como podría ser un tribunal. Cfr. *Dietrich Murwies*, Maastricht und der Pouvoir Constituant, en *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, 32, 1993, pp. 161 y ss.

<sup>160</sup> "Im demokratischen Verfassungsstaat ist eine besondere Treue zum geschriebenen Wort der Verfassung zu verlangen". En el Estado democrático constitucional es exigida una particular lealtad a la letra de la Constitución (traducción del autor), *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, op. cit. p. 268.

<sup>161</sup> Cfr. *Emilio Betti*, Interpretación de la Ley y de los Actos jurídicos, pp. 125-126, quien señala que "En realidad el Ordenamiento Jurídico no es ni algo que ya está terminado (como puede creer una visión estática e inmovilizante, como la de Kelsen), ni un organismo que se desarrolla por sí mismo por mera ley natural: es

Entre las consecuencias de una interpretación progresiva del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR se cuentan:

- *El artículo 19 N° 8 CPR no contempla limitación por ley.* El artículo 19 N° 8 no establece una cláusula de reserva que permita limitar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Lo que permite la CPR es que la ley pueda establecer restricciones a otros derechos distintos del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación para asegurar la protección ambiental. Por el contrario, no establece una cláusula que habilite al legislador para limitar el propio derecho al medio ambiente incontaminado. En consecuencia, dicho derecho no reconocerá más límites que los de carácter inmanente al texto constitucional, pero no así aquellos de carácter ex lege. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación estará limitado sólo por las demás disposiciones constitucionales y en especial por el límite inmanente que supone la vigencia de los demás derechos y garantías constitucionales que el artículo 19 CPR establece.
- *Limitación con una finalidad específica.* El artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR se refiere a la posibilidad de limitar el *ejercicio de derechos o libertades para proteger el medio ambiente*. Desde esta perspectiva es posible extraer las siguientes conclusiones:
  - *Decisión política de la limitación.* Podrán producirse situaciones en que el legislador tenga que valorar (y enfrentar) el ámbito de aplicación que corresponde al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, frente al ámbito de aplicación de otros derechos y libertades. Aquí operarán las condiciones normales de la decisión política-legislativa. Debiendo tener en cuenta eso sí, que el derecho establecido en el 19 N° 8 no reconoce limitación alguna, salvo aquellas que se deriven del propio texto constitucional y en especial, como se dijo, las que se derivan de su propio ámbito de aplicación.
  - *Finalidad de la limitación.* La justificación de la limitación a derechos y libertades será la protección del medio ambiente. Esto es, para la CPR la finalidad de protección ambiental juega un papel tan importante, resulta ser un bien jurídico de tal envergadura, que justificará siempre la limitación de derechos y libertades, de cualquiera de ellos. Se trata de una cláusula de reserva cualificada, en cuanto la única justificación que podrá argüir el legislador para fundamentar una limitación a derechos o libertades con base en el artículo 19 N° 8 inc. 2° será la protección del medio ambiente. El legislador deberá poner en la balanza el bien jurídico protección del medio ambiente frente a otros

---

algo que no es sino que se hace, en acuerdo con el ambiente social históricamente condicionado, precisamente por la obra asidua de la interpretación. Bien se entiende, sin embargo, que el alcance o eficacia evolutiva es sólo una consecuencia y, pese a todo, inconsciente del proceso hermenéutico".

derechos. Este matiz es interesante, dado que lo que se protege por la norma del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR es el medio ambiente como bien jurídico *per se*, no el derecho a él establecido en el inc. 1° del 19 N° 8, con lo que el objeto sobre el que se proyecta la protección ambiental es mucho más amplio. Baste recordar lo dicho a propósito del objeto y contenido del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el cual no coincide con el concepto más amplio de medio ambiente fijado por el artículo 2 letra II) de la LBGMA.

- *Amplitud de la limitación.* Evidentemente la limitación de algunos derechos y libertades se encuentra naturalmente vinculada a la protección ambiental. Otros, por el contrario, se verán favorecidos por el límite impuesto. Ejemplo de los primeros, derecho a adquirir toda clase de bienes, derecho a la propiedad privada, derechos a desarrollar cualquier actividad económica, derecho al trabajo, libertad de desplazamiento, derecho de reunión<sup>162</sup>. Dentro del segundo grupo se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud.
- *Mandato negativo al legislador.* La consecuencia necesaria de lo anterior es que la disposición comentada establece un mandato negativo a la actividad legiferante del Congreso Nacional. De no existir la norma en comento, frente a una situación de tensión producto de la confrontación entre el bien jurídico protección del medio ambiente versus por ejemplo, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica o a la libre actividad empresarial (artículo 19 N° 21 inc. 1° CPR), el legislador podría inclinar la balanza en uno u otro sentido, esto es, limitando uno u otro (bien jurídico/derecho) en beneficio del opuesto, dependiendo de la opción política que en ese momento se asuma. Y en los hechos podría incluso, olvidar la protección ambiental en aras de un crecimiento económico irrestricto, toda vez que no estaría considerada dentro de los bienes jurídicos que justifican la limitación de derechos y libertades constitucionales. Con el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR lo que se prohíbe implícitamente, es que frente a una tensión como la descrita, el legislador pueda permitir ataques al medio ambiente que supongan una pérdida de valor del bien jurídico frente a la del derecho que se le opone.

Es claro que el ejercicio de otros derechos constitucionales, como por ejemplo, el ya señalado, a desarrollar cualquier actividad económica entraña necesariamente una dosis de menoscabo al medio ambiente, dada la imposibilidad de alcanzar una contaminación "cero". Lo que ocurre es que en virtud del artículo 19 N° 8 inc. 2° una situación de tensión entre ambos no podría ser resuelta limitando la protección ambiental más de lo que comparativamente se limita la libertad de empresa<sup>163</sup>. La mejor prueba de lo dicho

<sup>162</sup> Cfr. Julio Lavín, *Legislación Restrictiva de Derechos...*, op. cit. p. 192.

<sup>163</sup> Como es lógico, la interpretación propuesta no puede llevarse al extremo y arrojar como resultado la desna-

se encuentra en la propia LBGMA, en la que se incorpora el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En virtud de ella, el ejercicio de actividades económicas debe someterse a un procedimiento previo que determine el grado de afectación que al medio ambiente pueda ocasionar, señalándose las acciones que se adoptarán para impedir o minimizar esos efectos adversos. Con lo que la libertad empresarial (artículo 19 N° 21 CPR) viene a ser limitada en su ejercicio por razones de prevención ambiental, ya que sólo podrá ejercerse una determinada actividad empresarial, cuando habiéndose sometido a las condiciones y requisitos que dicho mecanismo de evaluación le impone, obtenga una calificación ambiental favorable.

#### 4.2.2 Condiciones para la limitación

La limitación al ejercicio de derechos y libertades en favor de la protección al medio ambiente no es libre. De acuerdo con los artículos 5 inc. 2° y 19 N° 2, N° 8 inc. 2° y N° 26 CPR, el legislador deberá observar una serie de requisitos para que la limitación sea efectuada de un modo que resulte conforme a la Constitución. Los *límites de los límites* son los siguientes:

- *Limitación por ley.* Este límite tiene su apoyo en el citado artículo 19 N° 8 inc. 2°. Se trata de una cláusula de reserva legal, que como es obvio, señala que el poder competente para la formulación de la norma de limitación será el legislativo. Se ha señalado que se reserva a la ley de origen parlamentario o ley en sentido formal, la regulación de las garantías constitucionales (artículo 61 inc. 2° CPR). Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada desde una doble perspectiva. En primer término debe aceptarse que toda norma puede afectar al ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. El propio poder ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria, e incluso dictando un Decreto con Fuerza de Ley, a pesar de estar haciendo objeto de su regulación materias distintas de los derechos y garantías constitucionales, puede incidir indirectamente en el ejercicio de los mismos. Por ejemplo, el reglamento del Conservador de Bienes Raíces, evidentemente, incide sobre el derecho de propiedad. La reserva a la ley en materia de derechos constitucionales debe entenderse hecha a la regulación que recae de forma directa sobre el derecho, la que incide en la sustancia de éstos, mas no a aquellas regulaciones que accidental o indirectamente puedan incidir sobre los derechos y garantías constitucionales.

---

ruralización del derecho o que en la práctica se impida el ejercicio del mismo. Dicha interpretación supondría un choque al límite del contenido esencial del derecho, que debe ser respetado por toda ley que imponga una limitación al mismo (artículo 19 N° 26). Asimismo, chocaría con una de las reglas de interpretación constitucional, en cuanto ésta debe propender a la armonización del texto constitucional, de manera de no soslayar la aplicación de ninguna disposición. \* \*

La segunda matización dice relación con la intervención del reglamento en el desarrollo de la norma legal que regula el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Si bien es cierto, el constituyente entrega al legislador la regulación del ejercicio de las garantías constitucionales, no es menos cierto que es facultad del Presidente de la República la de "*dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*" (artículo 32 N° 8 CPR). Consecuentemente, la ley, como norma general y abstracta que es, no puede entrar en los *detalles* de la regulación, la ley no puede ni debe ser casuística, mucho menos si se trata de una ley que limite derechos constitucionales. La particularización corresponde al Presidente de la República por medio del reglamento de ejecución, sin perjuicio de la dictación de los actos de aplicación del Ordenamiento Jurídico como los decretos e instrucciones.

- *Limitaciones específicas.* El segundo requisito radica en que se debe tratar de "*restricciones específicas*" al ejercicio del derecho (artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR)<sup>164</sup>. Cuando el texto constitucional señala que la limitación al derecho debe ser específica se está refiriendo a la intensidad de la regulación legal que establece la restricción al ejercicio del derecho, pero no se está refiriendo al ámbito de aplicación, es decir, al número de casos que ésta abarca. Toda vez que atendido el carácter general y abstracto de la ley, el número de casos o individuos a los que concierne la limitación serán indeterminados. En consecuencia, el legislador deberá señalar detalladamente las clases de límites a los que se somete el ejercicio del derecho, por ejemplo impone a un tipo de actividad productiva el sometimiento previo a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, o dispone el etiquetado de un producto elaborado con material transgénico. Tal como se señaló en el numeral anterior, en este caso no cabrán las remisiones genéricas a la potestad reglamentaria en el sentido de permitir que sea el ejecutivo quien señale en qué consistirán las restricciones. Estas deben venir establecidas por la ley, sin perjuicio de que el desarrollo en detalle de las mismas se entregue al reglamento (por ejemplo el RSEIA) y sin perjuicio, además, de que su aplicación se haga, como es lógico, por una resolución administrativa<sup>165</sup>.
- *Limitación de derechos determinados.* Estas restricciones deben referirse sólo a

<sup>164</sup> En la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 185 de 28 de febrero de 1994, se señala respecto de este requisito que "*esas "restricciones" específicas la Constitución las prevé para los "estados de excepción constitucional" (artículos 39 a 41 de la Constitución Política) y no para situaciones de normalidad constitucional en las que se mueve el legislador en este proyecto, por lo cual la disposición analizada excede notoriamente la normativa fundamental...*" Esta sentencia se pronunciaba sobre la constitucionalidad del proyecto de ley de bases generales del medio ambiente y llegó a una interpretación que no se reiteraría en la jurisprudencia constitucional. Para una visión crítica, se puede ver: *Eduardo Aldunate Lizana, La Constitución Monárquica del Poder Judicial, en RDUCV, XXII, 2001.*

<sup>165</sup> En el mismo sentido, *Julio Lavín, Legislación Restrictiva de Derechos...*, op. cit. p. 192.



*"determinados derechos o libertades"* (artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR). En principio, ello significaría que deben señalarse determinadamente los derechos que serán limitados por la ley<sup>166</sup>. Sin embargo, en la práctica este tercer requisito en ocasiones puede quedar comprendido en el anterior, ya que cuando la ley establece una restricción, generalmente no dice que se aplica a tales o cuales derechos, ya que la propia naturaleza de la restricción determinará el derecho al que afecta<sup>167</sup>. Así las cosas, en el típico caso de la restricción vehicular, la ley del tránsito establece que se puede decretar esta medida, pero no dice que afecta al derecho de propiedad y a la libertad de circulación, ya que es evidente que por la naturaleza de la medida afecta a tales derechos. Igual cosa ocurre en el ejemplo de las actividades que deben someterse al SEIA, la LBGMA no dice expresamente que se limita el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N° 21 inc. 1° CPR), pero es lógico que se trata de una limitación acotada, en cuanto sólo las actividades enumeradas en el artículo 10 LBGMA deberán someterse al procedimiento de evaluación. En definitiva, lo que prohíbe esta parte de la norma constitucional es que el legislador pueda efectuar declaraciones genéricas, o que permitiesen una interpretación extensiva de los límites a los derechos.

- *No debe tratarse de limitaciones particulares.* Un aspecto que no necesariamente se desprende a partir de las restricciones a las posibilidades de limitación hasta aquí analizadas, es la relativa a la imposibilidad de limitar un derecho o libertad a través de una ley referida a un solo caso o a una situación concreta<sup>168</sup>. La prohibición de una limitación contenida en una ley de caso particular se desprende no del citado artículo 19 N° 8 inc. 2°, sino que fluye de la operatividad de otras garantías constitucionales, como la del 19 N° 2 inc. 2°: *"Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"*, y del artículo 19 N° 20 inc. 1° frase final, *"la igual repartición de las demás cargas públicas"*.
- *La limitación sólo se dirigirá a la protección ambiental.* Como se había señalado más arriba, el límite tiene como finalidad obtener la protección ambiental. No podrá

<sup>166</sup> En el Derecho constitucional alemán existe un requisito similar, en cuanto la ley que limita un Derecho Fundamental debe citar el derecho que se limita, nombrando el artículo de la Ley Fundamental que lo contiene, ello según artículo 19.1 última frase GG: *Außerdem muss das Gesetz das Grundrecht unter Angaben des Artikels nennen* (Fuera de eso, la ley deberá nombrar el Derecho Fundamental por su artículo).

<sup>167</sup> Corroborar esta aseveración la circunstancia de que la doctrina que se ha encargado del tema, no se ha ocupado del análisis de este requisito, sino que lo ha sustituido por otro, señalando que *"Los derechos fundamentales que pueden ser restringidos no son cualquiera de los enumerados en el artículo 19 de la Constitución, sino sólo aquellos que cuyo ejercicio, en forma directa, puede comprometer el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación"*. Julio Lavín, *Legislación Restrictiva de Derechos...*, op. cit. p. 192.

<sup>168</sup> Se tratará de una ley de caso particular cuando la ley diga expresamente que se aplica a un determinado caso y destinatario; o cuando la ley en la práctica, y por las condiciones que ésta señala, resulte de aplicación a un sujeto y caso particular.

el legislador invocar el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR para justificar limitaciones a derechos constitucionales, que tengan por finalidad alcanzar otros objetivos (por ejemplo la protección de la salud de las personas), por muy plausibles que éstos fuesen.

- *Limitación sujeta al artículo 19 N° 26 CPR.* Fuera de lo dicho, la limitación de derechos y libertades en aras de proteger el medio ambiente, también encuentra una frontera que no puede traspasar, ya que la Ley no podrá, constitucionalmente, “afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (artículo 19 N° 26 CPR). Esta disposición impone, por lo menos, dos clases de condiciones a la ley de limitación:

- *La ley no podrá afectar el contenido esencial del derecho.* Por consiguiente, la ley no puede limitar de tal forma un derecho que “por razón de sus normas lo priva de lo que le es consustancial, es decir, cuando ese derecho deja de ser reconocible”<sup>169</sup>. En cuyo caso el derecho habrá sido afectado en su contenido esencial<sup>170</sup>.
- *La ley no podrá imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio del derecho.* La segunda parte del artículo 19 N° 26 CPR presenta un vasto campo para el análisis dogmático jurídico, baste con señalar, por ahora, que en él se contiene implícitamente un reconocimiento al principio de proporcionalidad que debe guiar la actuación legislativa<sup>171</sup>, sobre todo si ésta es restrictiva de derechos. Pero además supone una apreciación del caso en concreto, de una persona en una situación particular, para determinar si esa limitación impone una condición, tributo o requisito que impide el ejercicio del derecho<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> Tribunal Constitucional, Sentencias 24.02.87, Rol N° 43, Considerandos 21; 14.11.94, Rol N° 200, Considerandos 4; 20.10.98, Rol N° 280, Considerando 29.

<sup>170</sup> Sobre el tema, sobre todo, *Peter Häberle*, *Die Wesensgehaltgarantie des artikels 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª edición, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1983.

<sup>171</sup> En virtud de dicho principio, el contenido de la limitación debe ser adecuado al fin que se persigue, esto es, adecuado para la protección ambiental.

<sup>172</sup> Así por ejemplo el artículo 10 n) LBGMA dispone que deben someterse al SEIA “los proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos”. En virtud de dicha disposición, en la práctica, todo proyecto de explotación acuícola debe someterse al mencionado sistema, vale decir, desde el proyecto industrial orientado a la exportación, de salmónidos, hasta el proyecto de cultivo artesanal y de subsistencia de alga gracilaria. Sin embargo, la exigencia de la previa aprobación de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental en uno y otro caso tienen una incidencia distinta. En primer lugar porque el cultivo de algas, lejos de significar un impacto ambiental, en muchas ocasiones representa un mejoramiento del medio ambiente en que se desarrolla. Y además por los costos que la realización de una DIA implica. En el caso del cultivo de algas, el costo de la DIA representará acaso las ganancias de un buen año de trabajo.

### 4.3 Limitaciones a derechos en particular

El artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR no restringe la posibilidad de limitación a unos determinados derechos del catálogo del artículo 19 CPR. La exigencia de que se limite derechos determinados, dice relación, como se dijo, con la enunciación del derecho que será objeto de restricción, pero no con un número acotado de ellos. Sin embargo, en la práctica existen algunos que por el ámbito de aplicación y desarrollo que le son propios, se encuentran de un modo más directamente relacionado a la protección del medio ambiente. En este apartado será examinada la relación que existe entre protección ambiental y los derechos de propiedad y a desarrollar actividades económicas, toda vez que se trata de los derechos constitucionales que se ven más concernidos por la protección ambiental.

#### 4.3.1 Derecho de propiedad

El artículo 19 N° 24 CPR establece el derecho de propiedad privada en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. La amplitud de esta definición ha llevado al denominado fenómeno de “*propietarización*” del Derecho chileno<sup>173</sup>, en cuanto todo es susceptible de propiedad privada, incluso los derechos subjetivos, respecto de los cuales el artículo 583 del Código Civil chileno reconoce sólo “*una especie de dominio*”, con la consecuente pérdida de virtualidad práctica de los mismos, lo cual va en contra de la tradición jurídica que el Derecho chileno presentaba en la materia.

Sin embargo, lo que aquí interesa destacar es que a pesar de la fortaleza constitucional que este derecho en principio presenta<sup>174</sup>, se admite la posibilidad de que la ley establezca limitaciones y obligaciones derivadas de la función social que la propiedad privada debe cumplir. En efecto, a pesar de que la Constitución chilena de 1980 en muchos

<sup>173</sup> Sobre el tema Cfr. *Alejandro Vergara Blanco*, La propietarización de los derechos, Revista de Derecho, Vol. XIV 1992, pp. 281-291. También se había manifestado en contra *Jorge López Santa María*, Los Contratos parte general, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1986 (hay ediciones posteriores), pp. 207 a 210.

<sup>174</sup> La demostración de dicha fortaleza se encuentra en el propio artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR, el cual dispone que: “*Sólo la ley podrá establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las obligaciones que deriven de su función social*”. Y el inc. 3° señala además que: “*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador*”. En la práctica la fortaleza del derecho de propiedad queda demostrada también por el constante llamado a éste como fundamento de un gran porcentaje de los recursos de protección que se interponen. Sobre el particular, sobre todo, *Jésica Fuentes Olmos*, El Derecho de Propiedad en la Constitución y la Jurisprudencia, Recursos de Protección e Inaplicabilidad 1981-1996, Ed. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998.

de sus preceptos rememora una reacción a la crisis institucional que desembocó en los acontecimientos de septiembre de 1973, recoge un concepto de dominio que avanza desde la concepción que se tenía en el Estado liberal-burgués del siglo XIX, a la de un Estado social, propia de la segunda mitad del siglo XX. Es decir, se pasa de la propiedad como un poder omnímodo, en cuyo seno no cabe ni limitaciones ni cargas, sin estar obligado a atender al interés de los demás y mucho menos al bien común<sup>175</sup>, a una propiedad privada garantizada fuertemente, pero que puede ser limitada en razón de la función social que le corresponde cumplir. En consecuencia, el concepto del derecho de propiedad, su contenido, *ya no está integrado solamente por un poder de libre disposición, sino también por deberes y obligaciones derivadas de las exigencias del principio constitucional de la función social*<sup>176</sup>.

Dentro de las limitaciones y obligaciones que comprende la función social se encuentran aquellas que reclama la *"conservación del patrimonio ambiental"*. En efecto, el artículo 19. N° 24 inc. 2° CPR dispone: *"Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental"*.

### *Planteamiento del problema*

Hasta antes de la entrada en vigencia de la LBGMA la interpretación de la norma del artículo 19 N° 24 inc. 2° no planteaba problemas, en cuanto se estimaba que la conservación del patrimonio ambiental era una expresión sinónima de la protección del medio ambiente (artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR). Sin embargo, la doctrina especializada había anticipado, incluso antes de la LBGMA, que las nociones de medio ambiente (artículo 19 N° 8 inc. 1° CPR), naturaleza (artículo 19 N° 8 inc. 1° parte final CPR) y patrimonio ambiental (artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR) utilizadas por la Constitución chilena no eran sinónimos<sup>177</sup>. Ello no encontró eco en la jurisprudencia, la que las había considerado sinónimas<sup>178</sup>. La LBGMA confirmó la posición doctrinal al señalar en su

<sup>175</sup> La mejor prueba de ello se encuentra en el artículo 582 inc. 1° del Código Civil, que data del siglo XIX (1857), y que como hijo de su tiempo que es, está claramente impregnado de la idea liberal. En él se dispone que: *"El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno"*.

<sup>176</sup> Rafael Colina Garea, La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 176.

<sup>177</sup> Cfr. Rafael Valenzuela Fuenzalida, El recurso constitucional de protección..., op. cit. p. 189.

<sup>178</sup> Dicha jurisprudencia señalaba que: *"el medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite*

artículo 2 definiciones separadas para los conceptos de medio ambiente, protección ambiental, preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental. No obstante este importante dato, cuando se analiza el fondo de las definiciones de la LBGMA, queda demostrado, como se verá, que la distinción entre protección del medio ambiente y conservación del patrimonio ambiental es sólo parcial.

### *Función social: conservación del patrimonio ambiental*

El derecho de propiedad puede ser limitado dada su función social, uno de cuyos aspectos es el derivado de los requerimientos que impone la conservación del patrimonio ambiental<sup>179</sup>. Dicho concepto fue definido por la LBGMA, la cual en su artículo 2 letra b) señala que la conservación del patrimonio ambiental consiste en: *“el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”*.

La definición legal de *conservación del patrimonio ambiental* permite efectuar una distinción entre las acciones de conservación, el objeto, “el objeto potenciado” sobre los que dichas acciones recaen y la finalidad de las mismas. Por ahora, será suficiente con aclarar que la acción de conservación se ejerce sobre un objeto determinado que se identifica con los componentes del medio ambiente. Dichos componentes o elementos del medio ambiente son los que han sido enunciados en la definición de medio ambiente del artículo 2 letra II) LBGMA, es decir, son *“elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural”*.

Entonces, si la conservación del patrimonio ambiental se ejerce sobre los elementos del medio ambiente, debe entenderse que el “patrimonio ambiental” coincide con los componentes o elementos del medio ambiente, y en definitiva con “medio ambiente”.

---

*el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la Flora y Fauna, todo lo cual conforma la Naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven”*. Sentencia de la CA de Arica de 21 de agosto de 1985. Citada por Rafael Valenzuela Fuenzalida, El recurso constitucional de protección..., op. cit. p. 189.

<sup>179</sup> El artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR corresponde, al igual que el artículo 19 N° 8 inc. 2°, a una cláusula de reserva legal de carácter cualificado. Sin embargo, en este caso la cualificación es doble. Por una parte, la limitación a la propiedad privada sólo podrá tener por objeto la función social que esta debe cumplir. Pero además, esa función social sólo podrá comprender alguno de los bienes jurídicos que el artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR señala. Con lo que una limitación fundada en la función social de la propiedad (única posible justificación de una limitación), no podrá incorporar bienes jurídicos distintos a los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Por tanto, deberá concluirse forzosamente que, al menos, a partir de la LBGMA medio ambiente y patrimonio ambiental son nociones sinónimas dado que éste comprende los elementos de aquél. De este modo, la apuntada disconformidad de conceptos utilizada por el constituyente se supera al menos respecto de los conceptos de medio ambiente y patrimonio ambiental<sup>180</sup>.

En definitiva, la limitación del derecho de propiedad en aras de su función social medioambiental, impone la realización de las actividades necesarias para garantizar la conservación del patrimonio ambiental, o lo que es lo mismo, la conservación de los elementos ambientales. En virtud de ella estará permitido el uso y aprovechamiento de los elementos ambientales que queden dentro del dominio, pero sólo de forma racional, lo cual, a su vez, conecta con las exigencias que se desprenden del desarrollo sustentable. Pero además, impone la obligación de reparación, es decir, la de reponer el medio ambiente o algunas de sus calidades básicas<sup>181</sup>.

Consecuentemente, la conservación del patrimonio ambiental puede imponer al titular de un derecho de propiedad no sólo límites al ejercicio de su derecho, por ejemplo los derivados de un aprovechamiento racional, sino que además puede encaminar dichos límites al logro de ciertos fines establecidos en la ley (asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes). Y además puede conllevar el cumplimiento de obligaciones sobre el propietario<sup>182</sup>, como las de reparar los elementos que conforman el medio ambiente y que se encuentren dentro de la esfera protegida por su derecho de propiedad.

Una aplicación de la idea anterior es posible encontrarla en la sentencia de 25 de agosto de 1994 de la CA de Santiago, la cual pronunciándose sobre la restricción vehicular en la capital chilena, afirma que: *"la función social que tiene la propiedad, señala, entre las limitaciones y obligaciones que derivan de tal carácter, entre otras, 'la conservación del patrimonio ambiental'".* Con base en dicha función social la CA justifica la posibilidad de restringir la circulación de vehículos imponiendo la carga de someterse a un calendario para su uso. Finalmente señala que: *"Por estas razones debe concluirse que la restricción vehicular no viola el derecho de propiedad, ya que la misma Constitución consulta la*

---

<sup>180</sup> Esta interpretación sólo podría ser rebatida si se considerara que el sistema o ecosistema que esos elementos conforman no constituye un elemento ambiental. Sin embargo, lo ambiental en sí mismo supone necesariamente la idea de un sistema, más que una suma de elementos.

<sup>181</sup> Rafael Valenzuela Fuenzalida, El recurso constitucional de protección..., op. cit. p. 182, extrae como consecuencia que en virtud del mandato de conservación del patrimonio ambiental: *"quedó reconocida y consagrada la 'función ambiental' de la propiedad"*.

<sup>182</sup> Debe tenerse en cuenta que el artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR, admite no sólo la imposición de limitaciones, sino también de obligaciones, como lo sería por ejemplo, la de reparación.

*posibilidad de restringirla para la conservación del patrimonio ambiental”.*

### *Limitaciones con base en otros fines de la función social*

La función social/conservación del patrimonio ambiental, permite fundar una limitación y unas obligaciones al titular del derecho de propiedad que recaen sobre bienes ambientales. Dicha limitación permitirá, en todo caso, la posibilidad de uso y aprovechamiento racional de tales bienes. Se plantea ahora el problema relativo a si será posible limitar el derecho de propiedad para alcanzar otros fines que tiendan a la protección del medio ambiente fuera de la conservación ambiental, por ejemplo: ¿Podría limitarse el derecho de propiedad para alcanzar la preservación de la naturaleza? Y si se estimase que la preservación de la naturaleza permitiría limitar la propiedad, ¿encontraría dicho fin apoyo en el artículo 19 N° 24 inc. 2°? Dado que dicha norma constitucional dispone la limitación con base en la función social, la que puede tender a alcanzar diversos fines, entonces en la enumeración que se efectúa en la segunda parte de la norma<sup>183</sup>, se utilizan términos suficientemente amplios que permitirían incorporar una limitación en aras de la preservación de la naturaleza en alguno de los otros límites que supone la función social. Por ejemplo, en una limitación fundada en los intereses generales de la Nación o en la salubridad pública<sup>184</sup>.

Sin embargo, semejante interpretación choca con lo dispuesto en el inc. 3 del artículo 19 N° 24 CPR, el cual, como se recordará, dispone que: *“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre el que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación...”* Entonces una ley que permite una limitación al derecho de propiedad en razón de su función social consistente ahora en el *interés general de la Nación/preservación de la naturaleza*, importaría, en la práctica, privar de las facultades de gozar de los frutos del dominio, toda vez que no permitirá bajo ningún supuesto su disposición material o su explotación ya que ésta atentaría contra la mantención de los ecosistemas, única acción permitida bajo el concepto de preservación de la naturaleza. Una norma que limita totalmente la posibilidad de aprovechar los frutos del dominio privaría de una de las facultades de este derecho, con lo que estaría expropiando parcialmente el derecho, con

<sup>183</sup> Recuérdese que el artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR, en su segunda parte se señala que: *“Esta [función social] comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación ambiental”.*

<sup>184</sup> Se descarta que una limitación destinada a alcanzar la preservación de la naturaleza pueda apoyarse en la conservación del patrimonio ambiental, atendido el explícito objetivo que a una y otra le ha dado el legislador. La primera tiende a *asegurar la mantención* de las especies y ecosistemas (artículo 2 p) LBGMA), la segunda al *uso y aprovechamiento racionales* de los Bienes ambientales (artículo 2 b) LBGMA).

la consecuente obligación del Estado de indemnizar.

Ello lleva a concluir, en definitiva, que las limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social de la propiedad en su vertiente ambiental, sólo podrían venir impuestas desde la perspectiva de la conservación del patrimonio ambiental, concepto que permite una explotación de forma limitada y que incorpora la obligación de un desarrollo sustentable, más la reparación. Por el contrario, cuando la limitación del derecho se realiza en aras de proteger otros bienes jurídicos, como la preservación de la naturaleza, la ley que limita sería de carácter expropiatorio, dado que impide totalmente la explotación, y priva de una de las facultades inherentes al dominio, con lo que surge el derecho del titular a ser indemnizado. Por el contrario, si la definición del artículo 2 letra p) LBGMA hubiere considerado la posibilidad de utilización racional de los bienes ambientales, podría haber sido subsumido dicho bien jurídico en alguna de las demás finalidades de la función social de la propiedad, acaso, el interés general de la Nación.

En el ámbito jurisprudencial, lo expuesto encuentra una apoyatura. La CA de Santiago en su sentencia de 30 de mayo de 1990, nuevamente en un asunto relacionado con la restricción vehicular, señala que: *"La ley, sin que ello signifique expropiación, puede limitar el derecho de propiedad o imponer obligaciones al propietario por causas justificadas, que no pueden ser otras que aquellas que deriven de su función social, concepto que comprende, como ya se ha expresado, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental"*. Es decir, el Tribunal entiende que las limitaciones derivadas de la función social no son indemnizables. En el caso en comento, se trata de una limitación, mas no de una privación de alguna de las facultades derivadas del dominio, dado que los propietarios de vehículos pueden ejercer su derecho durante los días no comprendidos en el calendario de restricción o por las vías no comprendidas en la medida. Y más adelante la CA recurre a las actas de la CENC cuando dice que se puede: *"por ley limitar el ejercicio del dominio o imponer obligaciones a su propietario en aras de la función social de aquél, siempre que no se atente contra la esencia del derecho mismo, cuyos son sus atributos o facultades, pues, en este último caso, es necesario expropiar y pagar la indemnización correspondiente"*.

### *Limitación e indemnización*

La importancia de la norma constitucional estudiada, que admite establecer limitaciones al dominio con base en la función social de éste, radica en que al constituir *restricciones*, mas no privaciones o pérdida absoluta de alguna de las facultades que la propiedad privada comprende, éstas no son indemnizables. El sistema que la CPR establece se basa en la posibilidad de privar de alguna de las facultades propias del dominio o de su totalidad, sólo a través de un acto expropiatorio, previa declaración de la utilidad pública



del bien expropiado por una ley general o especial al efecto. Sólo en tal caso procede la expropiación (artículo 19 N° 24 inc. 3° CPR). Por el contrario, cuando se trata de limitaciones, ellas son entendidas como parte de las restricciones propias del derecho, que en su ejercicio debe soportar el titular en favor de la sociedad<sup>185</sup>.

### *Relación entre los N°s 8 inc. 2° y 24 inc. 2° del artículo 19 CPR*

Una nueva interrogante se plantea respecto de la relación existente entre las cláusulas de reserva legal establecidas en el artículo 19 N° 8 inc. 2° y en el 19 N° 24 inc. 2° CPR. ¿Podría limitarse el derecho de propiedad con base sólo en el artículo 19 N° 8 CPR? Y ello, dado que, como se ha concluido, el artículo 19 N° 8 inc. 2° hace una referencia genérica a derechos y libertades. Existen diversos argumentos para responder negativamente. Si se aceptara que el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR también habilita al legislador para imponer limitaciones al derecho de propiedad, habría que concluir que la existencia de una cláusula de limitación con base en la función social/conservación del patrimonio ambiental carecería de sentido. En efecto, esta última constituye una cláusula de reserva doblemente cualificada<sup>186</sup>. En cambio, la cláusula del artículo 19 N° 8 inc. 2° es sólo cualificada. Es decir, la limitación con base en esta última disposición tenderá a una finalidad más genérica, como la de protección del medio ambiente, que la específica de conservación de patrimonio ambiental<sup>187</sup>. Así una respuesta positiva a la cuestión planteada convertiría en superflua la disposición del artículo 19 N° 24 inc. 2°, al

<sup>185</sup> Esto al menos en teoría, toda vez que la conocida doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia de 02.12.1996, Rol N° 245, razonaba en su considerando 42º: "*Que, interpretando las normas constitucionales en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran el texto, este Tribunal estima que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado*". A ello se agregan algunas posiciones doctrinales a favor de la indemnización de perjuicios por la actuación lícita de la Administración. Osvaldo Oelckers Camus, Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado, en RDUCV, N° XI 1987, p. 67 y ss. En contra de dicha postura, Alvaro Quintanilla Pérez, Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El caso de la doctrina Galletué, en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, Diciembre de 2004, N° 12. Eduardo Aldunate Lizana, Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado, en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, Diciembre de 2000, N° 2.

<sup>186</sup> Como se recordará la limitación supone función social y además con un fin específico de conservación.

<sup>187</sup> Protección del medio ambiente y conservación del patrimonio ambiental conforman dos conceptos que, como se concluyó, parcialmente son sinónimos. Esta coincidencia se refiere a que ambos recaen sobre un mismo objeto, medio ambiente y los elementos que los conforman. La diferencia radica en las acciones que suponen uno y otro (mejora del medio ambiente, uso y aprovechamiento racional).

menos desde la perspectiva de la conservación del patrimonio ambiental.

Asimismo, dado que de lo que se trata es de limitar un derecho constitucional, habrá que concluir que la interpretación por la que debe optarse es la que permite de mejor manera la vigencia del derecho (*in favor libertatis*), tal es la arriba expuesta. En conclusión, el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR efectivamente no permitirá una limitación de todo derecho o libertad. Ya que el derecho de propiedad, desde la perspectiva ambiental, sólo podrá ser limitado con base en el mencionado artículo 19 N° 24 inc. 2° CPR.

#### 4.3.2 Derecho a desarrollar actividades económicas

El artículo 19 N° 21 inc. 1° CPR dispone: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. Por su parte el inc. 2° de dicha disposición establece las bases constitucionales sobre las que podrá admitirse el desarrollo de actividades económicas por parte del Estado<sup>188</sup>.

El ejercicio de este derecho conlleva necesariamente alteraciones y daños al medio ambiente<sup>189</sup>. Sin embargo, conviene cuestionarse esta aseveración, que representa casi un dogma. Si se desciende al análisis de un caso en concreto, por ejemplo, un cultivo de salmones en un centro acuícola ubicado en un fiordo de la XI Región. Evidentemente, desde una perspectiva estrictamente ambiental ese cultivo está ocasionando una alteración ambiental. Desde que se realiza la actividad productiva ese medio ambiente ya no es y tal vez no volverá a ser nunca como era antes. El ejemplo propuesto vale prácticamente para cualquier actividad económica. Sin embargo, esta es la perspectiva estrictamente ecológica, que no coincide con la perspectiva jurídica, la que, como se verá, debe fundarse en el principio de desarrollo sustentable. Corresponderá preguntarse, ahora desde la

<sup>188</sup> Artículo 19 N° 21 inc. 2° CPR: *El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.* Al respecto, José Luis Guerrero Becar, La libertad para desarrollar actividades económicas del artículo 19 N° 21 y la Constitución Económica, en *Revista Persona y Sociedad* N° , p. 141 y ss.

<sup>189</sup> Hasta donde se sabe, esta es la premisa sobre la que parten los análisis de la doctrina que se ha ocupado del tema. En palabras de David M. Driesen, *The economic dynamic of Environmental Law*, The MIT Press, Massachusetts, 2003 p. 123: “We need a more dynamic system of response to environmental problems, because a powerful dynamic tends to create and magnify environmental problems over time. Increasing population and consumption tend to increase resource consumption and pollution, thus worsening environmental problems. Incentives for innovation increasing environmental destruction may exacerbate this problem, especially the incentive to develop more efficient extraction technologies”.

perspectiva jurídica, si el Derecho ambiental, y en especial el administrativo ambiental, pone en una contradicción el derecho a desarrollar actividades económicas y la finalidad de protección ambiental. Así desde la perspectiva de la protección ambiental, ¿garantiza la Constitución la eliminación absoluta de contaminación? Y desde la perspectiva del derecho a realizar actividades económicas, ¿la realización de ellas excluye la protección ambiental? Ambas preguntas ponen de manifiesto la inutilidad e imposibilidad de plantear la relación entre protección del medio ambiente y actividad económica como una antítesis.

La Constitución no garantiza un medio ambiente absolutamente libre de contaminación. Ello nunca estuvo en la idea del constituyente<sup>190</sup>, y se vio confirmado con la definición del concepto medio ambiente libre de contaminación contenido en el artículo 2 m) LBGMA. Aún así, aquellas situaciones de conflicto entre bienes jurídicos, deberán ser resueltas conforme al principio de proporcionalidad (artículo 19 N° 26 CPR)<sup>191</sup>.

### *Límites al derecho*

Una lectura tradicional del artículo 19 N° 21 inc. 1° CPR indica que el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica se encuentra limitado, tanto por los conceptos jurídicos indeterminados como por la ley que regula el ejercicio del derecho<sup>192</sup>. Sin embargo, una interpretación progresiva y completa del precepto que establece el derecho, permite distinguir por un lado, cuatro clases de límites al derecho, y por otro, un mandato de regulación del derecho. A saber:

- *Límite conformado por el contenido del derecho.* Tal como ya se ha señalado, los derechos constitucionales no se encuentran garantizados de una manera ilimitada. Ellos encuentran una primera frontera en el contenido propio de los mismos. Esto es, en el ámbito de aplicación que estos tienen. En el caso del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el límite quedará dado por aquellas actividades

<sup>190</sup> En el seno de la CENC se planteó el debate relativo a un medio ambiente libre de "toda" contaminación, expresión que quedó descartada. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Ejemplar N° 39 p. 7. Cfr. Julio Lavín, Legislación restrictiva de los derechos, op. cit. p. 179.

<sup>191</sup> Dieter Cansier, Gefahrenabwehr und Risikoversorge im Umweltschutz und der Spielraum für ökonomische Instrumente, en Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1994, pp. 643 y ss.

<sup>192</sup> El mismo autor ha sostenido esta interpretación del precepto. Jorge Bermúdez, Sistemas sancionadores de protección ambiental, casos español y chileno, Tesis doctoral, Madrid 1998, en especial en p. 449 donde se señala, a propósito de la expresión "respetando las normas legales que la regulen", que: *En este segundo límite inciden un sinnúmero de disposiciones que de una u otra manera integran el Ordenamiento Jurídico económico y que fijan las bases del ejercicio lícito de este derecho (por ejemplo legislación sobre libre competencia, protección del consumidor, propiedad intelectual e industrial, etc.).*

que ya no tengan connotación económica, por ejemplo una actividad religiosa.

- *Límite conformado por la vigencia de otros derechos.* El derecho del ciudadano termina donde comienza el del vecino. Esta afirmación se basa en el principio de interpretación constitucional que expresa una comprensión armónica de sus disposiciones, de manera que ninguna de ellas se entienda derogada por la vigencia de la otra. Este principio tiene gran importancia en la relación existente entre derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y derecho a desarrollar cualquiera actividad económica. Tal como se señaló más arriba, siempre se ha planteado la dicotomía, de modo que la vigencia -ilimitada- del segundo, implicará una derogación del primero, y viceversa. Sin embargo ello no ha sido, ni es así. Los derechos y garantías constitucionales reconocen como límite externo a sí mismos, pero inmanente al texto constitucional, el ámbito de protección que supone la vigencia de otros derechos y garantías. En conclusión, el resultado será que bajo la vigencia de la CPR, nunca podrá, constitucionalmente, plantearse una contradicción entre ambos derechos, de modo que la vigencia de uno supusiera en la práctica la tácita derogación del otro, y ello porque ambos tienen su límite constitucional en la vigencia del otro<sup>193</sup>.
- *Límites abstractos señalados por la Constitución.* Los conceptos de moral, orden público o seguridad nacional corresponden a los típicos conceptos jurídicos indeterminados ubicados dentro de los hechos de la norma (hechos jurídicos). Como se sabe, se trata de nociones que son eminentemente variables y que deberán ser fijadas en cada caso en particular. La importancia de ellos radica en que frente a un caso en concreto, el concepto jurídico indeterminado admitirá sólo una solución justa, que será la adecuada para el caso, la que supone una valoración de las circunstancias y un pronóstico para el futuro, sobre la forma en que se aplicará la norma<sup>194</sup>.
- *Límites legales basados en la protección del medio ambiente.* Resulta aplicable en este punto lo señalado a propósito del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR (CI. 6.5 y CII. 5).
- *Regulación legal del derecho.* La parte final del artículo 19 N° 21 inc. 1° dispone que la actividad económica podrá ser ejercida *respetando las normas legales que la regulen*. La CPR distingue entre límites, regulaciones y complementos de derechos. Una comprobación de ello se encuentra en el artículo 19 N° 26 cuando señala que

<sup>193</sup> Cfr. *Bodo Pierros y Bernhard Schlink*, Grundrechte, op. cit. P. 52 y ss.

<sup>194</sup> Se destaca este extremo, dado que el concepto jurídico indeterminado no supone discrecionalidad ya que sólo habrá una solución válida para el caso. Por el contrario, las cláusulas discrecionales admiten un espectro de posibilidades, todas ellas en principio válidas. *Jorge Bermúdez*, El control de la discrecionalidad administrativa, en RDUCV 1996, N° XVII, pp. 275-284.

los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías *no podrán afectar los derechos en su esencia*. Este aspecto de la disposición resulta de gran interés, ya que lo que el legislador podrá hacer con base en el artículo 19 N° 21 inc. 1° CPR, será regular el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, mas no podría utilizar dicha norma para fundamentar un mandato de limitación. Más importante aún, la regulación del derecho que realice el legislador, y todo el desarrollo normativo que de él se haga en los reglamentos de ejecución, será una de las vías que aseguren la vigencia del mismo<sup>195</sup>.

### *Relación entre derecho y SEIA*

Como se sabe, la LBGMA introdujo el SEIA<sup>196</sup>. A partir de dicho sistema, aquellos proyectos o actividades, que se enumeran en el artículo 10 de la misma ley, que sean susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, sólo podrán ejecutarse previa evaluación de su impacto ambiental<sup>197</sup>. A partir de lo concluido arriba, cabe preguntarse si el SEIA constituye una limitación al derecho a realizar cualquier actividad económica, o se trata de una regulación de la actividad. La respuesta natural será que se trata de una limitación al ejercicio de un derecho, toda vez que antes de su entrada en vigencia, el desarrollo de los proyectos incluidos en el artículo 10 LBGMA no requerían del pronunciamiento previo<sup>198</sup>.

Sin embargo, un análisis profundo de la relación entre SEIA y derecho constitucional pone de manifiesto que no sólo incorpora una limitación al derecho, sino que además es una regulación que desarrolla, complementa y asegura al mismo. En efecto, el Estado, en la prosecución de la finalidad de protección del medio ambiente, no sólo restringirá derechos, sino que al mismo tiempo elaborará las condiciones para asegurar el desarrollo y protección del ejercicio de derechos y libertades. Así, la protección de determinados bienes o elementos ambientales, no podrá ser considerada como limitación al derecho, sino como un aseguramiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las demás libertades y también del derecho a desarrollar actividades económicas<sup>199</sup>.

<sup>195</sup> Hans H. Klein, Die Grundrechtliche Schutzpflicht, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1994, pp. 491-492. En el mismo sentido, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, op. cit. p. 129.

<sup>196</sup> Para una visión completa sobre el tema del SEIA, Eduardo Astorga Jorquera, *Derecho ambiental chileno, parte general*, Ed. LexisNexos, Santiago 2006, pp. 68 a 233.

<sup>197</sup> Al respecto [www.e-seia.cl](http://www.e-seia.cl).

<sup>198</sup> Cfr. Julio Lavín, *Legislación restrictiva de los derechos*, op. cit. p. 200.

<sup>199</sup> Cfr. Michael Kloepfer, *Interdisziplinäre Aspekte des Umweltsstaats*, op. cit. p. 15.

### *Caso práctico*

Un cultivo de salmones realizado en un lago, sin ningún tipo de consideración ni resguardo de las variables ambientales. Al cabo de un par de años, el lago se encuentra eutroficado, los cultivos sufren mortalidades producto de enfermedades, la fauna íctica ha desaparecido, devorada por los peces en cultivo escapados, etc. Como resultado del desastre ambiental, el centro de cultivo causante del daño, como los demás que se encontraban en el lago, sufren pérdidas de productividad y de imagen como sector productivo. Asimismo, el lago ya no atrae turistas a los hoteles y campings de las cercanías, dado su lamentable estado ambiental<sup>200</sup>.

El caso expuesto grafica claramente que la operación de una actividad productiva en malas condiciones ambientales, no sólo ocasiona un daño al medio ambiente, que en sí mismo debe ser considerado como bien jurídico constitucionalmente protegido, sino que además pone en peligro y en la práctica vulnera el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, no sólo del titular del centro de cultivo, sino de sus competidores, que se encontraban en el mismo medio ambiente, y de otras actividades económicas relacionadas a ese entorno, por ejemplo las actividades turísticas.

En conclusión, aquellas disposiciones legales que en principio aparecen como limitadoras de un derecho, que a simple vista suponen retraso, burocracia, disminución del crecimiento y costos para el empresario emprendedor -todas connotaciones negativas que se imputan al SEIA-, cuando se miran seria y objetivamente, más que límites, constituyen regulaciones del derecho, que lo complementan y que en definitiva lo garantizan. Tal es la paradójico e interesante del Derecho administrativo ambiental.

### *Conclusión*

La conclusión que fluye en esta parte del trabajo es que el derecho a desarrollar actividades económicas no supone un derecho a contaminar los bienes ambientales<sup>201</sup>. Se trata de una tesis jurídica, que permite la convivencia en sociedad y que no puede ser llevada al extremo en su aplicación práctica, ya que es obvio que el desarrollo de cualquier actividad humana conlleva potencialmente un cierto grado de contaminación. La CPR no garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente con contaminación en un nivel "cero", sino un medio ambiente con unos niveles aceptables de contaminación, los que se

<sup>200</sup> Cfr. *Jorge Bermúdez*, Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, en RCHD, Vol. 29 N° 2. pp. 423 a 440.

<sup>201</sup> Se trata de una conclusión que no es nueva. Cfr. *Dietrich Murswiek*, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, in Deutsches Verwaltungsblatt 1999, pp. 79 y ss.

fijarán por las normas técnico-jurídicas del Derecho administrativo ambiental (normas de calidad ambiental y de emisión). Mientras la actividad económica se mueva dentro de dichos parámetros, estará operando dentro del campo propio garantizado por el artículo 19 N° 21 inc. 1° CPR, sin invadir ni lesionar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Asimismo, el desarrollo de cualquier actividad económica supondrá, en especial aquellas que suponen un peligro o un riesgo de afectación al medio ambiente, como condición previa, el otorgamiento de permisos administrativos (técnica propia del Derecho de policía, utilizada por el Derecho ambiental). Dichos actos administrativos constituyen una aplicación del ordenamiento jurídico, que regula al derecho constitucional y que permite la compatibilización entre bienes jurídicos y derechos que en principio parecerían antagónicos.

## 5. El Deber de Protección Ambiental del Estado

Dentro de las Bases de la Institucionalidad, a modo de un verdadero pórtico del texto constitucional, se encuentra el denominado principio de servicialidad que tienen los órganos del Estado respecto de la persona humana, con la finalidad de promover el bien común (artículo 1 inc. 4° CPR)<sup>202</sup>. Dicho principio general encuentra su manifestación particular en materia ambiental en la segunda parte del inc. 1° del artículo 19 N° 8 CPR, en cuanto dispone que: *Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*. Esta parte del trabajo está dedicada al estudio del deber que constitucionalmente corresponde al Estado en la protección del medio ambiente.

### 5.1 Sujeto destinatario

Tanto el artículo 1 inc. 4° como el artículo 19 N° 8 inc. 1° de la CPR se refieren a un deber del Estado. En otros preceptos habla la CPR de *órganos del Estado*, por ejemplo en el artículo 5 inc. 2° 2ª frase (*Es deber de los órganos del Estado promover y respetar tales derechos, garantizados por esta Constitución...*), artículo 6 inc. 1° (*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*), artículo 7 inc. 1° (*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular...*).

No es el momento de enfrentarse al complejo tema de la personalidad jurídica del

<sup>202</sup> Respecto de dicho principio, *Eduardo Soto Kloss*, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996, pp. 145-147.

Estado<sup>203</sup>, por lo demás, muy poco tratado por la doctrina administrativa chilena<sup>204</sup>. Sin embargo, puede concluirse que el constituyente utiliza indistintamente las expresiones de *Estado* y *órganos del Estado*. La CPR en su Capítulo I se refiere a las Bases de la Institucionalidad, en sus normas no se refiere a los poderes públicos en los que tradicionalmente se divide la actividad del Estado, sólo realiza esta alusión genérica a los órganos del Estado, mucho más amplia, en la que se enmarcan todos aquellos órganos que la Constitución establece. No es posible asimilar a poder del Estado la noción de órgano del mismo, esta última mucho más particular y neutra. Sin embargo, la sola idea de Estado es aglutinadora de todos los órganos que la CPR crea. Así por ejemplo la Administración será "del Estado" y no pública, y el Presidente de la República será el "Jefe del Estado" (artículo 24 CPR), sólo por nombrar dos casos.

Al reconducir el tema a la perspectiva del deber ambiental del Estado, se concluye que el deber que el artículo 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase establece, es un deber del Estado, de todo él. Este debe ser entendido en relación con todos los órganos que componen el Estado, cada uno dentro de la esfera de sus propias competencias, recayendo con especial intensidad sobre aquel conjunto de órganos que de forma continua y permanente se encuentren al servicio de la comunidad nacional y de las personas que la integran, tal es la Administración del Estado. Pero no exime al resto de órganos para que dentro del ámbito propio de sus competencias atiendan al cumplimiento de este deber constitucional. Así el Congreso Nacional, en ejercicio de su función natural, la legislativa, deberá tener en cuenta el deber que se le impone en virtud de la citada disposición, en especial en el equilibrio de los diversos intereses involucrados, que debe tener en cuenta al momento de aprobar una nueva ley. Por su parte, el juez, se encuentra expresamente vinculado por este deber ambiental, al momento de interpretar y aplicar la normativa ambiental en un caso particular.

## 5.2 Contenido

De la interpretación de la norma del artículo 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase CPR es posible colegir que el deber del Estado en materia ambiental comprende los aspectos que a continuación se detallan.

---

<sup>203</sup>En Derecho Comparado, puede consultarse una obra que puede servir de marco de referencia general sobre este tema: *Alfredo Gallego Anabitarre*, Constitución y Personalidad Jurídica del Estado, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

<sup>204</sup>No obstante lo cual, para una idea general, se puede ver: *Eduardo Soto Kloss*, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996, pp. 154-156.



### 5.2.1 *Que el derecho no sea afectado*

En este caso, el objeto sobre el cual se proyecta este deber del Estado es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Dicha disposición utiliza la expresión *afectado*, al igual que el artículo 20 inc. 2° CPR. De acuerdo a lo planteado por la mayoría de la doctrina especializada, y que ha sido ratificado por la jurisprudencia, el contenido del deber que recae sobre los órganos del Estado, consiste en que el derecho no sea afectado de modo efectivo, es decir, que no se produzca una privación o perturbación del mismo<sup>205</sup>. Resulta lógica la utilización de la expresión, ya que se excluye del amparo que otorga el recurso de protección la situación de una amenaza del derecho. Sin embargo, no sería incongruente sostener que la expresión *afectado* tiene otro alcance y ello incluso, independientemente de las posibilidades de interposición del recurso de protección (CII. 3.2). Una interpretación que favorece la vigencia del derecho constitucional incluye no sólo la acción efectivamente perturbadora, sino también las situaciones de omisión perturbadora del derecho, y además aquellas amenazas que ponen en riesgo o peligro al mismo.

### *Dimensión objetiva del deber*

Un primer aspecto problemático que plantea la norma en comento es si respecto de los demás derechos corresponde al Estado una obligación de tutela. Y si se responde afirmativamente a esta primera cuestión, si el deber contenido en el artículo 19 N° 8 inc. 1° CPR aporta algo nuevo a la tutela del derecho en particular, esto es, si ella pone en una posición preeminente o no al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, frente a otros derechos constitucionales.

Dentro de la denominada función objetiva que se atribuye a los derechos constitucionales, está la denominada obligación de protección del derecho por parte de los órganos del Estado, frente a los ataques de terceros. Es decir, el derecho subjetivo constitucional, no sólo supone una defensa frente a los poderes públicos (dimensión subjetiva del derecho), sino también impone un deber de protección a éstos, frente a los ataques de que pueda ser objeto (dimensión objetiva). Esta doble dimensión, que en el Derecho comparado se encuentra bastante desarrollada<sup>206</sup>, es posible apoyarla en el Derecho constitucional chileno a partir de lo que dispone el artículo 5 inc. 2° 2ª frase CPR: "*Es deber de los*

<sup>205</sup> Al respecto, sobre todo, *Rafael Valenzuela*, El Recurso de Protección, op. cit., p. 175 y ss.

<sup>206</sup> En el Derecho alemán Cfr. por ejemplo, *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, op. cit., p. 410 y ss.; *Hans H. Klein*, Die Grundrechtliche Schutzpflicht, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1994, pp. 488 y ss.; *Dietrich Murswiek*, Umweltrecht und Grundgesetz, en Die Verwaltung, 33. Band, año 2000, p. 241 y ss.

*órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.*

La primera parte del deber reitera la función tradicional que cumplen los derechos constitucionales, esto es, la defensa que brinda el derecho al ciudadano frente al Estado. Este debe respetar los derechos garantizados en la CPR y en los tratados internacionales, y si no lo hace, operarán los mecanismos previstos (jurisdiccionales, políticos) para asegurar la defensa de tales derechos. Pero además debe promoverlos, esto es, el Estado debe actuar positivamente para que tales derechos no sean objeto de ataques y además que sean desarrollados y fomentados. Frente a la pregunta de cómo *se promueve* un derecho, será posible responder que precisamente, una de las formas será asumiendo esa labor de protección, ahora frente a los ataques de terceros distintos del Estado (dimensión objetiva del derecho).

Algunos ejemplos prácticos al respecto. El Estado, a través del Congreso Nacional, promueve la vigencia de la libertad empresarial (artículo 19 N° 21 inc. 1° CPR) por ejemplo, dictando una normativa que impida la formación de monopolios; o promueve la vigencia del principio de igualdad (artículo 19 N° 2 CPR) dictando normas que impidan la discriminación por razón de sexo, condición física, nacionalidad, etc.

Entonces, será posible responder la primera cuestión planteada en términos positivos. Bajo el actual texto de la CPR, y luego de la modificación del artículo 5 inc. 2° CPR, todos los derechos constitucionales quedan amparados bajo la dimensión objetiva de protección. Sin embargo, queda pendiente el segundo problema. ¿Cuál es el aporte del deber específico de tutela del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación?

### *Revisión de la interpretación tradicional*

Siguen pendientes dos problemas respecto de la interpretación del deber de tutela que corresponde al Estado para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado. En primer término si la expresión afectado debe entenderse de la forma tradicional, esto es, que en consonancia con el artículo 20 inc. 2° CPR, supone una acción de perturbación o privación efectiva del derecho. Y en segundo término, la arriba expuesta, relativa al aporte específico de dicha norma frente a la norma genérica del artículo 5 inc. 2° 2ª frase CPR.

Se ha concluido que existe un deber objetivo de protección que beneficia a todos los derechos constitucionales, dicho deber está formulado en términos amplios, esto es, la promoción del derecho constitucional no queda limitada a eventos de afectación concreta y presente del derecho, sino que también debería comprender casos de amenaza por parte

de terceros a la vigencia del derecho e incluso, la actuación positiva del Estado y las situaciones de simple riesgo. Y ello porque el artículo 5 inc. 2° 2ª frase CPR no reduce el deber de promoción a los eventos concretos de afectación, sino que lo establece de una manera amplia. El punto a dilucidar entonces es si el deber de promoción (y protección) del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación alcanza más allá de las afectaciones concretas y en definitiva, si alcanzaría a situaciones de amenaza y riesgo del derecho. Lo primero que se debe tener en cuenta es que la norma del artículo 5 inc. 2° 2ª frase CPR fue introducida en virtud de la reforma constitucional de 1989<sup>207</sup>. Dado que se trata de una norma posterior, la solución tendría que consistir en reinterpretar el alcance del deber constitucional señalado al Estado en el artículo 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase CPR, adaptándola a la nueva dimensión de protección que incorporó el artículo 5 inc. 2° 2ª frase CPR, esto es incluyendo dentro del deber de protección a las situaciones activas y omisivas y además los casos de simple riesgo o amenaza<sup>208</sup>.

En consecuencia, respecto de la primera de las interrogantes pendientes, habrá que concluir que el deber de tutela que pesa sobre el Estado no se agota en evitar las acciones que efectivamente vulneran el derecho, también incluye a las situaciones omisivas y a las meras situaciones de riesgo y amenaza. Ello se desprende de la interpretación sistemática de las normas de los artículos 5 inc. 2° y 19 N° 8 inc. 1° CPR. Frente a la segunda cuestión, el aporte particular del artículo 19 N° 8 inc. 1° al establecer este deber, se vendrá dado a la hora de interpretar la disposición relativa a la limitación de otros derechos en favor de la protección del medio ambiente (CII. 4 y 4.3). Sin embargo, a partir de dicha norma no podría desprenderse una suerte de preeminencia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

### 5.2.2 Tutela de la preservación de la naturaleza

Este extremo del deber ambiental del Estado debe ser circunscrito en dos sentidos. En primer término, el deber se refiere a la acción de preservar (preservación). El legislador de la LBGMA ha entendido por preservación de la naturaleza la mantención de las especies y ecosistemas del país<sup>209</sup>. Por oposición a Conservación del Patrimonio Ambiental, que

<sup>207</sup> La Ley de Reforma Constitucional N° 18.827, de 17 de agosto de 1989, modificó, entre otras, la citada disposición.

<sup>208</sup> En términos prácticos sólo es efectiva la protección anticipada del medio ambiente, es decir, la que incluye las situaciones de amenaza y simples riesgos. Ello fue entendido así por el legislador en la LBGMA en la que en un sinnúmero de disposiciones incorpora la idea de prevención y protección anticipada incluso frente a riesgos. Por ejemplo artículos 2 m), n), ñ), q); y 8.

<sup>209</sup> Como se recordará el artículo 2 letra p) LBGMA define la Preservación de la Naturaleza como: "el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen

consiste en el conjunto de acciones que permiten el aprovechamiento racional de los elementos ambientales, de forma de hacer posible el desarrollo sustentable (artículo 2 b) LBGMA). Esto no quiere decir que el Estado no tenga el deber de propender al desarrollo sustentable, por la vía de la conservación del patrimonio ambiental, tal como está señalado en la LBGMA. Lo que ocurre, es que el deber de preservación de la naturaleza tiene rango constitucional y el de conservación del patrimonio ambiental sólo legal.

En segundo término, el objeto sobre el que recae la acción de preservar es la naturaleza. Es importante destacar esto, ya que no se refiere al concepto más amplio de medio ambiente, sino que lo restringe a la *naturaleza*, con lo que se excluye todos aquellos elementos de carácter artificial que componen el concepto más amplio de medio ambiente, tal como lo definió la LBGMA (artículo 2 letra II) LBGMA). Ello no quiere decir que el Estado no tenga un deber ambiental sobre estos elementos artificiales, lo que ocurre es que éste encuentra su fundamento en la primera parte del deber, es decir, en el de amparar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, ya que en este caso el contenido del derecho incluye tales elementos.

### 5.3 Déficit en la ejecución del deber

Desde la perspectiva de los ciudadanos, uno de los graves problemas que han presentado los deberes constitucionales que pesan sobre los órganos del Estado radica en la forma en que estos puedan actualizarse en acciones concretas y positivas. En tal sentido, la consagración de derechos subjetivo-constitucionales susceptibles de ser amparados por la vía del recurso de protección, representa un paso adelante en las posibilidades de exigibilidad directa de tales deberes. Ello en cuanto tales deberes sean la contrapartida de los derechos subjetivo constitucionales, sin embargo, más allá de los derechos existen deberes autónomos, que no necesariamente se encuentran vinculados a un derecho constitucional y que por tanto, no tienen posibilidad alguna de obtener un amparo indirecto por la vía del recurso de protección.

En su vertiente medioambiental ello no había sido así, toda vez que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sólo se encontraba amparado por el recurso de protección, procedente en contra de acciones que lo afecten y no contra omisiones, las cuales, por regla general, son consecuencias de los incumplimientos a los deberes de salvaguarda del derecho que se ha impuesto a los órganos del Estado. Con la reforma constitucional al art. 20 inc. 2º es plausible esperar que en una etapa más desarrollada del Derecho ambiental chileno, y del Estado de Derecho, los Tribunales de Justicia acojan

demandas que condenen a actuaciones positivas a los órganos del Estado, actualizando el cumplimiento de sus deberes impuestos por el texto constitucional cuando la vulneración de tales deberes conlleve a su vez la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

## Capítulo Tercero

### Instrumentos Jurídicos de Protección Ambiental

#### 1. Instrumentos de Protección Ambiental

La tarea de armonizar y estructurar el acervo normativo del ordenamiento jurídico ambiental se realiza tradicionalmente de dos maneras. En primer término por la vía del estudio de los instrumentos o herramientas utilizados por el Derecho ambiental para alcanzar la protección ambiental, se trata de los denominados instrumentos de gestión ambiental. La segunda vía, complementaria de la anterior, es a través del estudio particular de las normas del llamado Derecho ambiental especial, encargado de cada uno de los medios que componen el medio ambiente y de los efectos que la actividad humana sobre aquellos produce. El estudio que se realiza en este capítulo está consagrado a los primeros<sup>210</sup>.

Una dificultad metodológica típica que presenta el estudio de los instrumentos de protección ambiental es la de la elección de los criterios para su clasificación. En el Derecho comparado, la forma más habitual de clasificación atiende a los efectos que los instrumentos producen respecto de sus destinatarios, en cuanto a si tales instrumentos determinan o no la conducta de los mismos. Así se distingue entre instrumentos de

---

<sup>210</sup> El Derecho administrativo ambiental especial debe encargarse del estudio tanto de la regulación de los medios ambientales, como de las actividades que tienen influencia gravitante sobre el medio ambiente. Tal aspecto desborda los márgenes de este trabajo y se espera que sea abordado en su continuación.

planificación, instrumentos directos e indirectos de supervisión del comportamiento de los ciudadanos, instrumentos privados, instrumentos sancionatorios e instrumentos propios del Estado<sup>211</sup>.

Tabla N° 1: Sistematización de los instrumentos de protección ambiental más importantes<sup>212</sup>:

| Grupo de instrumentos         | Instrumentos  | Grado de determinación de la conducta por parte del Estado |
|-------------------------------|---|--|
| Instrumentos jurídicos        | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Mandatos y prohibiciones</li> <li>- Permisos</li> <li>- Estándares de emisión</li> <li>- Estándares de producción</li> <li>- Estándares de procesos</li> <li>- Delitos ecológicos</li> </ul>   | ALTO   |
| Instrumentos de planificación | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Planificación territorial</li> <li>- Planificación urbanística</li> <li>- Planificación del paisaje</li> <li>- Planes de descontaminación</li> <li>- Planes de reciclaje</li> <li>- Planes tratamiento de aguas</li> </ul>   | ALTO a MEDIO   |
| Instrumentos de mercado       | <p><b>Impuestos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ecoimpuestos</li> <li>- ecotasas</li> <li>- derechos</li> <li>- licencias—certificados</li> </ul> <p><b>Subvenciones:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- rebajas de impuestos</li> <li>- subvenciones</li> <li>- fondos ambientales</li> </ul> <p><b>Otros:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ventajas para el usuario</li> <li>- responsabilidad ambiental</li> </ul> | MEDIO  |

<sup>211</sup> Michael Kloepfer, Umweltrecht, op. cit. p. 196. En cualquier caso, tal es la clasificación más ampliamente utilizada en el Derecho administrativo ambiental alemán.

<sup>212</sup> Tabla extraída de Martin Jänicke, *Umweltpolitik*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2000, p. 100.

|             |  |              |
|-------------|--|--------------|
| Cooperación | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Negociación</li> <li>- Redes de contactos</li> <li>- Acuerdos formales o informales</li> <li>- Acuerdos con sectores productivos</li> <li>- Obligaciones voluntarias</li> </ul> | MEDIO a BAJO |
| Información | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Información y aclaración a través de organismos estatales</li> <li>- Informes periciales privados</li> <li>- Ecoetiquetas</li> <li>- Educación ambiental</li> </ul>             | BAJO         |

Si bien en la Tabla Nº 1 se expone un criterio amplio o comprensivo, y que da resultado respecto de los ordenamientos en que se aplica, no parece ser del todo adecuado a la realidad del Derecho ambiental nacional. Sobre todo porque algunos de dichos instrumentos no encontrarían aplicación en éste. Por ejemplo, los instrumentos provenientes de la aplicación del principio de cooperación. Asimismo, es criticable que se considere como criterio de clasificación el efecto en los destinatarios del instrumento y no tanto su incidencia en la protección ambiental, que es la finalidad última del Derecho ambiental.

Otra forma de clasificación de los instrumentos de gestión ambiental es la que los agrupa en instrumentos de carácter directo e indirecto, dependiendo de si el logro de la finalidad de protección ambiental es inmediato o pasa sólo por el incentivo o desincentivo de una actividad o conducta de los ciudadanos para el logro de tal fin. Así por ejemplo, la prohibición del uso de un determinado elemento o producto es un instrumento de gestión ambiental de carácter normativo directo, en cuanto de manera inmediata alcanza el fin de protección ambiental perseguido. Por el contrario, la imposición de un eco-impuesto a los combustibles fósiles, es un instrumento de gestión ambiental de carácter económico indirecto, en cuanto logra el fin de manera mediata, ya que desincentiva el uso del combustible, no lo prohíbe, logrando de manera refleja el fin de protección ambiental.

Finalmente es posible clasificar los instrumentos dependiendo de la naturaleza jurídica de los mismos, distinguiéndose fundamentalmente entre instrumentos normativos e instrumentos de aplicación. Desde esta perspectiva, los instrumentos normativos tienen por lo general el carácter de reglamentarios, aunque en el caso chileno, como se verá más adelante, resulta discutible dicho carácter respecto de las normas de calidad. En el caso de los instrumentos de protección con carácter de instrumentos de aplicación, estos no



son sino actos administrativos<sup>213</sup>.

En este trabajo se propone el estudio de los instrumentos de gestión ambiental contenidos en la LBGMA, atendida la pretensión de generalidad en su aplicación que ellos comportan. Estos se contienen en la normativa ambiental general desde hace más de una década de vigencia, sin embargo algunos de ellos nunca se han puesto en práctica, o recién comienza a plantearse seriamente su aplicación, tal es el caso, por ejemplo, de los permisos de emisión transables<sup>214</sup>. Es por ello que se propone el estudio de los instrumentos de carácter general que la mencionada ley establece, independientemente de los diversos criterios que podrían ser utilizados para su clasificación<sup>215</sup>.

## 1.1 Concepto

Por instrumentos de gestión o protección ambiental debe entenderse el conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental<sup>216</sup>.

Los modernos instrumentos de gestión ambiental reúnen dos características fundamentales, en primer término atienden a una finalidad de protección ambiental, finalidad que evidentemente les da razón de ser e identidad propia, y en segundo término, éstos deben responder al carácter integral u omnicompreensivo que tiene la protección del entorno<sup>217</sup>. A lo anterior se agrega la discusión actual sobre los instrumentos de protección

<sup>213</sup> Al respecto, debe tenerse en cuenta el art. 3 (incs. 1º a 3º) de la LBPA que dispone: "*Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.*"

*"Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones".*

<sup>214</sup> Denominados eufemísticamente como "bonos de descontaminación" en el proyecto de ley que en estos momentos se tramita en el Congreso Nacional.

<sup>215</sup> Esta explicación puede parecerle al lector un tanto pueril y la verdad es que a quien escribe estas líneas aún le merece ciertas dudas. Sin embargo, debe sacrificarse por ahora la pureza de la Dogmática Jurídica por las circunstancias prácticas que rodean hoy en día al Derecho administrativo ambiental chileno y en especial a sus normas técnicas. El desconocimiento de ambos, no pueden sino hacer necesario partir desde el comienzo, tal es lo que se encuentra en la ley de bases. No hay otra posibilidad.

<sup>216</sup> Jorge Bermúdez, Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, op. cit. p. 423. Pedro Fernández Bitterlich, Manual de Derecho ambiental chileno, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 137 define gestión ambiental del siguiente modo: "*Entendemos por gestión ambiental el conjunto de acciones destinadas a administrar el medio ambiente con el fin de alcanzar el cumplimiento de una política nacional ambiental que contribuya al logro del desarrollo sustentable*".

<sup>217</sup> Ejemplo de esta visión integral u omnicompreensiva de la protección ambiental son el sistema de evaluación

ambiental, los cuales se ven ampliados por la irrupción del principio de cooperación en el ámbito administrativo. En virtud de dicho principio se justifica la participación de los ciudadanos en la realización de tareas que normalmente han sido consideradas como públicas. Entre tales instrumentos se encuentran todos aquellos de certificación ambiental<sup>218</sup>. Al finalizar el presente capítulo se hará una referencia también a dichos instrumentos.

## 1.2. Instrumentos normativos

La tipología de los instrumentos normativos de Derecho administrativo ambiental o normas técnicas ambientales, no se agota en el binomio normas de calidad/normas de emisión, sino que se complementa con el siguiente listado:

- *Normas reguladoras del producto.* Estas se encargan de fijar la forma o requisitos que debe cumplir un bien o servicio que se introduce en el mercado. Suelen ser las bastante eficaces, ya que, evidentemente, un empresario no invertirá en un proceso tecnológico o en una reconversión industrial que dé lugar a un producto que sea defectuoso o sencillamente no puede ser comercializado por no ajustarse a esta clase de normas. A ello se agrega que las barreras que los mercados externos pueden imponer a los productos que no se adaptan a dichas normas.
- *Normas reguladoras de procesos de producción.* Estas no controlan el resultado, pero se encargan del funcionamiento de la tecnología, la que no sólo debe ser adecuada, sino que además debe ser permanentemente utilizada de esa manera. Esta se regula por lo general a través de las llamadas cláusulas flexibles del tipo: BAT (sigla en inglés de Best available technology) y BATNEEC (sigla en inglés de Best available technology not entailéd excessive costs).
- *Normas reguladoras de objetivos o estándares de calidad,* es la más usada por legislador y Administración. En ellas se establecen los parámetros de máximos de contaminación que un medio ambiente determinado o una parte de este puede soportar. Esta clase de normas políticamente cumplen mejor con la simbología de haber logrado una solución del problema ambiental.
- *Normas de emisión.* Es el mecanismo más sencillo de controlar la contaminación

---

del impacto ambiental y la auditoría ambiental. Cfr. *Reiner Schmidt*, Einführung in das Umweltrecht, op. cit., pp. 9 y ss.

<sup>218</sup> El anteproyecto de Ley que crea una Superintendencia Ambiental, como organismo encargado de la coordinación de la fiscalización de la normativa ambiental, considera como posibilidad la utilización de instrumentos de certificación para verificar el cumplimiento de la normativa ambiental.

por parte de la Administración Pública -ello sin perjuicio de los problemas de fiscalización-. En ellas se establece el nivel de contaminación que puede producir un establecimiento.

- *Normas de control de procedimientos y requisitos burocráticos documentales.* Se trata de la imposición de requisitos o procedimientos que de cumplirse deberían llevar casi automáticamente al resultado querido. Por ejemplo el seguimiento de los residuos "desde la cuna a la tumba".
- *Normas de coordinación de políticas ambientales:* estas normas simplemente obligan a poner en marcha una política ambiental sectorial sin regular nada de su contenido, o regulándolo apenas, dando algunos principios.
- *Normas de ordenación territorial:* resultan de extremada utilidad para la protección ambiental. Por ejemplo, declarar un sector como no- urbanizable.
- *Otras normas de incentivo:* se compone de un listado de normas que de una forma u otra fomentan conductas ambientalmente favorables.
- *Normas que permiten acuerdos voluntarios:* por ejemplo las que facilitan los acuerdos de producción limpia.

### 1.3 Instrumentos objeto de análisis

En los numerales siguientes se estudiará el catálogo de instrumentos contenidos en la LBGMA, con la sola excepción de la educación ambiental y del sistema nacional de áreas silvestres protegidas.

La exclusión de la educación ambiental se justifica en cuanto la LBGMA ha formulado un mandato genérico a la Administración del Estado en orden a considerar dentro de los programas de enseñanza contenidos que digan relación con la protección ambiental. Se trata de un instrumento que responde más a una decisión política, y cuya intensidad responderá precisamente del énfasis que quiera darle la Administración educacional en un momento dado. Las disposiciones que a él se refieren son: artículo 6: *"El proceso educativo, en sus diversos niveles, a través de la transmisión de conocimientos y de la enseñanza de conceptos modernos de protección ambiental, orientados a la comprensión y toma de conciencia de los problemas ambientales, deberá incorporar la integración de valores y el desarrollo de hábitos y conductas que tiendan a prevenirlos y resolverlos"*; y el artículo 7: *"Los fondos de investigación científica, desarrollo tecnológico y social que tengan asignados recursos en la Ley de Presupuestos de la Nación, podrán financiar proyectos relativos al medio ambiente, sin perjuicio de sus fines específicos"*.

En el caso del sistema nacional de áreas silvestres protegidas, la exclusión se justifica por dos razones. En primer término el mandato contenido en el artículo 34 LBGMA que dispone que *“El Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar de la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental”*, no ha alterado en nada la situación normativa verdaderamente caótica que existe en la materia, toda vez que la ley N° 18.362 que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres protegidas del Estado, conocido por su sigla SNASPE, aún no ha entrado en vigor, ya que supedita su vigencia a la de la ley N° 18.348, que crea la Corporación Nacional Forestal y de protección de los recursos naturales, la denominada “CONAF pública”, la que se encuentra suspendida<sup>219</sup>. En segundo término, y más importante aún, existe una razón de tipo metodológica. El análisis del sistema de áreas silvestres protegidas corresponde al Derecho administrativo ambiental especial, toda vez que se trata de un instrumento de gestión ambiental que recae sobre un elemento ambiental específico (espacios protegidos/naturaleza), por lo que no tiene el carácter de instrumento genérico que tienen los demás instrumentos que se analizan en este capítulo, aplicables en general, sin que sea determinante para ello el medio ambiental sobre el que se ejercen o la actividad en que inciden.

## 2. Normas de Calidad Ambiental

Las normas de calidad ambiental, también conocidas como normas de inmisión<sup>220</sup>, son normas técnicas propias del Derecho ambiental, en virtud de las cuales se fijan los niveles de contaminación tolerables en un entorno o medio determinado. En virtud de esta clase de normas lo que se busca es alcanzar una finalidad de protección de un bien jurídico a través de la fijación de un estándar (*target standard*)<sup>221</sup>. Tal es la diferencia fundamental respecto de otras normas técnicas ambientales, como las de emisión, que miden el contaminante en el foco o fuente del mismo. Ello no obsta a que las normas de calidad ambiental tengan un carácter específico, es decir, que midan un determinado contaminante o una subespecie de éste en el medio ambiente, por ejemplo la norma de calidad que fija los valores máximos para material particulado respirable MP10, o la que fija los valores para la contaminación atmosférica por plomo, por ozono, NOx, etc.

---

<sup>219</sup> Cfr. Jorge Bermúdez, La problemática vigencia, composición y extensión del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, en *La Contribución del Derecho Forestal – Ambiental al Desarrollo Sustentable en América Latina.*, E. Gallardo Gallardo; F. Schmithüsen, F., Eds., IUFRO, 2005 (IUFRO World Series Volume 16), Viena 2005.

<sup>220</sup> Tal es la denominación que reciben en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho ambiental alemán.

<sup>221</sup> Stuart Bell, *Environmental Law*, Blackstone Press, 4ª edición Londres 1997, p.101.

La importancia de las normas de calidad ambiental radica en que a través de ellas se hace posible la determinación de lo que debe ser entendido por medio ambiente libre de contaminación, concepto que, según la definición del artículo 2 m) LBGMA, atiende a las concentraciones y niveles de contaminación en el entorno. En tal sentido, existirá una relación directa entre normas de calidad ambiental y medio ambiente libre de contaminación, en la medida que no se alcancen los niveles que establecen las primeras, se estará asegurando el segundo. Ello tendrá relevancia, por ejemplo, para determinar los casos de afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

La opción del legislador de la LBGMA estuvo en fijar dos clases de normas de calidad ambiental. La distinción material se basa, como se verá, en los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso, la formal, en los ministerios competentes para su dictación.

## 2.1 Norma primaria de calidad ambiental

Las normas primarias de calidad ambiental se encuentran definidas en el artículo 2 letra n) LBGMA 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"*. Dicho en términos más resumidos, norma primaria de calidad ambiental es aquella que establece los niveles de contaminación sobre los cuales se entiende que hay un riesgo para la vida o salud de las personas<sup>222</sup>.

En el párrafo CII. 2.4 relativo al alcance de la definición de *medio ambiente libre de contaminación*, se señaló la incongruencia de poner en un mismo nivel los estándares relativos a la salud de las personas y a la calidad de vida de la población, toda vez que estos comportan niveles de protección distintos. Asimismo, se señaló que la concreción del aludido concepto en un estándar o nivel, se realiza por la vía de la dictación de las normas primarias de calidad ambiental. El problema se agrava, ya que en la definición legal de

<sup>222</sup> En la definición transcrita, el legislador incurre en una impropiedad del tipo *reiterativo* en la técnica legislativa empleada, en cuanto en el propio artículo 2 c) LBGMA había definido contaminación como: *la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energías, o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda a las establecidas en la legislación vigente. Y en el artículo d) contaminante: todo elemento, compuesto, sustancias, 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*. En consecuencia, no hacía falta volver a repetir las definiciones de contaminante y contaminación en las definiciones de norma primaria y secundaria de calidad ambiental, toda vez que lo que en ellas se fija son, precisamente, esos niveles de contaminación.

norma primaria de calidad ambiental, ni tan siquiera reconoce la posibilidad de fijar unos niveles que protejan la calidad de vida, sino que se refieren a la salud y agregan otro bien jurídico, la *vida de la población*, que obviamente, es distinto de *calidad de vida*<sup>223</sup>.

Independientemente de su denominación, el concepto de norma primaria de calidad ambiental utilizado por el legislador, más que expresar el de una norma estrictamente de calidad ambiental, hace referencia a una norma de salud pública, en cuanto considera como bienes jurídicos protegidos a la vida (el mínimo existencial) y la salud, que son los objetos protegidos por dicha clase de normas. La única diferencia con dicha clase de normas radicaría en que las normas de calidad ambiental fijan los valores de contaminación tolerables en un medio ambiente determinado, por el contrario, una norma de salud pública fijará valores para un lugar de trabajo, un recinto hospitalario, etc.

El concepto de norma primaria de calidad ambiental, al considerar como bienes jurídicos protegidos la vida y la salud de la población, no sólo contradice la definición inmediatamente anterior (del artículo 2 m) sino que pone en duda la utilidad de que exista un derecho constitucional específico que garantice el vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Cabe preguntarse, si de no existir el 19 N° 8 CPR, no estaría obligado el legislador o la Administración del Estado a dictar normas que protegiesen el mínimo existencial y la salud de la población, ahora por mandato del artículo 19 N°s 1 y 9 CPR. Como es lógico, igualmente estaría obligado a hacerlo, toda vez que dichos derechos constitucionales suponen para su propia vigencia un *mínimo de protección ambiental*.

## 2.2 Norma secundaria de calidad ambiental

Esta se define en el artículo 2 letra ñ) LBGMA como "*aquella que establece los valores de 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 conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza*".

Para comenzar con el aspecto menos complejo de la definición, habrá que señalar que el bien jurídico protegido *preservación de la naturaleza* supone que los niveles de protección sean bastante estrictos, ya que dicho bien jurídico importa la *mantención* de los ecosistemas, sin aludir a su explotación, ni siquiera de forma racional, de manera que se asegurara el desarrollo sustentable (CI. 6.3). Respecto de este bien jurídico, la definición de norma secundaria de calidad ambiental se encuentra en consonancia con el

---

<sup>223</sup> Que la norma proteja la vida de la población supone que garantice un *mínimo existencial*, por el contrario, si lo que protege es la calidad de vida, atenderá a que dicha existencia sea digna, saludable, educada, etc., en definitiva una vida con *calidad*.

concepto de medio ambiente libre de contaminación.

Sin embargo, el legislador no se refiere al concepto de conservación del patrimonio ambiental, que es otro de los bienes jurídicos que se protegen en el concepto de medio ambiente libre de contaminación, por el contrario incorpora, aparentemente, un nuevo concepto: la protección o conservación del medio ambiente<sup>224</sup>. Ya se ha visto que el concepto de protección del medio ambiente supone mejora, prevención y control del deterioro del entorno (artículo 2 letra q) (Cl. 6.5). Por el contrario, en ninguna parte se define el concepto de *conservación del medio ambiente*, con lo que cabría preguntarse si este concepto es equivalente a la conservación del patrimonio ambiental. Si se opta por una respuesta negativa, esto es que, protección y conservación del medio ambiente constituyen bienes jurídicos distintos a la conservación del patrimonio ambiental, habría que concluir que la LBGMA no considera una norma secundaria de calidad ambiental que establezca unos niveles de contaminación que hagan posible el uso y aprovechamiento racionales de los recursos que componen el medio ambiente, al no estar considerada dicha posibilidad en la definición de protección del medio ambiente formulada por el legislador.

Dicha conclusión lleva a la siguiente paradoja, la norma primaria de calidad ambiental es tan permisiva que los niveles que establece no deben constituir un riesgo para la salud o la vida de las personas, pero no para la calidad de vida, que es bien jurídico realmente protegido por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En cambio, la norma secundaria de calidad ambiental, es tan estricta que al no comprender niveles que hagan posible la conservación del patrimonio ambiental, o lo que es lo mismo, al no contemplar la posibilidad de explotación racional, que es uno de los elementos que permiten alcanzar el desarrollo sustentable, sólo podrá permitir actividades tendientes a la preservación de la naturaleza (mantención de los ecosistemas) o la protección del medio ambiente (mejorar, prevenir y controlar el deterioro ambiental). Esta es una conclusión absurda, que choca con el carácter antropocéntrico que tiene y debe tener el Derecho ambiental. Sin embargo, a ella conduce forzosamente la literalidad de las normas citadas de la LBGMA<sup>225</sup>.

Respecto de la norma primaria no existe posibilidad alguna, ella no establece niveles que protejan la calidad de vida, sino unos niveles que por esencia son más bajos, ya que sólo tienden a la vida y a la salud. Ello no quiere decir que la vida y la salud sean menos importantes, lo que ocurre es que la calidad de vida supone unos niveles de contaminación muy estrictos, los que permiten que esa vida sea de calidad. Por el contrario, es posible

<sup>224</sup> Se trata de un nuevo problema de técnica legislativa, ahora de falta de coherencia interna y coordinación del catálogo de definiciones del artículo 2 LBGMA.

<sup>225</sup> Con esto se pone de manifiesto la falta de coherencia que en ocasiones presenta el catálogo de definiciones de la LBGMA.

que unos niveles de contaminación no aseguren calidad de vida, pero sí la vida o la salud. Respecto de la norma secundaria la interpretación sólo puede salvarse si se acepta que conservación del patrimonio ambiental (que admite explotación racional) es sinónima de conservación del medio ambiente. Al parecer para el legislador ambos conceptos son sinónimos, ya que esa es la única forma de entender que la idea de desarrollo sustentable que subyace en el concepto de conservación del patrimonio ambiental está presente en las normas secundarias de calidad ambiental.

## 2.3 Características

La distinción entre norma primaria y secundaria de calidad ambiental representa una nota propia del Derecho ambiental chileno<sup>226</sup>. Ambas clases de normas presentan algunas características propias, que sumadas a las arriba señaladas, permiten apreciar la forma en que la LBGMA ha consagrado este instrumento normativo de protección ambiental. Estas características se resumen en las siguientes:

### 2.3.1 Distinción basada en la presencia de personas

Tal como está recogida en el catálogo de definiciones del artículo 2 LBGMA, en las letras n) y ñ), el elemento distintivo entre una y otra clase de norma será la incidencia en la persona humana del estándar o nivel de contaminación fijado. Sin embargo, dicho elemento resulta ser un criterio artificial cuando se habla de protección ambiental, dada la orientación antropocéntrica que el Derecho ambiental tiene y el hecho de que éste en su conjunto siempre incide sobre la existencia humana.

### 2.3.2 Diversidad de deberes constitucionales

Visto desde una perspectiva constitucional, habría que concluir que el establecimiento de dos clases de normas de calidad ambiental tiene su razón de ser en los diversos deberes constitucionales que se impuso a los órganos del Estado a partir del comentado artículo 19 N° 8 inc. 1° CPR (CII. 2.2 y 5). Las normas primarias de calidad ambiental, responden al deber del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente

---

<sup>226</sup> Si se revisa el Derecho comparado, podrá apreciarse que las normas de calidad, en general, apuntan a la protección ambiental en su conjunto, sin hacer distinción entre presencia o no de seres humanos. Por ejemplo Parágrafos §1 y §3 de la ley federal alemana sobre protección contra inmisiones (Bundes-immissionsschutzgesetz).



libre de contaminación no sea afectado. Por su parte, las secundarias al deber de tutelar la preservación de la naturaleza. El problema lo presenta la definición de norma primaria de calidad ambiental no incorpora una referencia a calidad de vida como bien jurídico protegido, el que sí se encuentra dentro del ámbito de protección ofrecido por el artículo 19 N° 8 inc. 1° CPR.

Ello plantea problemas de constitucionalidad respecto del artículo 2 n) LBGMA, ya que el legislador propone unos niveles de protección (vida y salud) que son inferiores a los que se desprenden del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que se identifica con estándares que aseguren la calidad de vida. Como se dijo, establecer como finalidad la protección de la vida o la salud de la población hace que el derecho del artículo 19 N° 8 se torne superfluo, ya que tales bienes jurídicos se encuentran asegurados -incluso de mejor manera- en los N°s 1 y 6 del artículo 19 CPR.

### 2.3.3 Vigencia territorial

Las normas primarias son dictadas para todo el territorio nacional, tal como lo señala el artículo 32 inc. 1° LBGMA, en cambio, y a pesar de que no lo señala expresamente el artículo 32 inc. 2° LBGMA, las normas secundarias podrían ser dictadas para territorios determinados, sin abarcar a toda la República.

En el primer caso, la justificación aparente de una vigencia nacional podría encontrarse en el respeto a la garantía de igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 CPR). En efecto, el legislador ha puesto a todos los ciudadanos de la República en la misma posición frente a los niveles de contaminación tolerables, ello parece ser democrático, respetuoso de la mencionada garantía y además se condice con el carácter unitario del Estado chileno. Sin embargo, la solución legislativa corresponde a una lectura superficial del principio de igualdad y a una falta de comprensión del modo en que deben operar las normas de calidad<sup>227</sup>. En este trabajo se sostiene la tesis contraria, tal es la siguiente: *las normas de calidad ambiental no pueden tener alcance nacional, sino que éstas deberían corresponder a territorios de la República determinados, fijando en cada caso el nivel de contaminación adecuado para el medio ambiente de que se trate*. Las razones que la fundamentan son:

- *Se contradice con el concepto de norma primaria*. Tal como se señaló, tanto la

<sup>227</sup> Se ha procurado a lo largo de este trabajo evitar los juicios lapidarios respecto de la labor legislativa, y en general de la de los poderes públicos, no por temor a ellos, sino porque por lo general ellos esconden posiciones políticas u otro tipo de intereses que no hacen sino desmerecer el valor científico de un trabajo. Sin embargo, en este caso, por las razones que se exponen, la crítica es absolutamente fundada. En cualquier caso, se reitera la invitación al lector a entrar en la discusión.

definición de norma primaria contenida en el artículo 2 n) LBGMA, como el de contaminación que se le relaciona directamente (artículo 2 c) LBGMA), dicen relación con la fijación de un nivel de contaminantes cuya presencia *en el ambiente*, pueda representar riesgos para la salud o vida de las personas. Si la norma primaria de calidad ambiental tiene una vigencia nacional, ¿en qué ambiente debe ser medido el nivel de contaminación? ¿En la cuenca de Santiago, en la quebrada de Azapa o en el Seno del Reloncaví? Porque si lo que quiso decir el legislador en el artículo 32 inc. 1º LBGMA fue que los niveles o valores que éstas fijen tendrán aplicación en todo el territorio, no parece razonable que la definición de norma de calidad atienda específicamente a la presencia de contaminantes en el *ambiente*.

- *Desconoce la diversidad ambiental del país.* Chile tiene más de 4.000 kilómetros de largo. No hace falta entrar en los detalles relativos a la enorme diversidad de condiciones climáticas, topográficas, demográficas y ambientales del país. La fijación de un valor o nivel de contaminación que sea aplicable para todos los sistemas ambientales presentes en el país, sin duda choca con la mencionada diversidad.
- *Descarga al Estado de su deber de protección ambiental.* Tal vez esta debe ser la consecuencia más grave de una norma de calidad ambiental de alcance nacional. Si se aplica el mismo valor o nivel de contaminación para todo el país, atendida la diversidad señalada anteriormente, se llegará en la práctica a que en algunos casos el Estado se encuentre en la obligación de llevar a cabo una serie de planes y programas de prevención y descontaminación para alcanzar el nivel señalado en la norma de calidad (con todos los costos financieros que ello conlleva) y en otros no tenga que hacer absolutamente nada, atendido que por la mencionada diversidad los valores fijados en la norma no se superarán nunca<sup>228</sup>.
- *Ocasiona una discriminación inversa.* Lo señalado trae como resultado que una norma de calidad ambiental de alcance nacional produzca una discriminación inversa entre los ciudadanos de la República<sup>229</sup>. Al establecer un nivel de calidad

---

<sup>228</sup> La premisa desde la que se debe partir es que las normas de calidad ambiental, al igual que las de emisión, al fijar un nivel de contaminación tolerable, constituyen normas de *compromiso*, esto es, que no corresponden totalmente a los niveles recomendados por la ciencia y la técnica -el caso más patente es el del nivel para MP10, que se analiza más adelante-, sino que son niveles más laxos, que responden a una decisión política. Entonces el nivel fijado por la norma, a pesar de ser nacional, tenderá a reflejar las circunstancias del lugar en que el contaminante representa un mayor problema, en que los interesados se han demostrado más activos, o en que las autoridades han podido comprobar por sí mismos (incluso porque viven en ese medio ambiente) el problema de contaminación que les afecta.

<sup>229</sup> Con esta expresión no se quiere aludir a las medidas destinadas a conseguir una mayor igualación de grupos (en especial de las mujeres) que están en situación discriminada o de desigualdad de oportunidades. Por el contrario, se refiere a la situación discriminada en que pueden llegar a encontrarse algunos ciudadanos,

ambiental nacional, el Estado no sólo olvida sus obligaciones ambientales, sino que discrimina negativamente al resto de la población, que se encuentra en el medio ambiente que por aplicación de la norma no requiere ser mejorado. Está claro que la no discriminación no significa la uniformidad, sino el reconocimiento de las diferencias, y las medidas normativas necesarias para su superación. Cuando el artículo 19 N° 2 inc. 2° CPR señala que *ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*, no sólo está estableciendo un mandato negativo, en el sentido de no discriminar arbitrariamente, sino también uno positivo, en el sentido de establecer precisamente esas diferencias *no arbitrarias* o justificadas cuando corresponda<sup>230</sup>.

### 2.3.4 Fijan situaciones de emergencia

Las normas primarias fijan los niveles de contaminación a partir de los cuales se estará en presencia de situaciones de emergencia ambiental (artículo 32 inc. 1° CPR), que por lo demás es la única situación que prevé la ley (no se refiere a alerta ni a pre-emergencia ambiental). El fundamento de una emergencia ambiental radica en que esta clase de normas lo que protegen es la salud y vida de las personas. Por el contrario no se prevé dicha posibilidad respecto de las normas secundarias.

### 2.3.5 Operan sobre medios ambientales

Aunque no lo señalan expresamente las definiciones estudiadas, en la práctica la mejor manera de medir el nivel de contaminación de un ambiente determinado es a través de las concentraciones que se encuentran los contaminantes en los denominados *medios ambientales*, es decir, agua, aire y suelo<sup>231</sup>. Así habrá normas de calidad que midan la contaminación atmosférica, la de las aguas superficiales, la calidad del suelo, etc.

---

frente a la posición privilegiada de otros, producto de las circunstancias aparentemente más desventajosas en que se encontraban al principio. Por ejemplo, frente a la superación del nivel de contaminación establecido en la norma de calidad, la Administración del Estado destina una gran cantidad de recursos y esfuerzos para mejorar las condiciones ambientales de una ciudad, desatendiendo otras necesidades del resto de la población que se encontraba en ambientes en que la norma no se había superado y que no necesariamente gozan de una buena calidad ambiental.

<sup>230</sup> Por ello se justifican las medidas que favorecen a los grupos que de hecho se encuentran en una posición desfavorable (mujeres, indígenas, personas con alguna discapacidad, etc.).

<sup>231</sup> Tal es la forma más sencilla de medir el nivel de contaminación, evidentemente, existen diversas metodologías para medir el nivel de contaminante, incluso algunos que no necesariamente pasan por la medición en los medios ambientales.

Confirma lo señalado, la disposición del artículo 33 inc. 1° LBGMA que dispone que *“los organismos competentes del Estado desarrollarán programas de medición y control de la calidad ambiental del aire, agua y suelo para los efectos de velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”*.

### 2.3.6 Fijan niveles de contaminación

Se trata del aspecto fundamental de esta clase de normas. En ellas se fijan los niveles, estándares, medidas o valores que se consideran para determinar si se está o no en presencia de un medio ambiente libre de contaminación y si se afecta o no el bien jurídico protegido por la norma, el denominado *target estándar*.

### 2.3.7 Contenidas en un Decreto Supremo

Las normas primarias de calidad ambiental son dictadas a través de un DS conjunto emanado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y del Ministerio de Salud (atendida la repercusión en la salud y vida de las personas), en cambio en las secundarias, por DS del primero de estos y del ministro competente según la materia de que se trate (artículo 32 incs. 1° y 2° LBGMA). La opción de fijar por normas de rango inferior a la ley los niveles de contaminación, tiene la ventaja de la flexibilidad de la normativa administrativa, para adecuar el nivel o estándar de contaminación a los nuevos adelantos de la ciencia y técnica<sup>232</sup>.

Corresponde preguntarse respecto de la naturaleza jurídica que tiene dicho acto administrativo. A pesar de que la ley le entregue una vigencia nacional a las normas primarias de calidad ambiental, y a pesar de que en ambas clases de normas se trate de normas que permanecerán por un largo período de tiempo, no está claro si los decretos supremos en que se contienen, detentan o no un carácter reglamentario. Desde la perspectiva formal estos son expedidos como simples decretos supremos, no como decretos reglamentarios. Sin embargo, ellos vienen a hacer aplicación directa de la ley y se dictan con pretensión de permanencia y generalidad, sin perjuicio de su revisión cada cinco años.

---

<sup>232</sup> Monika Böhm, Der Normensch: Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltsachstoffen, Ed. J.C.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996 p. 146.

### 2.3.8 Revisión periódica

Así lo dispone el artículo 32 inc. 4° LBGMA. Tanto la primera dictación del DS que fija la norma, como la revisión, se rigen por un procedimiento que fue fijado por un reglamento<sup>233</sup>. El mandato legal de revisión corresponde a una manifestación del principio de gradualidad, el cual implica avanzar en la protección ambiental paulatinamente.

### 2.4 Obligatoriedad

Es probable que llame la atención este epígrafe, toda vez que si se revisa la literatura sobre la materia no se ha hecho mayor cuestión respecto de la obligatoriedad general de las normas de calidad ambiental, es decir, vinculan a todos los ciudadanos e incluso, representan una restricción a derechos constitucionales<sup>234</sup>. Más aún, porque ello encuentra una confirmación de rango legal, en el artículo 52 inc. 1° LBGMA, el que dispone que se presume legalmente la responsabilidad por el daño ambiental *si existe infracción a las normas de calidad ambiental* (CIV. 4.1), y obviamente, sólo puede infringir una norma quien se encuentra obligado a su cumplimiento.

Sin embargo, conviene detenerse en este punto para confirmar o desmentir dicha afirmación, dados los efectos prácticos que ello pueda tener, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por el daño ambiental. Una norma de calidad ambiental opera fijando un nivel de contaminación para un medio ambiente determinado, por lo general, por la vía de establecer un valor para un contaminante en un elemento del medio (agua, aire, suelo). ¿De qué manera vincula dicha norma a un ciudadano en particular? ¿Cómo vulnera una industria una norma de calidad? En primer término, la medición de la contaminación se realiza en el medio ambiente (el medio en particular), y no en la chimenea o ducto de la fábrica, para tal fin se establecieron las normas de emisión. En segundo lugar, para llegar al nivel de contaminación en un medio ambiente no ha contribuido una sola persona, sino todos aquellos que realizan una actividad. Piénsese simplemente en el caso del MP10

<sup>233</sup> Se trata del DS N° 93/95 (D.O. 26.10.95) del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en que se aprueba el Reglamento para la Dictación de las Normas de Calidad Ambiental y de Emisión. Se hacen presente las dudas que plantea un procedimiento administrativo fijado por DS. Si bien el artículo 63 N° 18 CPR establece que son materia de ley las que *fijen las bases de los procedimientos* que rigen los actos de la Administración Pública, cabe la duda el artículo 32 inc. 3° LBGMA alcanza para completar dicho requisito.

<sup>234</sup> Julio Lavín, *Legislación Restrictiva de Derechos...*, op. cit. p. 196 señala que: *Una norma de calidad constituye una restricción a derechos fundamentales, como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en cuanto deberá hacerse en base a los elementos necesarios para que con su actividad económica no sobrepase la norma.* Por su parte, Pedro Fernández Bitterlich, *Manual de Derecho ambiental chileno*, op. cit., no se pronuncia sobre este aspecto.

en la ciudad de Santiago. El nivel de concentración de dicho contaminante no depende de una sola persona, gremio o sector empresarial. A él contribuyen todos y cada uno de los habitantes de la ciudad, incluso cuando realizan actividades aparentemente tan inocuas como barrer las hojas caídas de los árboles en otoño<sup>235</sup>.

Frente a una pluralidad de causas de la contaminación que se mide, es perfectamente factible preguntarse cómo podría un ciudadano vulnerar una norma de calidad ambiental. Salvo un caso de laboratorio, en que hay sólo un causante de la contaminación, podría determinarse que hay incumplimiento de la norma de calidad ambiental<sup>236</sup>. ¿Incumplimiento? En realidad las normas de calidad ambiental no se incumplen, sino que por el contrario se *cumplen*, como se verá, en un porcentaje que irá del 80% al 100%, para una zona latente, o sobrepasada totalmente (más del 100%) para una zona saturada (CIII. 6). Cosa distinta será que el *cumplimiento* de la norma de calidad determine unos efectos, como lo son las ya mencionadas declaraciones de zonas saturadas o latentes y los consecuentes planes de prevención y descontaminación, los que sí obligan a las ciudadanas y ciudadanos de la República (CIII. 9).

Como resultado se tiene entonces que las normas de calidad ambiental no obligan a los ciudadanos, sino, por el contrario imponen a la Administración del Estado la obligación de llevar a cabo las mediciones de contaminación, para determinar el cumplimiento o no de la norma. En tal sentido, los DS que fijan esta clase de normas tendrán un efecto *ad intra* de la Administración, ella será la única destinataria<sup>237</sup>. De allí el mandato legal que impone a las administraciones con competencias ambientales el desarrollo de programas de medición y control de la calidad ambiental de aire, agua y suelo (artículo 33 LBGMA).

---

<sup>235</sup> *Albin Eser*, Derecho Ecológico, Revista de Derecho Público (España), N°s 100-101, julio-diciembre de 1985, p. 619, señala: "no son los vándalos quienes destruyen el ambiente, sino -como punta del iceberg- el 'ciudadano normal', preocupado por otras metas, las más de las veces de consumo o de lucro, que, en manera alguna, es consciente del efecto nocivo para el ambiente de su negocio o consumo".

<sup>236</sup> En ese caso hipotético de un solo contaminante y un solo contaminador, la norma de calidad ambiental haría superflua a la norma de emisión.

<sup>237</sup> El resultado expuesto tiene además apoyo en el Derecho comparado. Tal es el caso de la ley federal alemana sobre protección contra inmisiones (Bundesimmissionsschutzgesetz) en el § 48. Cfr. *Hans Jaras*, Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar, 3ª Ed. 1995, p. 589 y ss. Donde se plantea como doctrina general la falta de efecto externo de esta clase de normas contenidas en las *Verwaltungsvorschriften*, traducidos literalmente como disposiciones administrativas, aunque conocidos como Reglamentos Administrativos. Cfr. *Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez*, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. Civitas 7ª edición Madrid 1995, pp. 195-197. Sólo respecto de las normas de emisión podría sostenerse en casos calificados un efecto externo (*Aussenwirkung*). Ello ha planteado algunos problemas de adecuación de las normas de imisión y emisión alemanes al Derecho comunitario europeo. Cfr. *Christian Bönker*, Die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Umweltschutznormen in Verwaltungsvorschriften, in Deutsches Verwaltungsblatt, 1992, pp. 804 y ss. *Reinhard Hender*, Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis, in Die Öffentliche Verwaltung, 1998, pp. 481 y ss., en especial pp. 488-490.

El único sujeto capaz de incumplir una norma es su destinatario<sup>238</sup>, en el caso de las normas de calidad ambiental, tal es la Administración del Estado<sup>239</sup>.

## 2.5 Procedimiento de formación

Dado que el análisis en esta parte se reduce sólo a los aspectos sustantivos de las normas de calidad ambiental, es que en esta parte se hace una referencia a las normas procedimentales establecidas para su dictación<sup>240</sup>. El artículo 32 inc. 3° LBGMA dispone que un reglamento establecerá el procedimiento para la dictación de las normas de calidad ambiental. Según dicho precepto, el reglamento deberá considerar a lo menos las siguientes etapas:

- Análisis técnico y económico;
- Desarrollo de estudios científicos;
- Consultas a organismos competentes, públicos y privados;
- Análisis de las observaciones formuladas;
- Una adecuada publicidad;
- Fijará los plazos y formalidades para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 32 LBGMA; y
- Fijará los criterios para revisar las normas vigentes.

Como se señaló, el DS N° 93/95 (D.O. 26.10.95) del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, aprobó el Reglamento para la Dictación de las Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

<sup>238</sup> Incumplimiento que comienza desde el momento en que ha transcurrido un plazo más que razonable para la dictación de la norma y la autoridad ha iniciado el estudio para la elaboración de la misma.

<sup>239</sup> Sólo en el medio ambiente atmosférico se cuentan más de 300 elementos o combinaciones de ellos que tienen influencia en la salud y vida de las personas. Evidentemente sería impensable contar con normas de calidad ambiental para cada una de ellas, sólo aquellos más importantes deberían ser objeto de regulación (MP10, Ozono, Plomo, Nox, etc.), los demás quedarían dentro del riesgo que supone vivir en sociedad. Sin embargo, ello no obsta a que el Estado realice mediciones de todos ellos, ya que el mandato del artículo 33 LBGMA es genérico y no opera exclusivamente sobre la base de la medición de los contaminantes regulados en las normas de calidad ambiental.

<sup>240</sup> Este tema se puede ver en *Eduardo Astorga*, Derecho Ambiental Chileno, parte general, op. cit. pp. 235 a 246.

## 2.6 Estudio de caso: norma primaria de calidad para MP10

El DS N° 59/98 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, modificado por el D.S. N° D.S. 45 de 2001, del mismo Ministerio (D.O. 11.09.2001), establece la norma de calidad primaria (*sic*) para material particulado respirable MP10, en especial de los valores que definen situaciones de emergencia<sup>241</sup>. El MP10, también PM10 (sigla inglesa para *particulate matter*) se conforma de partículas sólidas o líquidas que permanecen suspendidas en el medio ambiente atmosférico cuyo diámetro es inferior a 10 micrones<sup>242</sup>. Estas pueden consistir en polvo, cenizas, cemento, polen, metales, etc. La importancia de esta clase de contaminante radica en que, por el pequeño tamaño de las partículas que lo componen, éstas ingresan directamente a los alvéolos pulmonares y desde allí al torrente sanguíneo. Entre los efectos que producen se cuentan: aumento en la frecuencia de cáncer pulmonar, muertes prematuras, síntomas respiratorios severos, irritación de ojos y nariz, agravamiento en casos de asma, agravamiento en caso de enfermedades cardiovasculares, su acumulación en los pulmones origina enfermedades como silicosis y asbestosis, etc<sup>243</sup>. Las principales fuentes que aportan a este tipo de contaminante provienen de la combustión de bencina con plomo, diesel y carbón, el flujo vehicular por calles pavimentadas y de tierra, procesos industriales, incendios, procesos de erosión y erupciones volcánicas. Sin perjuicio de las actividades que con sus emisiones contribuyen en los niveles de esta clase de contaminante, incide fundamentalmente en los niveles de concentración, por una parte, la situación geográfica del área en que se realicen las mediciones y las condiciones de ventilación de la misma, y por otra, los fenómenos de inversión térmica presentes en los meses de invierno<sup>244</sup>.

La norma primaria de calidad ambiental contenida en el DS N° 59/98 establece como nivel de contaminación el siguiente: artículo 2 inc. 1° *La norma primaria de calidad del aire para el contaminante Material Particulado Respirable MP10, es ciento cincuenta microgramos por metro cúbico normal (150 µg/m3N) como concentración de 24 horas*. Esta

<sup>241</sup> Nótese que el DS fija una norma de calidad primaria, y no una norma primaria de calidad ambiental, como las denomina la LBGMA.

<sup>242</sup> Artículo 1 DS N° 59/98, lo define como: Material particulado respirable MP10: material particulado con diámetro aerodinámico menor o igual que 10 micrones.

<sup>243</sup> Sobre el tema, Material particulado respirable (MP10) el enemigo que respiramos, en [http://www.conama.cl/rm/568/article-1162.html#h2\\_1](http://www.conama.cl/rm/568/article-1162.html#h2_1)

<sup>244</sup> En consecuencia, es muy probable que ciudades con malas condiciones de ventilación, por estar ubicadas en valles o cuencas cerradas, así como afectadas por la inversión térmica, exhiban altos niveles de concentración de MP10 (por ejemplo, Denver, Ciudad de México, Santiago de Chile), a pesar de que en términos absolutos haya menos emisiones por MP10 que en otras que no tienen dichas características. No sólo la contaminación, sino también las condiciones geográficas y climáticas jugarán un papel determinante en la concentración de los contaminantes.



disposición constituye el centro de la normativa sobre MP10, ella fija el valor o nivel de contaminación tolerable para el material particulado respirable. A partir de la superación de dicho nivel se determinarán las situaciones de emergencia<sup>245</sup>, como asimismo, el cumplimiento de la misma supondrá, según los casos, la declaración de una parte del territorio como zona latente o saturada.

El nivel de concentración de contaminante de 150  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  para MP10 responde a lo que se ha denominado en este trabajo como una *norma de compromiso* (CIII. 5), en cuanto en ella debió atenderse a factores ambientales, sociales y económicos. En efecto, si se compara la norma chilena con sus similares del Derecho ambiental comparado, podrá apreciarse que ella es bastante más permisiva (Ver Tabla N° 3). Las preguntas que surgen son múltiples y dramáticas, ellas van desde la idoneidad científica y técnica del nivel establecido, hasta la constitucionalidad del mismo, atendido el alcance del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por ahora conviene detenerse en sólo tres aspectos. En primer término se debe tener en cuenta que se trata de una norma primaria de calidad ambiental que, como tal, tiene alcance nacional. Ella constituye el mejor ejemplo de la falta de lógica que tiene aplicar una única norma a realidades ambientales absolutamente dispares. Por ejemplo, en las ciudades de Valparaíso y Viña del Mar no se presentan los fenómenos de inversión térmica ni de falta de ventilación que sí afectan a la capital (y que eventualmente podrían justificar este nivel tan laxo). Por lo mismo, es difícil que se alcance el nivel de contaminación por MP10 fijado como umbral y de igual forma, es poco probable que el Estado implemente planes para mejorar el medio ambiente atmosférico de dichas ciudades, al no estar declaradas como zonas latentes o saturadas. Sin embargo, ello no quiere decir que en esas ciudades el medio ambiente atmosférico sea bueno o de calidad<sup>246</sup>.

En segundo término, habría que preguntarse si la norma de calidad ambiental chilena pudiere haber asumido el estándar internacional en materia de MP10. Lo cierto es que tanto el legislador, al establecer el carácter nacional de las normas primarias, como el ejecutivo al dictar el DS N° 59/98 al fijar el estándar para MP10, legislaron o regularon con la vista puesta en la capital de la República. Evidentemente, aplicar un nivel de 50  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  como media de 24 horas en Santiago, supondría que la ciudad sencillamente se detuviese, no sólo que se detuviera la producción industrial, sino que todo tipo de vehículo tuviere restricciones totales o parciales de circulación. Aún así es probable que el estándar internacional no se alcancese. Peor aún resulta el panorama respecto de los promedios anuales, la norma de calidad chilena no establece un estándar para dicho

<sup>245</sup> Como se verá un poco más adelante, la activación de las medidas de emergencia ambiental ocurre a partir de la superación del nivel de 195  $\mu\text{g}/\text{m}^3$ .

<sup>246</sup> El mismo ejemplo es válido para muchas de las ciudades medianas y grandes del país.

promedio, sin embargo, en la práctica alcanza los  $99 \mu\text{g}/\text{m}^3$ <sup>247</sup>. En el Derecho comparado ambiental, las normas anuales, son todavía más estrictas ( $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$  la Unión Europea, y  $30 \mu\text{g}/\text{m}^3$  la Confederación Suiza). Es probable que aquí se haya impuesto una razón práctica, ya que resultaba casi imposible optar por un nivel más bajo. En cualquier caso ello no justificaba que todo el país corriese la misma suerte.

Finalmente, se debe tener en cuenta que las normas primarias de calidad ambiental son las que determinan las situaciones de emergencia ambiental. En el caso del DS N° 59/98, éste establece una escala de situaciones de emergencia ambiental. El artículo 3° dispone:

“Definanse como niveles que originan situaciones de emergencia ambiental para material particulado respirable MP10, los indicadores de acuerdo a los cuales el valor calculado para la calidad del aire, en concentración de 24 horas, se encuentre en el respectivo rango señalado en la tabla siguiente.

Nivel Material Particulado Respirable MP10 ( $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ ) en 24 horas

Nivel 1° 195 - 239

Nivel 2° 240 - 329

Nivel 3° 330 o superior

Las concentraciones serán obtenidas a partir de una metodología de pronóstico de calidad del aire, o bien, en caso que no se cuente con esta metodología, de la constatación de las concentraciones de Material Particulado Respirable MP10, a partir de las mediciones emanadas desde alguna de las estaciones de monitoreo de calidad del aire clasificadas como EMRP”.

---

<sup>247</sup> Rodrigo Pizarro y Paola Vasconi, Estudios Fundación Terram, Análisis de Políticas Públicas N° 3, Septiembre 2001, p. 7 señalan expresamente: “Si bien Chile no cuenta con una norma anual para PM 10 -dada la estacionalidad del fenómeno no se justificaría- aún así, una forma de dimensionar la calidad del aire de Santiago es estimando el promedio anual de la concentración de material particulado (MP10). En base a la información que entregan las estaciones de monitoreo en el periodo 1997 a 2000 se obtiene que las concentraciones de PM10 en dichos años alcanzaron un promedio  $99 \mu\text{g}/\text{m}^3$ ”.

Dicha disposición puede esquematizarse en la siguiente tabla:

Tabla N° 2:

| MP10 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ en 24 h | Valoración | Episodio/Nivel   |
|---------------------------------------|------------|------------------|
| 0-150                                 | Bueno      | ----             |
| 150-195                               | Regular    | ----             |
| 195-239                               | Malo       | Alerta /1        |
| 240-284                               | Crítico    | Preemergencia /2 |
| 285-329                               | Peligroso  | Preemergencia /2 |
| 330                                   | Excede     | Emergencia /3    |

Como se desprende del recuadro, si bien la norma de calidad ha fijado un nivel para MP10 de 150  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  en 24 horas, las medidas previstas para operar durante la ocurrencia de episodios de contaminación sólo comienzan a hacerlo a partir de un nivel de 195  $\mu\text{g}/\text{m}^3$ . Este aspecto del DS N° 59/98 presenta algunos problemas. El artículo 32 inc. 1° LBGMA señala que las normas primarias de calidad ambiental tendrán aplicación en todo el territorio y además *definirán los niveles que originan situaciones de emergencia*. A partir del citado artículo 3 del DS N° 59/98 dichos niveles comienzan a partir de los 195  $\mu\text{g}/\text{m}^3$ <sup>248</sup>. Sin embargo, el artículo 1 del mismo DS había fijado como valor 150  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  como promedio en 24 horas. El resultado de esta diversidad de cifras se resume en lo siguiente: el nivel de 150  $\mu\text{g}/\text{m}^3$ , permitirá que la zona sea declarada como latente o saturada, según corresponda, pero no será apto para que se active una situación de emergencia ambiental. Ello llevará a que en los hechos (y en el Derecho) el nivel de contaminación por MP10 que opere efectivamente, dado que fija las situaciones de emergencia ambiental, sea cuatro veces más permisivo que la norma similar de Derecho comparado. Una lectura sistemática de los artículos 2 n) y 32 inc. 1° LBGMA, conducen a interpretar que sea cual fuese el nivel de contaminación fijado en la norma de calidad, ese nivel será el que hace operativo tanto las declaraciones de zona latente o saturada (y los respectivos planes de descontaminación) y las situaciones de emergencia ambiental, cosa que no entendió así el DS N° 59/98.

<sup>248</sup> Si las situaciones de emergencia ambiental comienzan a operar a partir del nivel 195  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  con la denominada *alerta*, llama la atención que las autoridades competentes se hayan puesto como meta terminar con dichas situaciones en la capital, toda vez que tal finalidad ni tan siquiera se condice con el propio nivel fijado en el DS N° 59/98 como norma primaria de 150  $\mu\text{g}/\text{m}^3$ , y sigue estando muy lejos de los valores internacionalmente aceptados.

### *El MP10 en el Derecho comparado*

Tal como se señaló, la norma para MP10 analizada contiene un estándar para la media de 24 horas, pero no considera un valor anual, el cual por lo general es establecido como límite que puede ser sobrepasado un determinado número de veces. Algunos ejemplos ilustrativos que permiten comparar la norma chilena, se contienen en la siguiente tabla:

Tabla N° 3<sup>249</sup>

| País/Estado   | Niveles máximos permitidos | Media 24 hrs./ Media anual  |
|---------------|----------------------------|-----------------------------|
| EE.UU.        | 150 µg/m <sup>3</sup>      | 24 hrs.                     |
|               | 50 µg/m <sup>3</sup>       | Media anual                 |
| California    | 50 µg/m <sup>3</sup>       | 24 hrs.                     |
|               | 30 µg/m <sup>3</sup>       | Media anual, desde 1983     |
| Noruega       | 70 µg/m <sup>3</sup>       | 24 hrs.                     |
|               | 40 µg/m <sup>3</sup>       | Media semestral, desde 1992 |
| Suiza         | 50 µg/m <sup>3</sup>       | 24 hrs.                     |
|               | 20 µg/m <sup>3</sup>       | Media anual                 |
| Unión Europea | 50 µg/m <sup>3</sup>       | 24 hrs.                     |
|               | 40 µg/m <sup>3</sup>       | Media anual                 |

La tabla corresponde a un espectro bastante representativo de la situación de los valores para MP10 en países desarrollados. En el caso de EE.UU. debe complementarse la información en dos sentidos, en primer término se trata del valor a nivel federal, el cual puede ser reemplazado por valores más estrictos en el ámbito estatal, como lo demuestra el caso del Estado de California. Además, debe considerarse que en 1997 fueron incluidos, adicionalmente al MP10, valores para MP2,5, norma que aún no existe en el Derecho ambiental chileno y que impone unas condiciones muy estrictas. Para dicho material particulado se fijó un nivel de 15 µg/m<sup>3</sup> como media anual y de 65 µg/m<sup>3</sup> como media de 24 horas.

En el caso de los valores establecidos en la Unión Europea, estos se fijaron por la Directiva N° 1999/30/CE, de 22 de abril de 1999. Para el año 2010, la misma Directiva ha previsto un reemplazo de los valores señalados, por 20 µg/m<sup>3</sup> de media anual y 50 µg/m<sup>3</sup> como media diaria, que podrá ser superada sólo 7 veces en el año (actualmente, la media anual puede ser superada 35 veces en el año). Dichos nuevos niveles se han establecido como

<sup>249</sup> Fuente: Ministerio del Ambiente de la Confederación Suiza, [www.buwal.ch](http://www.buwal.ch).

valores indicativos (*Indicative value*), los que serán nuevamente comprobados, a la luz de la experiencia que arroje la aplicación de los valores vigentes, y de lo que el conocimiento científico indique respecto de los efectos del MP10 en la salud de las personas y el medio ambiente.

El resultado de esta comparación es bastante evidente. La norma chilena para MP10 es como mínimo tres veces más laxa que sus similares europeas, siendo sólo comparable el caso de la norma federal de EE.UU., la que sirve de débil justificación dado que los Estados introducen normas más exigentes y dada la norma para MP 2,5. Entonces cabe preguntarse si semejante estándar garantizará el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, o si con dicho nivel cumplió el Estado su deber de protección ambiental.

### 3. Normas de Emisión

Estas se encuentran definidas en el artículo 2 letra o), como *“las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora”*. Una de las desventajas que presenta el catálogo del artículo 2 LBGMA es la falta de definición de lo que debe entenderse por fuente emisora, el que debe ser fijado caso a caso, según la norma de emisión de que se trate.

Las normas de emisión establecen los niveles de contaminación admisible en relación con cada fuente contaminante<sup>250</sup>. Ellas apuntan al control durante la ejecución de las actividades contaminantes y hacen posible el monitoreo continuo en la empresa o en la fuente de emisión del contaminante. Desde esta perspectiva las normas de emisión constituyen uno de los instrumentos más eficaces para la protección del medio ambiente. Ello en el entendido que la norma de emisión puede ser fiscalizada directamente por la autoridad, siempre que cuente con los medios y la voluntad de hacerlo, determinándose en cada caso si la emisión contaminante está dentro o fuera del estándar fijado por la norma. En la práctica las normas de emisión corresponden a un típico instrumento de comando y control, el que sólo alcanza la finalidad de protección ambiental en la medida que el parámetro de contaminación contenido en la norma sea realmente protector del medio ambiente y además siempre que la Administración del Estado disponga de los recursos necesarios para verificar su cumplimiento.

En el Derecho chileno las normas de emisión se encuentran definidas en el artículo

<sup>250</sup> Jorge Agudo González, El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental, Ed. Montecorvo, Madrid 2004, p. 161.<sup>6</sup>

2 letra o) LBGMA, como “*las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora*”. Una de las desventajas que presenta el catálogo del artículo 2 LBGMA es la falta de definición de lo que debe entenderse por fuente emisora, el que debe ser fijado caso a caso, según la norma de emisión de que se trate<sup>251</sup>. Atendida esta omisión en la definición de fuente emisora, es que en la práctica las normas de emisión pueden ser apreciadas desde la perspectiva de la fuente misma de la contaminación, esto es, desde su origen; a la forma en que se realiza el vertido o emisión del contaminante que regulan o al *medio ambiental* en el que se vierten o emiten los contaminantes.

Una norma de emisión basada en el tipo de fuente emisora es aquella que fija estándares de contaminación según el tipo instalación o artefacto del cual emana el contaminante. En tal sentido pueden distinguirse tres clases de fuentes emisoras:

- Fuentes de carácter fijo: que corresponden a aquellas fuentes emisoras de contaminantes consistentes en instalaciones fijas o no movibles, tales como fábricas, centrales térmicas, talleres, incineradoras, etc. Para categorizar esta clase de fuentes no es importante el tipo de contaminante que emite (el cual podría incorporarse al aire, suelo o agua), sino su lugar de origen.
- Fuentes de carácter móvil: por oposición a las anteriores corresponden a aquellas provenientes de vehículos sean estos de transporte público o privado, terrestre, aéreo o acuático. Al igual que en el caso anterior, lo relevante en este caso, es el origen de la fuente y no el *medio ambiental* en el que se deposita la contaminación.
- Estándares para productos: se trata de aquellas normas que fijan niveles permisibles de contaminante para el proceso de fabricación o para la utilización de un determinado producto, de manera que este no afecte al medio ambiente o a la salud de las personas.

Por su parte, la norma de emisión puede basarse en la forma en que se realiza el vertido o emisión del contaminante que regula. En tal sentido podría tratarse de normas que fijen estándares para emisiones de carácter gaseoso, lumínico, líquido, etc. Evidentemente, en cada uno de estos casos, la norma señalará un estándar para un contaminante específico, por ejemplo, CO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub>, etc.

---

<sup>251</sup> Por ejemplo el DS 90/2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (D.O. 07.03.2001), que establece la Norma de Emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales, el que en su artículo 3.7 define fuente emisora como: “*el establecimiento que descarga residuos líquidos a uno o más cuerpos de agua receptores, como resultado de su proceso, actividad o servicio, con una carga contaminante media diaria o de valor característico superior en uno o más parámetros indicados en la siguiente tabla*”.

Finalmente, la norma de emisión podría atender al *medio ambiental* sobre el cual se realice el vertido, en tal caso podrá tratarse de una norma que regule el estándar para un contaminante sobre cuerpos de agua, sobre el suelo o en el medio atmosférico. Por ejemplo el DS 609/1998 del Ministerio de Obras Públicas, que contiene la Norma de Emisión para la Regulación de Contaminantes asociados a las Descargas de Residuos Industriales Líquidos a Sistemas de Alcantarillado; o el DS N° 90/2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba la Norma de Emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales; o el DS N° 686/98 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción que establece la Norma de emisión para la regulación de la contaminación lumínica.

### *Diferencia entre normas de emisión y de calidad ambiental*

Las diferencias entre ambos instrumentos normativos de gestión ambiental, pueden agruparse en los siguientes:

- *Forma de medición.* Las normas de emisión miden la contaminación en la fuente de que se trate, las de calidad en el entorno en cuestión.
- *Diversidad de niveles.* Los niveles de contaminación fijados por las normas de emisión son distintos a los señalados en normas de calidad ambiental. Las normas de emisión son mucho menos exigentes que las normas de calidad ambiental, atendida la forma en que se miden, y la dispersión de los contaminantes en el medio ambiente. De hecho sería humanamente muy difícil vivir en un medio ambiente con niveles de contaminación como los que fija una norma de emisión.
- *Vigencia espacial.* Las normas de emisión pueden tener una vigencia territorial del todo o parte de la República (artículo 40 inc. 1° LBGMA). En cambio las normas primarias se refieren a la totalidad de éste (CIII. 2.3.3).
- *Destinatarios.* Los destinatarios de las normas de emisión son los titulares de las actividades consideradas como efluentes o emitenes de contaminantes. El Estado será responsable de la fiscalización de las fuentes emisoras.
- *Efectos del incumplimiento.* El incumplimiento de las normas de emisión hace presumir la responsabilidad por el daño ambiental. A pesar de que el artículo 52 LBGMA también incluye a las normas de calidad ambiental, estas no son aptas para dicho fin (CIII. 2.4 y CIV. 4.1).
- *Finalidades.* Las normas de emisión en su definición legal no apuntan a ninguna finalidad en específico, a diferencia de las de calidad ambiental (salud de la población, vida, preservación, conservación del medio ambiente). No obstante, a

través de su cumplimiento también se hace posible la vigencia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

- **Forma.** Respecto de la forma de las normas de emisión, estas nacen a la vida jurídica en forma de DS con la firma del Ministro de la materia de que se trate, a falta de uno específico se dictarán con la firma del ministro Secretario General de la Presidencia.

#### **4. Ausencia de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión**

Tanto las normas primarias como las secundarias serán dictadas a través de un DS de acuerdo con un procedimiento fijado en el artículo 32 inc. 3° LBGMA. Lo que interesa destacar aquí es que respecto de actividades que deben someterse a un estudio de impacto ambiental y que supongan un riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos, o aquellas actividades que presenten efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, dichos riesgos serán medidos en relación con las normas de calidad ambiental o de emisión vigentes. No obstante, el artículo 11 LBGMA en la parte final señala que a falta de tales normas -de calidad ambiental o de emisión-, se utilizará como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento. Es decir, una determinada actividad que se somete a un estudio de impacto ambiental por encontrarse en una de las situaciones de las letras a) o b) del artículo 11 inc. 1° LBGMA, deberá estar dentro de los parámetros fijados por las normas de calidad ambiental y emisión. A falta de tales normas se debe realizar la comparación con las normas de otros Estados a que se remita el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el DS N° 30 de 27 de marzo de 1997, modificado por el DS N° 95 de 2001, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. El artículo 7 de dicho Reglamento dispone que *"Las normas de calidad ambiental y de emisión que se utilizarán como referencia para los efectos de evaluar si se genera o presenta el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), ambas del artículo 11 de la ley, serán aquellas vigentes en los siguientes Estados: República Federal de Alemania, República Argentina, Australia, República Federativa del Brasil, Confederación de Canadá, Reino de España, Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de Norteamérica, Nueva Zelanda, Reino de los Países Bajos, República de Italia, Japón, Reino de Suecia y Confederación Suiza. Para la utilización de las normas de referencia, se priorizará aquel Estado que posea similitud, en sus componentes ambientales, con la situación nacional y/o local."*

Esta remisión a un ordenamiento extranjero puede ser considerada positiva ya que permite suplir las lagunas que en materia de normas técnicas ambientales presenta la legislación chilena. Sin embargo, existen algunos aspectos dudosos respecto de la



fórmula utilizada. Así, por ejemplo si una normativa, en razón de *que posea similitud, en sus componentes ambientales, con la situación nacional y/o local*, es elegida, no se aclara cómo se llega a la exclusión, ni a su verdadera idoneidad para ser aplicada a la realidad nacional. Y ello porque, como es natural, las normas remitidas habrán sido dictadas para una realidad que difiere mucho de la chilena. Sin duda el legislador olvidó el principio 11 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, el cual dispone: *"Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas ambientales y los objetivos y prioridades en materia de ordenación del medio ambiente, deberán considerar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo"*<sup>252</sup>.

Asimismo, esta fórmula de remisión no deja en claro qué ocurre con aquellos casos en que se incumple con la norma de emisión remitida, ni mucho menos en qué situación quedan aquellas actividades que son aceptadas con base en dicha remisión y luego el vacío es llenado con normas nacionales menos exigentes que las remitidas. Los problemas de esta remisión no terminan ahí, tampoco se ha considerado que algunos de los Estados respecto de los que se admite la remisión, por ejemplo la Confederación Suiza y la República Federal Alemana, como resulta evidente, son Estados federales, en que la competencia para fijar los niveles concretos de contaminación en normas de emisión y de calidad corresponde a los Cantones. En efecto, según el Derecho constitucional suizo, existe una competencia en que concurren las legislaciones federal y cantonal (*konkurrierende Kompetenz*) en la que el *Bund* (Confederación) dicta la legislación marco, quedando a nivel cantonal la concretización legislativa de la misma<sup>253</sup>.

## 5. Normas Ambientales como Normas de Compromiso

La decisión de adoptar un nivel o estándar de contaminación se compone a lo menos de dos partes. En primer término, ésta se basa en el conjunto de conocimientos, estudios, informes, dictámenes y recomendaciones de carácter científico y técnico que hacen aconsejable la adopción de un determinado nivel o estándar. Este primer aspecto, si bien tiene carácter científico, y por tanto, se presume su objetividad, no garantiza la uniformidad de criterios, ni tampoco el acuerdo de la comunidad científica. En otras ocasiones faltarán datos respecto del efecto que el contaminante tiene en la salud y calidad de vida de las personas y en el medio ambiente en general, lo que hará más difícil determinar el nivel

<sup>252</sup> El subrayado es del autor.

<sup>253</sup> Cfr. *Bearrice Wagner Pfeiffer*, *Umweltrecht I*, Ed. Schulthess, Zürich 1999, p. 23. A igual conclusión se llega, por ejemplo, respecto de las normas del Derecho alemán.

exacto en que un elemento deja de representar un peligro o un riesgo para la población.

La segunda parte de la decisión la constituye la decisión política. No sólo la falta de acuerdo o uniformidad en el criterio científico, sino mucho más decisivamente, la necesidad de compatibilizar los diversos intereses en juego, hacen que la determinación de los niveles o estándares de contaminación en último término respondan a una decisión política. Sin duda se trata de una decisión que cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, cobrando gran importancia los mecanismos de control de la discrecionalidad de elaboración jurisprudencial. A este respecto resultará fundamental el principio de proporcionalidad<sup>254</sup>, atendidos los fines que impone la función pública de protección ambiental, dentro del marco dado por la CPR y la LBGMA.

Que la decisión del estándar o nivel de inmisión o de emisión sea en definitiva de carácter político no es una particularidad del Derecho ambiental chileno y en la práctica en Derecho comparado, todo estándar responde en definitiva a un *compromiso* entre la protección ambiental y los intereses económicos y sociales involucrados. Las normas técnicas ambientales deberán así garantizar la consideración de todos los intereses que están en juego. Además, dicha decisión debe contar con un cierto grado de legitimación democrática. Todo ello acompañado de los necesarios mecanismos de revisión judicial del acto administrativo en que se contiene la norma, que podrá conducir a su anulación y, en los casos en que ella además haya ocasionado un daño, a la indemnización de los perjuicios (CIII. 8).

En definitiva, los límites de esa decisión estarán dados, por una parte, por aquellos extremos que no son permitidos por ningún criterio científico responsable (jugando un gran rol aquí el principio precautorio (CI 6.1) y por otra, los márgenes de riesgo tolerable que se desprenden del ordenamiento jurídico ambiental, en especial los del Derecho constitucional ambiental y los bienes jurídicos que éste protege<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> El estándar o nivel deberá ser adecuado o proporcional desde una doble perspectiva: no debe comportar una exigencia tan alta que haga ilusorio el ejercicio de otros derechos en juego o concernidos por la protección ambiental; pero tampoco podrá ser laxo o permisivo que en definitiva descargue al Estado de su deber de protección ambiental y otorgue a los sujetos privados una verdadera patente de corso en el ejercicio de sus derechos de propiedad y a desarrollar cualquier actividad económica.

<sup>255</sup> Cfr. *Monika Böhm, Der Normensch, op. cit. p. 153. Reinhard Hendler, Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis, op. cit. p. 482-483. Jorge Bermúdez, Grundlagen des chilenischen Umweltrechts, op. cit. pp. 517-519.*

## 6. Declaración de Zona Latente y Saturada

El artículo 2 t) LBGMA define zona latente como *“aquella en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental”*. Por su parte el artículo 2 u) LBGMA define zona saturada como *“aquella en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas”*.

Entre las características más destacadas se cuentan:

- *Certificación.* Se trata de instrumentos de gestión ambiental de certificación, en virtud de los cuales se constata oficialmente el nivel de contaminación en un entorno. En tal carácter, estas certificaciones constituirán uno de los medios a través de los cuales el derecho de acceso a la información ambiental se actualiza, toda vez que la propia declaración da cuenta de una determinada condición ambiental y porque los antecedentes directos y esenciales que se han tenido a la vista para su dictación son de público acceso.
- *Suponen normas de calidad.* Estos instrumentos operan sobre la base de normas de calidad ambiental previamente dictadas. En efecto, lo que se verifica por esta declaración es que se llegue a un determinado nivel de contaminación en un entorno. Llama la atención en este punto, que la referencia en la declaración de zona latente se refiera a niveles de contaminación en el aire, agua y suelo, en cambio en la de zona saturada se refiere expresamente a normas de calidad ambiental en general. Ello confirma lo señalado a propósito de la medición de la contaminación en los denominados medios ambientales (agua, aire, suelo), sin embargo, la falta de uniformidad en las citadas definiciones puede prestarse para confusiones respecto, incluso, de los elementos que compondrían el medio ambiente. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la medición de la contaminación no se verifica sólo en estos tres medios. En efecto, la contaminación puede medirse de diversas formas, por ejemplo, a través del sistema utilizado por el DS 320/2001 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, por el que se aprueba el Reglamento Ambiental para la acuicultura, en el que se utiliza como parámetro la presencia o no de oxígeno en el fondo marino, medido como oxígeno disuelto en el agua intersticial de los primeros 3 cm. del sedimento (artículo 2 g).
- *Monitoreo continuo.* A pesar de que los conceptos no lo señalan, la utilización de estas herramientas supone la medición por un período más o menos prolongado, de manera de fijar una línea de base respecto del contaminante en cuestión. En este sentido el artículo 43 inc. 2° LBGMA señala que el fundamento de estas declaraciones está en las mediciones realizadas o certificadas por parte de los organismos con competencia ambiental. El único requisito que legalmente se exige es que las mediciones verifiquen los niveles de contaminación que hacen

procedente la declaración respectiva. Estas mediciones deberán basarse en una metodología científicamente probada, la que, por regla general se establece en la norma de calidad ambiental<sup>256</sup>.

- *Se declaran a través de DS.* Formalmente, también nacen a la vida jurídica como DS que llevará la firma del Ministro Secretario General de la Presidencia y del Ministro de Salud, cuando tengan como base una norma primaria de calidad ambiental, y por el Ministro sectorial que corresponda, según la naturaleza de la norma secundaria de calidad ambiental, cuando se base en estas últimas. Originalmente, podía discutirse si tales DS tenían el carácter de acto administrativo, toda vez que en ellos no se contiene manifestación de voluntad alguna por parte de la Administración del Estado. Por el contrario, como se señaló, esta clase de DS sólo constata o certifica que un medio ambiente determinado ha alcanzado entre un 80% a un 100% de la norma de calidad ambiental (zona latente) o la ha superado (zona saturada). Con la entrada en vigor de la LBPA existe una definición legal de acto administrativo. El artículo 3 dispone: *"Concepto de acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública"*. Hasta aquí la definición responde a la doctrina clásica administrativa<sup>257</sup>. Sin embargo, existen posiciones críticas respecto de dicho concepto, precisamente porque no cubre los casos de actos de certificación o de mera constatación de un hecho, como en el caso de los DS que declaran zonas latentes o saturadas, pero que no manifiestan voluntad alguna de la Administración del Estado. Quizás es por ello que más adelante el mismo artículo 3 de la ley 19.880, en su inciso 6° dispone que: *"Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento, que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias"*. En consecuencia, con la entrada en vigor de la ley N° 19.880, es posible afirmar el carácter de acto administrativo

<sup>256</sup> La aplicación de unas determinadas metodologías de medición de los niveles de contaminación constituye uno de los puntos más debatidos, después de la fijación del estándar mismo. Sirva de ejemplo al respecto, la impugnación por parte de doce senadores y posterior declaratoria de inconstitucionalidad del DS N° 1/2003 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por el que se exigía la realización de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano a los proyectos residenciales y no residenciales con destino único, y a aquellos con destino mixtos cuando superasen ciertos umbrales. En dicho DS, precisamente, lo que se hacía era modificar la metodología de medición del impacto, lo que se estimó que excedía los límites de la potestad reglamentaria ocasionando la consecuente declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (sentencia de 09.04.2003, Rol N° 370).

<sup>257</sup> La manifestación más conocida en el medio jurídico chileno respecto del concepto de acto administrativo es la contenida en la obra de los catedráticos españoles *Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez*, en *Curso de Administrativo*, Tomo I, op. cit., pp. 519-526.

de los DS declaratorios de zonas latentes o saturadas, precisamente, por constituir declaraciones de constancia o conocimiento de haberse alcanzado un determinado nivel de contaminación, 80% o más de 100% de la norma, según los casos, en un entorno determinado.

- *Se dictan previo procedimiento administrativo.* El procedimiento para su dictación se lleva adelante por las COREMAS, o por la CONAMA en aquellos casos que se implique a más de una región, ello sobre la base de las mediciones que los organismos sectoriales lleven a cabo (art. 43 inciso 2° LBGMA).
- *Ambito territorial.* Su alcance es territorialmente limitado, es decir, en ellas debe señalarse la zona geográfica que abarcan. En consecuencia, es posible concluir que, al menos en la lógica inicial del legislador, la vigencia territorial de los instrumentos de gestión ambiental de carácter normativo no era de alcance nacional, sino acotada al medio ambiente, o porción de éste, en que se aplican. Sin embargo, ello no se tradujo en unas normas primarias de calidad ambiental que sean territorialmente acotadas (CIII.2.3.3).
- *Condicionan el uso de otros instrumentos.* Tanto las declaraciones de zona saturada como latente constituyen el primer paso para la utilización de otras herramientas de gestión ambiental, y en especial de los planes de prevención y descontaminación. Sin embargo, precisamente por esta razón es que la autoridad es reticente a su utilización, ya que si bien tiene la potestad discrecional de declarar una zona latente o saturada, según corresponda, no ocurrirá lo mismo con la elaboración y puesta en práctica de los respectivos planes.

## 7. Planes de Prevención y de Descontaminación

A diferencia de los instrumentos anteriores, el artículo 2 LBGMA no contiene definición alguna que se refiera a los planes de prevención o descontaminación. No obstante, el DS N° 94/95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que fija el procedimiento y etapas para establecer planes de prevención y descontaminación, los define en su artículo 2 señalando que el plan de descontaminación es un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad recuperar los niveles señalados en las normas primarias y/o secundarias de calidad ambiental de una zona saturada. El plan de prevención, por su parte, es un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente.

Ellos constituyen la consecuencia jurídica directa de la declaración de la zona saturada o latente. Si a través de la declaratoria de una zona latente o saturada la Administración certifica unos determinados niveles de contaminación, a través de los planes de prevención

y descontaminación lo que ella hace es señalar las medidas tendientes a retornar a los niveles aceptables de contaminación fijados por la norma de calidad ambiental primaria o secundaria. Esta consecuencia jurídica no se desprende de la LBGMA sino del DS N° 94/95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que fija el procedimiento y etapas para establecer planes de prevención y descontaminación, el cual en su artículo 6 dispone que una vez que se ha dictado el respectivo decreto que declara una zona específica del territorio como saturada o latente, se iniciará la preparación del plan respectivo, la que no puede durar más de 120 días.

En virtud de un plan de prevención se establecerán, principalmente, medidas tendientes a evitar que aumente el nivel de contaminación, de modo de alcanzar el total cumplimiento de la norma de calidad ambiental. Por su parte, el plan de descontaminación debe incluir acciones más estrictas destinadas a la rebaja de los niveles de contaminación.

Formalmente son DS que llevan la firma del Ministro Secretario General de la Presidencia y del Ministro sectorial que corresponda (arts. 14 DS N° 94/95 y 44 LBGMA). Son de aplicación territorial, que debe ser coincidente con el decreto que declara la zona saturada o latente que se pretende descontaminar, aunque ello no se señala expresamente en el artículo 44 inc. 1° LBGMA.

La elaboración de los proyectos de planes de prevención y descontaminación corresponde a la CONAMA, previo informe de la COREMA de la Región en que el plan se aplicará. Para su elaboración quedan sometidos al Reglamento que fija el procedimiento y etapas para establecer planes de prevención y descontaminación, contenido en el DS N° 94/95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (artículo 44 inc. 2° LBGMA).

## 7.1 Elementos

De acuerdo con lo que dispone el artículo 45 LBGMA los planes de prevención y descontaminación deben contener al menos los siguientes elementos:

- *Relación existente entre los niveles de emisión totales y los niveles de contaminantes a ser regulados.* Dado que la base del plan es la declaratoria de zona saturada o latente y a su vez, de estas, la norma de calidad ambiental primaria o secundaria, es que se trabaja sobre la base de volúmenes totales de contaminantes (emisiones totales), de modo de contabilizarlos y disponer las medidas tendientes a su rebaja. La relación entre emisión y niveles de contaminantes a ser regulados supone que, partiendo de la base de todas las emisiones, el plan regule de diversa forma o enfrente de diversa manera los contaminantes en particular, atendidas las especiales características que estos pueden presentar (peligrosidad, grado de dispersión, costos de mitigación, etc). Asimismo, en esta relación, se debe indicar en el plan el aporte porcentual de

las distintas fuentes a la emisión total (art. 15 letra c) DS N° 94/95).

- *Plazos para alcanzar la reducción de emisiones.* Aquí entra en juego el principio de gradualismo, toda vez que las metas de reducción de las emisiones suponen unos plazos relativos, que deben atender tanto a consideraciones de tipo ambiental (gravedad de la contaminación), técnico (posibilidades de reducir las emisiones) y económicos (los costos que ello implicará). Es por ello que el plan debe contener un cronograma para la reducción de emisiones y de entrada en vigencia de los diversos instrumentos de gestión ambiental que comprende para alcanzar las metas de prevención y descontaminación (art. 15 letra i) DS N° 94/95).
- *Indicación de los responsables de su cumplimiento.* Si bien la base de la declaratoria es una norma de calidad ambiental, preciso es que se determine la incidencia de las diversas fuentes de emisión y los aportes de ellas a los niveles de contaminación. Ello porque el plan deberá señalar sus destinatarios, para quienes éste resultará obligatorio.
- *Administraciones Públicas a cargo de la fiscalización.* El plan supone una serie de actividades positivas y negativas que deben llevarse a cabo en diversas etapas, con una finalidad clara de reducir los niveles de contaminación en un entorno determinado. Asimismo, el plan contendrá unos plazos relativos para alcanzarlos. Para todo ello es necesaria la fiscalización del cumplimiento del mismo, la que está entregada a las autoridades con competencia ambiental. Para ello, el plan debe además contener un programa de medición y control del cumplimiento de las respectivas normas de calidad ambiental y de emisión.

Evidentemente, el DS que aprueba el plan no puede otorgar competencias a una Administración para la fiscalización del mismo, ya que ello es materia de ley, por ello tanto el art. 45 letra d) LBGMA, como el art. 15 letra f) del DS N° 94/95 disponen que el plan identifique a la autoridad a cargo de la fiscalización.

- *Instrumentos de gestión ambiental que se usarán.* La LBGMA establece instrumentos más bien de carácter normativo. Lo que debe hacer el plan es utilizar herramientas operativas, aplicables a casos concretos y que sean efectivas en la tarea de bajar el nivel de contaminación, por ejemplo, prohibición de quemas, mejora de calidad de combustibles, subvenciones al traslado de industrias, incentivos a la reforestación, permisos de emisión transables, etc. Dichos instrumentos aparecen enumerados en el artículo 47 entre los que se cuentan: normas de emisión; permisos de emisión transables (que deben ser regulados por ley, artículo 48); impuestos de emisión o tarifas a los usuarios; otros instrumentos de estímulo o instrumentos de mejoramiento y reparación ambientales (*infra* 7.2).
- *Reducción de emisiones.* Las actividades responsables de la emisión de los

contaminantes a que se refiere el plan deberán ser reducidas en una proporción que él mismo establezca. Esta deberá ser igual para todas ellas. Aquí de lo que se trata es de reducir las emisiones respetando el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Esta obligación se desarrolla a nivel reglamentario para el caso de los planes de descontaminación, en cuanto se debe indicar en el plan la proporción en que deberán reducir sus emisiones las fuentes responsables de la emisión de los contaminantes. A ello se agrega que el plan de descontaminación deberá señalar el límite máximo admisible de emisión para cada contaminante regulado. Asimismo, el plan de descontaminación podrá establecer límites máximos de concentración en las fuentes emisoras, para cada tipo de contaminante regulado, concentración que deberá ser igual para todas las fuentes emisoras de similares características (art. 15 letra d) DS N° 94/95).

- *Estimación de costos económicos y sociales.* Si bien el plan es de prevención y descontaminación, y su objeto es la protección ambiental, el legislador ha incluido entre los aspectos que debe contener los costos económicos y sociales que su ejecución conlleve, desde el punto de vista de la población, ecosistemas o especies protegidos (art. 15 letra j) DS N° 94/95). Así las cosas, deberán ser cuantificados tanto los costos económicos para el Estado, como para los privados. Por su parte los impactos en la sociedad deberán ser previstos, cuantificados y valorados, por ejemplo, el número de empleos que se crearán o eliminarán por aplicación del plan.
- *Proposición de mecanismos de compensación de emisiones.* En los casos en que sea posible. Ello supondrá la utilización de instrumentos de incentivo o desincentivo al desarrollo de actividades causantes de emisión. Hasta la fecha el mecanismo de compensación de emisiones utilizado es el Programa de Compensación de Emisiones, aplicado desde 1992 para controlar las partículas totales en suspensión (PTS) de la ciudad de Santiago<sup>258</sup> (*supra* 12).

## 7.2 Instrumentos

Según lo dispuesto en el artículo 47 LBGMA, los planes de prevención y descontaminación pueden utilizar instrumentos normativos o económicos. Entre los primeros considera a las normas de emisión, estudiadas más arriba (CIII. 3). Entre los segundos incluye los permisos de emisión transables (CIII. 12); impuestos a las emisiones o tarifas a los

---

<sup>258</sup> Cfr. Milagros Palacios y Carlos Chdvez, Programa de Compensación de Emisiones, Evaluación del diseño de fiscalización y su cumplimiento, en Estudios Públicos, N° 88 año 2002, pp. 97 a 126.



usuarios, en los que se considerará el costo ambiental implícito en la producción o uso de ciertos bienes o servicios; y otros instrumentos de estímulo a acciones de mejoramiento y reparación ambientales.

El valor de la enumeración de instrumentos contenida en el artículo 47 LBGMA es discutible. Ello porque el plan de prevención y/o descontaminación se contiene en un DS que evidentemente tiene un rango infralegal. En consecuencia, por mucho que el citado artículo disponga la posibilidad de utilizar impuestos a las emisiones, o tarifas o permisos de emisión transables, ellos no podrán ser utilizados mientras el legislador no dicte las respectivas normas que los establezcan, y hasta la fecha no lo ha hecho<sup>259</sup>. Así las cosas, los planes los únicos instrumentos que utilizan son aquellos que se basan en el artículo 47 d) "*otros instrumentos de estímulo a acciones de mejoramiento y reparación ambientales*", que es la norma de escape que permite incluir otros instrumentos que no requieren de la dictación de la respectiva ley. Atendida dicha situación legal, el DS N° 94/95 en su art. 15 letra g) al referirse a los instrumentos de gestión ambiental que se podrán utilizar para cumplir sus objetivos, dispone que, en especial, el plan considerará la formulación de un plan operacional para enfrentar los episodios críticos de contaminación; la ejecución de acciones de cooperación pública; de programas de educación y difusión ambiental. Sin embargo, la misma norma deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier otro instrumento cuando dispone que "*Con todo, el plan podrá considerar otros instrumentos de estímulo a acciones de mejoramiento y reparación ambientales*".

### 7.3 Obligatoriedad

La obligatoriedad de los planes de prevención y descontaminación se desprende de las siguientes disposiciones. En primer término el artículo 44 inc. 1° parte final LBGMA señala que "*Se establecerán planes de prevención o de descontaminación, cuyo cumplimiento será obligatorio en las zonas calificadas como latentes o saturadas, respectivamente*". Por su parte el inc. final del artículo 45 dispone: "*Las actividades contaminantes ubicadas en zonas afectas a planes de prevención o descontaminación, quedarán obligadas a reducir sus emisiones a niveles que permitan cumplir los objetivos del plan en el plazo que al efecto se establezca*". Finalmente, a nivel legal el art. 46 LBGMA dispone que "*En aquellas áreas en que se esté aplicando un plan de prevención o descontaminación, sólo podrán desarrollarse actividades que cumplan los requisitos establecidos en el respectivo plan. Su verificación estará a cargo de la respectiva Comisión Regional del Medio Ambiental o Comisión Nacional del Medio Ambiente si el plan abarca zonas situadas en distintas regiones*". Por su parte

<sup>259</sup> En este mismo sentido, aunque más crítico, Eduardo Soto Kloss, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996, p. 76.

en el DS N° 94/95 se dispone en el art. 15 letra k) que entre los contenidos del plan de descontaminación se encuentran las condiciones que la CONAMA exigirá para el desarrollo de nuevas actividades en el área geográfica en que se esté aplicando el plan.

Tal como se ha señalado más arriba, los planes de prevención y descontaminación deberán tener una extensión territorial que se superpone perfectamente a las zonas declaradas como latentes y/o saturadas. De lo contrario, se llegaría a una descoordinación entre las disposiciones citadas, toda vez que podría darse el caso de zonas afectas a planes que no han sido objeto de declaración previa, y que por tanto, no cuentan con una determinación oficial de las concentraciones de contaminantes. Así las cosas, sería imposible determinar la magnitud de la reducción de emisiones.

La vinculatoriedad de planes de prevención y descontaminación trae como consecuencia que su incumplimiento permita presumir la responsabilidad por el daño ambiental y que pueda ser sancionado judicialmente (artículos 52 inc. 1° y 56 LBGMA) (CIV. 4.1).

#### 7.4 Problemas de constitucionalidad

El establecimiento de un plan de prevención y/o descontaminación produce como efecto que se cambien las reglas del juego para una determinada actividad económica, por ejemplo, obligando a suspender la actividad productiva por un determinado período, a cambiar un proceso productivo, a sustituir un combustible, a instalar un filtro, etc. Por su parte, en el área en que se aplica el plan, *sólo podrán desarrollarse actividades que cumplan los requisitos establecidos en el respectivo plan* (artículo 46 1ª frase LBGMA). La pregunta es si desde la perspectiva constitucional son aceptables las restricciones que imponen estos planes.

En primer término, habrá que tener en cuenta que no toda la normativa que se impone a través del plan constituye una restricción a un derecho constitucional. En efecto, gran parte de ella operará como una regulación del derecho que no lo limita, sino que por el contrario, asegura su vigencia (CII. 4). En segundo término, se debe considerar que los actos administrativos con contenido favorable o autorizatorio (permisos, autorizaciones, concesiones), a partir del artículo 45 LBGMA constituyen actos que habilitan al desarrollo de una actividad, ya que remueven un obstáculo normativo que existía para hacerlo<sup>260</sup>. Pero al hacerlo (al autorizar) lo hacen de manera

---

<sup>260</sup> En el caso de las concesiones, el acto administrativo tiene un carácter constitutivo, en cuanto confiere un derecho, por lo general exclusivo, al particular. Por el contrario, en las autorizaciones el acto de otorgamiento "no viene a constituir *ex novo* un derecho, sino simplemente a remover los obstáculos, impuestos en forma precautoria por el ordenamiento jurídico, que limitan el ejercicio de un derecho subjetivo del administrado potencialmente

flexible o condicionada<sup>261</sup>. Ello supondrá que la autorización pueda ser alterada en su contenido, producto del cambio de circunstancias que supone la aplicación del plan, o por la infracción a las condiciones que el acto imponía<sup>262</sup>. De lo contrario, es decir, de no aceptarse esta flexibilidad de la autorización, habría que entender que el plan de prevención y/o descontaminación o bien revoca todas las autorizaciones y permisos, dada la incompatibilidad de éstas con aquel, o bien resultará ser absolutamente inoperante, atendida una supuesta intangibilidad del acto administrativo de contenido favorable.

Sin perjuicio de lo señalado a propósito de las limitaciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica (CII. 4.3.2), para dar respuesta a la interrogante planteada es posible distinguir entre dos aspectos de la limitación al derecho. En primer término, está la norma que establece la limitación, la cual debe atender a las restricciones establecidas en el artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR. Tales requisitos son cumplidos por la norma legal, en cuanto atribuye una limitación específica a un derecho. La limitación específica consiste en la obligación de *reducir las emisiones a nivel de permitir cumplir los objetivos del plan*. Sin embargo, la ley no podría señalar específicamente la magnitud de la reducción de las emisiones, eso sería no sólo impracticable -atendida la infinidad de casos a que debería referirse-, sino que desvirtuaría el rol de la ley como instrumento normativo. Aquí surge el segundo aspecto de la limitación, que viene dado por la particularización de las restricciones a casos concretos<sup>263</sup>. Evidentemente, el plan de prevención o descontaminación deberá respetar las normas constitucionales y legales. Así por ejemplo, un plan no podría establecer una reducción desproporcionada, o que afectara a sólo un grupo de actividades, ello chocaría contra los principios del Estado de Derecho y de igualdad. Pero sí podrá y deberá fijar la magnitud de la reducción de las emisiones, tal es la particularización que es dable esperar de los instrumentos normativos inferiores a la ley. Por su parte, la ley, como se dijo, ya señaló en qué consistirá la restricción.

## 8. Contencioso-Administrativo Ambiental

Una característica común a todos los instrumentos hasta aquí señalados es que

---

existente". Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo*, La jurisprudencia del Tribunal supremo, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1992, p. 277.

<sup>261</sup> Sobre ambos temas se puede ver: *Arndt Schmebl*, *Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt zwischen Stabilität und Flexibilität*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998; *Francisco Velasco Caballero*, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid 1996.

<sup>262</sup> Ello no supone, evidentemente, una disponibilidad del acto favorable por parte de la Administración. Esta deberá siempre motivar la modificación, la que deberá ser racional, razonable, proporcional y legal.

<sup>263</sup> En contra, *Julio Lavín*, *Legislación Restrictiva de Derechos*, op. cit. pp. 196-197.

nacen a la vida jurídica bajo la forma de un DS que es publicado en el Diario Oficial, según dispone el artículo 49 LBGMA: *"Los decretos supremos que establezcan las normas primarias y secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión, los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, se publicarán en el Diario Oficial"*. Como cualquier DS deberán haber sido examinados, previamente, por la Contraloría General de la República en el trámite de toma de razón<sup>264</sup>. En realidad, hasta aquí simplemente se repite la normativa general que rige esta clase de actos, por lo que el art. 49 LBGMA puede tildarse de superfluo, atendida la forma que en definitiva nació a la vida jurídica luego del examen previo de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. A ello se agrega que hoy día el artículo 48 LBPA, sobre la obligación de publicar, dispone que *"deberán publicarse en el Diario Oficial los siguientes actos administrativos: a) Los que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general"*<sup>265</sup>.

Como todo acto normativo, los DS que establecen normas de calidad ambiental, normas de emisión, que declaren zonas latentes o saturadas, y los que establecen planes de prevención y descontaminación, son controlables en sede jurisdiccional. En el caso de los citados actos, la LBGMA ha dispuesto un recurso contencioso administrativo especial, que se examina a continuación.

## 8.1 Objeto de la reclamación

El artículo 50 LBGMA que establece esta reclamación no señala expresamente cuál es el objeto de la acción. Está claro que se dispone su procedencia respecto de un número limitado de actos, tales son los señalados DS a que se refiere el artículo 49 LBGMA citado. Sin embargo, dicha norma no dice que el recurso se interpone para obtener la nulidad del acto, la declaración de un derecho, por ejemplo a la indemnización de los perjuicios que se deriven del mismo, o la declaración de una prestación a partir del acto en cuestión.

No obstante lo anterior, el artículo 50 de la ley, al referirse a la legitimación activa señala que la acción puede ser interpuesta por *cualquier persona que considere que no se ajustan*

<sup>264</sup> Sobre el tema, *Iris Vargas Delgado*, La toma de razón ambiental, Ed. Conosur, Santiago 2000.

<sup>265</sup> Esta disposición es una de las que se utiliza por parte de la doctrina como argumento para sostener la aplicación de la LBPA a los reglamentos, ya que habla de publicación de actos administrativos que *contengan normas de general aplicación*. Sin embargo, dicha interpretación, si bien en ocasiones puede resultar conveniente y hasta garantista, lo cierto es que todo el tenor de la LBPA, así como sus instituciones discurren sobre la idea de la dictación de un acto administrativo en cuanto decisión de aplicación del ordenamiento jurídico, o sea una resolución, y no de creación de normas o de innovación del mismo.

-los DS- *a esta ley y a la cual causen perjuicio*. Si el requisito para contar con legitimación activa fuese la falta de ajuste a la ley, es claro que la reclamación tendría por objeto la anulación del acto ilegal. Sin embargo, se agrega, además, que el acto cause perjuicio, con lo que parecería hacer referencia a una acción de declaración de un derecho. Sólo una interpretación sistemática permitirá determinar con certeza el objeto del recurso. En primer término deberá tenerse en cuenta que el artículo 50 LBGMA habla de una *reclamación* que es una expresión, si bien imprecisa, comúnmente utilizada por el legislador chileno para referirse a contenciosos administrativos de nulidad. En segundo término el plazo que se establece es breve (30 días), plazo normal para las acciones que persiguen la anulación del acto administrativo<sup>266</sup>, pero no para aquellas de declaración de derecho o de prestación, que cuando se refieren a la indemnización de perjuicios se rigen por los plazos del Código Civil. Finalmente debe considerarse que en el Derecho comparado, las acciones de nulidad, por lo general están establecidas sólo respecto de aquellos a quienes el acto afecta (sea limitando un derecho, sea afectando un interés), por lo que no sería extraño que fuera de la causal de nulidad (ilegalidad del acto administrativo) se exija un interés en la eliminación del mismo. Estas razones, llevan a concluir que el objeto del recurso será la obtención de la nulidad del DS.

## 8.2 Legitimación activa

Pueden ejercer la acción todos aquellos que consideren que el DS no se ajusta a la LBGMA y les cause perjuicio. Como se aprecia, no se trata de una acción popular, toda vez que el requisito excluyente será el perjuicio que debe irrogar el DS. Sin embargo, ello requiere una explicación mayor, como a continuación se demuestra.

### 8.2.1 El DS no se ajusta a la LBGMA

En consecuencia, el examen de legalidad se verificará contrastando el texto del DS con el de la LBGMA. El artículo 50 LBGMA no establece ninguna otra restricción, en consecuencia el examen se realizará respecto de todo el articulado de dicha ley y no sólo

<sup>266</sup> Debe tenerse en cuenta, eso sí, que en el caso de la denominada acción de nulidad de Derecho Público, que correspondería a la acción contencioso administrativa ordinaria, buena parte de la doctrina ha afirmado la imprescriptibilidad de la acción. Sin perjuicio de que la más reciente jurisprudencia ha aceptado la imprescriptibilidad, ha denegado la acción indemnizatoria civil, sobre la base de que ésta sí es prescriptible. No hace falta repetir aquí la discusión doctrinal que se ha mantenido por años, baste con citar a dos de sus exponentes, *Eduardo Soto Kloss*, Nulidad de Derecho chileno, en *Revista de Derecho Público*, N°s 47-48 1990 pp. 79-100, y por otro lado, *Pedro Pierry Arrau*, Nulidad en el Derecho Administrativo, en *RDUCV*, N° XV, 1993-1994, pp. 79-100. Ambos autores han reiterado sus opiniones, a veces con matices, en artículos posteriores.

respecto de las normas procedimentales establecidas para la dictación de dichos DS.

La pregunta que surge es si puede ser utilizada esta vía para reclamar respecto de otras ilegalidades de que adolece el DS, e incluso de su inconstitucionalidad. Los términos del artículo 50 LBGMA son bastante claros, el requisito es que el DS no se ajuste a la LBGMA, por lo que frente a otras ilegalidades o inconstitucionalidades, no podría ejercerse este contencioso especial, sino que deberá interponerse la acción ordinaria de nulidad de Derecho público, cuya existencia hoy en día es indiscutida, sin perjuicio de la vía ante el Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 93 N° 16 CPR. Una interpretación contraria conduciría a la inaceptable situación de que estos DS sólo estuviesen sujetos a una parte de la legalidad -la representada por la LBGMA-, quedando sin control jurisdiccional su ajuste al resto de las normas legales e incluso constitucionales.

### 8.2.2 *El DS cause perjuicio al demandante*

Tal es el segundo requisito que debe cumplir el actor para contar con legitimación activa. Una interpretación tradicional conduce a estimar que el DS que causa perjuicio es aquél que ha supuesto un detrimento patrimonial o personal al demandante. Ello será fácilmente imaginable respecto de los DS que aprueban planes de prevención o descontaminación, así como los que contienen normas de emisión. Estos podrán suponer un menoscabo económico, dados los mayores costos que pueden importar las obligaciones que imponen o los niveles de emisión que introducen.

Sin embargo, el requisito del perjuicio no puede ser apreciado de igual modo respecto de las normas de calidad ambiental, que no obligan directamente a los administrados (CIII. 2.4), y de las declaraciones de zonas latentes o saturadas, que son sólo el paso previo para la dictación de planes de prevención y descontaminación. En efecto, en estos dos casos los DS contienen disposiciones que interesan a toda la ciudadanía, pero que por lo general no podrán causarle un perjuicio a una persona determinada, al menos en el sentido tradicional de la palabra, es decir, un menoscabo o pérdida en su integridad o patrimonio. Sin embargo, será evidente que si el DS fija, por ejemplo, un estándar para MP10 que supera, en el mejor de los casos, en tres veces a la peor norma del Derecho comparado, buena parte de la ciudadanía se verá perjudicada por dicho nivel (por lo pronto, niños y ancianos que por problemas respiratorios llenan los hospitales en los meses de invierno) (CIII. 2.6). En consecuencia, el *perjuicio* que el DS cause al demandante no puede asimilarse al requisito general que se exige para la procedencia de las acciones de responsabilidad extracontractual civil o administrativa. Por el contrario, el perjuicio se materializa aquí en un interés vulnerado por el DS que fija el estándar insuficiente o demasiado estricto, que fija una zona saturada o latente y no otra, o que se

basa en antecedentes incorrectos o de errónea metodología, etc. Tal es la interpretación que conduce a un *"Effet utile"* del recurso contencioso administrativo del artículo 50 LBGMA. De otra manera, se perdería de vista el carácter colectivo que tienen el medio ambiente y la protección ambiental.

### 8.3 Plazo de interposición

La publicación del DS en el Diario Oficial abre un plazo de 30 días para interponer el recurso. Sin embargo se agrega que dicho plazo se cuenta *"desde la fecha de su aplicación, tratándose de las regulaciones especiales para casos de emergencia"*. El problema radica en que el encabezado del artículo 50 señala expresamente que *"estos decretos serán reclamables..."*. Y dichos decretos a los que se refiere dicha norma son los del artículo 49, dentro de los que no se menciona ningún DS relativo a una *regulación especial*. Una interpretación que permite salvar este problema parte de la base que dentro de los planes de prevención y descontaminación se considerarán instrumentos de gestión ambiental específicos para cumplir los objetivos del plan (artículo 45 e) LBGMA), entre dichos instrumentos deben ser consideradas estas regulaciones específicas (a ellas también se refiere el artículo 56). Dichas regulaciones específicas probablemente se contendrán en actos administrativos distintos del DS, por lo general resoluciones. Ellas también deberían ser consideradas dentro de esta vía jurisdiccional especial.

Finalmente, debe considerarse el artículo 50 inc. 2° que establece que *"La interposición del reclamo no suspenderá en caso alguno los efectos del acto impugnado"*. Ello impide solicitar alguna medida cautelar tendiente a suspender provisionalmente el acto.

### 8.4 Juez competente y procedimiento

El reclamo debe interponerse ante el juez de letras competente, de acuerdo con lo que dispone el artículo 60 y siguientes LBGMA. Dicha norma establece que *"Será competente para conocer de las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el juez de letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado a elección de este último"*. La redacción de esta norma, que discurre sobre la idea de daño se justifica porque ella se aplica en primer término a las acciones de responsabilidad por el daño ambiental (CIV. 9).

Como se verá más adelante, esta norma presenta una gran ventaja para el demandante. Al tratarse de DS y actos administrativos que se expiden en Santiago, el recurrente con domicilio en otras regiones debía contar siempre con la posibilidad y los medios suficientes para desplazarse por sí o apoderado para ejercer la acción ante el juez civil del domicilio

del demandado (en este caso el Presidente del Consejo de Defensa del Estado). Con esta excepción a las reglas generales sobre competencia territorial, podrá demandar, si lo estima conveniente, ante el juez de letras civil de su propio domicilio.

Por su parte el procedimiento será de tipo sumario, con modificaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 LBGMA (CIV. 9).

## 8.5 Procedencia de Recursos Administrativos ordinarios

A diferencia de lo que ocurre respecto de otros contencioso-administrativos de la LBGMA (CIII. 13.8.1), en el caso de la impugnación de las normas ambientales no es exigible el agotamiento previo de la vía administrativa. Sin embargo, ello no impide que en forma supletoria sean interpuestos el recurso administrativo ordinario de reposición contenido en el artículo 59 y extraordinario de revisión del artículo 60, ambos de la LBPA. Asimismo, se debe destacar que en caso de haber sido intentada la vía administrativa, se aplicará en toda su extensión la norma del artículo 54 inc. 2° LBPA que dispone que *"Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo"*. En consecuencia, el ejercicio de los recursos administrativos indicados dejará siempre abierta la vía en sede jurisdiccional.

Otra opción de impugnación administrativa, aunque no se trata propiamente de un recurso administrativo, viene dada por la solicitud de invalidación, para la cual el legislador ha dispuesto un plazo de dos años<sup>267</sup>.

## 9. Planes de Manejo

Dentro de la clasificación de los instrumentos de gestión ambiental los planes de manejo se ubican dentro de aquellos que son de tipo económico. En efecto, a diferencia de los instrumentos normativos y los autorizatorios provenientes del Derecho Administrativo de Policía, los instrumentos de planificación dicen relación directa con la forma en que

---

<sup>267</sup> El artículo 53 LBPA dispone: *"Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto."*

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

*El acto invalidatorio será siempre impugnable ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario."*



puede ser utilizado un recurso ambiental, obteniendo su mejor rendimiento y asegurando su uso sustentable<sup>268</sup>. Los planes constituyen un instrumento genérico, siendo especies de éste los planes de desarrollo territorial, como el plan regulador comunal y los planes de manejo. En el caso de los primeros el elemento ambiental objeto de la planificación es el suelo y sus diversas posibilidades de uso, en los segundos será la utilización racional de otros recursos naturales.

En virtud de los planes de manejo se materializa el principio de desarrollo sustentable. Ello se consagra implícitamente en el artículo 41 LBGMA que dispone que: *"El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas"*.

## 9.1 Contenido

De acuerdo con el artículo 42 inc. 2° LBGMA los planes de manejo de recursos naturales deberán incluir las siguientes consideraciones ambientales: *a) Mantenión de caudales de aguas y conservación de suelos; b) Mantenión del valor paisajístico; c) Protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas*. Si bien la citada disposición anticipa que el plan de manejo debe contener esas consideraciones de tipo ambiental, no ha incluido entre éstas el aspecto más importante del plan, como lo es la determinación de la forma en que se utilizarán de manera sustentable los recursos naturales. La utilización de un elemento ambiental, aisladamente considerada, supone una valoración económica de la misma, sin embargo, la utilización sustentable, o *asegurando su capacidad de regeneración*, es un elemento ambiental que debe contener todo plan de manejo, pero que no obstante, el legislador de la LBGMA no previó expresamente respecto de esta clase de instrumentos.

## 9.2 Destinatarios

El artículo 42 inc. 1° LBGMA dispone que *"El organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, de acuerdo con la normativa vigente, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de*

<sup>268</sup> Pedro Fernández Bitterlich, Manual de Derecho ambiental chileno, op. cit. p. 147 los define del siguiente modo: *"Los planes de manejo constituyen uno de los instrumentos más importantes de gestión ambiental dirigidos no a solucionar un problema de contaminación o a evitarlo, sino más bien a lograr un uso racional de los recursos naturales renovables..."*

*los mismos, a fin de asegurar su conservación*". En virtud de esta norma queda claro que el destinatario del plan de manejo es el administrado que pretende desarrollar una actividad económica que supone la utilización de recursos naturales renovables. Aquél, para obtener el permiso o autorización, deberá presentar previamente un plan de manejo que será aprobado por la Administración del Estado con competencia material y territorial, y que se entenderá incorporado a la resolución administrativa respectiva. Este último aspecto no lo dispone expresamente el artículo 42 inc. 1° LBGMA, sin embargo, se desprende de él cuando señala que el cumplimiento del plan corresponde al administrado. Asimismo, en la práctica las resoluciones autorizatorias contienen siempre cláusulas que incorporan las condiciones del plan, sea expresamente, sea por remisión a las normas jurídicas que fundan tales condiciones.

Por su parte, en el caso de los titulares de actividades que habiéndose sometido al SEIA hubieren obtenido la aprobación de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, quedarán eximidos de la exigencia del plan de manejo (artículo 42 inc. 3°).

### 9.3 Roles de la Administración Pública

Si el administrado es el encargado de elaborar y cumplir el plan de manejo, es la Administración del Estado, competente de la regulación del uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, la encargada de exigir dicho plan y de fiscalizar que éste se cumpla (artículo 42 inc. 1° LBGMA). Esta norma resulta de gran importancia, ya que ella no señala que las Administraciones Públicas deban estar habilitadas para exigir el plan, de acuerdo a sus normas competenciales, sino que el presupuesto será que sean competentes para regular el uso y aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada. Ello trae como consecuencia, que la habilitación legal para exigir un plan de manejo debe encontrarse, en primer lugar, desde la perspectiva material, en la propia legislación que rige a una Administración, por ejemplo, la que le entrega competencia para la protección de determinados recursos naturales. Por su parte, la norma de competencia para exigir los planes de manejo es sólo la del artículo 42 LBGMA, sin que sea relevante para estos efectos, si la ley orgánica del Servicio Público con competencias sobre los recursos naturales le autoriza o no a exigir y fiscalizar el cumplimiento de tales planes de manejo.

Este extremo es destacable, los planes de manejo a partir del artículo 42 LBGMA, constituyen hoy en día una exigencia genérica del Derecho ambiental chileno cuando se trata del uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables. Esta conclusión se confirma con lo señalado en el inc. 3° del artículo 42. Sin embargo, la práctica administrativa aparentemente no lo ha entendido así, quedando las normas de los

artículos 41 y 42 LBGMA sin aplicación, siendo hoy día los planes de manejo de recursos naturales renovables simple letra muerta.

#### 9.4 Planes de manejo contenidos en leyes especiales

El artículo 42 inc. 3° LBGMA dispone que *"Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales sobre planes de manejo de recursos naturales renovables"*. Es decir, el artículo 42 LBGMA no deroga sino que complementa las normas sobre planes de manejo contenidos en el Derecho ambiental especial, existiendo entonces dos clases de planes de manejo: los de tipo genérico de la LBGMA, y los especiales, contenidos en normas sectoriales. Los primeros deben aplicarse frente al uso y aprovechamiento racional de cualquier recurso natural que no cuente con una regulación especial al respecto. Dentro de los segundos se destacan los casos del plan de manejo forestal, regulado en el DL N° 701 sobre Fomento Forestal, y el plan de manejo de la Ley General de Pesca y Acuicultura, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, fue fijado por el DS N° 430 de 1991 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción<sup>269</sup>.

En consecuencia, en aquellos casos en que el legislador hubiere regulado expresamente el plan de manejo (por ejemplo, en los señalados casos de las materias forestal y pesquera), la LBGMA no tendría aplicación, igual cosa ocurriría con aquellos casos de Estudio y Declaración de Impacto Ambiental. Sin embargo, en todos los demás casos y para toda actividad que suponga explotación de recursos naturales renovables, deberá presentarse y aprobarse un plan de manejo.

### 10. Programas de Control Integrado

Entre los modernos instrumentos de gestión ambiental se cuentan los de control integrado de la contaminación ambiental. En el Derecho europeo el control integrado de la contaminación, conocido por la sigla inglesa IPC (Integrated Pollution Control) fue recogido en la Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación. En cuyo artículo 1 se dispone: *"Objeto y ámbito de aplicación. La presente Directiva tiene por objeto la prevención y la reducción integradas de la contaminación procedente de las actividades que figuran en el Anexo I"*. En ella se establecen medidas para evitar o, cuando ello no sea posible, reducir las emisiones de las citadas actividades en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidas las

<sup>269</sup> En ambos casos se trata de instrumentos del Derecho ambiental especial, cuyo estudio, por razones metodológicas, no queda dentro del presente trabajo.

medidas relativas a los residuos, con el fin de alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto, sin perjuicio de las disposiciones de la Directiva 85/337/CEE, y de las otras disposiciones comunitarias en la materia. En tal sentido, estos programas se relacionan con los planes de prevención y descontaminación (CIII. 7), aunque perfectamente pueden operar de manera independiente y sin depender de una declaración de zona latente o saturada.

La operación de un sistema de control integrado supone los siguientes aspectos:

- *Un control de la contaminación sobre los medios o elementos sobre los que ésta se propaga o encuentra, es decir, agua, aire y suelo.* El programa de control integrado deberá considerar la protección ambiental en su conjunto, a través del monitoreo continuo de los niveles de contaminación en estos tres medios o elementos ambientales. Ello implica que las actividades contaminantes no podrán enfocar el control, reducción y eliminación de sus emisiones hacia uno solo de estos elementos, para descuidar alguno de los otros. No podría por ejemplo, eliminarse el vertido de *riles* para proteger un recurso ambiental acuático, sustituyéndolo por una piscina o tranque de decantación de relaves que por sus filtraciones contamina el suelo o despiden olores que contaminan el aire.
- *Alcanzar un nivel alto de protección para dichos bienes ambientales.* La materialización de un alto nivel de protección se determinará por el cumplimiento de las condiciones previstas para la autorización de la operación de la actividad, y por el cumplimiento de los estándares de emisión establecidos en las normas correspondientes<sup>270</sup>.
- *Consideración del medio ambiente en su conjunto*<sup>271</sup>: el medio ambiente como concepto (artículo 2 letra II) LBGMA) comprende una serie de elementos interdependientes (CI. 6.1). Cuando las Administraciones Públicas controlan tales elementos o parcialidades de manera separada, provocan a menudo soluciones que se neutralizan las unas a las otras o que, por lo menos, se superponen. Ello ocasiona una pérdida de eficacia en la protección ambiental. Un sistema de programas de control integrado, que considere la perspectiva sistémica del entorno, permitirá a la Administración Pública cumplir con su deber de protección ambiental de forma eficaz y eficiente (artículo 3 inc. 2° LBGAE<sup>o</sup>) alcanzando sus cometidos coordinadamente y propendiendo a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones (artículo 5 inc. 2° LBGAE<sup>o</sup>)

<sup>270</sup> Gerhard Feldhaus, Integriertes Anlagenzulassungsrecht materiell- und verfahrensrechtliche Anforderungen nach neuem Recht, en Zeitschrift für Umweltrecht, 2002, p. 2.

<sup>271</sup> Stuart Bell, Environmental Law, op. cit. p. 309: "Any new system of control needed to take into account the requirements of assessing the environment as a whole".

En el Derecho ambiental chileno no se ha reconocido expresamente un sistema de control integrado, no obstante, existen referencias implícitas, tanto en materia de SEIA (CIII.13.4) como en el artículo 33 LBGMA. Este último dispone que: *"Los organismos competentes del Estado desarrollarán programas de medición y control de la calidad ambiental del aire, agua y suelo, para los efectos de velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Estos programas serán regionalizados"*<sup>272</sup>. Respecto de la zona Económica Exclusiva y del Mar Presencial de Chile se compilarán los antecedentes sobre estas materias". Esta disposición constituye una particularización legal del deber de protección ambiental contenido en el art. 19 N° 8 CPR (CII. 5). Sin embargo, el contenido de los programas de medición y control de la calidad ambiental del aire, agua y suelo, para efectos de velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, es una cuestión de carácter técnico y político, difícilmente controlable por los tribunales de justicia.

La aplicación del artículo 33 LBGMA se ha traducido en el monitoreo continuo del cumplimiento de la normativa ambiental. A pesar de que la norma habla de programas, lo cual alude a una serie de medidas y actividades que se desarrollarán en un plazo determinado, lo cierto es que es el monitoreo continuo la herramienta que permite fiscalizar y controlar de manera permanente los niveles de contaminación y así dejar la percepción de que *big brother is watching*, con el fin de obtener un cumplimiento voluntario de la normativa técnica ambiental.

Las mediciones se realizan sobre aire, agua y suelo, lo que al menos cumple el primer objeto del control integrado, es decir, un programa de control sobre los elementos o medios ambientales. Sin embargo, falta la segunda parte, que supone que dicho control se realice sin descuidar el aspecto complementario e interrelacionado de los elementos ambientales. Es decir, que la Administración Pública con competencia ambiental realice coordinadamente la labor de fiscalización y monitoreo, atendido el carácter sistémico e interrelacionado del medio ambiente.

## 11. Regulación especial del Suelo

El artículo 39 LBGMA dispone que *"La ley velará porque el uso del suelo se haga en forma racional, a fin de evitar su pérdida o degradación"*. Respecto de este elemento o medio ambiental el legislador dispuso una aplicación especial del mandato de desarrollo

<sup>272</sup> Es destacable que los programas de monitoreo del artículo 33 sean concebidos como un instrumento regionalizado, lo que es lógico, atendida la diversidad de ambientes existentes en el territorio chileno. Precisamente, dicha diversidad hace que los contaminantes se comporten de manera diversa atendido el medio ambiente de que se trate. Todo ello redunda en la necesidad de que una norma primaria de calidad ambiental no pueda tener alcance nacional, como erradamente la define la propia LBGMA, y se expuso en CIII. 2.3.3).

sustentable, contenido en el artículo 2 g).

Llama la atención esta especial referencia que se ha hecho al legislador, al disponerse que sea la ley la que deba plasmar dicho principio en la regulación que disponga sobre el uso del suelo. Así, existirán, por lo menos, dos aspectos problemáticos que plantea el citado artículo.

- *Evoca una ley marco o básica.* Es decir, una ley que requiere ser desarrollada por el legislador estatal o autonómico. En efecto, en los Estados que se organizan bajo una forma federal o autonómica existen las denominadas leyes marco o básicas (*Rahmengesetz*), las que suponen la regulación genérica de una determinada institución, la que luego debe ser transpuesta y desarrollada por el legislador estatal o autonómico, respetando lo señalado en la ley federal<sup>273</sup>. En tal sentido, se justifica que el legislador federal pueda fijarle contenidos y mandatos a la regulación estatal o autonómica, que es, desde luego, de inferior nivel<sup>274</sup>. Sin embargo, ello no se ajusta a la realidad chilena, con un Estado que se organiza de forma unitaria, con un legislador único, competente para todo el territorio. Entonces es posible preguntarse si ¿Vincula el mandato del artículo 39 LBGMA al legislador? ¿Está obligado el Congreso Nacional, a partir de dicho artículo, a regular de modo sustentable el suelo? La respuesta es una rotunda negativa. Legislar o no sobre una materia, y determinar los principios en que debe basarse dicha legislación es una decisión soberana del poder legislativo, cuyo único límite se encuentra en el marco fijado por la CPR. Así las cosas, desde esta perspectiva la citada disposición no produce más efecto que el de ser una declaración que el legislador de la LBGMA en su momento, manifestó por la sustentabilidad del uso del recurso suelo.
- *Desplaza al reglamento.* Un efecto produce el artículo 39 LBGMA, tal es que el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria, no podría dictar un reglamento que normara el uso sustentable del suelo. Y ello, porque el legislador ha reservado dicha tarea para sí mismo. Aquí surge una duda relativa a la constitucionalidad de dicha exclusión. ¿Podría excluirse la potestad reglamentaria del Presidente de la República? No se trata de entrar aquí, en el espinoso tema del ejercicio de la potestad reglamentaria<sup>275</sup>. Un solo dato conviene tener en cuenta, dicha potestad ha sido asignada de forma primaria por la Constitución en el artículo

---

<sup>273</sup> Para una explicación certera en el Derecho español, *Ignacio de Otto*, Derecho Constitucional Sistema de Fuentes, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1995, pp. 278-283.

<sup>274</sup> Similar es el juego que se produce entre las Directivas, del Derecho comunitario europeo, y las legislaciones nacionales. Las primeras, en principio, no tienen aplicación directa en los Estados miembros, mientras estas no sean transpuestas al ordenamiento jurídico nacional por el legislador. Asimismo, las primeras gozan de preferencia respecto del ordenamiento nacional.

<sup>275</sup> Ello sería, desde luego, metodológicamente incorrecto y desbordaría los márgenes de este trabajo.

32 N° 6, no sólo para dictar reglamentos de ejecución que se estime conveniente, sino también para regular autónomamente aquellas materias no entregadas al legislador.

## 12. Permisos de Emisión Transable

Tal es la denominación que utilizan los artículos 47 y 48 LBGMA<sup>276</sup>. Sin embargo, esta clase de actos administrativos ha recibido nombres diversos, el anteproyecto de ley los denomina *bonos de descontaminación*, sin duda, de connotación mucho más positiva, aunque eufemística. Otras denominaciones son licencias de emisión, mercado de emisiones, etc. Los permisos de emisión transable están conformados por aquel grupo de actos administrativos<sup>277</sup> en virtud de los cuales se autoriza a que en el ejercicio de una determinada actividad, puedan ser emitidos al medio ambiente (atmosférico, acuático, suelo) una cantidad máxima y determinada de contaminantes y, paralelamente, a disponer de todo o parte de dicha cantidad cuando ésta no es utilizada<sup>278</sup>. Se trata de instrumentos de gestión ambiental de tipo económico, que se estima sustituyen a otros de igual naturaleza, pero de sentido contrario, como los impuestos a las emisiones<sup>279</sup>.

En el Derecho comparado la idea de la transferibilidad de las emisiones no es nueva, sin embargo su aplicación no cuenta con muchos exponentes. Así los permisos de emisión transable, o al menos el principio de un *mercado de emisiones*, se reduce a ejemplos estatales para algunos contaminantes en Estados Unidos. En el caso de la Unión Europea, fue aprobada en diciembre de 2002 el proyecto de directiva comunitaria por el que se crea en el Derecho comunitario ambiental este instrumento.

<sup>276</sup> Sobre el tema se pueden ver los trabajos: *Clemente Pérez*, Permisos de Emisión Transables y el control de la contaminación atmosférica en Santiago, Revista de Derecho Administrativo Económico, PUC, Vol. II, N° 2 2000, pp. 473-485. *Rodolfo Celaya*, Naturaleza Jurídica del Permiso de Emisión Transable, RCHD Vol. 29 N° 2, 2002, pp. 315-366. *Jorge Bermúdez Soto y José Luis Guerrero Bécar*, Los permisos de emisión transables en la ley N° 19.300 y su consagración en el proyecto de ley de bonos de descontaminación. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 2004, Vol. XVI, p. 131-145.

<sup>277</sup> A pesar de que el anteproyecto de ley los denomina como "bonos de descontaminación", en estricto rigor se trata de actos administrativos de carácter autorizatorio, en cuanto remueven un obstáculo legal para el ejercicio de un derecho preexistente -la libertad en materia empresarial del artículo 19 N° 21 inc. 1° CPR-. Los bonos, por el contrario, son títulos de deuda del Estado, bajo la modalidad de permisos de emisión transable, obviamente el Estado nada deberá, sino que, muy por el contrario, se le deberá pagar para adquirir el permiso.

<sup>278</sup> *Stuart Bell*, Environmental Law, op. cit. p. 122: "these are methods of creating a market in the right to pollute".

<sup>279</sup> El Protocolo del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático, conocido como Protocolo de Kyoto, de 10 de diciembre de 1997, en su artículo 16 dispone que el comercio de emisiones debe ser suplementario de las medidas nacionales.

## 12.1 Principio y objetivo

La idea que subyace a esta clase de instrumentos es que por la vía de un incentivo económico indirecto, como lo es la posibilidad de disponer en un mercado de emisiones de los remanentes de emisión permitidos, que una actividad no utilice o libere, puedan significar para el titular un beneficio económico y a la larga, una reducción en la cantidad total de emisiones de un determinado contaminante. En virtud de ella, se materializa además el principio de igualdad desde una perspectiva económica, en cuanto las actividades y empresas que reduzcan su tasa de emisión, podrán obtener un beneficio económico de su esfuerzo descontaminador, equiparando así la falta de internalización de los costos ambientales que puede suponer el ejercicio de una actividad que no ha asumido dicho esfuerzo.

## 12.2 Presupuestos

La introducción de un mercado de emisiones supone responder a por lo menos tres condiciones que deben cumplirse simultáneamente. A saber, la determinación de la cantidad total de emisiones, la fijación del ámbito de aplicación y la forma de distribución de los permisos.

### *12.2.1 Determinación de la cantidad de emisiones*

Para ello entran en juego dos factores. En primer término se deberá fijar el número efectivo de emisiones que existe para un determinado contaminante. Por ejemplo, la cantidad de toneladas al año que se emiten al medio ambiente atmosférico de PM10, Ozono, NOx, Plomo, etc. En segundo término, fijar el nivel aceptable de ese contaminante en un medio ambiente determinado. Dicho nivel se logrará con la emisión no superior a X toneladas del contaminante en cuestión.

La aplicación de esta primera condición en el Derecho chileno, supone los siguientes pasos: en primer término debe medirse la contaminación en los medios ambientales (por ejemplo agua, aire, suelo) y en las fuentes emisoras. En segundo término debe fijarse a través de una norma de calidad ambiental el nivel tolerable para ese contaminante (CIII. 2).

La fijación de un nivel tolerable de contaminación por la norma de calidad ambiental presenta una faz que hasta ahora no se ha señalado. En la medida en que se fija un nivel de contaminación, se está señalando además que se tiene al menos la pretensión, o más bien dicho el derecho, a emitir precisamente hasta ese nivel de contaminación<sup>280</sup>.

---

<sup>280</sup> Astrid Epiney, Emissionshandel in der EU, en Deutsches Verwaltungsblatt, N° 9 2002, p.579.



Desde la perspectiva del Derecho constitucional ambiental ello es altamente discutible, ya que equivaldría a decir que se tiene *derecho a contaminar*, resultado que no podría desprenderse desde el Derecho chileno, atendido que existe un derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Lo mismo ocurre en el ámbito internacional, así el Protocolo de Kyoto cuantifica las emisiones de los gases que provocan el efecto invernadero con referencia a un año concreto (1990), está señalando además el nivel máximo de contaminación, pero también el derecho que los Estados obligados tienen a emitir contaminantes.

### 12.2.2 *Ámbito de aplicación*

La fijación del ámbito de aplicación supone, a su vez, que sean determinados paralelamente:

- *La clase de contaminante que será objeto del mercado de emisiones.* Un sistema de transacción de remanente de permisos de emisión debe estructurarse sobre la base de un contaminante sobre cuyo nivel tienen incidencia una pluralidad de emisores. En el hipotético caso de que se trate de una sola actividad que aporta todo el nivel de emisión, evidentemente no existirá mercado para la transacción y otros instrumentos resultarán mucho más adecuados para lograr una reducción de las emisiones. Es por ello que la elección del contaminante que será objeto de transacción en el mercado de emisiones es determinante para efectos de determinar el número de potenciales participantes directos (los emisores del contaminante) en dicho mercado.
- *El tipo de actividades que quedarán comprendidas dentro del sistema.* El aporte en el nivel de emisiones para algunos contaminantes se vincula con el desarrollo de actividades claramente identificables y controlables, pero también puede recibir una carga importante de pequeñas actividades, e incluso de fenómenos naturales. La aplicación de un sistema de mercado de emisiones supone determinar las actividades que obligatoriamente deben participar de él.
- *El ámbito espacial en el que se mide la cantidad total de emisiones y en el que se aplica el nivel que se estima como tolerable.* En el caso chileno ello se realiza a través de las declaraciones de zona latente o zona saturada, según corresponda (CHIL. 6). La LBGMA en su artículo 47 señala que los permisos de emisión transables son instrumentos que se incluyen dentro del espectro de medidas que utiliza el plan de prevención o descontaminación. Sin embargo, no sería ilógico plantearse una aplicación autónoma de esta clase de instrumentos, por ejemplo, a nivel nacional.

### 12.2.3 Distribución

Cuál es la cuota de participación que corresponde a cada emisor particular, cómo se distribuyen dichas cuotas, y si éstas tienen un costo o no en su primera asignación, son todas preguntas que deben quedar resueltas previa a la entrada en vigor de un mercado de emisiones. Sin embargo, un presupuesto para la distribución será que exista un permiso o autorización administrativa para la actividad emitente. Sólo en la medida que exista un acto administrativo previo, podrá cuantificarse el nivel de emisión de la actividad emisora particular, y por tanto, su aporte en el total de las emisiones. Y ello porque no debe perderse de vista que la existencia de un permiso de emisión transable no desvincula al titular de la actividad del sometimiento al resto del ordenamiento jurídico ambiental.

### 12.3 Situación legislativa actual

El artículo 47 LBGMA señala a los permisos de emisión transables como uno de los instrumentos de tipo económico que puede ser utilizado por los planes de prevención y descontaminación. Por su parte, el artículo 48 dispone que *"Una ley establecerá la naturaleza y las formas de asignación, división, transferencia, duración y demás características de los permisos de emisión transables"*<sup>281</sup>. Dicha ley aun no ha sido dictada, por lo que dicho instrumento aun no ha podido ser puesto en práctica a través de los planes de prevención y descontaminación. En la actualidad se está estudiando la elaboración de un proyecto de ley sobre la materia, y se prevé que el sistema podría entrar en vigor a partir del año 2010.

## 13. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

La evaluación de impacto ambiental constituye el instrumento preventivo de protección ambiental más utilizado y expandido en el Derecho comparado. Fue introducido por primera vez por la NEPA (*National Environmental Policy Act*) de Estados Unidos el año 1969 y ha sido recogido en los más importantes instrumentos internacionales. Así por ejemplo en la Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo en su principio 17 se señala que: *"Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente"*.

---

<sup>281</sup> Nuevamente el legislador ha reservado para sí la regulación de una institución, repitiéndose las dudas señaladas más arriba a propósito del uso del suelo (CIII. 11).

Si bien es cierto el procedimiento de evaluación de impacto ambiental está concebido para predecir el impacto que cualquier tipo de medida o actividad pueda producir en el ambiente, sea que se trate de una decisión política o legislativa, de una actuación administrativa, o de la actividad privada, es respecto de la actividad económica de los administrados donde ejerce su más poderosa influencia, precisamente, porque viene a regular, asegurar y limitar la libertad en materia económica (CII. 4.3.2).

La legislación chilena lo ha recogido como un instrumento preventivo de control sobre proyectos determinados, lo que en definitiva se traduce en una limitación y un aseguramiento a la vez, para la realización de actividades económicas<sup>282</sup>. Ella no distingue entre proyectos públicos o privados, ya que según el artículo 22 LBGMA los proyectos del sector público se someterán al sistema de evaluación de impacto ambiental en las mismas condiciones que aquellos impulsados por los privados. Textualmente, el artículo 22 LBGMA dispone: *"Los proyectos del sector público se someterán al sistema de evaluación de impacto ambiental establecido en el presente párrafo, y se sujetarán a las mismas exigencias técnicas, requerimientos y criterios de carácter ambiental aplicables al sector privado. Las instalaciones militares de uso bélico se registrarán por sus propias normativas, en el marco de los objetivos de la presente ley."*

*La resolución de la respectiva Comisión del Medio Ambiente sobre el proyecto evaluado será obligatoria y deberá ser ponderada en la correspondiente evaluación socioeconómica de dicho proyecto que deberá efectuar el Ministerio de Planificación y Cooperación*". Como se sabe, el artículo 19 N° 21 inc. 2° CPR admite la actividad empresarial del Estado y sus organismos sólo en aquellos casos en que una ley de quórum calificado los hubiere autorizado. Y ello porque la CPR en materia de actividad económica no es neutra, potenciando la actividad económica privada frente a la del Estado, e incluso más, cuando este ha sido autorizado

<sup>282</sup> De la revisión del listado de actividades y proyectos del artículo 10 LBGMA se desprende que todos ellos constituyen una manifestación del ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, agregándose además que algunos de dichos proyectos o actividades están destinados a la prestación de un servicio público (por ejemplo proyectos señalados en las letras e y f). Existe sólo una excepción, contenida en el artículo 10 h) que se refiere a los *"Planes regionales de desarrollo urbano, planes intercomunales, planes reguladores comunales, planes seccionales, proyectos industriales o inmobiliarios, que los modifiquen o que se ejecuten en zonas latentes o saturadas"*. Los mencionados planes constituyen instrumentos de ordenación territorial que, si bien, por sí mismos no importan el desarrollo de una actividad económica, sí determinarán la forma en que se utilizará el medio ambiental suelo. Este caso pone de manifiesto que la evaluación del impacto ambiental puede ser aplicada a cualquier clase de actividad pública o privada, y desde luego a la actividad de planificación de la Administración Pública. La evaluación del impacto ambiental, que sobre ella se ejerce, es lo que en Derecho comparado se denomina evaluación ambiental estratégica (*Strategic Environmental Assessment*). Michael Schmidt, Nicole Rütz y Sascha Bier, *Umsetzungsfragen bei der strategischen Umweltprüfung (SUP) in nationales Recht*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, Heft 6, 2002, pp. 357-363.

para entrar en ella debe someterse a las mismas reglas que los administrados<sup>283</sup>. De todo ello puede concluirse que la aplicación del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental será cuantitativamente superior respecto de la actividad empresarial de los administrados que respecto de la actividad del Estado.

### 13.1 Concepto

El artículo 2 letra j) LBGMA define Evaluación de Impacto Ambiental en los términos siguientes: *“el procedimiento a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”*.

La definición legal señala expresamente que se trata de un procedimiento, a ello debe agregarse que, al tratarse de uno que es llevado adelante por la CONAMA o las COREMAS, y que concluye con un acto administrativo denominado *resolución de calificación ambiental*, resultará que dicho procedimiento es un *procedimiento administrativo*. Ello se confirma además con lo dispuesto en el artículo 14 LBGMA que habla expresamente de procedimiento administrativo. A partir de dicha conclusión es posible extraer algunas consecuencias:

- Pone de manifiesto que el Derecho ambiental debe ubicarse dentro de las ramas especiales del Derecho administrativo<sup>284</sup>.
- Se trata de un procedimiento administrativo totalmente regulado, tanto en la LBGMA como en el RSEIA. A diferencia de lo que ocurría hasta hace poco, en que la mayoría de los procedimientos administrativos carecían de una regulación completa, el RSEIA desarrollaba todo un procedimiento especial.

---

<sup>283</sup> Sobre el particular, especialmente, José Luis Guerrero Becar, La libertad para desarrollar actividades económicas del artículo 19 N° 21 y la Constitución Económica, en Revista Persona y Sociedad, del Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales ILADES y la Universidad Alberto Hurtado, Vol. IV, N° 3, diciembre de 2000, pp. 141-156.

<sup>284</sup> En los hechos por lo menos el 90% de la regulación que forma parte del Derecho ambiental es Derecho administrativo. Las técnicas autorizatorias, los recursos, los procedimientos, administraciones competentes, etc. son demostrativos de ello. Este alcance tiene relevancia dogmática y metodológica. Dogmática, en cuanto el Derecho ambiental para ser entendido presupone una base jurídica pública, y metodológica, en cuanto su ordenación, análisis y resultados, son explicable sólo con el instrumental metodológico del Derecho público. Ejemplo de dicha inclusión como Derecho administrativo especial, Rüdiger Breuer, Umweltschutzrecht, en Besonderes Verwaltungsrecht, Capítulo 5, op. cit. pp. 461 y ss. Asimismo, desde la perspectiva académica, en algunas Facultades de Derecho chilenas es enseñado precisamente como Derecho administrativo ambiental.

- Como consecuencia de los dos anteriores, se colige que la resolución de calificación ambiental tiene una naturaleza jurídica administrativa, con todas las consecuencias que ello conlleva (presunción de legalidad, imperio, ejecutoriedad, impugnabilidad, publicidad, etc.).

### 13.2 Características

El SEIA presenta una serie de características que permiten distinguirlo de otros procedimientos administrativos y que lo hacen destacarse entre el conjunto de instrumentos de protección ambiental. Entre ellas se cuentan las siguientes características:

#### 13.2.1 Evaluación preventiva

Aunque el artículo 2 j) LBGMA no lo señala expresamente, e incluso al referirse a actividades podría entenderse que se refiere a proyectos que ya están en ejecución, la definición legal de la citada norma debe ser complementada con el artículo 8 inc. 1° LBGMA el cual dispone que: *“Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”*. Por su parte el artículo 9 inc. 2° dispone que los Estudios o Declaraciones de actividades o proyectos contemplados en el artículo 10 deberán presentarse *“con anterioridad a su ejecución”*.

En consecuencia, el concepto no queda completo si no se atiende al carácter anticipado o previo al desarrollo de la actividad que comporta el SEIA. Si alguna de las actividades o proyectos de los que señala el artículo 10 LBGMA, se realiza sin someterse al SEIA, con posterioridad podrá presentarse un plan de recuperación o de mitigación o derechamente de reparación del impacto, o más bien daño ambiental que con dicha ejecución se ha causado, sin embargo no será procedente un Estudio o Declaración de impacto ambiental.

La ausencia expresa en la definición del citado artículo 2 j) LBGMA tiene consecuencias no sólo para efectos dogmáticos, sino también prácticos. En efecto, uno de los vacíos más graves de que adolece la LBGMA es que no establece sanción alguna para aquellos proyectos o actividades que, encontrándose en el listado del artículo 10, se ejecuten o se modifiquen sin someterse al SEIA. Evidentemente, las Administraciones Públicas con competencias ambientales sectoriales podrán denegar las autorizaciones solicitadas, sin embargo la autoridad coordinadora del sistema, es decir, la CONAMA, carece de competencias sancionadoras al respecto. Un paliativo lo presenta el sistema de responsabilidad por el daño ambiental, sin embargo, ello sólo si se cumplen las condiciones para su procedencia

y en especial si se ha producido un daño significativo al medio ambiente (CIV. 5).

Finalmente, se debe agregar que desde esta perspectiva el SEIA constituye un instrumento de protección ambiental que materializa al principio precautorio (CI. 5.1). Con ayuda del SEIA son examinados, descritos y valorados de manera comprensiva y previa todos los efectos ambientales negativos que un determinado proyecto o actividad pueda acarrear<sup>285</sup>.

### 13.2.2 Evaluación cooperativa

A través del SEIA se materializa también el principio de cooperación (CI. 5.3). En efecto, el procedimiento administrativo por el que se lleva adelante el SEIA considera la participación y trabajo conjunto del titular del proyecto, de las autoridades con competencias ambientales de tipo material y procedimental y de la comunidad organizada, así como las personas naturales directamente afectadas por el proyecto.

El artículo 14 d) LBGMA dispone que entre los aspectos que debe considerar el procedimiento administrativo del SEIA se cuenta la “*forma de participación de organizaciones ciudadanas*”. Por su parte en los artículos 26 a 31 LBGMA se establece la forma en que podrá verificarse la participación de la comunidad en el procedimiento del SEIA.

Otra manifestación del carácter cooperativo del SEIA se desprende de las posibilidades de solicitar un *Addendum* por parte de las Administraciones Públicas con competencia ambiental (artículo 16 LBGMA)<sup>286</sup>. En virtud de ellas, la autoridad administrativa, antes de manifestar una opinión contraria al proyecto o emitir un pronunciamiento ambiental desfavorable, formula indicaciones a éste y solicita nueva información o complemento de las ya entregadas.

Por su parte, desde la perspectiva del titular del proyecto o actividad, constituyen una manifestación del principio de cooperación los compromisos ambientales voluntarios que éste puede asumir. Se trata de obligaciones que se ha impuesto unilateralmente el titular del proyecto o actividad, con el objeto de mejorar la calidad ambiental del mismo, sea mejorando el entorno, sea ofreciendo compensaciones en otros medios, sea proponiendo la aplicación de estándares más exigentes, etc. (artículo 18 inc. 2°). A ello se agrega que

---

<sup>285</sup> Cfr. Werner Hoppe, Martin Beckmann, Petra Kauch, Umweltrecht, 2ª edición, Ed. Beck, Munich, 2000, p. 187.

<sup>286</sup> En la práctica, las solicitudes de *Addenda* por parte de las administraciones públicas con competencia ambiental constituyen un buen sistema para el titular del proyecto para perfeccionarlo y complementarlo de acuerdo con los alcances y forma de aplicación de la normativa ambiental que la autoridad ambiental haga.

los titulares de proyectos o actividades que no se encuentran obligados por el artículo 10 a someterse al SEIA, podrán hacerlo voluntariamente (artículo 9 inc. 1º, 2ª frase).

### 13.2.3 Evaluación integral

El SEIA constituye un procedimiento administrativo en el que se examinan las alteraciones que se prevé, un proyecto o actividad pueden ocasionar para la totalidad del medio ambiente. En virtud de esta perspectiva integral de la evaluación, se consigue que todos los aspectos ambientales (todos los elementos y medios ambientales, sus interacciones, así como los efectos que se producen sobre la calidad de vida de las personas) sean descritos, examinados y valorados. Evidentemente, los proyectos tienen centros de gravedad ambiental diversos, dependiendo de la naturaleza de los mismos. Así por ejemplo un centro de cultivo acuícola emplazado en una porción de agua y fondo de un medio marino, tiene como centro de gravedad el medio acuático (el medio ambiental agua). La perspectiva integral que comporta el SEIA supondrá que los impactos que se produzcan en el medio terrestre (suelo) también sean evaluados, por ejemplo el lugar de deposición de los desechos (restos de alimento, peces muertos, materiales en desuso, etc.).

### 13.2.4 Evaluación comprensiva

Los proyectos o actividades que se someten al SEIA deben considerar todas las etapas que se desarrollarán del mismo. Así por ejemplo, aquellos proyectos nuevos de duración limitada deberán tener en cuenta las etapas de instalación de las faenas, de ejecución del proyecto y de abandono o cierre del mismo. Este aspecto tiene su apoyo en la expresión utilizada en el artículo 10 inc. 1º en cuanto se trata de proyectos susceptibles de causar impacto ambiental *“en cualquiera de sus fases”*. A su vez el RSEIA desarrolla este aspecto en su art. 2 letra b) el que dispone que se entenderá por: *“Ejecución de proyecto o actividad: realización de obras, acciones o medidas contenidas en un proyecto o actividad, y la adopción de medidas tendientes a materializar una o más de sus fases de construcción, aplicación u operación, y cierre y/o abandono”*.

En algunos proyectos o actividades sometidos al SEIA la etapa de abandono o cierre puede ser tanto o más importante que la ejecución misma de la actividad. Por ejemplo, en el caso de la actividad minera, la ejecución del proyecto requiere de la adopción de medidas de mitigación, reparación y compensación, que deben ser asumidas por el titular del proyecto, y que por tanto tienen un destinatario muy preciso e identificable, para efectos de la fiscalización de su cumplimiento. Pero una vez cerrada la faena, el impacto

ambiental que puede ocasionar el mal manejo o simple abandono, por ejemplo, del tranque de relaves con que se operó durante la faena, puede ocasionar un daño ambiental significativo, sin que exista un legitimado pasivo de la acción.

### 13.3 Finalidad

A partir de la normativa ambiental vigente, es posible distinguir una doble finalidad del SEIA. Por un lado, una de carácter procedimental/legal consistente en la obtención de los permisos ambientales, en los casos en que la actividad o proyecto se adecue al ordenamiento jurídico ambiental. Y por otro, una de carácter ambiental/material relativa al examen y valoración de los impactos ambientales que la actividad o proyecto supone. Sin embargo, ello no está expresado a propósito de los conceptos del artículo 2 LBGMA relativos al SEIA, los cuales sólo atienden al cumplimiento de la normativa ambiental por parte del proyecto o actividad que se somete al sistema, es decir, a la finalidad procedimental/legal del SEIA.

En efecto, el procedimiento administrativo que constituye el SEIA tiene por finalidad, expresamente declarada, que la actividad o proyecto examinado se ajuste a las *normas ambientales vigentes* (artículo 2 letras f, i, j LBGMA). Tales normas vigentes son aquellas que tienen incidencia ambiental y que están asociadas a un determinado permiso ambiental, que debe ser otorgado para el desarrollo de la actividad que se somete a la evaluación. Ello se desprende del artículo 8 inc. 2º, en cuanto ordena que todos los *pronunciamientos o permisos* ambientales señalados en la legislación vigente deben ser obtenidos a través del SEIA. A esto último es a lo que se ha denominado ventanilla única ambiental, ya que todas las autorizaciones administrativas deben solicitarse dentro del procedimiento del SEIA. Por su parte el RSEIA ha fijado un listado de permisos ambientales que deben ser obtenidos a través de este procedimiento<sup>287</sup>.

En consecuencia, habrá que concluir que el SEIA tiende a un cumplimiento de la legalidad ambiental, que se traduce en la obtención de unos permisos ambientales, sin perjuicio de que algunos de los más importantes han quedado fuera del listado de permisos ambientales que contiene el RSEIA. Es decir, el contraste se realizará entre el proyecto o actividad y la norma jurídica ambiental que lo regula. Si dicho proyecto

---

<sup>287</sup> El problema de esta técnica regulatoria radica en que el RSEIA no ha considerado todos los permisos que son ambientalmente relevantes, sino que ha omitido algunos de ellos que claramente lo son, como por ejemplo la autorización de pesca extractiva que entrega la Subsecretaría de Pesca. En este último caso, se debe tener en cuenta, eso sí, que la pesca extractiva no está incluida dentro del catálogo de actividades que debe someterse al SEIA (artículo 10 LBGMA), omisión que no se explica sino desde la perspectiva de la opción de política ambiental que en su momento el legislador hizo al excluirla.



supone un impacto que constituye una vulneración a dicha norma, esto es, un impacto jurídicamente intolerable, la Administración Pública con competencia ambiental material deberá pronunciarse desfavorablemente respecto del proyecto.

Existe sólo una posibilidad de que el análisis del SEIA se remita a la finalidad ambiental/material o vertiente estrictamente ambiental del proyecto. Se trata del caso de los pronunciamientos ambientales que no están vinculados a un permiso específico. En la evaluación ambiental que realizan algunas autoridades administrativas con competencia ambiental material, no obstante no contar con competencia para otorgar permiso alguno, estos podrán pronunciarse e informar efectivamente sobre el impacto ambiental del proyecto, sin encontrarse atados a la medida que fije el ordenamiento jurídico ambiental. Por ejemplo, el pronunciamiento del Servicio Nacional de Pesca, respecto de los proyectos de desarrollo acuícola, que la autoridad pesquera (Subsecretaría de Pesca) otorga el permiso ambiental sectorial, mientras que el antedicho Servicio emite un pronunciamiento acerca de la sustentabilidad ambiental del proyecto.

### 13.4 Elementos de la Evaluación

El artículo 2 j) LBGMA define la evaluación del impacto ambiental como el procedimiento en que se determina si los impactos provenientes de un proyecto o actividad se ajustan a la normativa vigente. Sin embargo, tal es una finalidad de tipo formal del procedimiento, ya descrita más arriba. En realidad lo que se busca a través del SEIA es la descripción, examen, y valoración del impacto ambiental que se prevé ocasionará la actividad o proyecto, independientemente de si tales impactos han sido regulados o no.

Si bien es cierto, el elemento que determina el sometimiento al SEIA es la inclusión o no del proyecto o actividad en los listados señalados en la ley y el reglamento y no el impacto ambiental previsto, la real finalidad que subyace en el sistema, que incluso le da el nombre, es el examen o *evaluación del impacto ambiental*. De hecho podría verificarse una evaluación del impacto ambiental sin referencia a norma jurídica alguna, simplemente examinando y valorando si los impactos que se prevé producirá un proyecto son ambientalmente tolerables, y por tanto, si resultaría adecuado o no para la conservación del patrimonio ambiental que éste se realice.

El artículo 2 letra k) LBGMA define Impacto Ambiental como: *“la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”*. A partir de dicha disposición y relacionado con lo ya dicho, puede decirse que la evaluación del impacto ambiental implica los siguientes elementos:

#### *13.4.1 Impacto ambiental como daño ambiental permitido*

El legislador tuvo especial cuidado en la definición de impacto ambiental, toda vez que se refirió a *alteración*, expresión no usada en la definición de daño ambiental del artículo 2 e) LBGMA. No obstante, cuando se examina el listado de actividades que se deben someter al SEIA (por ejemplo la construcción de un aeropuerto, de una obra hidráulica, una explotación minera, etc.), podrá apreciarse que muchas de ellas son actividades que claramente ocasionan un daño significativo al medio ambiente. Lo que ocurre es que se usa la expresión alteración para aludir a aquellos daños que son admisibles a la luz de la normativa ambiental vigente. Entonces, el SEIA no hace que una actividad no sea dañosa, ella lo es *per se*, pero toda actividad humana lo es (por el simple hecho de vivir en una sociedad mayoritariamente urbana). Lo que hace el SEIA es examinar dichos daños y determinar si son o no admisibles, según se ajusten o no a los niveles de daño que la norma admite. Así por ejemplo, un proyecto forestal (artículo 10 m) LBGMA), que prevé la tala de un bosque nativo, evidentemente causa un daño, lo que el SEIA hace es determinar unas condiciones de ejecución de manera que se cumpla con la legislación vigente, que la actividad se lleve a cabo de la manera menos agresiva posible para el medio ambiente y que se prevean unas medidas de mitigación y reparación del daño adecuadas. En definitiva, a través del SEIA se transforma el daño ambiental en un sentido lato, en una alteración del medio ambiente que es jurídicamente tolerable.

#### *13.4.2 Evaluación de los impactos directos e indirectos*

La evaluación del impacto ambiental supone que se determinen cuáles son los impactos directos e indirectos que se prevé producirá una actividad. En el caso de los impactos directos, éstos estarán constituidos por aquellas alteraciones del entorno que tienen como causa claramente identificable la puesta en marcha, operación y etapa de abandono del proyecto o actividad. Por su parte, los impactos indirectos están constituidos por todos aquellos impactos que han sido motivados de manera colateral por el proyecto o actividad. La inclusión de este segundo grupo obligará a considerar todos aquellos impactos respecto de los que se conoce la causa, pero no su magnitud, atendida la concurrencia de otras causas que contribuyen a él, pero que no provienen del proyecto o actividad sometidos al SEIA.

#### *13.4.3 Evaluación de todos los entornos*

Sea que se trate de un impacto ambiental directo o uno indirecto, la alteración del medio ambiente no necesariamente se manifestará en el entorno inmediato o adyacente

en que la actividad se realiza. Por el contrario, es perfectamente factible que un impacto ambiental se desplace a través de un medio ambiental (aire, agua o suelo) y produzca sus efectos en otro entorno, en otra región o incluso fuera de las fronteras del país<sup>288</sup>. Tal es el caso, por ejemplo, del fenómeno de la lluvia ácida, o del agujero en la capa de ozono. En consecuencia el Estudio o Declaración de impacto ambiental (CIII. 13.5) deberá describir, en principio, no sólo la condición del medio en que se realiza el proyecto o actividad, sino que además de todo aquel entorno en que los impactos ambientales se manifiestan, sólo de esa manera será completa e integral. En apoyo de lo señalado debe recordarse que la definición de impacto ambiental descansa sobre el concepto de medio ambiente, el que se define en la propia LBGMA como un *sistema global* (CI. 6.1).

#### 13.4.4 Evaluación en relación con normas ambientales

De acuerdo con el concepto de Evaluación de Impacto Ambiental del art. 2 letra j) LBGMA en el procedimiento administrativo que se lleva adelante por la CONAMA o COREMA respectiva, lo que determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto *se ajusta a las normas vigentes*. En consecuencia, resultará fundamental para la evaluación del proyecto que el ordenamiento jurídico ambiental regule de manera directa, al menos, las consecuencias ambientales que los proyectos y actividades que en virtud del artículo 10 LBGMA deben someterse al SEIA<sup>289</sup>.

A pesar de la amplitud de la regulación ambiental en Chile, no toda ella tiene la misma densidad, con lo que en muchas ocasiones será posible sólo una evaluación en que el contraste entre el proyecto y la norma permitan sólo una apreciación parcial del mismo. Ello se ha resuelto parcialmente a propósito de los criterios para el sometimiento por la vía de un EIA al sistema (CIII. 13.5 y 13.9).

#### 13.4.5 Línea de base

Si se relee la definición de impacto ambiental se verá que se refiere a la alteración del medio ambiente en un área determinada. Tal área determinada se refiere al espacio de

<sup>288</sup> Al respecto, ver sobre todo, *Arndt Schmehl*, Umweltverteilungsgerechtigkeit, Probleme und Prinzipien einer gerechten räumlichen Zuordnung von Umweltqualität und Umweltnutzungsoptionen, en Reinhard Hender / Peter Marburger / Michael Reinhardt / Meinhard Schröder, editores, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2005, Berlin 2005, pp. 91-113.

<sup>289</sup> Esto se puede corroborar al revisar el Código de Medio Ambiente, en el cual, si bien se pretende una recopilación de la regulación ambiental de todas las áreas, en varios casos, la regulación es de carácter infralegal y dispersa. Cfr. *Jorge Bermúdez*, Código de Medio Ambiente, ed. LexisNexis, Santiago, 2007.

influencia directa e indirecta de la actividad<sup>290</sup>. Deberá estarse al caso en concreto para establecer cuál es esa área determinada, teniendo en cuenta eso sí que el legislador admite que se trate incluso de alteraciones indirectas, lo cual puede ampliar dicho espacio, máxime si se considera el carácter sistémico del medio ambiente y los efectos sinérgicos que un contaminante puede producir por su asociación con otros o por su simple emisión en el medio ambiente.

El Estudio de Impacto Ambiental deberá considerar en toda su extensión el medio ambiente o entorno en que se desarrollará el proyecto o actividad. Para ello deberá elaborarse previamente una línea de base, ya que es en ella donde se establecerá, de modo previo, el alcance del impacto. La línea de base se define en el artículo 2 l) LBGMA como: *“la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución”*.

La elaboración de la línea de base supone dos tareas relacionadas entre sí. En primer término deberá determinar el medio ambiente en que se emplazará el proyecto y en el que se manifestarán los impactos. Es decir, cuáles son los márgenes del entorno en que directa e indirectamente tiene efectos el proyecto o actividad. Tal es la denominada área de influencia del proyecto o actividad, en la cual se definirá y justificará, para cada elemento afectado del medio ambiente, tomando en consideración los impactos ambientales potenciales relevantes sobre ellos (artículo 12 letra f) inciso 2º RSEIA).

En segundo lugar, deberá determinar, dentro de dicha área de influencia, cuál es el estado de los bienes y elementos ambientales. Se trata de la calificación previa del entorno en que se emplaza y tiene influencia el proyecto o actividad. En consecuencia, deberán describirse aquellos elementos del medio ambiente que se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad, y que dan origen a la necesidad de presentar un Estudio de Impacto Ambiental, en consideración a los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo 11 de la Ley, sin perjuicio de lo señalado en el artículo siguiente (artículo 12 letra f) inciso 3º RSEIA).

A partir del artículo 12 f) del RSEIA, que describe pormenorizadamente los contenidos de la línea de base, el contenido de la línea de base será el siguiente:

1. Medio físico (clima, geología, geomorfología, hidrogeología, oceanografía, limnología, hidrología y edafología). Asimismo, considerará niveles de ruido, presencia y niveles de vibraciones y luminosidad, de campos electromagnéticos y

---

<sup>290</sup> Nuevamente, es de utilidad rescatar aquí la idea de *entorno adyacente*, utilizada para acotar la extensión del concepto de medio ambiente, cuando se refiere al espacio en que se ejercerá el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (CII. 2.2.3).

de radiación, calidad del aire y de los recursos hídricos.

2. Medio biótico (identificación, ubicación, distribución, diversidad y abundancia de especies de flora y fauna, en especial las que se encuentren en alguna categoría de conservación).
3. Medio humano (dimensión geográfica, demográfica, antropológica, socioeconómica y de bienestar social).
4. Medio construido (equipamiento, obras de infraestructura) y actividades económicas.
5. Uso de los elementos del medio ambiente (uso del suelo, capacidad de uso y clasificación según aptitud; regulación por algún instrumento de planificación territorial o si forma parte de un área bajo protección oficial).
6. Patrimonio histórico, arqueológico, antropológico, paleontológico, religioso y, en general, los que componen el patrimonio cultural.
7. Paisaje.
8. Áreas donde puedan generarse contingencias sobre la población y/o el medio ambiente, con ocasión de la ocurrencia de fenómenos naturales, el desarrollo de actividades humanas, la ejecución o modificación del proyecto o actividad, y/o la combinación de ellos.

Algunas críticas pueden plantearse respecto de la exigencia de una línea de base:

- En primer término, se pone de cargo del titular del proyecto la caracterización del lugar en que se desarrollará el mismo. Ello presenta el inconveniente del costo que supone levantar una línea de base y que debe ser asumido por el particular, el cual debe entregar una información que, en principio, el propio Estado debería conocer y tener a disposición de todos los particulares interesados. Esto no quiere decir que el SEIA deba ser gratuito, ya que los proyectos, en particular por la vía del EIA, suponen una utilización de los elementos ambientales que muchas veces es gratuita o con costos que no representan el valor real de los mismos. En tal sentido, la evaluación ambiental, perfectamente podría realizarse a costo del solicitante en la cual se incluyera, de forma proporcional y distribuida con otros titulares de proyectos en el área de influencia, el costo de elaboración de la línea de base.
- Un segundo inconveniente es para la propia Administración ambiental, la que al carecer de información propia o actualizada, deberá atenerse a lo que el propio titular le señale. Ello lleva a que en la práctica, en no pocas ocasiones, la Administración Pública carezca de medios para comprobar la exactitud de la línea de base elaborada por el titular del proyecto. En otros casos, y dada la

magnitud del proyecto a evaluar, la Administración ambiental, en este caso la CONAMA, ha debido contratar el apoyo de evaluadores externos, que colaboren con la evaluación ambiental del proyecto. Esto en principio demuestra una forma eficiente y flexible de accionar por parte de la Administración, pero supone un costo para el Estado, que es asumido por todos los contribuyentes en beneficio de un proyecto que generará una ganancia privada.

- El artículo 12 f) del RSEIA que detalla los contenidos de la línea de base, no se hace cargo de los efectos indirectos del proyecto (aspecto presente en el concepto de impacto ambiental) ni mucho menos considera aquellos entornos que no se encuentran directamente en el lugar en que se emplazará el proyecto o actividad o aquellos en que en definitiva se depositará la contaminación. Esta omisión resulta del todo cuestionable, sobre todo a partir de la multicitada definición legal de medio ambiente, la que parte de la premisa de que el entorno es un *sistema global*.

### 13.5 Ingreso al SEIA

La opción dispuesta por la LBGMA, en orden a que según los casos, los proyectos o actividades del artículo 10 LBGMA deban someterse al SEIA por la vía de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, tiene consecuencias en cuanto al procedimiento a que se somete uno y otro y en cuanto a los requisitos legales que se les señalan. En todo caso, el principal elemento que distingue al EIA respecto de la DIA radica en el mayor impacto ambiental que supone el primero. Ello es posible de colegir de la relación que se establece entre los artículos 2 letras f) e i), 10 y 11 LBGMA.

#### 13.5.1 Estudio de Impacto Ambiental

El artículo 2 letra i) lo define como *“el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”*. En el Derecho ambiental comparado, que fue objeto de revisión para esta parte del trabajo, no existe una distinción entre Estudio y Declaración de impacto ambiental. Por ejemplo, en los casos del Derecho español, mexicano y alemán existe sólo un procedimiento de evaluación del impacto ambiental, destinado a evaluar proyectos de gran envergadura. En el Derecho ambiental chileno el legislador, ya a partir del concepto, le da unas notas de mayor exigencia al Estudio, sobre todo al exigir la mayor fundamentación de la predicción, identificación e interpretación del impacto ambiental. Así como la exigencia de detallar expresamente las medidas de mitigación. Para decidir

cuáles de las actividades o proyectos que, encontrándose sometidos al SEIA, deberán hacerlo por la vía del Estudio, el artículo 11 señala unos criterios<sup>291</sup>. Deberán presentarse bajo la forma de un Estudio, los proyectos o actividades que presenten alguno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

- a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones y residuos (artículo 5 RSEIA);
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire (artículo 6 RSEIA);
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 8 RSEIA);
- d) Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar (artículo 9 RSEIA);
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de la zona<sup>292</sup> (artículo 10 RSEIA);
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (artículo 11 RSEIA).

Como puede apreciarse, los seis criterios que entrega el legislador para definir la procedencia de un Estudio de impacto ambiental, atienden a la mayor trascendencia del impacto que se prevé ocasionará el proyecto o actividad en el entorno. Llama la atención que dos de los criterios atiendan más a un impacto en la salud de la población que en el medio ambiente en sí mismo considerado. Sin embargo, ello está en consonancia con la confusión en que incurre el legislador al definir norma primaria de calidad ambiental, a la cual ya se hizo referencia (CIII. 2.1).

Una situación que fue prevista por el legislador fue la de una falta o carencia de la normativa ambiental. En los casos de proyectos que constituyan un riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones y residuos, o bien, presenten efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, éstos deberán someterse bajo la forma de un Estudio de impacto ambiental. La referencia natural para la evaluación será a las

<sup>291</sup> Estos criterios son desarrollados en los artículos 4 a 11 del RSEIA.

<sup>292</sup> El artículo 2 letra f) del RSEIA define Zona con valor paisajístico como: "*porción de territorio, perceptible visualmente, que posee singular belleza escénica derivada de la interacción de los elementos naturales que la componen*".

normas de calidad ambiental (primaria o secundaria) y las normas de emisión nacionales. Sin embargo frente a la falta de dichas normas serán utilizadas como referencia, las del Estado que señale el RSEIA. Cumpliendo con dicha remisión normativa el artículo 7 RSEIA dispone: *“Las normas de calidad ambiental y de emisión que se utilizarán como referencia para los efectos de evaluar si se genera o presenta el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), ambas del artículo 11 de la Ley, serán aquellas vigentes en los siguientes Estados: República Federal de Alemania, República Argentina, Australia, República Federativa del Brasil, Confederación de Canadá, Reino de España, Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de Norteamérica, Nueva Zelanda, Reino de los Países Bajos, República de Italia, Japón, Reino de Suecia y Confederación Suiza. Para la utilización de las normas de referencia, se priorizará aquel Estado que posea similitud, en sus componentes ambientales, con la situación nacional y/o local”*. La aplicación práctica de esta disposición ha traído inconvenientes, sobre todo atendidas las dificultades de determinar cuál es la normativa de referencia y su texto aplicable. En los hechos, la ausencia de norma ambiental ha provocado que los titulares de proyectos, cuando se trata de inversionistas extranjeros, hagan referencia a la normativa del Estado en que la empresa tiene su casa matriz o sede principal, también es muy común la referencia a la normativa de Estados Unidos<sup>293</sup>.

### 13.5.2 Declaración de Impacto Ambiental

La DIA se encuentra definida en el artículo 2 letra f) LBGMA como *“el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes”*. Cualquiera de las actividades a que se refiere el artículo 10 deberá, al menos, presentar una Declaración del impacto ambiental en los términos de la definición legal. El artículo 4 LBGMA dispone que *“El titular de un proyecto o actividad que se someta al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo hará presentando una Declaración de Impacto Ambiental, salvo que dicho proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 de la Ley y en los artículos siguientes de este Título, en cuyo caso deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental”*.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 RSEIA *“Las Declaraciones de Impacto Ambiental deberán contener, a lo menos, lo siguiente:*

- a) La indicación del tipo de proyecto o actividad de que se trata, indicando su nombre;

---

<sup>293</sup> Respecto de las complicaciones que presenta esta remisión CIII. 4.



la identificación del titular y su sociedad matriz, si la hubiere; su objetivo; su localización según coordenadas geográficas y según división político-administrativa a nivel regional, provincial y comunal; el monto estimado de la inversión; la superficie que comprenderá y la justificación de su localización.

b) La descripción del proyecto o actividad que se pretende realizar o de las modificaciones que se le introducirán, definiendo las partes, acciones y obras físicas que lo componen; su vida útil; el plazo estimado de inicio de la ejecución o modificación del proyecto o actividad; y la descripción cronológica de sus distintas fases.

c) La indicación de los antecedentes necesarios para determinar si el impacto ambiental que generará o presentará el proyecto o actividad se ajusta a las normas ambientales vigentes, y que éste no requiere de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento.

d) La descripción del contenido de aquellos compromisos ambientales voluntarios, no exigidos por la legislación vigente, que el titular del proyecto o actividad contemple realizar”.

Las exigencias del artículo 15 RSEIA es de un contenido mínimo para la DIA, de ello se desprende que un titular podrá siempre aportar más antecedentes para su evaluación. Sin embargo, esta regulación de mínimos ha traído en la práctica que la DIA se transforme en verdaderos EIA. Ello se ha fomentado además porque la decisión de ingresar al SEIA por la vía de un EIA o una DIA corresponde en primer término al titular del proyecto. Y dado que la DIA, tanto en sus requisitos, tramitación y plazos ante la CONAMA y al no prever participación ciudadana, resulta ser mucho menos exigente que el Estudio. Ello ha provocado que en la práctica los titulares de proyectos privilegien normalmente esta vía de sometimiento al SEIA.

Tanto en el EIA como en la DIA lo que se evalúa por la Administración ambiental es el impacto ambiental que ocasionará la actividad o proyecto. Teniendo en cuenta las observaciones señaladas anteriormente (CIII. 13.4.1), ello querrá decir que la presentación del proponente debe estar circunscrito a dicho aspecto de la actividad. Es por tal razón que otras variables como las de índole económico o estrictamente social, sin trascendencia ambiental, no quedarán comprendidas dentro de la presentación. Sin embargo, en la práctica y atendido que en definitiva la aprobación ambiental del proyecto depende de un organismo de corte político y no estrictamente técnico, las presentaciones de EIA, por lo general, agregan entre las consideraciones los efectos sociales y económicos que el desarrollo de la actividad o proyecto tendrá<sup>294</sup>. Datos tales como número de empleos

<sup>294</sup> Manifestación de lo dicho se encuentra en el artículo 56 del RSEIA que permite al proponente solicitar a la

directos e indirectos, monto de las inversiones, mejoras en infraestructura, etc., no sólo se encuentran habitualmente dentro de las presentaciones de proyectos de cierta envergadura, sino que estos se destacan sobremanera dentro de las bondades del mismo. No obstante lo anterior, de cualquier modo que sea valorada esta práctica, ella no es exclusiva del caso chileno.

### 13.6 Actividades sometidas al SEIA

Deben someterse al SEIA bajo la forma de un EIA o DIA aquellas actividades o proyectos que causan impacto ambiental y que se encuentran en el listado del artículo 10 LBGMA, el cual dispone que *“Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes”*. La interpretación literal de la citada disposición conduce a entender que deben someterse al SEIA los proyectos o actividades que encontrándose en el listado, además causen un impacto ambiental. Es decir, se trataría de un requisito copulativo, que permitiría que aquellos proyectos que no ocasionan impacto, por ejemplo, por utilizar una tecnología no contaminante, a pesar de encontrarse en dicho listado, quedarían eximidos del SEIA. Desde la experiencia práctica pueden recogerse casos de actividades que a pesar de encontrarse en el listado del artículo 10 no generan impacto ambiental, sino que por el contrario, producen una mejora del entorno. Tal es el caso por ejemplo de los proyectos de cultivos de algas, los que producen un aumento de la biodiversidad marina. A favor de dicha interpretación opera, además, la regla *in favor libertatis*, en cuanto ello permite una mejor vigencia del derecho a realizar actividades económicas. En contra de esta interpretación juegan el artículo 8 inc. 1º LBGMA. *“Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”* y también la práctica administrativa la que sólo se limita a verificar si el proyecto se encuentra en el listado.

La lista del artículo 10 LBGMA, a su vez, es desarrollada y acotada en algunos casos en el artículo 3 del RSEIA. Por su parte, todos aquellos proyectos o actividades que se encuentren fuera de las numeraciones legales y reglamentarias quedarán eximidos del SEIA, independientemente del impacto o daño ambiental que estos puedan producir. Por ejemplo, la pesca extractiva de carácter industrial, que captura cada año cientos de miles de toneladas de recursos hidrobiológicos no se encuentra sometida al SEIA. Esta deficiencia

---

Administración ambiental que los aspectos económicos, financieros o relativos a invenciones o patentes, que se contienen en el Estudio, sean mantenidos en reserva, toda vez que la evaluación precisamente es ambiental, no económica. Sin embargo, el artículo 57 RSEIA establece una limitación a la petición de confidencialidad, toda vez que no podrá referirse a los aspectos comprendidos en el artículo 11 LBGMA.

del sistema de lista de actividades sometidas es criticable, en cuanto al señalar la LBGMA un catálogo de actividades y no un concepto flexible como el de impacto ambiental, que sirviera para determinar el ingreso al SEIA, si bien puede suponer una mayor seguridad jurídica, obliga a que actividades que por el avance de la ciencia y la tecnología dejen de importar un impacto ambiental, deban seguir sometiéndose al sistema, y por el contrario todas aquellas que se encuentran fuera del mismo, independiente del grado de impacto que generen, no estarán sometidas al control preventivo que supone el SEIA.

Atendida dicha crítica es que se destaca que en el Derecho comparado se haya optado por un sistema que atiende más al impacto ambiental, como concepto que determina el ingreso al sistema, independientemente de la actividad que se va a realizar. En el Derecho Comunitario europeo la evaluación del impacto ambiental se introdujo por primera vez por la Directiva de Evaluación de Impacto Ambiental de la Comunidad Europea 85/337/CEE, la que fue completamente modificada por la Directiva 97/11/CE. En el artículo 2 (1) se dispone: *"...los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones"*.

En el mismo sentido la Ley General del Equilibrio Ecológico de México, en su artículo 28 define: *"La evaluación del impacto ambiental es el procedimiento a través del cual la Secretaría establece las condiciones a que se sujetará la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites o condiciones establecidos en las disposiciones aplicables para proteger el ambiente y preservar y restaurar los ecosistemas, a fin de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el ambiente"*. La norma mexicana se destaca por lo técnicamente avanzada frente a la definición de nuestro legislador.

En ambos casos, las definiciones son complementadas con anexos que contienen listados de proyectos que deben entrar en la evaluación del impacto ambiental. Tales anexos se contienen en instrumentos normativos infralegales, de carácter indicativo, lo que permite que sean modificados, agregando o quitando proyectos, según sea el caso.

### 13.7 Sometimiento voluntario

El titular de un proyecto tiene la posibilidad de someterse voluntariamente al SEIA, a pesar de que su proyecto o actividad no se encuentren incluidos en el catálogo del artículo 10 LBGMA, o que por las exclusiones que supone el artículo 3 RSEIA, éste haya quedado fuera del sistema. El artículo 9 inc. 1º, 2ª frase, dispone esta posibilidad: *"Aquéllos (proyectos) no comprendidos en dicho artículo (10) podrán acogerse voluntariamente al sistema previsto en este párrafo"*. El proponente voluntario deberá atenerse a toda la normativa aplicable para los proponentes obligatorios, partiendo por la aplicación de

las normas que determinan si debe tratarse de un Estudio o Declaración. En tal sentido el artículo 108 RSEIA señala que *"el titular que someta voluntariamente un proyecto o actividad al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, quedará sujeto a las cargas y obligaciones que se establecen en la ley y en el presente reglamento"*.

Las razones por las que el titular de un proyecto se someta voluntariamente al SEIA pueden ser variadas, por ejemplo mejora de la imagen pública del proyecto y aumento de la confianza en el mismo, compromiso con la protección ambiental, necesidad de financiamiento extranjero, etc. El sometimiento voluntario puede constituir, además, una manifestación del principio de cooperación (CI. 5.3).

### 13.8 Resolución de Calificación Ambiental

El procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental concluye con una resolución que califica ambientalmente el proyecto o actividad. En caso de que esta calificación sea favorable certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración del entorno (artículo 24 inc. 2° LBGMA ). La resolución se denomina resolución de calificación ambiental, ella es adoptada por la COREMA o el Director Ejecutivo de la CONAMA según se trate de proyectos regionales o transregionales (artículo 9 inc. 2°).

La resolución de calificación ambiental es un acto administrativo de carácter reglado, y que como tal no admite espacio para la apreciación discrecional de la Administración Pública que resuelve sobre la calificación ambiental de un proyecto o actividad sometido al SEIA. Ello se desprende de las siguientes disposiciones: artículo 2 ) que a propósito de la definición de Evaluación de Impacto Ambiental, dispone que a través de éste se *"determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes"*; artículo 16 inc. 4°: *"El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado"*. En el mismo sentido, respecto de las Declaraciones de Impacto Ambiental, en el artículo 18 inc. 1° parte final se dispone que la DIA es una declaración jurada sobre los proyectos que se someten al SEIA, *"en la cual se expresarán que éstos cumplen con la legislación ambiental vigente"*. Y más adelante el inc. 3° dispone que *"La Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, tendrá un plazo de 60 días para pronunciarse sobre la Declaración de Impacto Ambiental"*. Finalmente el artículo 24 inc. 2° dispone que en los casos en que la resolución de calificación ambiental sea favorable *"certificará que cumple con todos los requisitos ambientales aplicables"*.

De todo ello se deduce que el procedimiento y la resolución con la que se concluye

la evaluación del impacto ambiental tienen por objeto el análisis de la legalidad de los impactos de la actividad o proyecto (CIII. 13.4), es decir, determinar si superan el límite de aceptabilidad del impacto que ha fijado el ordenamiento jurídico ambiental nacional<sup>295</sup>. Si se trata de una resolución reglada, esto es, si se trata de apreciar la legalidad del impacto que una actividad genera, no podrá existir margen de apreciación para la autoridad, el impacto será permitido o no, será legal o no, y conforme a ello deberá resolverse<sup>296</sup>.

### 13.8.1 Características

Entre las notas características de la resolución de calificación ambiental se cuentan:

- *Se trata de un acto administrativo sujeto a modalidad.* La calificación ambiental de un proyecto o actividad puede ser condicionada, es decir, sujeta a modalidad, cuando en ella se fijen condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad. Asimismo, pueden señalarse condiciones o exigencias bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales que, de acuerdo con la legislación, deben emitir los organismos del Estado (artículos 25 inc. 1º LBGMA y 37 letra c) RSEIA). El incumplimiento de tales condiciones constituye una infracción administrativa, sancionable *ex* artículo 64 LBGMA (CIV. 13).
- *Vinculante para la Administración Pública.* Tanto en los casos de aprobación como de rechazo del EIA o DIA, las administraciones públicas con competencia ambiental, quedarán vinculadas por la resolución de calificación ambiental. En el primer caso, éstas no podrán negar los permisos sectoriales ambientales pertinentes, en el segundo, no podrán otorgarlos (artículo 24 incs. 2º y 3º LBGMA).
- *No causa estado.* En efecto, la resolución de contenido negativo no impide al titular de un proyecto o actividad que pueda volver a someterlo al SEIA (artículo 21). Aunque la disposición no lo dice, es plausible entender que el Estudio o Declaración rechazado deberán modificarse en lo pertinente con el objeto de superar las causales de rechazo.
- *Puede ser presunta.* El artículo 17 LBGMA dispone: “Si transcurridos los plazos a que se refieren los artículos 15 y 16, la Comisión Regional o Nacional del Medio

<sup>295</sup> Con la expresión límite de aceptabilidad se alude al margen de tolerancia para un impacto o un daño ambiental que es permitido por la legislación ambiental. Jorge Bermúdez, Principios e Instrumentos de gestión ambiental..., op. cit. pp. 427-430.

<sup>296</sup> Incluso en aquellos casos en que resulte procedente, frente a la falta de normativa ambiental nacional, deberá resolverse conforme a las de la normativa de referencia (CIII.13.4.4 y 13.5.1).

*Ambiente, en su caso, no se ha pronunciado sobre el Estudio de Impacto Ambiental, éste se entenderá calificado favorablemente*". Esta norma era, y tal vez sigue siendo, doblemente excepcional dentro del Derecho Administrativo chileno, ya que consagra el silencio administrativo y además porque éste es de carácter positivo<sup>297</sup>. Transcurridos los plazos, se entiende que el Estudio es aprobado, esto es, que presuntamente la COREMA o la CONAMA han calificado favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental. Sin embargo, la regla de silencio administrativo positivo sólo ha sido establecida para los casos de EIA y no para la DIA. En este caso, atendida la falta de norma al respecto, cabe preguntarse si resulta aplicable la norma sobre silencio administrativo positivo del art. 64 de la LBPA. Atendido que este último cuerpo legal es de carácter supletorio frente a un procedimiento administrativo especial (art. 1 LBPA), habrá que concluir que resultará procedente la regla general sobre silencio administrativo positivo, con las limitaciones que el mencionado art. 64 LBPA dispone para estos casos.

- *Impugnable*. Tal como se verá más adelante, la resolución de calificación ambiental de contenido desfavorable, es recurrible en vía administrativa y contencioso-administrativa.

### 13.8.2 Informe Consolidado

La resolución de calificación ambiental de un proyecto se basará en un documento denominado Informe Consolidado. En el Informe Consolidado se contienen los informes y pronunciamientos ambientales de las diversas administraciones públicas con competencias ambientales materiales que intervinieron en la evaluación; las observaciones de las organizaciones ciudadanas; las respuestas que el proponente del proyecto o actividad entregue a las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que se le hubieren solicitado. En dicho informe la autoridad con competencia ambiental material sectorial ha vertido su opinión respecto de la admisibilidad del proyecto, sea por la vía de

<sup>297</sup> Hasta la entrada en vigor de la LBPA eran pocas las normas que contenían reglas de silencio administrativo. Uno de los casos más citados de silencio administrativo negativo es el contenido en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la que en su artículo 140 letra c) a propósito del reclamo de ilegalidad municipal, lo entiende rechazado si el alcalde no se pronunciare dentro del plazo de 15 días, contados desde la fecha de su recepción. Igual regla se contiene en el artículo 102 letra c) de la Ley Orgánica Constitucional de Gobiernos Regionales. Dentro de los casos de silencio administrativo positivo, se encuentra la regla general que rige según lo dispuesto en el artículo 64 de la LBPA. Sin embargo, el carácter de regla general queda en entredicho cuando se aprecian su configuración, toda vez que el particular debe denunciar en el transcurso del plazo para resolver, caso en el cual la Administración Pública tendrá un plazo de cinco días para pronunciarse sobre la denuncia y si no lo hiciere, sólo en ese momento la solicitud se entiende aceptada. A ello se agregan las excepciones a la regla general, establecidas en el artículo 65 de la misma ley.

un pronunciamiento ambiental, sea indicando que otorgará o no el permiso ambiental sectorial que corresponda. Dicha opinión se basa en las normas ambientales sectoriales que le corresponde aplicar a esa Administración Pública, es decir, es un pronunciamiento que consiste en un acto trámite dentro del procedimiento administrativo, pero que como tal aplica el ordenamiento jurídico al proyecto en concreto.

Con el Informe Consolidado concluye la evaluación del impacto ambiental propiamente tal y por tanto, la resolución que lo contiene es el antecedente directo para su votación en la COREMA respectiva. El contenido de este informe para el caso del EIA es el siguiente, según lo dispone el art. 27 del RSEIA:

- a) Los antecedentes generales del proyecto o actividad;
- b) Una síntesis cronológica de las etapas de la evaluación de impacto ambiental efectuada a esa fecha, y la referencia a los informes de los órganos de la Administración del Estado que participen en la evaluación de impacto ambiental del proyecto o actividad de que se trate;
- c) Una síntesis de los impactos ambientales relevantes y de las medidas de mitigación, reparación y compensación del proyecto o actividad presentadas por su titular;
- d) Las conclusiones respecto a cada uno de los aspectos que digan relación con el cumplimiento de la normativa de carácter ambiental y los antecedentes respecto de la proposición de las medidas de mitigación, compensación o reparación en consideración a que éstas sean apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley, en base a la opinión de los órganos de la Administración del Estado que participan en la calificación del proyecto o actividad contenida en los informes pertinentes;
- e) La indicación de los permisos contenidos en el Título VII de este Reglamento, asociados al proyecto o actividad;
- + f) Se propondrán las condiciones o exigencias específicas que el titular debería cumplir para ejecutar el proyecto o actividad;
- g) Se propondrán las condiciones o exigencias específicas bajo las cuales se otorgarán los permisos que de acuerdo con la legislación deben emitir los organismos del Estado, incluyendo las respectivas medidas de mitigación, reparación, compensación, de prevención de riesgos y de control de accidentes, y el plan de seguimiento ambiental; y
- h) Una síntesis de las observaciones que hubieren formulado las organizaciones ciudadanas y las personas naturales a que se refiere el artículo 28 de la Ley y los antecedentes que digan relación con la implementación de los mecanismos que permitieron asegurar la

participación informada de la comunidad organizada, si corresponde.

Sin embargo, la citada disposición adolece de una omisión que afecta al SEIA en su conjunto. Tal es que, si bien en el Informe Consolidado se contienen los pronunciamientos ambientales de los órganos sectoriales, actuando la CONAMA como órgano coordinador del sistema, no existe órgano alguno que analice y que tenga como competencia específica el análisis integral, como un todo, del proyecto sometido al sistema. En consecuencia, al menos en el plano de la regulación ambiental, no existe en el SEIA chileno una evaluación integral de un proyecto, que es a lo que realmente tiende el SEIA.

### 13.8.3 Adopción de la resolución

Quien resuelve el SEIA será la COREMA o la CONAMA (por resolución expedida por su Director Ejecutivo), según se trate de proyectos regionales o transregionales, respectivamente. En el caso de la COREMA, ésta se integra por el Intendente, que la preside, los gobernadores, los Secretarios Regionales Ministeriales de los Ministerios a que se refiere el artículo 71<sup>298</sup>, por cuatro consejeros regionales elegidos por el respectivo Consejo, y por el Director Regional de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, quien actuará como secretario (artículo 81 inc. 1°).

La resolución de calificación ambiental tiene como antecedente directo, como se ha dicho, el Informe Consolidado. Con lo que, si la aplicación del ordenamiento jurídico ambiental que han hecho las administraciones públicas con competencia ambiental ha sido el correcto, el Director Ejecutivo de la CONAMA o la COREMA simplemente deberían proceder a ratificar lo obrado en el ámbito técnico y dictar la resolución que resulte de dicha aplicación del ordenamiento jurídico. Elló en aplicación de los principios de legalidad (o juridicidad) (arts. 6 y 7 CPR y 2 LBGAE°), y de unidad de acción y coordinación en el ejercicio de competencias entre administraciones públicas (art. 5 inc. 2° LBGAE°). El fundamento legal específico puede apreciarse en el art. 16 inc. final LBGMA, el cual dispone que el EIA “*será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario será rechazado*”. Sin embargo, en la práctica administrativa, la adopción de la

---

<sup>298</sup> Art. 71 inc. 1° LBGMA: “Sin perjuicio de las atribuciones que esta ley confiere individualmente al Presidente de la Comisión, su Dirección Superior corresponderá a un Consejo Directivo integrado por el Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, quien lo presidirá, y por los Ministros Secretario General de la Presidencia; de Relaciones Exteriores; Defensa Nacional; Economía, Fomento y Reconstrucción; Planificación y Cooperación; Educación; Obras Públicas; Salud; Vivienda y Urbanismo; Agricultura; Minería; Transportes y Telecomunicaciones, y Bienes Nacionales”.



resolución de calificación ambiental no opera de forma automática, como se verá en el numeral siguiente (CIII.13.8.4).

La LBGMA no establece disposición alguna relativa a la forma en que debe adoptarse la resolución de calificación ambiental. El artículo 74 de dicha ley dispone que los acuerdos del Consejo Directivo de la CONAMA serán adoptados por mayoría y en caso de empate decidirá el voto del Presidente del Consejo. Sin embargo, respecto de la COREMA, que es donde se resuelve la mayor parte de los proyectos sometidos al SEIA, el legislador guardó silencio<sup>299</sup>. El RSEIA solucionó la cuestión de forma tácita. En efecto, para el caso de los proyectos transregionales el Director Ejecutivo de la CONAMA dictará una resolución fundada que califique el proyecto (artículo 35 RSEIA). Por su parte, respecto de los proyectos regionales, esto es, los resueltos por la COREMA, existen dos disposiciones aplicables. En primer término el artículo 36 letra b) RSEIA dispone que en el acta de la sesión en que se adopte la resolución de calificación ambiental, deberá consignarse *"las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la resolución"*. Y la disposición del artículo 34 inc. 2° que dispone que: *"En el acta de dicha sesión se deberá consignar la fecha y lugar de reunión, el nombre de los asistentes, la reseña sucinta de lo tratado en ella, de los acuerdos adoptados y del o los votos y de sus fundamentos"*. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en realidad la norma no dice que los acuerdos se adopten por decisión de mayoría, sino que da por supuesto que ello es así, ya que lo único que dicha norma establece es que debe dejarse constancia en acta de la sesión del resultado de la votación y sus fundamentos.

#### 13.8.4 Problemas del sistema de acuerdo

La adopción de la resolución de calificación ambiental a través de una votación plantea una serie de dudas y problemas, los que se pasan a exponer en las siguientes reflexiones:

- *Autonomía.* Debe recordarse que la COREMA se integra por el Intendente Regional; los Gobernadores provinciales; los Secretarios Regionales Ministeriales de los Ministerios que integran el Consejo Directivo de la CONAMA; y de tres consejeros regionales elegidos por el Consejo Regional. De todos ellos los únicos que no se encuentran sometidos a una relación funcionarial y por tanto, a la jerarquía directa, son los consejeros regionales. Todos los demás sin excepción son

<sup>299</sup> La adopción de acuerdos por órganos de la Administración Pública de carácter colegiado no necesariamente se realiza por votación, y ello porque dicha regla no está escrita en ninguna parte, y porque habitualmente la Administración Pública no somete a votación interna sus proyectos de actos administrativos, sino que estos los adopta el superior jerárquico de la institución. Si la resolución es por votación, la ley debe indicarlo expresamente.

funcionarios públicos que forman parte de la Administración Pública centralizada, que se desconcentra territorialmente, sea en las regiones (Intendente, Secretarios Regionales Ministeriales) o provinciales (Gobernadores). Estos carecen de autonomía y por tanto deben ajustar su decisión siempre a lo que le señale su jerarca, que en definitiva será el Presidente de la República<sup>300</sup>. Esta circunstancia produce, en los hechos, que el SEIA concluya con una decisión que no será necesariamente técnica.

- *Discrecionalidad.* Si el SEIA se basa en un examen de la legalidad del impacto, y si el Estudio o Declaración son examinados a la luz de la propia normativa ambiental, la consecuencia lógica será que entre el Informe Consolidado, o informe final del SEIA, que es lo que examina la COREMA, y la resolución de calificación ambiental, existirá una correspondencia total. Por el contrario, si el informe rechaza total o parcialmente un proyecto y la COREMA en definitiva decide aprobarlo, querrá decir que alguien (la Administración Pública sectorial que emitió su pronunciamiento o la COREMA), ha actuado ilegalmente.

La única posibilidad de disparidad podría darse en aquellos casos en que la aplicación del ordenamiento jurídico diera la posibilidad de dos o más soluciones legales para un solo caso, es decir, una típica situación de discrecionalidad administrativa de elección. Sin embargo, en la mayor parte de los casos la apreciación es completamente reglada.

- *Excepción a la jerarquía.* La composición de la COREMA incluye funcionarios que se ubican dentro de la Administración Pública centralizada, pero desconcentrada territorialmente. Sin embargo, dentro del procedimiento administrativo del SEIA se pronuncian, emiten informe y otorgan permisos ambientales sectoriales, autoridades que no se encuentran jerárquicamente subordinadas o que incluso son superiores a los funcionarios que conforman la COREMA. Tal es el caso, por ejemplo, de los pronunciamientos provenientes de las Subsecretarías, o de organismos autónomos. En tales casos el SEIA sencillamente rompe la jerarquía, ya que permitiría desconocer lo resuelto por un organismo superior, o que goza de autonomía en la toma de decisiones<sup>301</sup>. Ello se encuentra regulado expresamente en el art. 24 LBGMA el cual dispone en los inc. 2º y 3º que "*Si la resolución es favorable, certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables,*

<sup>300</sup> Recuérdese además, que todos estos funcionarios son, directa o indirectamente, de la exclusiva confianza del Jefe de Estado.

<sup>301</sup> Este aspecto, de excepción o rompimiento de la jerarquía, no puede ser valorado positiva o negativamente, es un hecho que se desprende de la normativa analizada y no es el único caso previsto en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, las competencias exclusivas entregadas por la ley a una Administración Pública centralizada (artículo 31 LBGAEº).

*incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes.*

*Si, en cambio, la resolución es desfavorable, estas autoridades quedarán obligadas a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental, aunque se satisfagan los demás requisitos legales, en tanto no se les notifique de pronunciamiento en contrario”.*

### 13.8.5 Impugnación de la Resolución

La resolución de calificación ambiental, como cualquier acto administrativo, se rige por los principios generales, entre los que se destaca el de la impugnabilidad, que no es sino manifestación de la tutela judicial efectiva, garantizada a nivel constitucional. El análisis de las vías de impugnación de esta clase de actos puede clasificarse dependiendo del legitimado activo de la acción o recurso administrativo de impugnación.

#### *a) Impugnación por el titular del proyecto o actividad*

El artículo 20 LBGMA dispone la procedencia de un recurso administrativo y uno contencioso administrativo en contra de la resolución que niegue lugar a una DIA, o que rechace o imponga condiciones o exigencias al EIA. Por su parte el párrafo 5° (artículos 43 y ss.) del RSEIA desarrolla el recurso administrativo. En ambos casos, el único legitimado activo será el titular del proyecto que estima que la resolución de calificación ambiental no se ha ajustado a Derecho y que por tanto debe ser anulada.

- *Recurso administrativo.* El artículo 20 inc. 1°, primera parte, dispone: “*En contra de la resolución que niegue lugar a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente*”. Se trata de un recurso administrativo especial, que según la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República hace improcedente los recursos de reposición y jerárquico que el artículo 10 LBGAE° establece y que han sido desarrollados en el artículo 59 de la ley N° 19.880<sup>302</sup>.

La categorización de este recurso resulta difícil. Es claro que se trata de un recurso

<sup>302</sup> De acuerdo a dicha jurisprudencia, el artículo 10 LBGAE° establece sólo un recurso mínimo que será procedente de manera subsidiaria frente a los casos en que la legislación administrativa sectorial no disponga un recurso administrativo especial. ◊

administrativo que agota esta vía y que, por tanto, es el presupuesto necesario para abrir la vía jurisdiccional. Sin embargo, no responde a ninguno de los dos recursos administrativos tradicionales (de reposición y jerárquico) que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido. En efecto, en el caso de la DIA que es rechazada, el recurso administrativo debe interponerse ante el Director Ejecutivo de la CONAMA. Dicho funcionario no se encuentra jerárquicamente vinculado a la COREMA, de quien emana la resolución. En el caso del recurso administrativo contra resoluciones que rechazan EIA, debe señalarse que el Consejo Directivo de la CONAMA, en cuanto tal, tampoco representa un ente jerárquico de la COREMA, a pesar de que algunos de los Ministros de Estado que lo integran, corresponden a los superiores jerárquicos de los Secretarios Regionales Ministeriales que integran a éstas.

Sólo desde la perspectiva del objeto del recurso, puede aproximarse una categorización. En ambos casos lo que se persigue a través del recurso es una *revisión de la resolución de calificación ambiental*. La que puede tener por objeto la confirmación, invalidación o revocación de la misma, según sea que se rechace el recurso, se acoja por razones de legalidad o por razones de oportunidad.

Se concluye entonces que se trata de un recurso administrativo especial, que desplaza en su aplicación a los recursos administrativos ordinarios del artículo 10 LBGAE<sup>101</sup>; que agota la vía administrativa; y que consiste en la revisión, por razones de legalidad y/u oportunidad de la resolución de calificación ambiental<sup>102</sup>.

- *Recurso contencioso administrativo*. Una vez agotada la vía administrativa, se abre la posibilidad de una revisión jurisdiccional de lo resuelto. El artículo 20 inc. 2° LBGMA lo estructura del modo siguiente: *"De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el juez de letras competente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley"*.

La regulación que ha hecho la LBGMA de este recurso contencioso administrativo es mínima. Sin embargo, dado que el fundamento del recurso mismo es la resolución fundada que resuelve el recurso administrativo, la que a su vez se pronuncia sobre la resolución de calificación ambiental, habrá que concluir que lo primero que deberá revisar el juez será la legalidad de la resolución. A diferencia de lo que ocurre en el contencioso administrativo del artículo 50 (CIII. 8), la revisión de la legalidad no se limita al contraste con la LBGMA, sino que deberá realizarse respecto de todo el bloque

---

<sup>101</sup> Debe hacerse la prevención de que el recurso de revisión ha sido regulado expresamente en el artículo 60 de la ley 19.880, como un recurso extraordinario ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la misma autoridad.

de la legalidad. Respecto del juez competente y del procedimiento aplicable, éstos son los comunes señalados para toda tramitación judicial de la LBGMA, a los que se hará referencia más adelante (CIV. 9).

### *b) Impugnación por organizaciones y ciudadanos que participaron del SEIA*

El art. 29 LBGMA dispone un recurso administrativo especial a favor de las organizaciones ciudadanas y las personas naturales que hubieren participado del SEIA respecto de un EIA y que consideren que sus observaciones no fueron debidamente ponderadas en la resolución de calificación ambiental. Para ello *“podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior de la que la hubiere dictado dentro de los quince días siguientes a su notificación, para que ésta, en un plazo de treinta días, se pronuncie sobre la solicitud. Dicho recurso no suspenderá los efectos de la resolución recurrida”*. El objeto de este recurso administrativo no es la nulidad de la resolución de calificación ambiental, sino que su simple enmienda, en el sentido de la debida consideración o ponderación de las observaciones provenientes de la participación ciudadana, la que procede sólo a propósito de un EIA. Así se desprende de lo dispuesto en el Art. 46 inc. 5 RSEIA, el cual dispone que *“Sólo si el recurso es acogido, la resolución respectiva ponderará debidamente las observaciones presentadas por las organizaciones ciudadanas y por las personas naturales a que se refiere el artículo 28 de la Ley. Si el recurso es rechazado, declarará que las observaciones fueron debidamente ponderadas en la resolución reclamada”*.

Si bien es cierto, a primera vista pareciera que se trata de un recurso administrativo jerárquico, ya que se puede reclamar ante la autoridad superior de aquella que hubiere dictado la resolución, ello debe ser analizado con mayor profundidad, si se considera que en estricto rigor la COREMA no tiene un superior jerárquico. En efecto, el Intendente Regional que preside dicha comisión tiene como superior al Presidente de la República, de quien es su representante natural e inmediato en la Región, a través del Ministerio del Interior. Por su parte, los Gobernadores tienen su superior en el Intendente Regional, los Secretarios Regionales Ministeriales, en el ministro respectivo y los Consejeros Regionales no tienen superior jerárquico alguno. En consecuencia, lo que debió haber dispuesto en este caso la ley fue que el recurso procedía ante una autoridad determinada (por ejemplo, el consejo directivo de la CONAMA) sin categorizar el recurso.

### *c) Impugnación por terceros*

La LBGMA no establece recurso administrativo ni contencioso-administrativo a favor de los ciudadanos que se vean afectados en sus derechos o intereses por una

resolución de calificación ambiental. Ello no obsta a que ella sea impugnada por las vías ordinarias administrativas, esto es, recursos administrativos de la LBPA, o contencioso-administrativas, acción de nulidad y recurso de protección, cuando ello sea procedente.

### 13.9 Conclusiones

El sistema chileno de evaluación del impacto ambiental está orientado a un contraste del bloque de la legalidad con el proyecto sometido al SEIA y no a un análisis de la sustentabilidad ambiental del mismo. No puede desconocerse que lo que las administraciones públicas con competencia ambiental material realizan es el examen o evaluación del impacto ambiental que se prevé ocasionará un proyecto o actividad. Sin embargo, dicho examen es siempre enfrentando el impacto con la normativa. Ello querrá decir que habrá una relación directamente proporcional entre el resultado de la evaluación del impacto ambiental y la calidad de la normativa con la que se contrasta el proyecto. En la medida que el ordenamiento jurídico ambiental sea muy permisivo o responda excesivamente a la idea de norma de compromiso (CIII. 5), la evaluación será débil. Por el contrario, en la medida que aquél sea completo y adecuado al nivel de desarrollo del área donde se pretende aplicar, la evaluación será ambientalmente idónea.

Entonces, si a través del SEIA se *determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes* (artículo 2 j), habrá que concluir que este procedimiento administrativo tiene como principal finalidad la dictación de resoluciones administrativas de carácter reglado de contenido ambiental. La principal de ellas, la resolución de calificación del impacto ambiental, con la que concluye el procedimiento administrativo que constituye el SEIA, aprobará el Estudio o Declaración del impacto ambiental, si este(a) cumple con la normativa ambiental vigente.

## 14. Certificación Ambiental

La protección ambiental depende de la eficacia de los instrumentos de gestión ambiental. Sin embargo, aquella será una mera declaración si no se cuenta con una adecuada fiscalización de los mismos. En el caso del cumplimiento de la normativa ambiental la fiscalización se hace más difícil tanto por las carencias propias de la Administración ambiental como por las complejidades técnicas, geográficas y climáticas que implica fiscalizar el cumplimiento de tales normativas. Frente a ello surge como una opción, impulsada tanto por la Administración Pública ambiental como por organismos internacionales, la aplicación de instrumentos de evaluación de conformidad y certificación de cumplimiento de la normativa ambiental.

La razón que explica la existencia de instrumentos de certificación radica en la disminución de la capacidad de dirección sobre la comunidad por parte del Estado, frente a un crecimiento de las tareas que éste asume. Ante dicha situación el principio de cooperación (CI.5.3) se erige como una vía alternativa a la forma tradicional de toma de decisiones, basado normalmente en el uso de facultades de imperio. Como se ha dicho, el Estado cuenta con unas competencias que le permiten llevar a cabo su actividad directamente, sin embargo, un análisis de los mecanismos más efectivos y eficientes para lograr los fines de protección ambiental, le llevan a renunciar al ejercicio imperativo de sus competencias, para acordar cooperativamente con los interesados la mejor manera de alcanzar en conjunto la finalidad de protección ambiental. Aquí entra la certificación como un verdadero instrumento de protección ambiental. En virtud de ella el Estado reconoce la competencia técnica, independencia e idoneidad moral de una entidad privada (persona natural o jurídica) para que ella dé fe del cumplimiento de ciertas condiciones ambientales de un producto, proceso o establecimiento. Este acto de reconocimiento es denominado acreditación. En Chile ella se lleva a cabo por el Instituto Nacional de Normalización (INN), sin perjuicio de que algunas Administraciones Públicas han asumido ellas mismas la labor de acreditación de las entidades de certificación que se desempeñan en sus respectivos ámbitos. Tal es el caso de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el Servicio Agrícola y Ganadero y el Servicio Nacional de Pesca.

#### 14.1 Concepto de certificación

La certificación consiste en la declaración, contenida en un documento, que un determinado producto o que una determinada empresa o establecimiento cumple con los requisitos o exigencias definidos por una norma técnica determinada<sup>304</sup>. Desde esta perspectiva genérica, la certificación puede corresponder a la verificación de cualquier cualidad que detente un producto, proceso o establecimiento. Cuando se trata de la certificación ambiental, por el contrario, la declaración recaerá sobre el carácter sustentable o menos dañoso para el medio ambiente que poseen el producto, proceso o establecimiento<sup>305</sup>.

#### 14.2 Certificación voluntaria u obligatoria

Hasta ahora los diversos esquemas de certificación que es posible encontrar en el

<sup>304</sup> Cfr. Vicente Álvarez García, *La normalización industrial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, p. 444.

<sup>305</sup> Nicolien van der Grijp y Luke Brande, *Multi-Sector and Sector-Specific Schemes*, en *Sustainability, Labelling and Certification*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, p. 76.

Derecho comparado corresponden a mecanismos voluntarios de verificación de las cualidades ambientales o sustentabilidad de un producto, proceso o establecimiento<sup>306</sup>. Normalmente, bajo estos esquemas voluntarios, el beneficio para la empresa que obtiene una certificación ambiental puede ser apreciado desde dos aspectos. Por una parte, en un mejoramiento de su posición de mercado<sup>307</sup>, de cara a los potenciales compradores de sus productos. En tal sentido, la certificación se transforma en un instrumento que subsana la asimetría de información que existe entre productores y consumidores, permitiendo decisiones de consumo informadas. Pero además puede operar mejorando la posición jurídica de la empresa tanto frente a los procedimientos administrativos de autorización, como a la fiscalización de la empresa, la que podrá exhibir su certificado como prueba del cumplimiento de todo o parte de la normativa ambiental que le sea aplicable<sup>308</sup>.

Paralelamente, existen sistemas de certificación obligatoria, en los cuales el elemento común radica en la entrega de una función de verificación que normalmente era pública, a una o varias empresas privadas previamente acreditadas. En el Derecho Administrativo chileno existen múltiples ejemplos de certificación obligatoria. Por ejemplo el sistema de certificación de productos eléctricos y combustibles<sup>309</sup>. Dicho sistema es aplicado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), y tiene por objeto que organismos certificadores de producto certifiquen la seguridad y calidad de los productos eléctricos y de combustibles. Bajo este esquema de certificación deben obtener un certificado todos los productos eléctricos y de combustibles, de forma previa a su comercialización en el país (art. 9 DS N° 298 de 2005).

Otro ámbito donde existe certificación obligatoria es el sector pesquero. En efecto, el art. 10 de la ley N° 19.713 dispone la obligación para los armadores industriales de certificar los desembarques de sus capturas a través de entidades certificadoras, previamente acreditadas ante el Servicio Nacional de Pesca<sup>310</sup>. Asimismo, el armador

---

<sup>306</sup> Un ejemplo ya clásico a este respecto es el EMAS, *Eco Management and Audit Scheme*, es decir, el sistema europeo de certificación de gestión ambiental.

<sup>307</sup> Joop de Boer y Onno Kuik, *The Logic of Sustainability Labels: their functions for stakeholders and their role in markets*, en *Sustainability, Labelling and Certification*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, p. 55.

<sup>308</sup> Hans-Joachim Koch, *Umweltrecht*, op.cit. p. 184. Precisamente en el Derecho Ambiental alemán existe el Reglamento de excepción o privilegio de la ecoauditoria (*Öko-Audit-Privilegierungs-verordnung*), dictado a partir del § 58e de la Ley federal alemana de protección contra las inmisiones, el cual permite eximir del cumplimiento de obligaciones de información a aquellas empresas que cuenten con un certificado de ecoauditoria.

<sup>309</sup> Contenido en el Reglamento para la certificación de productos eléctricos y combustibles, DS N° 298 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Publicado en el D.O. el 1 de febrero de 2006.

<sup>310</sup> El sistema de certificación de desembarques de capturas pesqueras encuentra su razón de ser en la aplicación de la medida de administración pesquera denominada *límite máximo de captura por armador*, que



industrial que desembarque sus capturas sin contar con la correspondiente certificación, será sancionado con un descuento del 10% de su cuota de pesca (Art. 12 inc. 3º Ley Nº 19.713).

Paralelamente existen sistemas de certificación voluntaria, los cuales corresponden a mecanismos privados de comprobación del cumplimiento de determinados requerimientos ambientales. Tal es el caso de la certificación de gestión ambiental ISO 14.000. Un caso de certificación voluntaria específico para un sector productivo es el de la acuicultura. En efecto, tal es el caso del sistema de certificación desarrollado por el Instituto Tecnológico del Salmón, dependiente de SalmonChile A.G., denominado Sistema Integrado de Gestión (SIGES). Se trata de un sistema de *certificación grupal*, en que *“un grupo de productores que integran una agrupación formal y que han desarrollado un sistema de control propio, para controlar internamente el cumplimiento del referente técnico comprometido en un organismo de certificación”*<sup>311</sup>. El SIGES, según se declara en su presentación, *“abre la posibilidad de contar con una certificación que demuestre el cumplimiento de normas, estándares y compromisos necesarios para producir un bien superior, observando la calidad de procesos y productos, a fin de asegurar una gestión ambiental sustentable y la seguridad de los trabajadores del salmón”*<sup>312</sup>. Es decir, implica actuar de acuerdo con ciertos estándares ambientales, los que tienen como base mínima el cumplimiento de las disposiciones ambientales propias del sector acuícola.

### 14.3 Certificación ambiental obligatoria

Los instrumentos de protección ambiental presentan deficiencias de diversa índole, no obstante lo cual, el principal problema dice relación con las dificultades materiales para su fiscalización. De ello da cuenta el informe *“Evaluaciones del desempeño ambiental-Chile”* elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de fines de 2005. A lo largo de dicho informe se pone énfasis en el desarrollo y fortalecimiento de la institucionalidad ambiental, señalándose expresamente que *“Una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos*

---

consiste en la asignación anual de cuotas pesqueras individuales a los armadores pesqueros industriales. El funcionamiento de dicha medida se basa en la información que en tiempo real se tenga del nivel de desembarque de capturas de cada uno de los armadores. Dicha tarea era imposible de ser asumida por parte del Servicio Nacional de Pesca, por lo que se adoptó el mencionado sistema de certificación de desembarques, el cual es pagado directamente por los armadores.

<sup>311</sup> María Teresa Oyarzún, *Sellos de Calidad en Productos Alimenticios Agroindustriales*, FODEPAL-FAO, 2005, p. 4.

<sup>312</sup> [www.salmonchile.cl](http://www.salmonchile.cl)

*sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento*<sup>313</sup>.

Frente a dicho diagnóstico, y dada la experiencia de los sistemas de certificación obligatoria, es que en la actualidad un sistema de certificación de la normativa ambiental resulta una posibilidad cierta de mejorar la eficacia y eficiencia de los instrumentos de protección ambiental en Chile.

---

<sup>313</sup> OCDE/CEPAL, Evaluaciones de Desempeño Ambiental, Chile 2005, p.18.

## Capítulo Cuarto

### Responsabilidad por el Daño Ambiental

#### 1. Marco Normativo

Uno de los cuatro pilares sobre los que descansa la LBGMA es el de la responsabilidad por el daño ambiental. Si bien es cierto, no se trata de la primera regulación en el Derecho chileno sobre la responsabilidad procedente en materia de daños al medio ambiente, sí constituye una innovación tanto respecto del ámbito de aplicación, como en las consecuencias que acarrea la responsabilidad por el daño ambiental<sup>314</sup>.

El Título I sobre “*Disposiciones Generales*” de la LBGMA en su artículo 3 dispone que: “*Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley*”.

Más adelante, el Título III “*De la Responsabilidad por el Daño Ambiental*”, en su párrafo

---

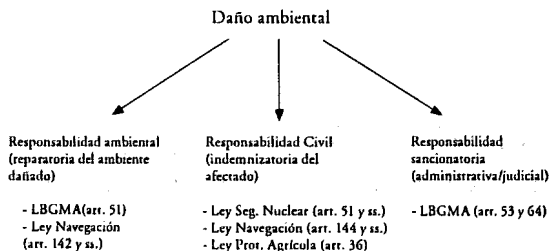
<sup>314</sup> Sobre este tema ya se ha hecho referencia por el mismo autor en: *Sistemas Sancionadores de protección ambiental*, op. cit. Capítulo XV *in totum*; Algunos aspectos de la protección jurídico ambiental de los recursos hídricos, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antofagasta (Chile), año 1998, pp. 97-140; Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental. RDUCV, N° XX, pp. 243-270; La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental, RDUCV N° XXIII pp. 244-256. En consecuencia, algunas de las conclusiones que aquí se exponen, ya fueron manifestadas en dichos artículos. No obstante lo cual, esta parte constituye una exposición completa y reelaborada del tema.

1º sobre "Daño Ambiental", comienza declarando en el artículo 51 inc. 1º, a modo de principio general, que: *"Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley"*.

A través de las dos disposiciones citadas se materializa el principio de responsabilidad en materia ambiental: *producido un daño ambiental surge la obligación de responder por el mismo de acuerdo con las disposiciones de la ley*. Resulta de importancia destacar este extremo porque lo que se regula en el Título III de la LBGMA, que comienza con el artículo 51, es precisamente el sistema general de responsabilidad por el daño ambiental. Es decir, en él se contempla todo un sistema normativo, específicamente dirigido a regular la forma en que se responderá por los daños causados al medio ambiente. A partir de la entrada en vigor de la LBGMA la responsabilidad del causante de daños ambientales podrá ser perseguida ante los tribunales, a través de una acción general y especialmente diseñada a ese efecto.

No obstante lo anterior, la LBGMA reconoce que existen otras acciones ambientales de carácter especial, las que deja subsistentes. En efecto, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales tendrán preeminencia sobre la acción genérica contenida en la LBGMA. Así lo dispone el artículo 51 inc. 2º: *"No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley"*. Sin embargo, la preeminencia es sólo en cuanto se trate de normas especiales en materia de responsabilidad por daño ambiental, y no respecto de otras normas sobre responsabilidad por daños en general.

Entre los casos de responsabilidad ambiental especial se señalan como ejemplos clásicos la responsabilidad por la contaminación acuática, contenida en el artículo 144 del DL N° 2.222 de 1978, ley de navegación; la responsabilidad objetiva por el daño nuclear, artículo 49 de la ley N° 18.302 de seguridad nuclear. A los que se agrega el caso del DL N° 3.557 de 1981, ley de protección agrícola, el que dispone la responsabilidad objetiva frente a los daños causados a terceros por el uso de plaguicidas. Sin embargo, en todos estos casos resulta cuestionable que estos casos correspondan a una responsabilidad ambiental especial, toda vez que el daño que se indemniza corresponde a los daños que sufrieron terceros (en su persona o propiedad) y no el daño en el medio ambiente a cuya reparación es a lo que estrictamente tiende la LBGMA. En consecuencia, más que tratarse de una responsabilidad ambiental especial, en estricto rigor, se trataría de una responsabilidad civil extracontractual nacida a partir de un daño ambiental. Esta conclusión trae la siguiente consecuencia, producido un hecho que ocasiona daño ambiental, las posibles acciones para perseguir las consiguientes responsabilidades pueden ser variadas, como muestra el Cuadro siguiente:



## 2. Responsabilidad Ambiental en el Derecho Comparado

En el Derecho ambiental comparado es posible distinguir al menos tres fórmulas legislativas a través de las que se ha asumido el daño y consecuente responsabilidad ambiental, a saber:

### 2.1 Aplicación de normas de Derecho común

El primer grupo está integrado por aquellos ordenamientos que no han establecido normas especiales para regular el daño ambiental, con lo que las situaciones de responsabilidad que se plantean se resuelven de acuerdo con las normas comunes del Derecho civil. Ejemplos de esta fórmula se encuentran en los siguientes ordenamientos:

#### 2.1.1 Sistema español (I)

Bajo esta fórmula se alinea el sistema de responsabilidad ambiental adoptado en el Derecho español. El artículo 45.3 de la Constitución española, luego de disponer que las violaciones al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado pueden ser sancionadas penal o administrativamente, establece la *"obligación de reparar el daño causado"*. Esta disposición admite una concepción amplia de lo que puede entenderse por daño, sin embargo no ha encontrado una respuesta legislativa que resuelva de forma general el problema del daño a bienes con naturaleza únicamente ambiental. La regla general indica que frente a los casos de daño ambiental, la responsabilidad se determina de acuerdo a las normas civiles, cuyo principio rector se consagra en el artículo 1902 del Código Civil español, el cual dispone que *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*. El problema radica en que el daño que genera la

responsabilidad es el inferido "a otro", es decir, en su persona y bienes patrimoniales, dentro de los que no es posible incorporar de modo directo los bienes ambientales. Sin embargo, existen excepciones a esta regla general, que se incluirán más adelante.

### 2.1.2 Sistema mexicano

La solución del legislador mexicano también es comparable a la del español, en cuanto la regla general que se contempla es la del artículo 1910 Código Civil mexicano que dispone lo que sigue: *"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexplicable de la víctima"*. La fórmula mexicana es similar a la del legislador español, en cuanto el concepto de daño sobre el que se articula el sistema de responsabilidad es aquél que se cause "a otro". La única especificidad que puede encontrarse en materia ambiental se establece en relación a la prueba, ya que la ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente de 1988, dispone en su artículo 194 que: *"Cuando por infracción a las disposiciones de esta ley se hubieren ocasionado daños o perjuicios, el o los interesados podrán solicitar a la Secretaría, la formulación de un dictamen técnico al respecto, el cual tendrá el valor de prueba, en caso de ser presentado en juicio"*. Si bien esta norma tiene por objeto facilitar la prueba del daño ambiental<sup>315</sup>, se encuentra con el grave inconveniente de que no existe norma que regule una responsabilidad que vaya más allá de los bienes estrictamente individuales (persona y propiedad).

### 2.2 Aplicación de soluciones comunes por normas especiales

Dentro de este grupo se incluyen aquellos ordenamientos que, no obstante haber establecido disposiciones específicamente referidas al daño ambiental, recogen una concepción civilista o común de lo que se debe entender por tal. En virtud de esta fórmula, la solución legislativa ha ido por el lado de entender que la responsabilidad por daño ambiental procederá cuando el menoscabo o perjuicio se hubiere producido en bienes que tradicionalmente han sido incorporados en el concepto de daños, como la persona o el patrimonio, es decir, bienes individuales, quedando incluidos los daños estrictamente ambientales sólo de forma indirecta. Por lo general la ventaja que ofrece esta vía radica en el traslado de la carga de la prueba. Ejemplo de esta forma de regulación se encuentra en el siguiente ordenamiento:

<sup>315</sup> Cfr. Raúl Brañes, Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 226-227.

### 2.2.1 Sistema alemán

Tal es la fórmula asumida por la ley alemana de responsabilidad medioambiental (*Umwelthaftungsgesetz*) de 10 de diciembre de 1990 en cuyo parágrafo § 1 se dispone que: “*Si por impacto ambiental, procedente de una de las instalaciones mencionadas en el Anexo 1 se produjere la muerte de alguien, lesiones en el cuerpo o la salud, o daños en alguna cosa, el titular de la instalación estará obligado, frente a los perjudicados, a reparar los daños originados*”. Como puede apreciarse, a pesar de la denominación de la ley, la naturaleza del daño que hace nacer la responsabilidad en la ley alemana no es un daño en el medio ambiente como tal, sino sobre la persona o su patrimonio, tal es el daño que se debe indemnizar y no el propiamente ambiental. La particularidad está en que el hecho dañoso consiste en un impacto ambiental, pero el perjuicio o menoscabo que se debe reparar no difiere del que debería repararse bajo las normas del Derecho civil alemán, ya que lo que se repara es el daño a las personas o a las cosas, producido por un impacto ambiental<sup>316</sup>.

### 2.3 Aplicación de un concepto específico de daño ambiental

Se trata de aquellos sistemas de responsabilidad en que el legislador recoge una formulación específica de daño ambiental, distinta y separada de los perjuicios a la persona o al patrimonio.

#### 2.3.1 Sistema italiano

Esta es la fórmula empleada por la ley italiana de 8 de julio de 1986, N° 394, sobre la Institución del Ministerio del Ambiente y normas en materia de daño ambiental, en cuyo artículo 18.1 dispone que: “*Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni*

---

<sup>316</sup> Ana Cañizares Laso y José Miguel Rodríguez Tapia, La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVII Fascículo I, enero-marzo 1994 p. 210, comentando los rasgos distintivos de esta ley afirman que: “*El objeto de protección directo de la ley es especialmente el individuo. El medio ambiente se protege sólo de forma mediata, a través de aquella protección que la responsabilidad liga a un impacto medioambiental*”. En el mismo sentido Antonio Cabanillas Sánchez, La reparación de los daños al medio ambiente, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, p. 129: “*La finalidad de la ley es posibilitar una adecuada indemnización en caso de lesión de bienes jurídicos individuales*”.

En todo caso, se debe destacar otros aspectos de esta ley, tales como la presunción de causalidad contenida en el § 6.1 (*Ursachenvermutung*), en virtud de la cual se invierte la carga de la prueba de este elemento, recayendo sobre el demandado. Para una visión panorámica de la ley alemana de responsabilidad medioambiental: William C. Hoffman, Germany's New Environmental Liability Act: strict liability for facilities causing pollution, Netherlands International Law Review, XXXVIII The Hague 1991 p. 27 y ss.

*di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato*". La ley italiana establece una responsabilidad por alteración, deterioro o destrucción en todo o en parte del medio ambiente, por la cual se debe indemnizar al Estado (Ministerio del Ambiente), siempre que exista dolo o culpa. Es decir, aquí el hecho que genera la responsabilidad es el daño estrictamente ambiental, y ese es el que genera la responsabilidad, que en este caso se traduce en una indemnización en favor del Estado. Dicha indemnización, en principio, quedará afectada a una finalidad de protección ambiental.

### 2.3.2 Sistema español (II)

El legislador español también ha recogido en normas especiales una referencia a daños específicamente ambientales, por tanto desvinculados de los daños que sufren los sujetos de derecho o sus patrimonios, y con la consecuente reparación sobre aquella clase de bienes. La ley 4/1989 de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres dispone en su artículo 37.2 lo que sigue: *"Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado. La reparación tendrá como objetivo lograr, en la medida de lo posible, la restauración del medio natural al ser y estado previos al hecho de producirse la agresión. Asimismo, la Administración competente podrá subsidiariamente proceder a costa del obligado. En todo caso, el infractor deberá abonar todos los daños y perjuicios ocasionados, en el plazo que, en cada caso, se fije en la resolución correspondiente"*. La solución que se adopta por la ley española de espacios naturales (4/1989) se basa en un concepto de daño estrictamente ambiental, y como correlato, la reparación también discurre sobre dicha idea<sup>317</sup>. Sólo dos problemas se pueden observar: por un lado se trata de una ley especial, con lo que el ámbito de aplicación se reduce sólo al objeto de su regulación; por otro, el presupuesto para que opere esta responsabilidad ambiental radica en que el hecho dañoso sea constitutivo de infracción administrativa o delito ecológico, y aunque por regla general existirá una coincidencia entre daño e ilícito, es posible imaginar una verdadera "zona gris" en que no sean coincidentes (CIII.13.4.1 y CIV. 4.2).

## 2.4 Conclusión

La conclusión que esta breve comparación permite colegir se resume en que el legislador

<sup>317</sup> La misma solución se encuentra en otras leyes especiales españolas, por ejemplo en la ley de costas 22/1988 (artículo 95.1) y la ley de aguas 29/1985 (artículo 110).



chileno, aunque con matices, se alinea dentro de la noción de daño ambiental adoptada por la ley italiana y las leyes especiales españolas, en las que la responsabilidad por daño ambiental surge por el perjuicio inferido al ambiente en su totalidad o a alguno de sus componentes. Por el contrario en la ley ambiental chilena no se establece una responsabilidad especial sobre los daños que sufran bienes individuales (persona o propiedad) que se pueda derivar por el hecho ambientalmente dañoso. Esta clase de responsabilidad se regirá por las normas comunes. Por el contrario, en la LBGMA se establece una responsabilidad específica por el daño que ha sufrido el medio ambiente<sup>318</sup>.

### 3. Alcance del Sistema de Responsabilidad

El primer aspecto que se destaca de la disposición contenida en el artículo 51 inc. 1º LBGMA es que hace aplicable el sistema de responsabilidad a *"Todo el que"* cause un daño ambiental, expresión que también utiliza el artículo 3 LBGMA. Este punto resulta de trascendencia, porque el sistema de responsabilidad ambiental de la LBGMA, se aplicará a todos los sujetos privados, sean estas personas naturales o jurídicas, y también, en principio, a los sujetos públicos. La expresión *"Todo el que"*, que emplea el artículo 51 inc. 1º es una manifestación del principio general de que todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo. No sólo los particulares, sea personas naturales o jurídicas, sino que también el Estado a través de sus órganos pueden, perfectamente, por su actividad, y principalmente por su inactividad, causar un daño ambiental, con lo que su responsabilidad se regulará por las disposiciones de la LBGMA<sup>319</sup>. Sin embargo, el alcance subjetivo de la responsabilidad por el daño ambiental, presenta muchas mayores complejidades cuando el causante del mismo es el Estado o alguno de sus organismos (CIV. 14).

---

<sup>318</sup> Franco Giampietro, La responsabilità per danno all'ambiente, Editorial Giuffrè, Milán, 1988, p. 205, al comentar la norma del artículo 18.1 de la ley italiana N° 394, señala que: *"Giova precisare che il danno all'ambiente, di cui all'articolo in esame, non è certo la somma di danni individuali né quello che si riferisce unicamente alla struttura del soggetto titolare dell'interesse leso"*. Puede concluirse siguiendo al citado autor que el daño ambiental no corresponde a la suma de los daños individuales, ni tampoco al interés individual del titular de la acción. Precisamente por la naturaleza del bien jurídico sobre el que recae, dado que no se trata de bienes susceptibles de apropiación exclusiva o individual (por ejemplo la naturaleza, el aire, un paisaje, etc).

<sup>319</sup> Esta fue la opinión sostenida por el autor en: Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente..., op. cit. pp. 243 y ss.

#### 4. Sistema Subjetivo de Responsabilidad

La naturaleza de la responsabilidad ambiental es de carácter subjetivo, en cuanto se exige que el daño se haya producido por dolo o culpa (artículos 3 y 51 inc. 1° LBGMA). El presupuesto de una responsabilidad subjetiva está en la voluntariedad del hecho imputable, en cuya virtud se ha lesionado un derecho de un sujeto, estando protegido dicho derecho frente a todos o, en el hecho que causa daño violando una norma jurídica que sirve de protección a un individuo<sup>320</sup>. Se trata de un hecho que es atribuible a su autor porque este ha actuado doloso o negligentemente. Un sistema de responsabilidad ambiental de naturaleza subjetiva está en consonancia con el sistema de responsabilidad extracontractual o *aquiliana* contenido en el Código Civil chileno, que también exige este elemento interno de culpabilidad<sup>321</sup>.

El establecimiento de un sistema de responsabilidad subjetivo cobra relevancia en aquellas situaciones concretas que se planteen, toda vez que el legitimado activo deberá probar que concurre el elemento subjetivo en el causante del daño. No basta con probar el elemento causal respecto del daño, es necesario que este sea imputado a su causante por su dolo o culpa<sup>322</sup>.

##### 4.1 Presunciones de responsabilidad

Frente a la dificultad que conlleva la prueba del elemento subjetivo, la LBGMA recurre a la aplicación de un catálogo de presunciones de responsabilidad. El artículo 52 dispone que: *"Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias."*

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditaré relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido".

<sup>320</sup> Cfr. Karl Larenz, Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica, Ed. Civitas, Madrid 1985 (reimpresión 1993) pp. 118-119.

<sup>321</sup> No está de más recordar que el artículo 2314 del Código Civil chileno dispone que: *"El que ha cometido un delito (dolo) o cuasidelito (culpa) que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito."*

<sup>322</sup> Crítico respecto de este sistema de responsabilidad, Pedro Fernández, Manual de Derecho Ambiental Chileno, op. cit. pp. 113-114.

Existen a lo menos tres aspectos destacables que se coligen de la disposición citada, a saber:

- *Presunción legal.* En consecuencia ella admite prueba en contrario. En todo caso, en virtud de la presunción se libera al demandante de la dificultosa prueba del elemento interno que impone la responsabilidad subjetiva (por dolo o culpa), basta la infracción del ordenamiento ambiental para que se presuma la responsabilidad<sup>323</sup>.
- *Hecho antijurídico.* El presupuesto que debe concurrir para que opere la responsabilidad es que se produzca un hecho antijurídico, lo que en este caso se traduce en una infracción de las normas ambientales, sean estas legales o reglamentarias<sup>324</sup>. No debe pasarse por alto este punto, ya que por lo general el hecho que causa el daño ambiental también estará vulnerando la normativa en la materia. Y aunque no es lógicamente imposible que se produzca un daño sin violación de una norma ambiental<sup>325</sup>, caso en el cual no operará la presunción de responsabilidad y deberá probarse el dolo o culpa del hecho dañoso, lo más probable será que infracción y daño constituyan las dos caras de una misma moneda.

Dentro de este mismo aspecto de la presunción, es posible constatar un error en la técnica legislativa empleada. En efecto, se señala a las normas de calidad ambiental como una de las normas cuya infracción acarrea la presunción de responsabilidad por el daño ambiental. En la práctica, y atendidos el concepto y la forma en que operan las normas primarias y secundarias de calidad ambiental, será imposible que el titular de una actividad o proyecto, o el ejecutor de una acción u omisión que daña el medio ambiente vulneren la norma de calidad ambiental. Ellas, como se dijo, fijan niveles tolerables de contaminación en un medio ambiente determinado, nivel al que contribuye una multiplicidad de agentes y de emisiones (incluso provenientes de la naturaleza). Por lo que, salvo un caso de laboratorio, será muy poco probable que la actuación de una sola persona vulnere la norma.

---

<sup>323</sup> Karl Larenz, Derecho Justo, op. cit. pp. 118-119, señala que en aquellos casos en que el daño se produce por un hecho antijurídico opera una especie de negligencia objetiva, que sería el sistema que rige en el Derecho alemán. De esta forma *"quien inflige un daño a otro por medio de un acto antijurídico, aunque sólo de un modo 'objetivamente' negligente, está siempre más cerca de tener que cargar con él, que el afectado que no ha contribuido a ello"*.

<sup>324</sup> Esta inclusión de las normas infralegales como parte del ordenamiento jurídico ambiental, confirma que éste se compone no sólo de normas legales, como lo habría pretendido el legislador en el artículo 1 LBGMA (Cl. 4.4.2).

<sup>325</sup> Sin embargo, un hecho que sólo constituya un daño al medio ambiente y no sea además infracción al ordenamiento ambiental, aunque probable desde un punto de vista lógico, sería indicativo de una situación anómala de la regulación dada una laguna legal o unos niveles de protección demasiado bajos. Ello porque precisamente a lo que tiende la normativa ambiental es a evitar el daño del bien jurídico medio ambiente, incluso por la vía anticipada de estimar como infracción el simple riesgo de daño.

A ello se agrega que el destinatario de las normas de calidad ambiental no es el ciudadano común, sino el Estado (CIII. 2.4).

- *Relación de causalidad.* La presunción sólo exime de la prueba del elemento subjetivo (dolo o culpa), con lo que será necesario acreditar tanto el daño al medio ambiente, como la relación causal de aquél con la infracción. A ello se refiere el citado inc. 2° del artículo 52 LBGMA el cual dispone que: *"Con toda sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido"*<sup>326</sup>.

#### 4.2 Objetivación de la responsabilidad ambiental

Tal como se dijo más arriba, lo más habitual será que el mismo hecho que causa la infracción a una norma que conforma el ordenamiento jurídico ambiental, sea el que cause el daño ambiental. Así entonces será bastante probable que la prueba se traslade desde el elemento subjetivo, hasta la prueba de la vulneración de la norma, que es un aspecto objetivo. Si se atiende a la enumeración de disposiciones cuya vulneración constituye presunción de responsabilidad por el daño ambiental, habrá que concluir que en la práctica se producirá (y de hecho se produce) un vuelco en el sistema de responsabilidad, pasando de la carga de la prueba del elemento subjetivo, a una situación de prueba objetiva de la infracción al ordenamiento jurídico. Ello queda claramente expuesto en la frase final del inc. 1° del artículo 52 LBGMA, el que dispone que se presume la responsabilidad por el daño ambiental, *si existe infracción a las normas sobre protección, preservación, o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias*. Esta última frase lo que en realidad dice es que se presume la responsabilidad cuando se vulnera el Derecho ambiental, toda vez que no existe norma alguna que sea parte del ordenamiento jurídico ambiental, y que no tenga por objeto la protección, preservación o conservación del medio ambiente. Tal vez sólo podrían excluirse las normas sobre organización administrativa que se incluyen en la LBGMA como normas que quedan fuera de dicho grupo, normas que por lo demás no podría un administrado vulnerar.

<sup>326</sup> La citada disposición presenta una deficiencia en la técnica legislativa, toda vez que señala que *sólo habrá lugar a la indemnización...*, como si la forma de reparación del daño ambiental se verificase a través de la vía sustitutiva de la fijación de una suma indemnizatoria. Ello es erróneo, pues, tal como se comprobará (CIV. 7), la forma de reparación que admite el sistema de responsabilidad establecido por la LBGMA es una forma cercana a la reparación *in natura*, es decir, restableciendo el medio ambiente dañado. Por otro lado, si a lo que se refiere la norma es a la indemnización de perjuicios extracontractuales, la referencia era innecesaria atendidas las disposiciones de los artículos 51 inc. 2° y 53 LBGMA.

En consecuencia, la presunción de responsabilidad del autor del daño ambiental, es tan amplia, que en la práctica conduce a una transformación en el sistema de responsabilidad, pasando desde la prueba del dolo o la culpa, a la prueba de la infracción al ordenamiento jurídico. El resultado de todo esto es que la presunción de responsabilidad no operará sólo frente a dos situaciones:

- En los casos en que el autor del daño esté cumpliendo con la normativa y no obstante ocasione un daño ambiental (por ejemplo, la industria que cumple con la normativa sobre emisiones, y no obstante causa daño ambiental y personal)<sup>327</sup>;
- En los casos en que no existe norma ambiental alguna que haya sido vulnerada. Sin embargo, en ambos casos, sin perjuicio de la procedencia de la acción ambiental, esta vez con la prueba del elemento subjetivo, se estará en presencia de verdaderas deficiencias del ordenamiento jurídico ambiental. Esta situación y la responsabilidad que le cabe al Estado serán objeto de examen más adelante (CIV. 14).

## 5. Daño Ambiental

El daño ambiental es el presupuesto de la responsabilidad ambiental. En efecto, para que surja la responsabilidad es necesaria, en primer término, la concurrencia de un daño ambiental, sólo en virtud de la ocurrencia de éste surgirá la obligación de reparar los perjuicios, que es lo que persigue, como cualquier otra, esta clase de responsabilidad. Positivamente, en el artículo 51 inc. 1º LBGMA, se encuentra plasmado este presupuesto necesario para la concurrencia de responsabilidad ambiental, cuando dice que, concurriendo los demás requisitos, el que *cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley*.

De lo dicho deviene como consecuencia natural que lo que se repute como daño ambiental, de su concepto, dependerá el nacimiento o no de la responsabilidad respectiva. Esta cuestión resulta ser del todo trascendente, ya que existe una relación directamente proporcional entre la extensión del bien jurídico protegido y las posibilidades de inferirle

---

<sup>327</sup> Sin embargo, en este caso la LBGMA establece una excepción de responsabilidad ambiental, dejando subsistente sólo la civil indemnizatoria ordinaria, ello se desprende del artículo 55 que dispone: *"Cuando los responsables de fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o descontaminación, o a regulaciones especiales para situaciones de emergencia, según corresponda, acreditaren estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en tales planes o regulaciones, sólo cabrá la acción indemnizatoria ordinaria deducida por el personalmente afectado, a menos que el daño provenga de causas no contempladas en el respectivo plan, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior"*.

un daño<sup>328</sup>. Es decir, la determinación de los bienes ambientales importa correlativamente la de los daños que les pueden ser infligidos<sup>329</sup>. Como ya se ha examinado, el legislador de la LBGMA ha hecho una opción por un concepto expreso y amplio de medio ambiente (CI. 6.1), lo que trae como consecuencia que cualquier daño a los elementos incluidos en la definición de medio ambiente será considerado como daño ambiental<sup>330</sup>.

Dado un concepto amplio de medio ambiente corresponde ahora plantearse el problema de la intensidad que debe tener el perjuicio, para que pueda estimarse como daño ambiental. Frente a esta potencial amplitud del concepto de daño ambiental y consecuente sobre extensión de las posibilidades de impetración de la acción de responsabilidad por el daño ambiental, el artículo 2 letra e) de la LBGMA definió el daño ambiental como: "*Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes*".

## 5.1 Características

A partir de la definición legal, es posible atribuir tres características al concepto de daño ambiental, a saber:

### 5.1.1 Sólo es daño ambiental el inferido al medio ambiente

Tal vez el elemento más distintivo del daño ambiental sea, precisamente, éste, que sea un daño *ambiental*. En el Derecho común se ha definido daño como "*el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*"<sup>331</sup>. En el mismo sentido el artículo

<sup>328</sup> Aquí se debe hacer una pequeña aclaración. De lo que se está hablando es de responsabilidad por daño ambiental, por lo que el concepto sobre el que se estructura toda esta argumentación es el de *medio ambiente*, que la propia LBGMA señala en el artículo 2 letra II). Concepto mucho más amplio que el formulado a partir del artículo 19 N° 8 CPR que viene acotado por las nociones de entorno adyacente y previsibilidad que se han tratado en CII. 2.2.3. En definitiva, la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación será, en la práctica, una especie del género daño al medio ambiente.

<sup>329</sup> Alexandre Kiss y Dinah Shelton, Manual of European Environmental Law, Cambridge University Press, 2ª edición, Cambridge 1997, p. 3: "*Defining environment is also crucial to determining the application of legal rules and the extent of liability when harms occurs*".

<sup>330</sup> Ello ha sido entendido así en la práctica. Por ejemplo, los daños al patrimonio cultural han sido objeto de demandas ambientales interpuestas por el Consejo de Defensa del Estado. Estos casos pueden ser consultados en [www.cde.cl](http://www.cde.cl).

<sup>331</sup> Concepto de Karl Larenz, citado por José Luis Lacruz Verdejo y otros autores, Derecho de Obligaciones, Volumen Segundo Contratos y Cuasicontratos, Delito y Cuasidelito, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1995, p. 477.

2314 del Código Civil chileno señala que *el que ha cometido delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*, y el artículo 2329 del mismo código dispone que *"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta"* (es decir, el principio de reparación plena e integral). Es decir, para el Derecho civil el concepto de daño está referido al perjuicio inferido en la persona (sea éste un daño corporal o un daño moral) o a la propiedad o patrimonio de un sujeto de derecho, sea persona natural o jurídica<sup>332</sup>. En cambio, de acuerdo al concepto que señala el legislador de la LBGMA, el daño ambiental consiste en el detrimento que sufre el medio ambiente en su totalidad o en alguno de sus elementos. De este razonamiento se deducen las siguientes consecuencias:

- *El medio ambiente es un bien de titularidad colectiva.* Si se considera que el medio ambiente, en cuanto tal, constituye un bien que no pertenece a ninguna persona en particular, que es de titularidad colectiva o *erga omnes*<sup>333</sup>, resulta lógico esperar que la noción de daño ambiental no esté referida a bienes individuales de un sujeto de derecho (como la persona, la propiedad o el patrimonio), sino a bienes exclusivamente ambientales<sup>334</sup>. Esta cuestión no resulta baladí, sobre todo cuando se tiene presente que el daño ambiental es el presupuesto de esta clase de responsabilidad, con lo que el concepto que de él se tenga será determinante para el establecimiento de la legitimación activa en la acción a que dé lugar, como también respecto de las medidas tendientes a reparar las consecuencias del perjuicio. Titularidad de la acción y forma de reparación serán las dos principales interrogantes que debe responder el legislador cuando establece una responsabilidad por daño ambiental, que parte de la base de un concepto de daño estrictamente ambiental como el del Derecho ambiental chileno.

---

<sup>332</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, La responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 210 señala que: *"Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc."*

<sup>333</sup> Franco Giampietro, La responsabilità per danno all'ambiente, op. cit., p. 153, con relación a la naturaleza del bien jurídico medio ambiente concluye como tendencia general que: *"l'orientamento della dottrina si consolida nel senso di abbandonare ogni ulteriori tentativo di definizione dell'ambiente come bene giuridico, suscettibile di difesa individuale. Suggestisce di apprestarne la tutela come interesse collettivo all'uso delle risorse, strumento di controllo sociale e sull'attività d'impresa e sulle potestà di governo dell'ambiente, riservate alle pubbliche amministrazioni"*.

<sup>334</sup> Evidentemente existen bienes ambientales que son susceptibles de apropiación privada, sin embargo ello no les hace perder su carácter de bien ambiental, dada la función social/ambiental que la propiedad privada debe cumplir (CII. 4.3.1) y en último término, dada la contribución que éstos tienen en el sistema ambiental, en el ecosistema.

- *El daño es inferido al medio ambiente o a alguno de sus elementos.* El concepto de daño ambiental que entrega el legislador chileno discurre sobre la base de un perjuicio inferido al medio ambiente o a uno o más de sus elementos ¿Tiene alguna relevancia esta distinción que efectúa la norma? Es meridianamente claro que existe una diferencia entre los elementos que conforman el medio ambiente y el medio ambiente como sistema global. Es difícil concebir un daño a algún elemento ambiental que en definitiva no vaya a repercutir en la totalidad del ambiente, dado el carácter sistémico y profundamente interrelacionado que el entorno comporta. Sin embargo, es al momento de la reparación del daño donde la distinción cobra mayor importancia. Por ejemplo, la tala ilegal de un bosque. Existe un elemento ambiental dañado, el bosque, con una repercusión que incluso puede ser mediata o inmediata en el sistema total. La reparación de ese daño ambiental no debería agotarse en la sola reposición de las especies arbóreas taladas, también debería repararse el daño al sistema ecológico, es decir, al medio ambiente considerado en su conjunto, por ejemplo, repoblando la fauna que existía en el lugar o restableciendo los cursos de agua existentes. Se volverá sobre este tema a propósito de la reparación del daño ambiental (CIV. 7).

### *5.1.2 El daño ambiental puede presentarse en cualquier forma*

De acuerdo con el concepto legal de daño ambiental, este se entenderá acaecido independientemente de la forma en que se presente. Ello se deduce del artículo 2 letra e) LBGMA cuando dice que daño ambiental es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo. Son todas expresiones sinónimas de daño o perjuicio. Lo fundamental es destacar que no importa la forma en que se presente el daño para que surja la responsabilidad. Es decir, no importa que se trate de la pérdida de una especie o la disminución de un recurso natural o el detrimento de un sitio arqueológico, toda manifestación dañosa para el medio ambiente o para alguno de sus elementos queda comprendida en la definición de daño ambiental.

### *5.1.3 El daño ambiental debe ser significativo*

Si respecto de la forma en que se puede presentar el daño el legislador utilizó un criterio amplio, este criterio varió cuando se refirió a la intensidad o envergadura del daño. Sólo es daño ambiental aquél que es significativo. Como se habla señalado más arriba, existe una relación directamente proporcional entre la extensión del concepto de medio ambiente y las posibilidades de inferirle daño. La limitación de la responsabilidad ambiental no fue estructurada sobre la base de limitar lo que debe entenderse por medio ambiente, que según el artículo 2 letra II) de la LBGMA es un concepto muy amplio, sino por la vía de



considerar que jurídicamente existe responsabilidad ambiental sólo cuando el daño sea significativo, o lo que es igual, que sea un daño de importancia o considerable. Resultará fundamental entonces, para el éxito de una acción de responsabilidad por el daño ambiental, fijar el sentido y alcance de lo que se debe entender por daño significativo.

*Prima facie* hay que manifestar una conformidad con el límite empleado por el legislador, toda vez que cualquier actividad, por inocua que parezca, puede entrañar un daño al ambiente, lo que importaría la consecuente responsabilidad. Si se admitiera que cualquier daño por leve que sea engendra responsabilidad ambiental se llegaría a la inoperatividad de la institución, toda vez que toda actividad humana importa un daño o menoscabo al medio ambiente. Es por ello que, hoy en día, no es posible hablar de contaminación cero, sino de niveles aceptables de contaminación y consecuentemente niveles aceptables de daño al medio ambiente<sup>335</sup>. Decir que sólo genera responsabilidad el daño significativo importa aceptar que existe una “zona gris” de actividades dañosas que no llegan a ser de tal trascendencia como para generar responsabilidad<sup>336</sup>.

En definitiva, el umbral de significancia o importancia del daño tendrá que ser fijado en cada caso en particular por el juez. Así por ejemplo en el asunto Albornoz Vera y otros con Sociedad Maderera de Aysén S.A., la Corte de Apelaciones de Coyhaique en una ya antigua sentencia de 28 de diciembre de 1992 dice que: *“no cabe suponer que la mera corta de cierta cantidad de árboles de un bosque contamine (dañe) -por sí solo- un medio ambiente determinado”*. No se señala en este caso qué cantidad de árboles se cortaron, ya que se trataba de un recurso de protección, destinado sólo a restablecer la vigencia del derecho constitucional vulnerado. Sin embargo, la conclusión del Tribunal aparece como demasiado laxa, si se considera que de lo que se trata es de proteger el medio ambiente. Una interpretación pro ambiente, a partir del concepto de daño significativo importará que cada vez que se plantee la disyuntiva respecto de la entidad del perjuicio, el juez debe fundamentar por qué se estima que ese daño no tiene una envergadura o trascendencia tal, como para quedar dentro del concepto de daño ambiental.

#### 5.1.4 Daño significativo en el Derecho comparado

El requisito de significancia, trascendencia o importancia del daño no constituye novedad en el Derecho ambiental comparado. Así, en el caso de la ley federal alemana

---

<sup>335</sup> Tal es el sentido de las normas primarias y secundarias de calidad ambiental, definidas en las letras n) y ñ) del artículo 2 de la LBGMA (CII. 2.4 y CIII. 2).

<sup>336</sup> El problema de aceptar esta zona gris lo plantean las situaciones de daño acumulativo o de daños con causas difusas, en las cuales un agente individual produce un daño no significativo, pero que adicionado al de los demás agentes sobrepasa ese umbral de tolerancia variable fijado por la Ley.

de protección contra las inmisiones (*Bundesimmissionsschutzgesetz*), el párrafo § 3(1) establece lo que debe ser entendido como efectos ambientales negativos (*schädliche Umwelteinwirkungen*), entendiéndose que presentan tal carácter, aquellas inmisiones que por su forma, dimensión y duración son adecuadas para producir peligros o desventajas considerables o molestias considerables para la generalidad de las personas o para la comunidad (vecindad)<sup>337</sup>. A partir de dicha disposición, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado los criterios que deben ser tenidos en cuenta para que el peligro, desventaja o molestia sea considerable (*erheblich/Erheblichkeit*), expresión que puede ser estimada como un equivalente al carácter *significativo* que debe presentar el daño ambiental en el Derecho chileno. Entre los criterios que se señalan se cuentan:

- *Daños a la salud.* El primer criterio dice relación con la presencia o no de personas. Si el daño se produce respecto de la salud de las personas, el criterio de la considerabilidad (*Erheblichkeit*) opera como un sinónimo, es decir, cada vez que por el daño ambiental se afecta a la salud de las personas (con mayor razón a la vida) debe entenderse que es considerable, *tales daños son siempre considerables*<sup>338</sup>. Incluso, se estima que es considerable el daño cuando: a) el daño ambiental afecta a grupos de la población que son más sensibles a algún contaminante (por ejemplo niños, ancianos o personas con problemas respiratorios frente a la contaminación por MP10) o; b) las manifestaciones del daño a la salud sólo se producen en el largo plazo (por ejemplo contaminación por plomo en el suelo, que al cabo de 10 años produce cáncer a los habitantes del lugar). La jurisprudencia alemana ha señalado que se entiende que se ha producido un daño a la salud cuando se produce una variación en la funcionalidad o morfología del organismo, que sobrepasa significativamente el espectro natural de variabilidad de éste. Sin embargo, es necesario que el daño sea fisiológico, ya que si se trata de molestias o efectos psicológicos, será necesario probar que el daño ambiental es *considerable*<sup>339</sup>.
- *Forma, dimensión y duración del daño.* Por forma del daño se alude a la manera en que el efecto nocivo de la contaminación se manifiesta, por ejemplo si se trata de un problema de contaminación atmosférica, el grado de toxicidad, la volatilidad y dispersión, los efectos sinérgicos, etc. La dimensión se refiere a la intensidad del daño, por ejemplo la cantidad de concentración de contaminante. Por duración, evidentemente, el espacio de tiempo que comprende el daño. Sin embargo, este

<sup>337</sup> § 3 (1) "Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne dieses Gesetzes sind Immissionen, die nach Art, Ausmass, oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen".

<sup>338</sup> Hans Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, op. cit. pp. 95-96.

<sup>339</sup> En consecuencia, no es que se excluya la posibilidad de que el daño ambiental pueda producir efectos psicológicos o en el bienestar espiritual de las personas, lo que ocurre, es que a diferencia de los daños a la salud, respecto de éstos debe probarse su significancia o considerabilidad.

no tiene que ser constante, ya que daños intermitentes, ocasionales o eventuales, también pueden ser considerables o significativos. Asimismo, algunas inmisiones, dependiendo del momento en que se produzcan pueden ser estimadas como considerables o significativas, por ejemplo el ruido de una máquina el día domingo o por la noche.

- *Apreciación respecto de un ciudadano promedio.* El grado de significancia o de considerabilidad del daño, cuando se trata de daños ambientales que se producen sobre cosas –ya se vio que en el caso de daños a la salud estos son siempre considerables- debe ser apreciado respecto de un ciudadano juicioso promedio. Un daño ambiental es considerable o significativo cuando este no es razonablemente tolerable por un ciudadano promedio.
- *Naturaleza del lugar.* El lugar en que el daño se produce resultará determinante para la razonabilidad o significancia del daño<sup>40</sup>. En consecuencia, el mismo daño que en un predio privado podría ser considerado como tolerable o no significativo, en un área silvestre protegida (parque, reserva o monumento nacional) puede ser considerable o significativo. Asimismo, dependiendo de la ordenación del territorio, distinto será si el daño se ha producido en un área residencial a una industrial, etc.
- *Consentimiento y tolerancia.* En el Derecho alemán se estima como una posibilidad lícita que la persona concernida por la inmisión dañosa, o el propietario de la cosa que sufre el daño, renuncien al amparo que les brinda la ley federal de protección contra las inmisiones. En nuestro ordenamiento jurídico, como se verá (CIV. 8.4 y 9) es posible que, producto de la aplicación de las disposiciones procesales civiles al procedimiento de responsabilidad por el daño ambiental pueda llegarse a la misma solución.
- *Desventajas de la descontaminación.* Para determinar el grado de significancia o razonabilidad del daño, no tienen relación alguna las desventajas de otro tipo, principalmente económico, que las medidas para la reparación, descontaminación y evitación del daño ambiental puedan significar para el propio contaminador, o incluso para la comunidad (por ejemplo, si la actividad dañosa prestaba un servicio público). De lo contrario, se estima, que el concepto de efecto ambiental negativo (*schädliche Umwelteinwirkung*) pierde su sentido y sus contornos. Aunque se reconoce que el efecto práctico de este criterio es apreciable sólo en los casos en que el Derecho ambiental ha previsto una defensa estricta contra los peligros

---

<sup>40</sup> La significancia y la irrazonabilidad del daño son las dos caras de la misma moneda, debiendo ser considerados, para estos efectos, como conceptos sinónimos.

que la contaminación y los daños ambientales puedan comportar<sup>341</sup> (por ejemplo en materia de seguridad nuclear, por la utilización de productos que contengan elementos cancerígenos, etc.).

## 6. Relación de Causalidad

Tanto el artículo 3 como el artículo 51 inc. 1º de la LBGMA se refieren a este requisito de la responsabilidad ambiental en idénticos términos, en ambos se exige que se *cause daño*. Es un requisito general a todo sistema de responsabilidad y es lógico que entre este hecho doloso o culposo (o la infracción al ordenamiento jurídico ambiental) y el daño ambiental “significativo”, exista una *relación de causalidad*.

Atendida la extensión de este trabajo, en este punto sólo se dejarán enunciadas dos cuestiones:

- *La relación de causalidad no se presume.* Con lo que en aquellos casos en que se presuma la responsabilidad del sujeto agente de la acción u omisión que se estima provocó el daño, igualmente habrá que probar la relación de causa a efecto entre la conducta (activa u omisiva) y el daño producido. En efecto, se debe probar que el hecho doloso o culposo es la causa directa y necesaria del daño ambiental, que de no mediar aquel hecho el daño no se habría producido.
- *Pluralidad de causas.* Este elemento resulta ser de suyo complejo, ya que en un mismo hecho dañoso es probable que concurren un sinnúmero de causas, es el caso de la pluralidad de causas. Por ejemplo, si se considera que los niveles de MP10 en Santiago de Chile están ocasionando un daño significativo al ambiente atmosférico, podría rápidamente concluirse que este se debe al sobredimensionado parque automotor existente. Pero si imaginariamente se eliminara este hecho causal, será muy probable que la situación se mantenga o mejore levemente, en definitiva que el daño ambiental persista. Si imaginariamente se quitasen las emisiones de las fuentes fijas, también será probable que el daño persista. Entonces frente a este panorama, que desgraciadamente no es hipotético, será posible preguntarse ¿cuál es la causa del daño ambiental-atmosférico? En resumen, el problema de la pluralidad de las causas ambientales constituye uno de los temas más álgidos en materia de responsabilidad por el daño ambiental<sup>342</sup>.

<sup>341</sup> Hans Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, op. cit. p. 100.

<sup>342</sup> Michael Prieur, Droit de l'environnement, Ed. Dalloz, Paris 1984, pp.1038 y 1039, refiriéndose tanto a las características del daño ambiental como a la complejidad de la relación de causalidad señala que: “los efectos del daño ecológico se pueden manifestar más allá de la vecindad (efectos aguas abajo de una contaminación de las aguas, lluvias ácidas debido al transporte, a través de la atmósfera y a la larga distancia, de anhídrido sulfúrico);

## 7. Reparación del Daño Ambiental

El principio general de responsabilidad impone que todo daño deba ser reparado. Ya se ha señalado cómo se produce una primera limitación cuando el daño ambiental que genera responsabilidad sólo es aquél que sea de carácter significativo, quedando fuera del sistema de responsabilidad por daño ambiental todos aquellos daños que no superen este umbral. La segunda limitación se producirá a propósito de la reparación del daño.

Si se recurre a la norma del artículo 3 LBGMA se recordará que el que cause daño ambiental *"estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley"*. Más adelante en la ley, la norma del artículo 51 inc. 1º dispone que el causante de daño al medio ambiente *"responderá del mismo en conformidad a la presente ley"*. Finalmente, el artículo 53 establece que *"Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado"*.

Aquí se plantea una cuestión clave para entender la forma en que operará la responsabilidad por daño ambiental. Lo que se desprende de los preceptos transcritos es que por un daño ambiental se pueden generar dos clases de responsabilidad reparatoria:

- *Responsabilidad para la reparación de los daños al medio ambiente o simplemente responsabilidad ambiental.* Esta clase de responsabilidad se aprecia claramente en el artículo 53, en cuanto la acción que en él se contempla es para la "reparación" del medio ambiente dañado, oponiéndola a la reparación consistente en una indemnización, de naturaleza estrictamente civil extracontractual, que puede ejercer el directamente afectado.
- *Responsabilidad ordinaria o meramente civil extracontractual.* Se trata de la responsabilidad regida por las normas del Código Civil, la cual atiende a los perjuicios individuales, esto es, en la persona o propiedad, que se ocasionaron por el mismo hecho causal del daño ambiental.

Esta distinción resulta del todo lógica ya que un mismo hecho puede ser el causante de un daño ambiental, y también de un daño individual, es decir, en la persona o patrimonio de un sujeto de derecho. Por ejemplo, el vertido tóxico que se realiza en un río, constituye un daño ambiental, genera por tanto dicha clase de responsabilidad, pero además daña el patrimonio de los propietarios de una piscicultura que utilizaban sus aguas, es decir,

---

*son daños colectivos por sus causas (pluralidad de autores, desarrollo industrial, concentración urbana) y sus efectos (costos sociales); son daños difusos en su manifestación (aire, radiactividad, contaminación de aguas) y en el establecimiento de la relación de causalidad; repercuten en la medida en que ellos implican primero un atentado a un elemento natural y por rebotes a los derechos de los individuos".*

responsabilidad civil extracontractual ordinaria.

## 7.1 Formas de reparación

La consecuencia que surge del daño ambiental cuando se ejerce la acción ambiental radica en que el sujeto responsable, tal como se adelantó en el artículo 3 LBGMA, está obligado a la reparación del entorno dañado. Sin embargo, no debe olvidarse que se trata de una reparación de un bien jurídico peculiar, como lo es el medio ambiente. Este extremo resulta de importancia porque las formas tradicionales de reparación del Derecho civil, tales como la reparación *in natura* y la indemnización de perjuicios al parecer no ofrecen una solución admisible cien por ciento para estos casos. Por un lado porque, por lo general, en materia ambiental la reparación *in natura* o *restitutio in integrum* no es posible de ser predicada para la mayoría de los casos, ¿cómo recuperar un río contaminado, una selva quemada o la extinción de una especie? A ello se agrega que el daño reparable por esta vía sólo es aquél que sea *significativo*, con lo que mientras más permisivo sea el umbral de gravedad del daño que se adopte, más difícil será lograr esta clase de reparación. Y por otro, porque frente a todos los casos en que la reparación *in natura* es imposible, la respuesta del Derecho civil es la indemnización de los perjuicios, lo que se traduce en una suma de dinero representativa del valor del daño producido. Nuevamente en materia ambiental esta solución se presenta como insatisfactoria, ya que la indemnización de perjuicios en estricto rigor no repara el daño, sólo lo compensa, en definitiva *"el daño subsiste no obstante ella"*<sup>343</sup>. Y además porque por diversas causas los bienes ambientales son de una evaluación incierta, por ejemplo ¿cómo puede fijarse el valor del aire puro o de un paisaje?<sup>344</sup>

## 7.2 Concepto legal de reparación

Frente a este panorama la LBGMA intenta entregar una solución que se ajuste a los requerimientos propios del bien jurídico que se trata de proteger y reparar. Para ello dispone una definición de lo que se debe entender por reparación del entorno. Según el artículo 2 letra s) se entenderá por: *"Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño"*

<sup>343</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, La Responsabilidad Extracontractual..., op. cit. p. 535.

<sup>344</sup> Demetrio Loperena Rota, El derecho al medio ambiente adecuado, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 125, agrega en este sentido que: *"Respecto del cálculo del monto económico y de la eficacia de la reparación nos encontramos en un asunto casi insoluble, en muchos casos, por la vía de las reglas del mercado, porque en realidad nos hallamos, de algún modo, ante una parcial res extra commercium"*.

*causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.*

El concepto de reparación utilizado por la LBGMA es del todo novedoso. El legislador chileno se aleja de las fórmulas utilizadas en el Derecho comparado. Por ejemplo, el ya señalado caso del Derecho ambiental italiano en el que la ley N° 394 de 8 de julio de 1986 dispone que el daño al ambiente se traduce en una indemnización de perjuicios en favor del Estado<sup>45</sup>.

A partir de la disposición transcrita la fórmula reparatoria chilena puede ser sistematizada del siguiente modo:

### *7.2.1 Reparación en una calidad similar*

En principio se trata de la restauración de las cosas al estado anterior a la comisión de la conducta dañosa, cercana a la forma de reparación que en Derecho civil se denomina *restitutio in integrum*. Esta es la primera y principal forma en que puede repararse el medio ambiente. Se trata de reponer el medio ambiente a una calidad similar o equivalente a la que se tenía con anterioridad al daño. Aquí se plantea la primera nota distintiva de la reparación ambiental, ya que lo que se establece no es la *restitutio in integrum* o reparación *in natura* propia del Derecho civil, que como se dijo consiste en el restablecimiento a una situación igual o idéntica a la anterior al daño, es decir, en la que se trata de reponer de forma exacta a un *status quo* anterior. La reparación ambiental consiste sólo en una reposición a una calidad similar.

El primer problema respecto de esta forma de reparación, radica en que por lo general no es razonablemente posible obtener la reparación *in natura* del entorno dañado, por ejemplo si el daño consiste en la corta de un bosque de alerces, claramente no se entiende reparado el medio ambiente si se sustituye por una plantación de eucaliptos. Y ello porque el bien con el que se pretende esta *restitutio in integrum* del entorno no es de un carácter idéntico al del bien dañado, presupuesto indispensable para que sea posible la reparación *in natura*. Es por ello que el legislador se contenta con que la reparación sea a una *calidad similar*, mas no idéntica. Aquí surge un nuevo problema, ya que, ¿cómo se debe entender

---

<sup>45</sup> El artículo 18.6 de la ley italiana N° 394 de 8 de julio de 1986 dispone que: “*Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, in determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino, e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali*”. Como puede apreciarse, el legislador italiano debe entregar una serie de criterios que sirvan de ayuda al juez para la evaluación del daño y del monto de la indemnización. Sin embargo la cuantificación precisa es imposible por lo que la ley echa mano del concepto de “valoración equitativa” (*in via equitativa*).

que se cumple con esta *calidad similar*? Nuevamente será el juez el que tendrá que resolver la cuestión. Es probable que en supuestos concretos sea factible la reposición a una calidad similar, por ejemplo técnicamente es posible la descontaminación de un río, el cual una vez descontaminado ya no será idéntico al que existía con anterioridad al daño, pero, probablemente, sí será de una calidad similar. En otros casos incluso la posibilidad de reposición a una calidad similar sencillamente es imposible, por ejemplo la extinción de una especie vegetal o animal, la destrucción de un paisaje, etc.

### 7.2.2 Reparación restableciendo las propiedades básicas

En materia de delitos y cuasidelitos civiles, la obligación de reparar el daño se traduce en una suma de dinero denominada indemnización de los perjuicios. El valor del bien dañado se sustituye por una suma de dinero que se estima corresponde al valor de reemplazo del bien afectado. Se trata de la llamada reparación *in equivalente* o, simplemente, indemnización de los perjuicios. Ello plantea una diferencia en materia de responsabilidad ambiental, en ella no se presenta una dicotomía reparación *in natura* versus indemnización de los perjuicios, al modo de la responsabilidad civil. En la responsabilidad ambiental, en caso de no ser posible la reparación del medio ambiente o de alguno de sus componentes en una calidad similar, procederá la reparación consistente en *restablecer sus propiedades básicas*.

Esta diferencia es capital ya que la imposibilidad de reparar el medio ambiente en una calidad similar no deviene en una indemnización de perjuicios, sino en un restablecimiento de las propiedades básicas. De acuerdo al texto del ya transcrito artículo 2 letra s) de la LBGMA, no existe la opción para los sujetos legitimados de solicitar la reparación, no pueden accionar solicitando sólo el restablecimiento de las propiedades básicas, sino que esta procederá en aquel caso en que la reposición del medio ambiente a una calidad similar no sea posible. El legislador ha establecido esta segunda forma de reparación con carácter subsidiario o en defecto del restablecimiento del entorno a una calidad similar. Sin embargo, esta conclusión presenta dos problemas cuya resolución necesariamente recaerá sobre el juez. En primer término, la dificultad de determinar la forma en que se pueden restablecer dichas propiedades básicas, máxime cuando el daño al medio ambiente ha sido considerable, problema comparable al ya señalado de lo que se debe entender por "calidad similar". Y en segundo, ¿qué ocurre en aquellos casos en que ni tan siquiera es posible el restablecimiento en las propiedades básicas?<sup>346</sup>

<sup>346</sup> Es por esta razón por la que el legislador de la LBGMA se encarga de forma particular de la regulación de la prueba pericial (artículo 60 inc. 2º) y de la ponderación de la misma (conforme a las reglas de la sana crítica). La prueba pericial, en cuanto prueba *técnica*, podrá entregar al juzgador los antecedentes provenientes de la



### 7.3 Conclusión

Del modo en que la LBGMA concibe la reparación del medio ambiente dañado puede colegirse que se trata de una fórmula que responde a la naturaleza del bien jurídico que sufre el daño, ya que, como se ha dicho, la reparación específica o *in natura*, en la práctica es imposible. Como consecuencia de ello se establece una reparación a una calidad similar, y en su defecto a sus propiedades básicas. En el fondo ambas son formas de reparación *in equivalente* frente a un daño que por significativo, hace imposible la vuelta al *status quo* anterior. Por contra, queda en una cierta indefinición la forma en que se debe materializar tanto la calidad similar en la que se va a reparar el entorno dañado, como el restablecimiento de las propiedades básicas del mismo<sup>347</sup>.

Finalmente, queda por aclarar la forma en que se engarza en este sistema la indemnización de los perjuicios en materia ambiental, ella será examinada a continuación.

### 7.4 Indemnización de los perjuicios en materia ambiental

La pregunta que ahora se intenta responder es si frente a aquellos casos en que no siendo posible la reparación por los medios previstos por la LBGMA (calidad similar/restablecimiento de condiciones básicas) será posible pedir la indemnización de perjuicios. La tesis que aquí se sostiene es la siguiente: *la responsabilidad ambiental strictu sensu, es decir, aquella que busca la reparación del medio ambiente dañado, sólo se traduce en las dos formas de reparación ya apuntadas anteriormente, no siendo procedente por esta vía la indemnización de perjuicios*<sup>348</sup>. Esta tesis se afirma en la circunstancia de que no se considera dentro del concepto legal de reparación la posibilidad de la indemnización de perjuicios. Pero además porque, como se verá, la legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad ambiental sólo se entrega para obtener la reparación del daño ambiental, incluso respecto de aquellos que sufrieron daños individuales (artículo 53 LBGMA).

---

ciencia y técnica necesarios para determinar cómo se debe reparar restableciendo el medio ambiente en una calidad similar o en sus propiedades básicas.

<sup>347</sup> Atendidas estas dificultades, en la práctica judicial los demandantes solicitan textualmente que se condene "a la reparación en una calidad similar y de no ser ello posible, al restablecimiento de las propiedades básicas", enumerando a continuación una serie de medidas que estiman tenderán a la reparación, sin distinguir a qué forma de reparación corresponden. Por su parte, el juez al condenar, simplemente indica las medidas reparatorias, como acciones concretas que deben ser asumidas por el demandado, sin tampoco distinguir si corresponden a una reparación en calidad similar o un restablecimiento de las propiedades básicas.

<sup>348</sup> Como se ha señalado, en este punto la LBGMA se aleja de la ley italiana de 8 de julio de 1986, en la cual la responsabilidad por daño ambiental se traduce siempre en una indemnización de perjuicios en favor del Estado.

Por último, porque la posibilidad de indemnización de perjuicios sólo se ha establecido para la reparación de los daños individuales ocasionados por el daño ambiental. Así, el citado artículo 53, concede la acción civil extracontractual ordinaria para obtener la indemnización de los perjuicios por el *directamente afectado*. En cualquier caso, lo hasta aquí afirmado no debe llevar a la conclusión de que la procedencia de la acción ambiental y de la consecuente responsabilidad, excluya o haga improcedente la acción civil ordinaria destinada a la indemnización de perjuicios, la cual será siempre procedente respecto de aquellos daños acaecidos en la persona o patrimonio del demandante<sup>349</sup>.

## 8. Titulares de la Acción de Responsabilidad Ambiental<sup>350</sup>

La legitimación activa que establece la LBGMA es de carácter amplio, en cuanto comporta actores de diversa naturaleza (públicos/privados; afectado/no afectado) pero determinada, en cuanto no constituye una acción popular. Se encuentran legitimados para ejercer la acción de responsabilidad ambiental y, por tanto, para perseguir sólo la reparación del entorno dañado, según el artículo 54 LBGMA:

### 8.1 Afectados por el daño ambiental

El primer grupo lo constituyen *"las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que hayan sufrido el daño o perjuicio"*. La interpretación tradicional propia del Derecho civil, conduce a la conclusión que este primer grupo de legitimados está conformado por aquellos sujetos que tienen un interés directo en la cuestión y que coincidirán con los titulares de la acción civil extracontractual ordinaria. Es decir, estos legitimados activos contarán con dos acciones: su acción indemnizatoria ordinaria, para perseguir la reparación de los perjuicios de carácter "no ambiental", es decir, los perjuicios individuales que se traducen en daños a la persona o patrimonio. Y la acción ambiental, destinada a la reparación, con los límites vistos, del entorno dañado. Sin embargo, como se verá más adelante, esta forma de entender la norma plantea inconvenientes (CIV. 11).

Si se parte de la base que el medio ambiente es un bien de titularidad común, podrá

<sup>349</sup> Un solo argumento juega en favor de aceptar la indemnización de perjuicios en materia ambiental, este se basa en el artículo 3 LBGMA; el que señala que el daño ambiental obliga al causante a *indemnizarlo en conformidad a la ley*. Sin embargo, esa indemnización debe ser entendida en relación a la acción civil ordinaria, que en ningún caso es negada en este trabajo.

<sup>350</sup> Sobre este tema, *Francisco de la Barra*, Responsabilidad extracontractual por el daño ambiental: el problema de la legitimación activa, RCHD Vol. 29 N° 2 pp. 367-415, en especial pp. 393-401.

replantearse la interpretación de esta disposición. A partir de esta misma norma es posible fundamentar una legitimación activa amplia -sin llegar a sostener una acción popular- respecto de los daños que sufren las personas naturales y jurídicas privadas. Si existe una titularidad colectiva o común respecto de los bienes ambientales, lógico será que cualquiera que habite en ese entorno pueda entender que ha sufrido un daño o perjuicio, toda vez que ese entorno sufre un daño significativo<sup>351</sup>. Del mismo modo, las personas jurídicas cuyo objeto social es precisamente la protección y/o mejoramiento del medio ambiente pueden entender que sufren un perjuicio en su interés cuando el objeto de su propia existencia se ve dañado.

Deberá existir un cierto grado de vinculación entre la persona natural o jurídica, que sin tener un interés patrimonial, considera que el daño al medio ambiente le afecta, cuestión que se explica a través de la tesis del *entorno adyacente*. En consecuencia, no será una acción popular porque no corresponde a cualquiera del pueblo, sino que es una acción con legitimados activos amplios, ya que el directamente afectado por el daño ambiental no es el que sufre el menoscabo en su patrimonio, sino el que sufre la pérdida o deterioro de ese medio ambiente que le circunda, en fin, que le es *adyacente* (CII. 2.2.3).

## 8.2 Municipalidades

La LBGMA legitima un segundo grupo de actores, correspondiente a las Municipalidades por los hechos que causan daños ambientales acaecidos en las respectivas comunas. En este caso basta con que el hecho causante del daño ambiental se produjese dentro de los términos municipales (comuna o agrupación de comunas) para que la Municipalidad quede legitimada para el ejercicio de la acción. A diferencia del caso anterior, las Municipalidades están legitimadas sólo para perseguir la reparación ambiental, pero es posible preguntarse si estas corporaciones de Derecho Público pueden ejercer la acción extracontractual ordinaria para perseguir la reparación de otros perjuicios distintos de los ambientales. La respuesta debe ser afirmativa, toda vez que se trataría de acciones con un objeto diverso y además porque pueden quedar comprendidas dentro de las personas jurídico-públicas que han sufrido de forma individual el daño.

La importancia de esta norma radica en que la Municipalidad siempre estará legitimada para perseguir la reparación de los daños ambientales, es decir, para ejercer la acción de responsabilidad ambiental por los hechos dañosos acaecidos en la Comuna aunque de estos no se desprenda daño directo al patrimonio de la Administración local. Asimismo el

---

<sup>351</sup> En el mismo sentido, *Francisco de la Barra*, Responsabilidad extracontractual por el daño ambiental... op. cit. p. 396.

inc. 1º frase final del artículo 54 LBGMA presume el interés actual de la Municipalidad en los resultados del juicio de responsabilidad ambiental, para efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, esto es, para efectos de su actuación como tercero coadyuvante en el juicio, en los casos en que se vea precluida en el ejercicio de la acción.

### 8.3 El Estado

Al parecer el legislador en esta parte del artículo 54 incurriría en una impropiedad al referirse al Estado, en términos generales. Ello porque Estado no sólo es la Administración, cuyos intereses en juicio son representados por el Consejo de Defensa del Estado, sino también es el Poder Judicial y el Congreso Nacional, órganos a los que también alcanza el deber de protección ambiental (artículo 19 N° 8 inc. 1º CPR). Sin embargo, dicho deber evidentemente, no podría manifestarse en un interés en una demanda que persiga la reparación del medio ambiente. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta representación genérica del "Estado" por parte del Consejo de Defensa del Estado no es nueva. Según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (D.F.L. N° 1 de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda), *"El Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado"*<sup>152</sup>. En todo caso, para los efectos que ahora interesan, lo que importa es que el Consejo de Defensa del Estado es el que está legitimado para el ejercicio de la acción de responsabilidad ambiental. Respecto del cual también se presume legalmente su interés actual en el juicio (inc. 1º frase final del artículo 54 LBGMA).

Para el legislador en todos aquellos casos en que se produce un daño significativo al medio ambiente, se presume que el Estado tiene interés en el mismo, por lo que lo legitima para el ejercicio de la acción ambiental a través de su mandatario judicial. En consecuencia, en teoría no existiría dicotomía ni contradicción alguna entre los intereses de la sociedad y los intereses del Estado, al menos en lo que a daño ambiental se trata. Los órganos del Estado tienen un deber constitucional-ambiental, que en materia de daño al medio ambiente se traduce en su legitimación para el ejercicio de la acción ambiental, legitimación que no es facultativa, sino que como manifestación de un deber constitucional que es, se traduce en la obligatoriedad de su ejercicio. Ello traerá interesantes consecuencias respecto

<sup>152</sup> Parece oportuno agregar un pequeño comentario a partir de las disposiciones citadas. Estas normas constituyen una de las escasas manifestaciones legislativas que permiten fundar la personalidad jurídica del Estado. En efecto, si es el Estado el legitimado, quiere decir, inductivamente, que como tal es susceptible de tener derechos y obligaciones, es decir, de tener personalidad jurídica, ya que es el propio Estado el legitimado y no la Administración del Estado. Ello quiere decir, además, que el Estado, todo él, puede ser legitimado pasivo en juicio. Ello abre las puertas para exigir la responsabilidad por los daños en que incurre por ejemplo el poder legislativo producto de su acción, y sobre todo su omisión legislativa.

del análisis de la juridicidad de los acuerdos adoptados por el Consejo de Defensa del Estado en aquellos casos en que se inhibe del ejercicio de la acción ambiental. Dichos acuerdo, como actos administrativos que son, podrían ser impugnados administrativa o judicialmente, basados precisamente en el deber de protección ambiental, obligando así al representante judicial del Estado a ejercer la acción ambiental.

#### 8.4 Preclusión de la legitimación activa

El artículo 54 inc. 2° LBGMA dispone que *"Deducida la demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio"*. En consecuencia, una vez ejercida la acción ambiental los restantes legitimados activos podrán intervenir en el procedimiento sólo como terceros coadyuvantes. En la práctica esta norma si bien puede plantear la ventaja de ordenar el procedimiento, puede conducir a que la exclusión de los demás legitimados activos provoque la falta de reparación del daño ambiental. Por ejemplo, nada impediría que el demandante transigiera el juicio en unos términos que nada tengan que ver con la reparación ambiental, por ejemplo por medio de una indemnización destinada a su propio peculio. En tal caso, sólo el juez podrá velar porque la reparación ambiental efectivamente llegue a concretarse.

#### 8.5 Requerimiento para el ejercicio de la acción ambiental

La norma del inc. 2° del artículo 54 LBGMA, establece una especial forma en que se manifiesta la participación ciudadana en materia ambiental<sup>353</sup>. Para entenderla debe considerarse que dentro de las finalidades de las Municipalidades se cuentan la satisfacción de las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna (artículo 107 inc. 2° CPR). Asimismo dentro de las funciones que se atribuye a los municipios está la protección del medio ambiente (artículo 4 b) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades<sup>354</sup>). Todo ello justifica que sea la Administración Local, dada su cercanía con el administrado, una de las vías a través de las que se canaliza la participación ciudadana en el ámbito ambiental<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> También puede ser entendida como manifestación del principio de cooperación (CI. 5.3).

<sup>354</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.704, fija texto refundido de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (DO 03.03.02).

<sup>355</sup> Este aspecto se destaca por *José Fernández Richard*, Las Municipalidades y la protección del medio ambiente, en Gaceta Jurídica, N° 165 marzo de 1994 pp. 7-8.

En el artículo 54 inc. 2 se permite que “cualquier persona” pueda requerir a la Municipalidad, en cuyo ámbito territorial se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente, para que sea esta Administración local, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente le proporcione, la que interponga la respectiva acción de responsabilidad ambiental. La Municipalidad debe interponer la demanda en el plazo de 45 días. Si decide no hacerlo emitirá en el mismo plazo una resolución fundada, que se notificará al interesado. En caso de que no se pronuncie será solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasione al afectado<sup>356</sup>.

Un aspecto que se debe destacar de la norma es que se impone una verdadera carga a la Administración Local, inédita en el Derecho administrativo chileno. El artículo 19 N° 8 CPR establece un deber de tutela del medio ambiente respecto de todos los órganos del Estado (CII. 5), el cual, en este caso, se ve profundizado respecto de las Municipalidades. Producido un daño ambiental, cualquier ciudadano puede requerir a la Municipalidad del lugar en que se produjo, para que ejerza la acción de responsabilidad ambiental de la que la Administración local es titular<sup>357</sup>. Se trata de una especial manifestación del derecho de petición que consagra el artículo 19 N° 14 CPR<sup>358</sup>, pero no consagra una acción popular<sup>359</sup>. La Administración local puede estimar que no procede ejercer la acción de responsabilidad ambiental y por tanto no interpone la demanda. Un pronunciamiento fundado en este sentido hace concluir la participación del ciudadano por esta vía. Por el contrario, su falta de pronunciamiento la hace responsable solidariamente con el causante de los perjuicios, que se ocasionen al afectado denunciante.

La solidaridad que se impone a la Municipalidad negligente en el pronunciamiento es sólo respecto de los perjuicios individuales, es decir, en la persona y patrimonio cuya reparación se busca por vía civil extracontractual, pero no respecto de los perjuicios

<sup>356</sup> *Francisco de la Barra*, Responsabilidad extracontractual por el daño ambiental, op. cit. p. 394 lo señala como “un procedimiento canalizador de pretensiones a través de un antejuicio en sede administrativa”.

<sup>357</sup> Nótese que no existe una disposición similar respecto del Consejo de Defensa del Estado.

<sup>358</sup> Artículo 19 N° 14 CPR asegura a todas las personas: “El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

<sup>359</sup> En contra, *Diego Carrasco*, Derecho Ambiental y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y recurso de protección de la Constitución Política del Estado, acciones populares ambientales, en *Gaceta Jurídica* p. 124 ubica el requerimiento del administrado a la Municipalidad del artículo 54 de la LBGMA dentro de las acciones populares y la critica por su pobreza. Dicha conclusión es errónea, ya que lo que el legislador establece es un derecho de petición, en virtud de él el administrado se dirige a la Administración local y le requiere (ejerce su derecho de petición) para que sea la Municipalidad la que interponga la demanda, es decir, para que ella ejerza la “acción” que la ley le concede. Si la autoridad no se pronuncia surge una consecuencia (responsabilidad solidaria en los perjuicios individuales), que es lo único que la LBGMA agrega a la falta de respuesta al requerimiento del administrado.

ambientales. Esto presenta un contrasentido, ya que uno de los legitimados para la acción de responsabilidad ambiental es el individualmente dañado por el hecho, que además tiene su acción civil extracontractual. Entonces, si una persona que ha sufrido un perjuicio patrimonial o personal por el daño ambiental, solicita a la Municipalidad el ejercicio de la acción ambiental, y esta no la ejerce, lo único que obtendrá será la posibilidad de demandar al Municipio, ahora por los daños patrimoniales, pero no para la reparación del medio ambiente dañado. Un avance real en materia de legitimación hubiese sido que el ciudadano consciente de los problemas ambientales pudiera dirigirse a su Administración local y esta se viera de algún modo obligada a tomar en cuenta su requerimiento. Bajo la norma en comento, cuando el administrado requeriente no ha sufrido un daño individual, la Administración ni siquiera se tendrá que dar la molestia de contestar, ya que la carga que se impone a la Municipalidad opera sólo para responder solidariamente de los perjuicios que el hecho denunciado ocasione al directamente afectado.

## 9. Juez Competente y Procedimiento

La norma genérica sobre competencia establecida en la LBGMA se contiene en el artículo 60: *“Será competente para conocer de las causas que se promuevan por infracción de la presente ley, el juez de letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado a elección de este último.”*

“En los casos en que el juez competente corresponda a lugares de asiento de Corte, en que ejerza jurisdicción civil más de un juez letrado, deberá cumplirse con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Orgánico de Tribunales”.

Se trata de una excepción a las reglas generales de competencia territorial establecidas en el Código Orgánico de Tribunales (artículos 134 y 138), ya que al tratarse de una acción mueble, el juez competente sería el del domicilio del demandado. Sin embargo en la citada disposición se cambia la regla, disponiendo que el demandante pueda optar entre el juez de su propio domicilio y el del lugar en que se produjo el hecho dañoso.

Respecto del alcance de esta regla de competencia, debe concluirse que atendidos los términos del artículo 60 inc. 1° (*“las causas que se promuevan por infracción a la presente ley”*), ella ha sido establecida para todas las acciones jurisdiccionales que la LBGMA dispone, lo cual se confirma con la referencia que en cada caso se hace, a lo largo de la LBGMA, a dicho artículo.

Por su parte, respecto del procedimiento, debe tenerse en cuenta que tanto la acción ambiental, como las demás acciones que establece la LBGMA se tramitan conforme

al procedimiento sumario (artículo 61 inc. 1° LBGMA), aunque con las siguientes modificaciones:

- *En relación con los medios probatorios.* En la prueba pericial, a falta de acuerdo entre las partes para el nombramiento del perito lo hará el Juez de la causa, quien lo designará de entre aquellos que estén en un registro que se lleve al efecto y que se establecerá por un reglamento (artículo 61 letra a)<sup>360</sup>. Asimismo, las partes podrán disponer de peritos adjuntos, quienes tienen la facultad de estar presentes en todas las fases de estudio y análisis que sirvan de base a la pericia. Además los informes de organismos públicos competentes deberán ser considerados y ponderados por el juez en los fundamentos del respectivo fallo.

A lo anterior se agrega que el artículo 62 inc. 1° LBGMA establece que será admisible cualquier medio de prueba, además de los establecidos en el Código de Procedimiento Civil. Consecuentemente, las partes podrán utilizar cualquier medio que sea útil para acreditar sus pretensiones.

- *Valoración de la prueba.* La cual se realizará de acuerdo con las reglas de la *sana crítica* (artículo 62 inc. 1°) Se debe tener presente que el sistema de valoración de la prueba establecido por el Código de Procedimiento Civil es de carácter legal o tasado. Ello quiere decir que es el legislador el que establece el valor probatorio de cada uno de los medios que válidamente se han utilizado en el juicio. Por el contrario, la valoración de la prueba conforme a las reglas de la "sana crítica" importa en primer término que los medios probatorios no tengan un valor probatorio predeterminado por el legislador, lo que resulta lógico ya que, como se dijo, tampoco estos vienen señalados. Y en segundo término, impone al Juez una actividad valorativa basada en las reglas de la lógica, la experiencia y la sociología. Las reglas de la sana crítica constituyen un estándar jurídico que engloba las máximas de experiencia comunes<sup>361</sup>.
- *Sustitución del procedimiento.* Por motivos fundados el juez podrá acceder a la sustitución del procedimiento sumario, por el juicio ordinario de mayor cuantía establecido en el Libro II del Código de Procedimiento Civil. La solicitud de sustitución es tramitada como un incidente (artículo 62 inc. 1° LBGMA). En realidad no se trata de una modificación propiamente tal, ya que esta posibilidad la establece el artículo 681 del mismo Código<sup>362</sup>.

<sup>360</sup> Reglamento que hasta la fecha no ha sido dictado.

<sup>361</sup> Francisco Ramos Méndez, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial J.M. Bosch, Barcelona 1992 p. 543.

<sup>362</sup> Artículo 681 inc. 1° Código de Procedimiento Civil: "En los casos del inciso 1.° del artículo anterior, iniciando el procedimiento sumario podrá decretarse su continuación conforme a las reglas del juicio ordinario, si existen motivos fundados para ello".



- *Apelación.* De acuerdo con lo que dispone el artículo 63 incs. 2° y 3° “El recurso de apelación sólo se concederá en contra de las sentencias definitivas, de las interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución y de las resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares. Estas causas tendrán preferencia para su vista y fallo, en ellas no procederá la suspensión de la causa por ningún motivo, y si la Corte estima que falta algún trámite, antecedente o diligencia, decretará su práctica como medida para mejor resolver”.

## 10. Prescripción de la Acción

El artículo 63 LBGMA regula esta institución en los términos siguientes: “*La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contados desde la manifestación evidente del daño*”.

Para dar una interpretación cabal de esta norma será necesario avanzar desde los aspectos más claros (o, si se quiere, fáciles) hasta las partes un tanto más complejas de la disposición. Lo que está claro es que el plazo de prescripción es de cinco años. Se trata de un plazo especial, que fue necesario establecer expresamente ya que el plazo general de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual es de sólo cuatro años desde la perpetración del acto. Ello constituye un argumento más para fundamentar la especialidad de la responsabilidad por el daño ambiental frente a la responsabilidad civil extracontractual.

En relación con el ámbito de aplicación de esta norma, ésta distingue entre acción ambiental y acciones civiles emanadas del daño ambiental. Resulta meridianamente claro que las acciones que emanan del daño ambiental son de dos clases: las que persiguen la responsabilidad civil extracontractual, cuando el daño ambiental ha incidido en la persona y bienes del sujeto activo; y las acciones de responsabilidad ambiental propiamente dicha, que busca la restauración del entorno dañado (artículo 53 LBGMA). Sin embargo, la disposición habla de acciones civiles (en plural) que emanan del daño ambiental, obviamente pudo haberse referido a los casos en que se ejerce más de una acción civil extracontractual, pero esta parece ser una interpretación poco probable. Revisando el articulado de la LBGMA, no queda más acción que la del artículo 56 que frente a la infracción de determinadas normas ambientales persigue la imposición de sanciones por parte del Juez (CIV. 12). Entonces, es respecto de dicha acción también será aplicable el plazo de prescripción del artículo 63.

La última dificultad en la interpretación de la norma se encuentra a propósito del momento desde el cual debe computarse el plazo. Este se cuenta, según el artículo 63, desde la manifestación evidente del daño. Al respecto se plantean algunas dudas. Por

una parte lo que debe entenderse por manifestación evidente del daño. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, flexible, y absolutamente variable, ya que un daño que hoy en día puede no ser evidente, el día de mañana, por la mejora de las técnicas de detección, puede ser mucho más fácilmente determinado. Ello además pone una carga especial a la Administración con competencias ambientales, ya que la desidia de esta en la aplicación de las nuevas técnicas para la detección de un daño ambiental puede llevar a la prescripción de las acciones. Todo ello, sin perjuicio de las dudas que se plantean a raíz del daño continuo, respecto del cual la doctrina se ha manifestado conteste en estimar que el plazo en ese caso se cuenta desde la última manifestación del total del resultado dañoso<sup>363</sup>.

## 11. Relación entre las Responsabilidades Ambiental y Civil Extracontractual

El planteamiento de este tema tiene su origen en la circunstancia que un mismo hecho puede constituir un daño al medio ambiente y un daño a la persona y patrimonio de un individuo. Como se ha dicho, ello generará dos clases de acciones, la ambiental y la civil extracontractual, dualidad reconocida en los artículos 3, 52 inc. 2º, 53, 55 y 57 LBGMA. La relación que se produce entre responsabilidad ambiental y civil extracontractual es posible apreciarla desde la perspectiva normativa y desde la perspectiva reparatoria, a saber:

### 11.1 Perspectiva normativa

Se justifica el planteamiento desde este punto de vista toda vez que el artículo 51 inc. 3º LBGMA dispone que *"Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil"*. Las disposiciones a que se remite el artículo 51 inc. 3º son aquellas contenidas en los artículos 2314 y ss. del Código Civil referidas a la responsabilidad civil extracontractual. Si se tiene en cuenta que las normas del Código Civil constituyen las normas de Derecho común y por tanto, supletorias de las lagunas del ordenamiento jurídico privado, podría justificarse esta remisión. Sin embargo, una buena técnica legislativa excluye, por regla general, la posibilidad de remisiones genéricas, dado que ella ocasiona más problemas de los que soluciona. Esta crítica se agudiza en este caso, supuestos los extremos en

<sup>363</sup> Cfr. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Ed. Tecnos, Madrid 1995, p. 838.

que se desenvuelve la responsabilidad ambiental. Está claro que la responsabilidad por daño ambiental es distinta de la responsabilidad civil extracontractual, resultando difícil poder afirmar o negar respecto de aquella una naturaleza privatística. En efecto, la responsabilidad ambiental tiene unos rasgos definidores que la alejan de una mera responsabilidad civil extracontractual. Tanto el concepto de daño como el de reparación se apartan de sus homónimos civiles, como consecuencia de ello las normas sobre legitimación, difieren en materia ambiental, extendiendo las posibilidades de actuación a los que han sufrido el daño o perjuicio ambiental (que no necesariamente lo sufrieron en su persona o propiedad) a las Municipalidades y al Consejo de Defensa del Estado. Frente a todo esto corresponde dilucidar en qué queda la remisión a las normas del Código Civil. Como se ha visto, los aspectos más importantes ya han sido resueltos por la LBGMA. En general la remisión se limitará sólo a las normas sobre solidaridad y responsabilidad por el hecho ajeno, que son los únicos aspectos que han quedado fuera de la regulación de la responsabilidad ambiental.

## 11.2 Perspectiva reparatoria

El supuesto sobre el que se basa el análisis es el siguiente: *el daño ambiental puede recaer sobre bienes que son total o parcialmente de propiedad privada*. En efecto, piénsese por ejemplo en la tala ilegal de un bosque. Se trata de la destrucción de un elemento del medio ambiente, que es susceptible de propiedad privada. De ser procedente, el juez civil accede a la acción ambiental, ordenando la reforestación con especies nativas, la limpieza del lugar, la reparación y puesta en valor del paisaje, así como el reencausamiento del curso de agua afectado por la corta<sup>364</sup>. A partir de lo expuesto se podrán extraer las siguientes consecuencias:

### 11.2.1 Componente patrimonial de la reparación ambiental

En efecto, resultará entonces que la reparación ambiental no sólo supondrá una restauración de los elementos ambientales dañados, sino que además una reparación del perjuicio patrimonial que el daño ha importado para el titular del bien. El problema que surge es si el propietario del bien ambiental pudiere además ejercer su acción indemnizatoria ordinaria. La respuesta *prima facie* deberá ser sólo parcialmente positiva,

<sup>364</sup> Se trata de un ejemplo extraído de la práctica judicial, ya que en la causa sobre responsabilidad ambiental caratulada "*Fisco con Sociedad Agrícola Mañío Ltda.*" en sentencia de julio de 2000, del Primer Juzgado Civil de Temuco, se condenó a la empresa demandada a la reparación del daño al medio ambiente causado por una tala ilegal de bosque nativo, precisamente, a las acciones arriba descritas.

en el sentido que estaría legitimado para ejercer una acción indemnizatoria respecto de aquellos perjuicios que quedaron fuera de la reparación ambiental, por ejemplo la pérdida de un negocio o la imposibilidad de explotación actual o en el mediano plazo. Se trata en definitiva de una *compensación* de la reparación ambiental en la indemnización de los perjuicios. No existe una disposición expresa en la LBGMA que admita esta solución, sin embargo, una solución distinta conllevaría el enriquecimiento sin causa del titular del bien reparado. No obstante lo anterior, esta respuesta plantea otra clase de inconvenientes, ya que la reparación ambiental deberá ser avaluada de modo que dicho monto opere como compensación y sea deducido del monto de la indemnización. El problema de dicha evaluación está en el carácter intransferible que hasta ahora tienen la mayoría de los bienes ambientales<sup>365</sup>.

### *11.2.2 Reparación ambiental solicitada por otros legitimados activos*

Entre los legitimados activos se encuentran sujetos de derecho que no necesariamente son titulares del dominio de los bienes ambientales (el Consejo de Defensa del Estado, la Municipalidad del lugar, otros organismos públicos, otros particulares). Si cualquiera de estos ejerce la acción antes que el propietario, se producirá como efecto que excluirán a éste en el ejercicio de la acción ambiental, pudiendo intervenir sólo como tercero coadyuvante (artículo 54 inc. 2° LBGMA). Sin embargo, es muy probable que la reparación ambiental tarde mucho tiempo en producir su efecto, esto es, en que se restituya el entorno en una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño, o en que se restablezcan sus propiedades básicas. Por ejemplo, en el citado caso “Fisco con Sociedad Agrícola Mañío Ltda.” se condenó a la reforestación con Araucaria. El problema radica en que la Araucaria Araucana, y el bosque nativo en general, tardan siglos en llegar a la edad adulta. En consecuencia, el propietario que se ve impedido de ejercer la acción ambiental de forma directa y que interpone la acción indemnizatoria ordinaria, para obtener la recuperación del perjuicio patrimonial, puede resultar perjudicado en su patrimonio, ya que parte de la recuperación del valor del bien ambiental no podrá verla nunca.

### *11.2.3 Omisión de la acción ambiental*

Otro problema distinto se plantea en aquellos casos en que el titular del bien ambiental

<sup>365</sup> Los casos típicos de intransferibilidad de los bienes ambientales son los casos del aire y los paisajes, desde luego con valor inapreciable. Otros bienes que normalmente podrían ser objeto de negocio jurídico, quedan excluidos parcialmente de él por la especial categorización de que son objeto. Por ejemplo bienes de la flora y fauna declarados como monumento natural, o por su inclusión en el Anexo I de CITES.

ejerce la acción ambiental excluyendo a los demás legitimados y luego ejerce la acción indemnizatoria por el total del daño. En este caso, podría ser perfectamente factible que obtenga sólo la indemnización y que por tanto, desde su perspectiva, sea más conveniente que no prospere la acción ambiental (por ejemplo, desistiéndose de la misma). Ello será muy peligroso precisamente respecto de bienes ambientales sobre los cuales su comercialización está de alguna manera limitada, por ejemplo en el caso de la Araucaria, (esta no puede ser talada mientras esté viva, ya que constituye un monumento natural, DS N° 43 de 1990 del Ministerio de Educación). Se trata de un verdadero fraude a la ley, en que los únicos perjudicados serán el medio ambiente y la sociedad en su conjunto.

#### *11.2.4 De lege ferenda*

Los problemas expuestos no son teóricos, y su falta de solución conduce a dos vicios, el enriquecimiento sin causa (de permitirse la interposición irrestricta de ambas acciones) o la irresponsabilidad del causante del daño (de admitirse que la reparación ambiental siempre compensa la indemnización de perjuicios). Los bienes que se protegen en muchas ocasiones gozan de una naturaleza jurídica doble, bien ambiental y bien privado, es por ello que en la LBGMA faltó una disposición que adecuara ambas clases de responsabilidades. Debe conservarse la intención original del legislador en orden a que la reparación ambiental consista en la obligación de restaurar el entorno dañado. Ella debe ser la primera forma de reparación, pero además debe solucionarse el problema que plantea la indemnización de perjuicios. Una vía para ello será la exigencia de interposición conjunta de ambas acciones, cuando procedan. Estableciendo además la compensación de parte de la indemnización de perjuicios en la reparación material, y en el caso de las acciones ejercidas por las Municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado, afectando las indemnizaciones ambientales a una finalidad de protección ambiental, por ejemplo, que éstas ingresasen al Fondo de Protección Ambiental (artículos 66-68 LBGMA).

## **12. Responsabilidad por vulneración de Planes Ambientales**

En este numeral se examinará la responsabilidad que surge para aquellos ciudadanos que han incumplido con ciertas disposiciones de la normativa ambiental. Se trata de una responsabilidad que legalmente se ha establecido de forma compatible con la responsabilidad ambiental (reparatoria del daño) ya que, al tratarse de distintos objetos sobre los que recaen una y otra, jurídicamente nada obstará a su procedencia de forma conjunta. Verificado el incumplimiento de una norma surge la facultad del juez de castigarla aplicando alguna de las sanciones establecidas por la LBGMA. En los siguientes epígrafes se estudiará su naturaleza jurídica.

### 12.1 Causas por las que procede

Esta clase de responsabilidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56 inc. 1° LBGMA, surge cuando los responsables de fuentes emisoras no cumplan con los planes de prevención o descontaminación (CIII. 7), o con las regulaciones especiales para las situaciones de emergencia ambiental (CIII. 2.3.4). También procede respecto de los infractores a los planes de manejo a que se refiere la LBGMA (CIII. 9). De ello puede inducirse que la causa por la que procede esta especie de responsabilidad está en el incumplimiento de la normativa especial destinada principalmente a la protección y conservación del medio ambiente (planes de prevención y descontaminación) y a la explotación racional de los recursos naturales (planes de manejo). En el primer caso, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 46 LBGMA, en determinadas áreas geográficas sólo pueden desarrollarse las actividades que el plan de prevención o descontaminación permita, y siempre que se cumpla con los niveles de emisión que en él se admiten. En el caso del plan de manejo, el administrado que realiza el aprovechamiento debe someterse a obligaciones establecidas en el propio plan.

La naturaleza de las normas cuya infracción se sanciona presenta una especial característica, en cuanto se trata de una normativa que regula aspectos sensibles del Derecho ambiental, ya que lo que ella busca es la armonización entre la actividad económica y los requerimientos tanto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como del desarrollo sustentable. En efecto, los sujetos que potencialmente pueden incurrir en la infracción son muy precisos: los responsables de fuentes emisoras, quienes por su incumplimiento pueden elevar los niveles de contaminación ambiental; y los que resulten obligados por planes de manejo, de cuyo cumplimiento depende que los requerimientos del desarrollo sustentable sean atendidos.

El hecho de que sean las infracciones a esas específicas normas de aplicación del ordenamiento jurídico ambiental las que deben ser sancionadas, es demostrativo de que en este punto la responsabilidad que se establece se distingue de una responsabilidad propiamente administrativa. No sólo porque sea el Juez y no la Administración el encargado de imponer la sanción, sino también porque lo que se persigue no es la protección de la legalidad ambiental en cuanto bien jurídico en sí mismo protegido (como en el caso de algunas sanciones administrativas protectoras del orden general), sino porque lo que se protege es directamente el bien jurídico medio ambiente. El plan de prevención o descontaminación ambiental, constituye una particularización de la ley en una específica área ambiental, pero además es manifestación del cumplimiento por parte de la Administración de su deber de protección del medio ambiente, mediante la actividad normativa y fiscalizadora. Igualmente los planes de manejo, los cuales materializan en casos concretos el mandato de utilización racional de los recursos naturales renovables, y que constituyen uno de los instrumentos para alcanzar el desarrollo sustentable.

## 12.2 Extensión de las causales

La interpretación de las causales debe ser estricta, es decir, sólo puede entenderse que se ha consumado la infracción cuando se haya vulnerado alguna de las específicas disposiciones a que se refiere el artículo 56 inc. 1º, rechazándose su interpretación analógica. En efecto, al tratarse de una infracción que da origen a una especie de responsabilidad sancionatoria y por tanto, que comporta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, deberá tenerse muy en cuenta que la causa que la motiva encuentra su origen sólo en las infracciones a dichas clases de normas, y no a cualquier disposición de naturaleza ambiental<sup>366</sup>. Asimismo, como resultado de esta interpretación restrictiva, se obligará a la Administración del Estado a la dictación oportuna de los respectivos planes de prevención y descontaminación, y a la exigencia efectiva de los planes de manejo, ya que en caso de ausencia de estos tampoco podría recurrirse a una integración por vía de la analogía.

## 12.3 Cúmulo de responsabilidades

Consecuentemente, en ambos casos (planes de prevención y descontaminación y planes de manejo) se hace aplicación del ordenamiento jurídico ambiental, sin embargo, su vulneración no sólo comporta una infracción de ordenamiento o infracción formal, sino que en sí misma puede acarrear un daño al medio ambiente, reparable según lo señalado anteriormente (CIV. 7). Ello conduce a que las acciones que surjan del hecho causal puedan ser de hasta tres clases, por una parte de responsabilidad ambiental, cuando lo que se persigue es la reparación del entorno; luego la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado en sus derechos, y la responsabilidad ambiental judicial en cuanto lo que se persiga sea la vulneración de esta parcela del ordenamiento jurídico ambiental.

## 12.4 Legitimación activa

Están legitimados para denunciar<sup>367</sup> ante el juez esta clase de infracciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 56:

- *Municipalidades.* El artículo 56 LBGMA entrega legitimación activa a las

---

<sup>366</sup> Sobre la prohibición de aplicación analógica de las sanciones administrativas. Jorge Bermúdez, *Sistemas sancionadores de protección ambiental*, op. cit. pp. 147-149.

<sup>367</sup> Si bien el artículo 56 LBGMA habla de "denunciar", el procedimiento por el que se rige esta acción es el sumario, con lo que a pesar de que se esté ejerciendo el *ius puniendi*, en lo procedimental seguirán rigiendo las normas de carácter civil.

Municipalidades para el ejercicio de la acción que persigue la imposición de sanciones por parte del Juez. Para ello se remite a la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo artículo 4 b) establece que las Administraciones locales pueden desarrollar en el ámbito de su territorio, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la protección del medio ambiente. Con lo que esta competencia genérica en materia de protección ambiental se materializa, en parte, a través de la legitimación activa de la Administración local en la denuncia ante el juez, de los hechos consistentes en incumplimiento de las normas ambientales antes señaladas.

- *Demás organismos competentes del Estado.* La ley no aclara cuáles son estos organismos competentes, sin embargo, debe entenderse que se refiere a aquellas Administraciones Públicas encargadas de velar por el cumplimiento de los planes de prevención, descontaminación o de manejo, así como la Administración competente en situaciones de emergencia ambiental, ya que la vulneración de dichos planes es la que habilita para el ejercicio de la acción. En el caso de los planes de prevención y descontaminación, su elaboración y proposición corresponderá a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, según el plan afecte a una o varias regiones. Para ello, dicha proposición será aprobada por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y llevará además la firma del ministro sectorial que corresponda. La fiscalización del plan corresponderá a diversos organismos, dependiendo de la naturaleza de las medidas que contenga el mismo. En el caso de los planes de manejo corresponderá al organismo público competente en la regulación y aprovechamiento del recurso natural objeto del plan.
- *Personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio.* También pueden denunciar la infracción a los planes las personas naturales o jurídicas públicas o privadas que sufran el daño o perjuicio producto del incumplimiento (artículo 59). Consecuentemente y como se anunciara, respecto de estos sujetos de derecho, a partir de un mismo hecho, podrán ejercerse hasta tres acciones distintas (CIV. 8.1 y 11).

## 12.5 Sanciones y medidas cautelares

En caso de estimarse que existe responsabilidad en la infracción, la ley prevé como consecuencia la imposición de sanciones por parte del Juez competente. Dichas sanciones podrán consistir en amonestación; multas de hasta mil unidades tributarias mensuales; y clausura temporal o definitiva (artículo 56 inc. 1º final).

Asimismo, en aquellos casos en que la infracción sea grave procede la adopción de medidas cautelares. En tal sentido el Juez podrá ordenar la suspensión inmediata de



las actividades emisoras u otorgar un plazo para que el infractor se ajuste a las normas incumplidas. En caso de que el responsable de la fuente emisora continúe infringiendo las normas de los respectivos planes o regulaciones especiales, serán sancionados con una multa adicional de hasta 40 UTM diarias<sup>368</sup>.

## 12.6 Reglas para la determinación de las sanciones

El artículo 58 LBGMA establece una serie de criterios que el Juez deberá considerar para la determinación de la cuantía de las multas<sup>369</sup>. La existencia de estos criterios de graduación se justifica, en cuanto el Juez cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para la imposición de esta sanción pecuniaria. Estas tienen un límite máximo muy alto (mil unidades tributarias mensuales). Dichos criterios son los siguientes:

- La gravedad de la infracción. Para tal efecto el juez deberá tener en cuenta, principalmente, los niveles en que se hubiere excedido la norma, o el incumplimiento de las obligaciones en un plan de prevención o descontaminación, o en las regulaciones especiales para planes de emergencia;
- Las reincidencias;
- La capacidad económica del infractor; y
- El cumplimiento de los compromisos asumidos en las Declaraciones o en los Estudios de Impacto Ambiental, según corresponda.

La norma del artículo 58 sólo dispone la aplicación de tales criterios respecto de la sanción de multa<sup>370</sup>, excluyéndose a la sanción de amonestación y a la clausura temporal o definitiva. Dicha omisión podría justificarse respecto de la amonestación, dado que se trata de una sanción que sólo indirectamente puede provocar consecuencias patrimoniales

---

<sup>368</sup> Esta "multa adicional" presenta una naturaleza similar a la multa coercitiva, aunque no es la Administración la que la impone sino el Juez, con lo que desde esta perspectiva presenta una cierta similitud con las llamadas *astreintes* del Derecho Civil francés. Sin embargo, es probable que la multa adicional en su naturaleza jurídica se acerque más a la figura administrativa, toda vez que en ambas lo que se persigue es que se haga o deje de hacer algo que importa una vulneración del ordenamiento jurídico, con la salvedad ya apuntada de que en este caso es el Juez el que la impone. Por el contrario, las *astreintes* operan como un medio de aflicción frente a un incumplimiento contractual.

<sup>369</sup> Al respecto, desde la perspectiva de la sanción administrativa, Jorge Bermúdez, Algunos elementos para la definición de las Sanciones Administrativas, en Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, número especial Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público, año 1998, pp.323-334.

<sup>370</sup> Artículo 58 inc. 1º "El juez, al momento de imponer las multas señaladas en el artículo 56, y con el objeto de determinar su cuantía, deberá considerar".

para el administrado, generalmente, producto de su publicidad. Sin embargo, no se encuentra la *ratio legis* respecto de la clausura, sanción tanto o más grave que la multa. La clausura siempre tiene una misma intensidad, ya que impide la apertura y operación del establecimiento en que se desarrollaba la actividad causante de la infracción. Sin embargo, su duración puede ser temporal o indefinida, con lo que por vía analógica el juez debería fundamentar la mayor o menor extensión en el tiempo de la clausura en los criterios ya señalados<sup>371</sup>.

### 12.7 Non bis in ídem

A este principio se refiere el artículo 56 inciso final LBGMA cuando dispone que: *"Los responsables de fuentes emisoras sancionados en conformidad con este artículo, no podrán ser objeto de sanciones por los mismos hechos, en virtud de lo dispuesto en otros textos legales"*<sup>372</sup>.

La norma transcrita plantea dos cuestiones. En primer lugar se debe valorar positivamente que el único requisito que exige para que opere el *non bis in ídem* es la identidad de los hechos. Ello a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento comparado (por ejemplo en el Derecho español), en que la aplicación del principio exige una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>373</sup>. El segundo aspecto dice relación con el fundamento de la norma. A partir de ella lo que se prohíbe es la doble sanción de un mismo hecho, sin importar el orden al que pertenezca la misma, es decir, sin importar si se trata de sanciones administrativas, penales o ambientales.

### 12.8 Naturaleza Jurídica de esta clase de responsabilidad

Bajo este numeral se ha examinado una especie de responsabilidad que surge por el incumplimiento de los planes que aplican la normativa ambiental. Sin embargo, corresponde detenerse un momento para intentar desvelar la naturaleza jurídica de esta clase de responsabilidad.

En primer término debe convenirse que no se trata de una responsabilidad ambiental que persiga la reparación, ya que si bien están legitimados para impetrar la acción,

<sup>371</sup> Se trata de una omisión en que incurrió el legislador, ya que en el artículo 58 inc. 1° debió haber incluido a la amonestación y a la clausura, o haberse referido genéricamente a las "sanciones" del artículo 56.

<sup>372</sup> Cfr. Jorge Bermúdez, *Sistemas sancionadores de protección ambiental*, op. cit. Capítulo VII.

<sup>373</sup> En efecto, el artículo 5.1, del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone que *"no se exigirá la responsabilidad administrativa cuando quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento"*.

prácticamente, los mismos sujetos que en ésta, su objeto, como se ha dicho, no es la reparación del entorno dañado, la cual puede proceder en todos los casos en que se produzca un daño y no sólo cuando se infringe un plan, sino que su objeto es la sanción de las infracciones a los planes de prevención, descontaminación o manejo.

También podría intentar engarzarse esta responsabilidad ambiental dentro de la responsabilidad administrativa. Sin embargo ello resulta dificultoso, ya que si bien la causal que la hace procedente es la infracción a la normativa ambiental-administrativa –toda vez que los planes emanan de la Administración-, la naturaleza del órgano que impone la sanción es jurisdiccional (Juez de Letras Civil). Esta última circunstancia la aleja de la sanción administrativa e incluso de la meramente disciplinar, ya que no existe más que un vínculo de supremacía general entre el infractor y la Administración, vínculo que sólo podría ser un poco más intenso en relación con los planes de manejo. Además debe tenerse en cuenta que la imposición de las sanciones que son consecuencia de esta especie de responsabilidad es netamente judicial ya que no es necesario acto administrativo previo alguno que declare el incumplimiento, ni tampoco un agotamiento previo de la vía administrativa por el ejercicio de recursos administrativos. Aquí la Administración, si está legitimada, actúa como contraparte del administrado infractor, denunciándole ante el Juez. Pero además, si es la propia Administración la que infringe la norma ambiental (los planes), puede ser sujeto pasivo de la sanción, ya que el particular afectado puede solicitarlo, e incluso el propio Juez puede proceder de oficio.

Contrastándola ahora con la responsabilidad de naturaleza penal, a su favor juega el artículo 56 inc. final, en el cual se establece el principio *non bis in idem*, principio que opera en dicho orden de responsabilidad. Sin embargo, la asimilación tampoco puede ser total. El Juez puede imponer sanciones, las cuales vienen determinadas por la ley, sin embargo, se trata de una responsabilidad cuyo conocimiento no se ha entregado a la jurisdicción criminal sino a la civil. Además, el procedimiento por el que se determina esta responsabilidad es sumario (civil), el cual se rige por los principios propios de una acción y un proceso de dicha naturaleza, tales como el principio dispositivo, o lo que es lo mismo principio de libertad jurídica de las partes, en virtud del cual estas son libres de iniciar o no el proceso y de continuarlo hasta su fin.

Parece dudoso, además, que la tipificación genérica del ilícito para los que *no cumplan con los planes*, en caso de que se considere de naturaleza Penal, se ajuste con la exigencia del principio de tipicidad del artículo 19 N° 3 inc. final CPR<sup>374</sup>.

Vistas así las cosas, la responsabilidad sancionatoria ambiental no es susceptible

---

<sup>374</sup> El artículo 19 N° 3 inc. final CPR dispone que: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

de enmarcarse en ninguna de las clases de responsabilidad que tradicionalmente se sistematizan. Ello lleva a dar una respuesta aparentemente cómoda, porque podría simplemente decirse que se trata de una responsabilidad *sui generis*. Sin embargo, ello no satisface las múltiples interrogantes que surgen del análisis de esta clase de responsabilidad ambiental<sup>1375</sup>.

## 12.9 Conclusión

Rescapitulando, puede concluirse que se trata de una verdadera curiosidad jurídica, ya que existe una posibilidad de aplicar sanciones por unas infracciones genéricas (bastando el solo incumplimiento de los planes ambientales). No las aplica el Juez del Crimen sino el Civil, que es el único que tiene la competencia sobre la materia objeto de regulación de la LBGMA (artículo 60). El procedimiento que se aplica es civil (sumario), cuya prueba se aprecia de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pero el Juez conociendo de una acción por daño ambiental puede de oficio aplicar alguna de las sanciones (artículo 57). Los sujetos pasivos de la sanción pueden ser tanto los administrados como la propia Administración cuando sea ésta la responsable de las fuentes emisoras o la que incumpla el plan de manejo. Además la imposición de sanciones es compatible con el ejercicio de las acciones que surjan por la ocurrencia de un daño ambiental, sin perjuicio de que rige el *non bis in idem*, respecto de otras sanciones contenidas en otras leyes.

## 13. Responsabilidad Administrativo-Ambiental

El Título IV de la Fiscalización, en su artículo 64 inc. 1º dispone lo siguiente: *“Corresponderá a los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental. En caso de incumplimiento, dichas autoridades podrán solicitar a la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente, en su caso, la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones civiles o penales que sean procedentes”*<sup>1376</sup>.

La base sobre la que se debe partir para determinar el sentido y alcance de la disposición

<sup>1375</sup> Existen otros casos en que se ha entregado el ejercicio del *ius puniendi* al juez civil, por ejemplo, en la LGPA.

<sup>1376</sup> Norma reiterada textualmente en el artículo 64 del RSEIA.

citada radica en el SEIA (CIII. 13.8). La resolución de calificación ambiental de un proyecto o actividad puede ser condicionada, es decir sujeta a modalidad, cuando en ella se fijan condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad y aquellas condiciones o exigencias bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales que, de acuerdo con la legislación, deben emitir los organismos del Estado (artículos 25 inc. 1° LBGMA y 36 letra d) RSEIA.

Consecuentemente, existe una serie de organismos del Estado encargados de la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprueba el Estudio o se acepta la Declaración de impacto ambiental. Se trata de órganos que forman parte de la Administración del Estado y que cuentan con competencia ambiental, entendiéndose por tales aquellos Ministerios, Servicios Públicos, Órganos o Instituciones creados para el cumplimiento de una función pública, que otorguen algún permiso ambiental sectorial de los señalados en el RSEIA, o que posea atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de algún recurso natural y/o la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones con base en las cuales se dicta la resolución calificatoria de un proyecto o actividad, todo ello según el artículo 2 letra b) RSEIA.

Frente al incumplimiento, estos órganos deben solicitar a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente alguna de las siguientes sanciones: amonestación; multa de hasta quinientas unidades tributarias mensuales; o revocación de la aprobación o aceptación respectiva.

La ley no señala ningún criterio para la graduación de las sanciones que se van a imponer, aunque evidentemente la Administración tiene la obligación de motivar la resolución sancionadora, debiendo fundamentar la aplicación de tal o cual sanción así como la extensión de la misma. Frente a este vacío parece conveniente que en la imposición concreta de sanciones se tengan en cuenta los criterios que se han formulado en el artículo 58 para la aplicación judicial de sanciones. Se trata de una aplicación analógica que da seguridad jurídica al administrado y que limita la discrecionalidad de la Administración Pública al momento de aplicar la sanción<sup>177</sup>.

### 13.1 Naturaleza jurídica

Ya se ha dicho que se examinaría la responsabilidad administrativo-ambiental, lo cual adelanta en parte la respuesta en este punto, sin embargo se debe precisar aún más la cuestión. Como se ha puesto de manifiesto a propósito del SEIA, éste supone

---

<sup>177</sup> Debe tenerse en cuenta que en materia administrativo-sancionadora la analogía que se prohíbe es aquella *in peius* del administrado, no así la que le favorece.

que los administrados titulares de un proyecto o actividad deban obtener la previa aprobación o aceptación de su Estudio o Declaración de impacto ambiental, según los casos. En virtud de dichas resoluciones, se habilita el ejercicio de la actividad o la ejecución del proyecto, el cual puede quedar sujeto al cumplimiento de condiciones ambientales. Todo ello es demostrativo de la fuerte sujeción a la Administración a la que se encontrará sometido el administrado titular de la aprobación o aceptación. Se trata de un vínculo entre administrado y Administración ambiental, aunque sólo respecto del cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó o aceptó el Estudio o Declaración, fuera de dicho ámbito la vinculación será de carácter ordinaria o general. Ello es determinante para entender la potestad sancionadora que se atribuye a la Administración (Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente), la cual corresponde más precisamente a una potestad de autoordenación, toda vez que no se extiende respecto de cualquier administrado, ni siquiera respecto de aquellos que incumplan la normativa ambiental, sobre los que recae una responsabilidad ambiental que se traduce en la imposición de sanciones por el Juez, sino sólo respecto de aquellos que se encuentran sometidos por una resolución administrativa en la cual se aplica y particulariza el ordenamiento jurídico ambiental imponiendo incluso obligaciones de mitigación del impacto ambiental, por la cual se aprueba o acepta el Estudio o Declaración de impacto ambiental.

Confirma lo anterior el hecho de que la resolución sancionadora es compatible con las responsabilidades de carácter civil o penal que sean procedentes (artículo 64 inc. final primera frase LBGMA). Lo cual supone una falta de vigencia del *non bis in idem*, precisamente aceptada en los casos de sujeción especial a la Administración.

### 13.2 Recurso contencioso- administrativo

En contra de la resolución que impone alguna de las sanciones a que se refiere el artículo 64 procede un recurso especial de naturaleza contencioso-administrativa ante el Juez de letras de lo civil del lugar en que se ha producido el hecho causal. El plazo de interposición es de 10 días, previa consignación del 10% del valor de la multa aplicada, cuando procediere. El recurrente podrá solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución sancionatoria.<sup>378</sup>

<sup>378</sup> Sobre la orden de no innovar se puede ver: *Oswaldo Oelckers Camus*, La suspensión de los efectos del acto administrativo debido a la orden de no innovar, RDUCV, XVI 1995, p. 323 y ss.

## 14. Responsabilidad del Estado por el Daño Ambiental

El análisis de esta materia tiene como base, por una parte, el marco normativo que el legislador ha fijado para determinar la responsabilidad extrac contractual del Estado administrador y por otra, el conjunto de disposiciones de la LBGMA referidas a la responsabilidad por el daño ambiental.

Dentro del primer grupo, las disposiciones fundamentales son las que se encuentran en la LBGAE<sup>9</sup>. El artículo 4 dispone que: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". Y el artículo 42 que dispone: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio".

*No obstante el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*<sup>109</sup>.

Por su parte, como se recordará, en la LBGMA el artículo 3 dispone que: "Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley". Y luego, en el desarrollo específico del sistema de responsabilidad por el daño ambiental (Título III de la Responsabilidad por el Daño Ambiental), comienza estableciendo en el artículo 51, que:

*"Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley.*

No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil."

---

<sup>9</sup>A la citada disposición se debe agregar la del artículo 141 de la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que dispone: "Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

### 14.1 Planteamiento del problema

Las disposiciones citadas de la LBGMA parecen no discriminar respecto de los sujetos que pudieren ser causantes de un daño ambiental y legitimados pasivos de una eventual demanda por el daño ambiental. En tal sentido, nada obstaría a entender que cuando el legislador dice *"todo el que..."*, es precisamente eso, todos aquellos que pueden resultar responsables del daño ambiental (CIV. 3). Así una Administración Pública que por su acción u omisión incurre en daño ambiental, debería sujetarse a las normas de responsabilidad de la LBGMA. Tal es la respuesta que naturalmente debería fluir de la sola lectura de los artículos 3 y 51. Pero tal respuesta, aparentemente obvia, se complica un tanto cuando se considera que de acuerdo con los citados artículos de la LBGAE°, el Estado es responsable por los daños que ocasione la Administración por su falta de servicio. Dicha disposición es aplicable a todos los casos en que es la Administración del Estado la que ocasiona un daño, con las restricciones que el artículo 21 inc. 2° LBGAE° dispone<sup>380</sup>.

Entonces será sencillo imaginarse situaciones en que habiéndose causado el daño ambiental por la acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado, deberá determinarse la normativa con arreglo a la cual debe ser perseguida su responsabilidad. El problema parece complicarse aún más cuando se considera que entre los legitimados activos de la acción ambiental se cuentan organismos que forman parte de la Administración del Estado, por lo que de aceptarse que la responsabilidad se rige por las normas de la LBGMA, podrían presentarse casos en que un ente público aparecería demandando a otra Administración Pública.

El problema entonces se resume en las siguientes dos cuestiones: a) frente a aquellos casos en que la Administración del Estado ocasiona un daño ambiental, debe ser demandada conforme a las disposiciones de la LBGMA o según sus normas propias de responsabilidad, que en general son las de la LBGAE°. Y de aceptarse que es procedente la aplicación de la LBGMA, lo será en todos los casos o sólo respecto de algunas administraciones públicas.

---

<sup>380</sup> Artículo 21 inc. 2° LBGAE°: *"Las normas del presente título (en el que se encuentra el artículo 44) no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda"*.



## 14.2 Supuesta autarquía del Derecho Administrativo

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas es necesario aclarar los caracteres que tiene el Derecho que rige a la Administración Pública. Con la aclaración de este extremo, podrá entenderse de mejor manera la forma en que se articula el Derecho administrativo con el resto del ordenamiento jurídico.

Una clasificación poco difundida del Derecho en general, es la que distingue entre Derechos generales y estatutarios. El primero es el aplicable a toda clase de sujetos (por ejemplo el Derecho Civil). El segundo se refiere a la regulación de relaciones de cierta clase de sujetos, sustrayéndolos en ciertos aspectos del imperio del Derecho común. A esta clase pertenece el Derecho administrativo: es un Derecho de naturaleza estatutaria en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos de la regulación que recae en las relaciones jurídicas de los sujetos regidos por el Derecho común<sup>381</sup>.

El Derecho administrativo es, en esencia, la normativa jurídica (escrita o no) válida específicamente para regular a la Administración (la actividad administrativa, el proceso administrativo y la organización administrativa). Es el Derecho propio de la Administración<sup>382</sup>. Eso no significa que el Derecho administrativo sólo sea válido para los órganos administrativos y su actividad. El Derecho administrativo regula también, y mucho más fundamentalmente, las relaciones entre Administración y ciudadanos, de cualquier naturaleza que esta sea, y sirve de fundamento para derechos y obligaciones de éstos en relación con la Administración<sup>383</sup>.

La sola perspectiva subjetiva, la del ente regulado por el Derecho administrativo, aporta sólo un aspecto para la solución de este problema, ya que en ese mismo sentido podrían ser definidas otras ramas del Derecho (así por ejemplo, el Derecho laboral es el que regula las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, o el Derecho comercial entre comerciantes, etc.). Es por ello que resulta necesario agregar otros elementos que permitan acotar, como rama autónoma, al Derecho administrativo. Entre los elementos

---

<sup>381</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pp. 38-39, Ed. Civitas, séptima edición 1995 (hay ediciones posteriores). En el Derecho Administrativo alemán esto no es así, y no existe problema en la aplicación subsidiaria de las normas de Derecho Civil. Tal aplicación se basa en la posibilidad de remisión desde la ley administrativa al Código Civil, y en la aplicación analógica de las reglas civiles en caso de vacío del ordenamiento jurídico administrativo. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12ª edición (hay ediciones posteriores), Ed. Beck, Munich, 1999, pp. 54-56.

<sup>382</sup> Desde esta misma perspectiva subjetiva Zanobini: "el Derecho administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las Administraciones Públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas y otros sujetos".

<sup>383</sup> Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, op. cit., p. 36.

del concepto de Derecho administrativo se cuentan los siguientes:

- *Es Derecho público.* Existe una estrecha relación entre el Derecho administrativo y el Derecho constitucional. En efecto, el Derecho constitucional enuncia los principios básicos del ordenamiento jurídico, dada la propia superioridad y función que dentro de él juega la Constitución. Pero además su objeto es más extenso (otros poderes del Estado, forma de Gobierno, derechos y garantías constitucionales, etc.). Es por ello que se habla de Derecho administrativo como Derecho constitucional concretizado.

Este sólo aspecto puede importar una diferencia radical frente a las normas de la LBGMA. No está claro cuál es la naturaleza jurídica que tiene la acción ambiental que se regula en los artículos 51 y siguientes. Por lo que, de estimarse que tiene una naturaleza privada<sup>384</sup>, ello supondría una diferencia radical respecto de la naturaleza jurídica de las normas sobre responsabilidad de la Administración del Estado, que evidentemente son de Derecho público.

- *Es el Derecho común de la Administración Pública.* Este elemento se desprende de su carácter estatutario (o al revés, al ser el Derecho de la Administración Pública es un Derecho estatutario). El Derecho administrativo está referido a un tipo especial de sujeto: la Administración Pública. Este carácter tiene especial trascendencia, en cuanto, como Derecho común para sus destinatarios, no requiere de otras ramas del Derecho para llenar sus lagunas o vacíos, estas se llenan con sus propios principios y normas.

Esta característica es predicada sin falta en el Derecho administrativo comparado<sup>385</sup>. Sin embargo, debe dejar en claro que el desarrollo del Derecho administrativo chileno, al menos en su aspecto normativo, está aún lejos de encontrarse tan desarrollado, como para poder predicarse de él una suerte de autarquía en todos los ámbitos de su regulación. En efecto, la inexistencia de una normativa administrativa, aunque la ley N° 19.880 constituye un gran avance y la falta de una jurisdicción administrativa especial, o de procedimientos jurisdiccionales contencioso-administrativos, son demostrativos de esta precariedad del Derecho administrativo positivo chileno. Por esas simples razones es que resulta, cuando menos, dificultoso hablar de un Derecho administrativo con carácter absolutamente estatutario. Al menos en pos de la seguridad jurídica convendría reconocer dicha

<sup>384</sup> Existen variados argumentos para estimar que la responsabilidad ambiental tiene una naturaleza privada, el procedimiento por el que se rige, la remisión en lo no previsto a las normas del Código Civil, la prescriptibilidad, la disponibilidad de la acción por parte de los legitimados activos, etc.

<sup>385</sup> Los autores extranjeros más citados en textos, monografías y sentencias son los españoles *Eduardo García de Enterría* y *Tomás Ramón Fernández Rodríguez*, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 7ª edición (hay ediciones posteriores) Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 38 y ss.

falta de desarrollo de algunos aspectos del Derecho administrativo y no ser tan innecesariamente escrupulosos a la hora de aceptar una remisión al Derecho común<sup>386</sup>. Sin embargo, otros aspectos del Derecho administrativo sí han sido regulados por el legislador, con principios recogidos incluso a nivel constitucional, todo ello apoyado con una sólida jurisprudencia y doctrina. Tal es el caso de la responsabilidad extracontractual de la Administración.

- *La relación jurídico-administrativa requiere de una Administración Pública.* Una de las partes de la relación deberá ser siempre una Administración Pública. Ello excluye la actividad materialmente administrativa de otros órganos del Estado (por ejemplo la que realizan el Congreso Nacional o el Poder Judicial), o la actividad materialmente Administrativa de los particulares (por ejemplo la que desarrollan éstos a través de concesiones de servicio público, la cual sólo se regirá por el Derecho administrativo en cuanto relación Administración/concesionario). La norma administrativa requiere de una Administración Pública, en algunos casos sólo ella es su destinataria, en otros, además requiere necesariamente de un ciudadano respecto del que se va a aplicar. Ejemplos, un contrato administrativo, una sanción administrativa, un hecho dañoso ocasionado por la Administración, etc.
- *Es un Derecho de equilibrio.* El Derecho administrativo concede a la Administración Pública unos poderes extraordinarios que descompensan la relación jurídica en su favor y en contra de los derechos de los particulares que se relacionan con ella. Así por ejemplo los poderes de autorutela, ejecutividad y ejecutoriedad que sus actos tienen, o las prerrogativas exorbitantes que la contratación administrativa le concede, son todas manifestaciones de esta idea. Es por ello que el Derecho administrativo fue definido siempre como un Derecho de la desigualdad, de las relaciones de poder frente al ciudadano. Sin embargo, hoy en día, el particular ha ido ganando y desarrollando derechos que permiten limitar dichos poderes. Tales poderes encuentran su principal manifestación en la tutela judicial efectiva que debe darse a los ciudadanos frente a la actuación de la Administración Pública. Ello acerca al Derecho Administrativo a la idea de un Derecho de equilibrio entre unas potestades (exorbitantes, discrecionales, de imperio) por un lado, y unos derechos subjetivos que se complementan, que entran en relación y en definitiva que se oponen como corazas protectoras, por otro.

---

<sup>386</sup> No está de más señalar que en el Derecho administrativo alemán, que presenta un desarrollo normativo bastante vasto, independientemente de las razones que se den para la aplicación subsidiaria del Derecho civil, esta se plantea como un hecho. *Hartmut Mauer, Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit. p. 55, señala al respecto: "*Eine 'Ausleihe' beim Privatrecht bietet sich an, falls die Rechtsverhältnisse gleichartig sind, da das Privatrecht weitgehend durchnormiert ist, während das Verwaltungsrecht noch erhebliche Lücken aufweist*". (Un préstamo desde el Derecho Privado se ofrece (se pone a disposición), en el caso de que la relación jurídica sea similar, porque el Derecho privado es normativamente más desarrollado, mientras que el Derecho administrativo todavía acusa considerables lagunas) (traducción del autor).

### 14.3 Improcedencia de la acción ambiental

De todo lo dicho se colige entonces, que la cuestión se está reduciendo a si el Derecho administrativo es una rama autónoma, un Derecho estatutario. El Derecho administrativo es el Derecho propio de la Administración Pública, que lo rige en sus múltiples relaciones con otros sujetos de derecho y en especial con los ciudadanos. La respuesta es afirmativa, sí lo es, es autárquico, es estatutario, pero no completamente, toda vez que existen ámbitos en que no cabe otra salida que la remisión a las normas comunes. Sin embargo, esta última situación no sería el caso de la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado. En efecto, como resultado de los preceptos constitucionales (artículos 6, 7 y 38 inc. 2º) y por las normas de la LBGAEº (artículos 4 y 44), existe un suficiente desarrollo normativo de, al menos, esta parcela del Derecho administrativo, la parcela correspondiente al Derecho de los daños que ocasiona la Administración Pública.

De lo señalado en el número anterior fluye como resultado el siguiente: *la Administración del Estado responde por los daños que ocasiona al medio ambiente de acuerdo con sus propias normas y no según las del Derecho común*. Así las cosas, ocurrido un daño ambiental en que la Administración del Estado es responsable por su acción u omisión, procederá accionar en contra de ella de acuerdo con las normas propias sobre responsabilidad de la misma, a saber, artículos 4 y 42 LBGAEº. Y no procederá la acción ambiental, no porque la Administración del Estado sea irresponsable, sino porque sólo es perseguible su responsabilidad según las normas de su propio Derecho.

### 14.4 Excepción a la aplicación de las normas de Derecho Público

La argumentación hasta aquí elaborada plantea dos puntos débiles que, por la seriedad del análisis, no deben ser soslayados.

En primer término se encuentra el argumento basado en la literalidad de los preceptos de los artículos 3 y 51 LBGMA. En ambos se dispone que *todo* aquel que ocasiona daño ambiental deberá responder en conformidad con lo dispuesto en la propia LBGMA. La única excepción que se admite se basa en lo que dispongan otras leyes especiales sobre daño ambiental (artículo 51 inc. 2º LBGMA), pero nada dice en relación con los sujetos causantes.

En segundo término, y más determinante aún, es el argumento teleológico. El legislador ha creado un sistema especial de responsabilidad con unas connotaciones especiales, atendido el bien jurídico protegido. Es por tal razón, por ejemplo, que la acción de responsabilidad no tiene por consecuencia una indemnización de perjuicios, sino la restauración del medio ambiente dañado. Por ello también el plazo especial de

prescripción y la relativamente amplia legitimación activa que se concede para la acción. A ello se agrega, que si bien existe una remisión en lo no previsto, a las normas del Título XXXV del Código Civil, como se vio, estas se reducen a unos aspectos mínimos, a saber las reglas sobre responsabilidad solidaria y responsabilidad por el hecho ajeno. Finalmente el procedimiento, si bien es sumario, este presenta modificaciones sustanciales, en lo relativo a medios probatorios (absoluta libertad) y reglas de valoración de la prueba (conforme a las reglas de la sana crítica). Todo ello lleva a concluir que el sistema de responsabilidad por el daño ambiental de la LBGMA presenta una naturaleza jurídica diversa, distinta de la civil, y que por tales razones será aplicable a *todos* los casos de daño significativo al medio ambiente, sin importar la naturaleza jurídica del sujeto causante, ya que lo fundamental será la ocurrencia de un daño ambiental.

#### 14.5 Fisco con Fisco en materia ambiental

La procedencia de la acción ambiental en contra de entes estatales, podría llevar a la paradoja de encontrar juicios caratulados “Fisco con Fisco”. En efecto, como se señaló en CIV. 8.3, el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Estado, está legitimado en todos los casos para ejercer la acción de responsabilidad ambiental. Atendida dicha amplitud en la legitimación activa con que cuenta dicho ente público se propondrán a continuación las bases para una solución intermedia frente a dicha contradicción<sup>187</sup>.

##### *14.5.1 El Consejo de Defensa del Estado y el deber de protección ambiental*

Si se toma en serio el deber que tiene el Estado en materia ambiental, basado en la premisa que indica que los órganos del Estado, y en especial la Administración, tienen un verdadero deber de servicialidad de las personas y que en materia ambiental se traduce en los deberes de tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y en la preservación de la naturaleza. Corresponderá entonces preguntarse respecto de la forma en que dicho deber de protección ambiental alcanza a las funciones del Consejo de Defensa del Estado.

La respuesta no resulta tan fácil, sobre todo cuando se analiza el objeto que le otorga la competencia específica (la que le da su razón de ser) a este órgano de la Administración del Estado, tal es la *defensa judicial de los intereses del Estado*. Históricamente, dicha

---

<sup>187</sup> Al respecto se pueden ver: *Jorge Bermúdez*, Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente, op. cit. pp. 243 y ss.; y Responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental, op. cit. pp. 244 y ss.

defensa se ha materializado, en actuaciones judiciales en que el Estado es sujeto pasivo de las demandas judiciales de los ciudadanos, ello sin perjuicio, del rol activo que este ha asumido en ciertas materias penales, en especial tráfico de estupefacientes y lavado de dinero. Pero incluso más allá de la forma de su intervención procesal, el aspecto fundamental radica en que su objeto, es decir, su propósito o finalidad es la defensa del Estado, cuyos intereses no siempre coincidirán con los intereses de la sociedad y mucho menos con los intereses del medio ambiente.

Como se verá más adelante, al parecer este deber ambiental que pesa en general sobre la Administración y sus organismos, respecto del Consejo de Defensa del Estado no en todos los casos supondrá el ejercicio de acciones, sino por el contrario en la omisión de ellas.

#### *14.5.2 Daños ambientales ocasionados por órganos del Estado*

El problema es qué ocurrirá en aquellos casos en que un ente público por su acción u omisión ocasiona un daño ambiental. ¿Debe demandarlo siempre el Consejo de Defensa del Estado? ¿Podría otro ente público demandarlo?

Precisamente uno de los grandes problemas con que se encuentra el ejercicio de la función judicial/ambiental del Consejo de Defensa del Estado, está en aquellos casos en que son los propios órganos del Estado los que ocasionan el daño ambiental. La función genérica del Consejo de Defensa del Estado es la "*defensa en juicio*", no sólo de los órganos que conforman la Administración del Estado de naturaleza centralizada, es decir, que conforman la vertiente patrimonial del Estado denominada *Fisco*, sino del Estado en su conjunto, e incluso respecto de órganos que formando parte de la Administración del Estado tienen personalidad jurídica propia. Pero además, en casos calificados el Consejo de Defensa del Estado puede asumir la defensa de entidades privadas en las que el Estado tenga aporte o participación mayoritarios (la llamada Administración invisible del Estado)<sup>388</sup>.

Si se analiza con detención el artículo 3 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado la idea que trasunta es que el Consejo asume la defensa del Estado y sus organismos, así en general, sin plantearse que sean esos organismos los sujetos pasivos o

<sup>388</sup> Así el artículo 3 N° 3 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado que señala entre las funciones del Consejo: "*La defensa en los juicios en que tengan algún interés los servicios de la Administración descentralizada del Estado o las entidades privadas en que el Estado tenga aporte o participación mayoritarios, siempre que el respectivo servicio jurídico no esté en condiciones de asumir convenientemente tal función, circunstancia que en cada caso calificará el Consejo*".

demandados de las actuaciones judiciales que el propio Consejo inicie. La pregunta que surge es si podría el Consejo de Defensa del Estado demandar o asumir la defensa de organismos del Estado cuando dañan al medio ambiente, ¿cuál debe ser su actitud del Consejo de Defensa del Estado cuando es el *Estado* el que daña el medio ambiente?

#### *14.5.3 Acción ambiental frente a las diversas Administraciones Públicas*

Para responder a las interrogantes que plantea la responsabilidad del Estado frente al daño ambiental se debe distinguir entre órganos de la Administración del Estado con o sin personalidad jurídica y entidades de Derecho privado en que el Estado tiene participación mayoritaria, es decir, la llamada Administración invisible. El resultado no es absoluto, como se verá, el Consejo de Defensa del Estado no podrá demandar pura y simplemente de responsabilidad por el daño ambiental en todos los casos, y tampoco serán aplicables en todos los casos las disposiciones de la LBGMA.

- *Administración centralizada.* Los órganos de la Administración del Estado que se ordenan bajo esta forma de organización actúan con la personalidad única del Estado. Su representante judicial es el propio Consejo de Defensa del Estado. No parece lógico sostener que el propio Consejo pueda ejercer la acción ambiental en contra de estos organismos cuando es el mandatario judicial de ellos, es el llamado a asumir su defensa, en un caso como este se produciría una causa que paradójicamente se carataría *"Fisco con Fisco"*. Lo que sí parecería plausible sostener, atendidos el deber de protección ambiental que pesa sobre el Consejo de Defensa del Estado y su carácter de órgano autónomo, es que en casos en que sea la Administración centralizada la que ocasione el daño ambiental, éste se negara a asumir su defensa. Sin embargo, el mandato del artículo 3 N° 1 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado impone al Consejo la defensa del Fisco en "todos los juicios", sin excepciones, con lo que enfrentados a una demanda ambiental en contra del "Fisco", irremediablemente debería asumir el patrocinio y defensa el Consejo de Defensa del Estado. Desde la perspectiva interna del Servicio se presenta además un problema mayor, ya que la Unidad de Medio Ambiente, hasta ahora especializada en preparar las demandas ambientales, debería ser también la encargada de preparar las defensas. Incluso desde la perspectiva de la seriedad de la institución esto aparecería como altamente contradictorio.

Desde la perspectiva material se agrega, el ya apuntado problema, de que la Administración centralizada es precisamente una de las administraciones públicas que se rigen por las normas de responsabilidad de la LBGAE° (artículo 42). Por tanto, si se sostiene que ese es el Derecho aplicable, los daños ambientales que ella ocasione deberían ser demandados por esa vía. Vía en la cual el Consejo de Defensa del Estado no se encuentra legitimado para demandar.

- *Administración descentralizada.* La respuesta será diversa en este caso, se trata de organismos con personalidad jurídica propia, respecto de los cuales el Consejo puede excusarse de asumir su defensa (artículo 3 N° 3 Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado). Respecto del ejercicio de una acción ambiental por parte del Consejo de Defensa del Estado en contra de uno de estos órganos, en principio podría plantearse toda vez que éstos tienen personalidad jurídica propia y el Consejo, como se señaló, está habilitado para no asumir su defensa judicial. El punto es si está habilitado para demandarlo. Esta clase de órganos, a pesar de su carácter descentralizado, también forman parte del Estado, son órganos del Estado, los que si bien se han desmembrado de su persona jurídica unitaria, forman parte de una organización superior que es el Estado. En consecuencia, si bien, en estricto rigor el Consejo de Defensa del Estado podría incluso demandarles, desde la perspectiva de la unidad y coordinación con que deben actuar los órganos de la Administración del Estado, como también por razones de imagen de los órganos del Estado, esta posibilidad no parece ser recomendable para todos los casos. La solución menos conflictiva en este caso, es que producido un daño ambiental causado por un órgano descentralizado, el Consejo de Defensa del Estado no asumiera su defensa en juicio, encontrándose, dada su autonomía, perfectamente habilitado para ello.

Desde la perspectiva material, habrá que tener en cuenta que el artículo 42 LBGAE<sup>389</sup> por regla general no se aplica a la Administración descentralizada (*ex* artículo 21 inc. 2° LBGAE<sup>390</sup>), rigiéndose ésta, en materia de responsabilidad por su respectiva normativa (frase final del inc. 2° artículo 21). En consecuencia, si dichos estatutos especiales no prevén normas especiales de responsabilidad habrá que aplicar las normas generales, es decir, las de la LBGMA en materia de responsabilidad por el daño ambiental. Por el contrario, si el ordenamiento jurídico que le es aplicable contiene normas de responsabilidad, como en el caso de las Municipalidades (artículo 141 de la ley orgánica respectiva), vuelven a plantearse las mismas dudas señaladas a propósito de la Administración Pública centralizada.

- *Administración invisible.* Al igual que en el caso anterior, la Administración invisible goza de personalidad jurídica, sin embargo, en este caso ésta es de Derecho privado y no forma parte de la Administración del Estado, sin que pueda considerarse un órgano del Estado<sup>389</sup>. Así las cosas, el Consejo no sólo no está obligado a asumir

<sup>389</sup> Evidentemente, no es el objeto de este trabajo determinar la posición que ocupa la Administración invisible dentro de la orgánica del Estado, no obstante, existen un supuesto que funda las conclusiones que arriba se expresan: desde la perspectiva del poder ejecutivo (Administración Pública), los órganos en que se descomponen son aquellos que forman parte de la Administración del Estado, y dentro de estos no se encuentran las personas jurídicas de Derecho Privado en que el Estado tiene aporte, al menos ellas no se encuentran en el listado del artículo 1 inciso 2° de la LBGAE<sup>390</sup>.



la defensa judicial de esta clase de órganos, sino que no tendría impedimento legal para el ejercicio de la acción ambiental en su contra<sup>390</sup>.

Desde la perspectiva material, dado que se trata de órganos que están fuera de la Administración del Estado, es decir, que no se rigen por el Derecho administrativo, no existirá impedimento alguno para ser demandados de acuerdo con las normas de la LBGMA. En efecto, tales son las únicas normas que resultan aplicables a esta clase de entes, para perseguir su responsabilidad por el daño ambiental.

#### *14.5.4 Conclusión*

El problema del ordenamiento jurídico aplicable frente a los casos de daños ambientales ocasionados por órganos de la Administración del Estado no está resuelto. Aquí se han planteado las dos probables soluciones, sin embargo, ninguna de ellas es absoluta. La elaboración dogmática de un Derecho administrativo moderno tiende a la aplicación autónoma de las normas jurídico-administrativas. Entonces, frente a los daños que ocasiona la Administración, de cualquier naturaleza que estos sean, se deberá perseguir la responsabilidad según las normas que regulan la responsabilidad extracontractual del Estado administrador. Por su parte, la LBGMA ha establecido un sistema de responsabilidad específico, que atiende a las especiales características que plantea la protección ambiental. Así desde la perspectiva del bien jurídico protegido, el medio ambiente, parecería como más adecuado optar por esta segunda opción. La opción por cualquiera de las dos soluciones plantea inconvenientes, e incluso más, es probable que la solución definitiva sólo venga dada por el legislador. Por ahora baste con constatar y exponer el problema.

### **15. Valoración del Sistema de Responsabilidad**

El sistema de responsabilidad contenido en la LBGMA es consecuente con la tradición jurídica chilena en materia sancionatoria. Ello porque si bien se concede a la Administración una potestad sancionadora, ésta sólo procede en el caso particular en que se encuentran aquellos administrados vinculados a ella por una relación de sujeción muy intensa que se aproxima a las denominadas sujeciones especiales, en virtud de la resolución de aprobación

---

<sup>390</sup> Esta es la conclusión dogmática, evidentemente, desde una perspectiva de imagen pública no aparecería muy bien parada la Administración que se demanda a sí misma, aunque la demandada sea una persona jurídica de Derecho privado. Así una causa Fisco con CONAF, aunque jurídicamente posible, desde la perspectiva de la imagen pública, así como de la coordinación que debe existir entre entes, parece ser poco presentable.

o aceptación del estudio o declaración de impacto ambiental. Bajo la LBGMA no existe posibilidad de sancionar directamente por vía administrativa otro tipo de infracciones al ordenamiento jurídico ambiental, ya que las demás vulneraciones han sido entregadas al conocimiento del juez civil del lugar en que ocurrió el hecho o del domicilio del afectado a elección de este último. Ello sumado a una legitimación amplia para denunciar las infracciones, permiten concebir un sistema estructurado de responsabilidad de naturaleza híbrida, en cuanto toma elementos de las ramas Civil, Penal y Administrativa, pero con matices que podría decirse son de naturaleza estrictamente ambiental. El problema que se aprecia en ello radica en que el órgano judicial encargado del conocimiento de todo el sistema de responsabilidad no responde a la especialización técnica que fuese deseable esperar en una materia tan específica como la ambiental. Por ejemplo, el procedimiento que se establece para la tramitación de la causa se rige conforme a las normas del juicio sumario, con algunas modificaciones (artículo 61), lo cual si bien desde un punto de vista de celeridad del juzgamiento otorga ciertas esperanzas en que la resolución sea expedita, no resulta muy adecuado respecto de las garantías que otorgue al administrado, tanto en cuanto este puede ser objeto de graves sanciones impuestas por el juez, como asimismo resultar responsable del daño ambiental. Además, el proceso se rige por el principio dispositivo, con lo que son las partes las encargadas de dar el impulso procesal, entregándose, en definitiva, al arbitrio de éstas la evolución del juicio.

## Bibliografía

- Abad Pérez, José Javier* Las Administraciones Públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente, en Poder Judicial, Número especial IV sobre Medio Ambiente.
- Alessandri Rodríguez, Arturo* La responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.
- Alexy Robert*, Theorie der Grundrechte, Ed. Suhrkamp, Frankfurt del Meno 1997. *Santiago Muñoz Machado y otros*, Los Animales y el Derecho. Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- Aldunate Lizana, Eduardo* Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado, en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, diciembre de 2000, N° 2.
- Aldunate Lizana, Eduardo* La Desconstitucionalización de la Constitución, RDUCV, N° XXII año 2001.
- Aldunate Lizana, Eduardo* La Constitución Monárquica del Poder Judicial, en RDUCV, XXII, 2001.
- Arenas Alegria Cristina y Mugica Alcorta, Elena* Introducción al Derecho Medioambiental, en Boletín de Estudios Económicos Vol. XLVIII N°150, diciembre de 1993.
- Astorga Jorquera, Eduardo* Derecho ambiental chileno, parte general, Ed. LexisNexis, Santiago 2006.
- Barnes Vásquez, Javier* (editor), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- Brañes, Raúl* Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- Beaucamp, Guy* *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- Bell, Stuart* Environmental Law, Blackstone Press, 4ª edición Londres 1997.
- Bell, Stuart* Environmental Law, Ed. Blackstone Press Limited, 4ª edición, Londres, 1997.
- Bermúdez Soto, Jorge y Guerrero Bécar, José Luis* Los permisos de emisión transables en la ley N° 19.300 y su consagración en el proyecto de ley de bonos de descontaminación. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 2004, Vol. XVI.
- Bermúdez Soto, Jorge* Algunos aspectos de la protección jurídico ambiental de los recursos hídricos, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antofagasta (Chile), año 1998.
- Bermúdez Soto, Jorge* Algunos elementos para la definición de las Sanciones Administrativas, en RCHD de la Pontificia Universidad Católica de Chile, número especial Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público, año 1998.
- Bermúdez Soto, Jorge* El control de la discrecionalidad administrativa, en RDUCV 1996, N° XVII.
- Bermúdez Soto, Jorge* Estudio de los conceptos técnico-jurídicos del Derecho ambiental, en Revista de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. II N° 2 julio-diciembre 2000, pp. 459-471.
- Bermúdez Soto, Jorge* Grundlage des chilenischen Umweltrechts, en Verfassung und Recht in Übersee, 4º Quartal 2002.
- Bermúdez Soto, Jorge* La problemática vigencia, composición y extensión del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, en La Contribución del Derecho Forestal – Ambiental al Desarrollo

- Sustentable en América Latina., E. Gallardo Gallardo. F. Schmithüsen, F., Eds., IUFRO, 2005 (IUFRO World Series Volume 16), Viena 2005.
- Bermúdez Soto, Jorge* La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental, RDUCV, N° XXIII.
- Bermúdez Soto, Jorge* Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, en RCHD, Vol. 29, N° 2.
- Bermúdez Soto, Jorge* Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental. RDUCV, N° XX.
- Bermúdez Soto, Jorge* *Sistemas Sancionadores de protección ambiental, casos español y chileno*. Tesis doctoral, Madrid 1998.
- Bertelsen Repetto, Raúl* El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia, en RCHD, Vol. 25, N° 1, enero-marzo 1998.
- Bertelsen Repetto, Raúl* Informe en derecho: Facultades de Conaf y contaminación de aguas de un lago, RCHD Vol. 19, N° 3, 1992.
- Betancor Rodríguez, Andrés* Instituciones de Derecho Ambiental, Ed. La Ley, Madrid 2001.
- Bethge, Herbert* Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, en Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, 1995.
- Biermann, Frank y Simonis, Udo E.* Politikinnovation auf der globalen Ebene, en Aus Politik und Zeitgeschichte B48/99 de 26 de noviembre de 1999.
- Böhm, Monika* Der Normmenschen: Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltsachdstoffen, Ed. J.C.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996 .
- Bönker, Christian* Die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Umweltstandards in Verwaltungsvorschriften, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1992.
- Bordali Salamanca, Andrés* Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente, Ed. Fallos del Mes, Santiago 2004.
- Breuer, Rüdiger* Umweltschutzrecht, en Besonderes Verwaltungsrecht, Eberhard Schmidt-Assmann editor, 11ª Ed. de Guyter, Berlin.
- Breuer, Rüdiger* Umweltschutzrecht, en Besonderes Verwaltungsrecht, Capítulo 5.
- Bryde, Brun-Otto* Verfassungsentwicklung, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1982.
- Cabanillas Sánchez, Antonio* La reparación de los daños al medio ambiente, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996.
- Cansier, Dieter* Gefahrenabwehr und Risikovororge im Umweltschutz und der Spielraum für ökonomische Instrumente, en Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1994.
- Cañizares Laso, Anay y Rodríguez Tapia, José Miguel* La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVII Fascículo I, enero-marzo 1994.
- Carraço, Diego* Derecho Ambiental y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y recurso de protección de la Constitución Política del Estado, acciones populares ambientales, en Gaceta Jurídica.

- Celaya, Rodolfo* Naturaleza Jurídica del Permiso de Emisión Transable, RCHD, Vol. 22, Nº 2, 2002.
- Colina Garca, Rafael* La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- Corral Talciani, Hernán* Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la ley de bases del medio ambiente, en RCHD, Vol. 23, Nº 1, 1996.
- De la Barra, Francisco* Responsabilidad extracontractual por el daño ambiental: el problema de la legitimación activa, RCHD, Vol. 29, Nº 2.
- Delgado Piqueras, Francisco* Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, REDC Nº 38, mayo-agosto de 1993.
- De Esteban Jorge y González-Trevijano, Pedro J.* Curso de Derecho Constitucional Español, Tomo II, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid 1993.
- De Otto, Ignacio* Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Ed. Ariel S.A., Barcelona 1987, 4a reimpresión 1995.
- Diccionario Jurídico Black's Law Dictionary, 6ª Edición, St. Paul Minn. 1991.
- Díez-Picazo Luis y Gullón, Antonio* Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Ed. Tecnos, Madrid 1995.
- Driesen, David M.* The economic dynamic of Environmental Law, The MIT Press, Massachusetts, 2003.
- Durner, Wolfgang* Common Goods, Statusprinzipien von Umweltgütern im Völkerrecht, Ed. Nomos, Baden Baden, 2001.
- Epiney, Astrid* Emissionshandel in der EU, en Deutsches Verwaltungsblatt, Nº 9 2002.
- Epiney, Astrid y Scheyli Martin*, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998.
- Eser, Albin* Derecho Ecológico, en Revista de Derecho Público (España), Nºs 100-101, julio-diciembre 1985.
- Feldhaus, Gerhard* Integriertes Anlagenzulassungsrecht materiell- und verfahrensrechtliche Anforderungen nach neuem Recht, en Zeitschrift für Umweltrecht, 2002.
- Fernández Richard, José* Las Municipalidades y la protección del medio ambiente, en Gaceta Jurídica, Nº 165 marzo de 1994.
- Fernández Bitterlich, Pedro* Manual de Derecho ambiental chileno, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- Fuentes Olmos, Jéssica* El Derecho de Propiedad en la Constitución y la Jurisprudencia, Recursos de Protección e Inaplicabilidad 1981-1996, Ed. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998.
- Gallego Anabiarte, Alfredo* Constitución y Personalidad Jurídica del Estado, Ed. Tecnos, Madrid 1992.
- García de Enterría Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón* Curso de Derecho Administrativo Tomo I, Ed. Civitas 7ª edición Madrid 1995.
- Giampietro, Franco* La responsabilità per danno all'ambiente, Ed. Giuffrè, Milán, 1988.
- González Rivas, Juan José* El derecho al medio ambiente: diversidad normativa, en Actualidad Administrativa, Nº 24 1996.
- Guerrero Becar, José Luis* La libertad para desarrollar actividades económicas del artículo 19 Nº 21 y la

- Constitución Económica, en Revista Persona y Sociedad, del Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales ILADES y la Universidad Alberto Hurtado, Vol. IV, N° 3, diciembre de 2000.
- Guzmán Brito, Alejandro* Derecho Privado Romano, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2001.
- Häberle, Peter* Die Wesensgehaltgarantie des artikels 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3ª edición, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1983.
- Hendler, Reinhard* Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis, en Die Öffentliche Verwaltung, 1998.
- Hendler, Reinhard* Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis.
- Hesse, Konrad* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19ª Edición, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1993.
- Hoffman, William C* Germany's New Environmental Liability Act: strict liability for facilities causing pollution, Netherlands International Law Review, XXXVIII The Hague 1991.
- Hoppe, Werner; Beckmann, Martin; Kauch, Petra* Umweltrecht, 2ª edición, Ed. Beck, Munich, 2000.
- Hoppe, Werner; Beckmann, Martin; Kauch, Petra* Umweltrecht, Ed. C.H. Beck, 2ª edición, Munich 2000.
- Hube, Peter M.* (Editor), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Ed. Berlin-Spitz, Berlin 1999.
- Informe de la Comisión Brundtland se contiene en el documento UN Doc. A/42/427 de 4 de agosto de 1987, *Nuestro Futuro Común*, Ed. Alianza, Madrid, 1992.
- Jänicke, Martin *Umweltpolitik*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2000.
- Jarass, Hans* Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar, 3ª edición Ed. Beck, Munich, 1995.
- Jordano Fraga, Jesús* El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva, en Revista "Humana Iura" N° 6 año 1996.
- Jordano Fraga, Jesús* La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- Juste Ruiz, José* Derecho Internacional del Medio Ambiente, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid 1999.
- Ketteler, Gerd *Der Begriff der Nachhaltigkeit im Umwelt und Planungsrecht*, en Natur und Recht N° 9 2002, p. 513.
- Kilian, Michael* Finanzierung des Umweltschutzes, en *Hans-Werner Rengeling* (editor), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Ed. Carl Heymanns, Colonia, 1998.
- Kiss Alexander y Shelton Dinah, *Manual of European Environmental Law*, 2ª Ed. Cambridge 1997.
- Klein, Hans H* Die Grundrechtliche Schutzpflicht, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1994.
- Kloepfer, Michael* Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats, Deutsches Verwaltungsblatt, 1994.
- Kloepfer, Michael* Umweltpolitik und Umweltrecht: Privatrecht und insbesondere Öffentliches Recht, en Handbuch zum europäisch en und deutschen Umweltrecht (EUDUR), 2003.
- Kloepfer, Michael* Umweltrecht, 2ª edición, Ed. Beck, Munich, 1998.
- Kloepfer, Michael* Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Ed. De Gruyter, Berlin-New York, 1978.

- Koch, Hans-Joachim* (editor), *Umweltrecht*, Ed. Luchterland, Hamburgo 2002.
- Kunig, Philip* *Umweltrecht*, en *Umweltpolitik*, M. Jänicke, P. Kunig y M. Stitzel, editado por Bundes Zentrale für politische Bildung, Bonn 2000.
- Lacruz Verdejo, José Luis* y otros autores, *Derecho de Obligaciones, Volumen Segundo Contratos y Cuasicontratos, Delito y Cuasidelito*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1995.
- Larenz, Karl* *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, Ed. Civitas, Madrid 1985 (reimpresión 1993).
- Lavín, Julio* *Legislación Restrictiva de Derechos y Libertades para proteger el medio ambiente*, en RCHD Vol. 25, N° 1, 1998.
- López Ramón, Fernando* *Derechos Fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*, REDA N° 95 julio/septiembre de 1997.
- López Santa María, Jorge* *Los Contratos, parte general*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1986 (hay ediciones posteriores).
- Loperena Rota, Demetrio* *El derecho al medio ambiente adecuado*, Ed. Civitas, Madrid 1996.
- Martín Mateo, Ramón* *Manual de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium, 2ª Edición, Madrid, 1998.
- Martín-Retortillo Báquer, Lorenzo* en *Administración Local y Medio Ambiente*, en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, coordinado por José Esteve Pardo, Ed. Civitas, Madrid 1996.
- Maurer, Hartmut* *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12ª edición, Ed. Beck, Munich, 1999.
- Muñoz Machado Santiago y otros*, *Los Animales y el Derecho*, Ed. Civitas, Madrid 1999.
- Murswiek, Dietrich* *Maastricht und der Pouvoir Constituant*, en *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, 32, 1993.
- Murswiek, Dietrich* *Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1999.
- Murswiek, Dietrich* *Umweltrecht und Grundgesetz*, en *Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, 33. Band 2000.
- Murswiek, Dietrich* *Umweltrecht und Grundgesetz*, en *Die Verwaltung*, N° 33 año 2000.
- Navarro Beltrán, Enrique* *Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, en RCHD Vol. 20 N°s 2-3 mayo-diciembre de 1993.
- Ninck, Mathias* *Zauberwort Nachhaltigkeit*, Zurich 1997. Ramón Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Ed. Trivium, 1991.
- Oelckers Camus, Osvaldo* *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado*, en RDUCV, N° XI, 1987.
- Oelckers Camus, Osvaldo* *La suspensión de los efectos del acto administrativo debido a la orden de no innovar*, RDUCV, XVI, 1995.
- Otero Parga, Milagros* *La arbitrariedad*, Anuario de Filosofía del Derecho (España), Tomo XII año 1985.
- Palacios Milagros y Chávez, Carlos* *Programa de Compensación de Emisiones, Evaluación del diseño de fiscalización y su cumplimiento*, en *Estudios Públicos*, N° 88, año 2002, pp. 97 a 126.

- Pérez, Clemente* Permisos de Emisión Transables y el control de la contaminación atmosférica en Santiago, Revista de Derecho Administrativo Económico, PUC, Vol. II, N° 2 2000.
- Pierry Arrau, Pedro* Nulidad en el Derecho Administrativo, en RDUCV, N° XV, 1993-1994.
- Pieroth Bodo y Schlink Bernhard*, Grundrechte, Staatsrecht II, 18ª edición, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe.
- Pizarro, Rodrigo y Vasconi, Paola* Estudios Fundación Terram, Análisis de Políticas Públicas N° 3, septiembre 2001.
- Prieur, Michael* Droit de l'environnement, Ed. Dalloz, Paris 1984.
- Quintanilla Pérez, Alvaro* Corte Suprema en caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué, en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, diciembre de 2004, N° 12.
- Ramos Méndez, Francisco* Derecho Procesal Civil Tomo I, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1992.
- Recasens Siches, Luis* Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 6a edición, México 1981.
- Rubio Llorente, Francisco* El principio de legalidad, REDC N° 39 septiembre-diciembre de 1993.
- Sanden, Joachim* Umweltrecht, 1999.
- Santamaría Arinas, René* Administración Pública y Prevención Ambiental: El régimen jurídico de la producción de residuos peligrosos, Ed. IVAP, Bilbao, 1996.
- Santamaría Pastor Juan Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano* Derecho Administrativo, La jurisprudencia del Tribunal supremo, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1992.
- Schmebl, Arndt* Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt zwischen Stabilität und Flexibilität, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998.
- Schmidt, Michael Rütz Nicole y Bier Sascha*, Umsetzungsfragen bei der strategischen Umweltprüfung (SUP) in nationales Recht, en Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 6, 2002.
- Schmidt, Reiner* Einführung in das Umweltrecht, Ed. C.H. Beck, 6ª Edición, Munich 2001.
- Soto Kloss, Eduardo* "Sin perjuicio de..." en el recurso de protección, en RDUCV N° VI 1982.
- Soto Kloss, Eduardo* Comentario a la Sentencia de 22 de junio de 1992 de la CA de Copiapó (Callejas Molina y otro con Compañía Minera del Pacífico S.A.), Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXIX.
- Soto Kloss, Eduardo* Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II, El principio de juridicidad, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996.
- Soto Kloss, Eduardo* El Derecho Fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: su contenido esencial, Revista Gaceta Jurídica N° 151, enero de 1993.
- Soto Kloss, Eduardo* Nulidad de Derecho chileno, en Revista de Derecho Público, N°s 47-48 1990.
- Stein, Ekkehart* Staatsrecht, 13ª edición, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1991.
- Tyler Miller, George* Living in the Environment, Wadsworth Publishing Company, 13ª Edición, 2003.
- Vargas Delgado, Iris* La toma de razón ambiental, Ed. Conosur, Santiago 2000.
- Velasco Caballero, Francisco* El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector? en Revista Andaluza de Administración Pública N° 19, julio-agosto-septiembre de 1994.



- Velasco Caballero, Francisco* Las cláusulas accesorias del acto administrativo, Ed. Tecnos, Madrid 1996.
- Valenzuela Fuenzalida, Rafael* El Recurso Constitucional de Protección sobre materia ambiental en Chile, RDUCV, XIII 1989-1990.
- Vera Jurado, Diego* La disciplina ambiental de las actividades industriales, Ed. Tecnos, Madrid 1994.
- Vargas M., Rafael* El recurso de protección ambiental, Ed. Metropolitana, Santiago, 2005.
- Vergara Blanco, Alejandro* La propietarización de los derechos, Revista de Derecho Vol. XIV 1992.
- Wagner Pfeifer, Beatrice* Umweltrecht I, Ed. Schulthess, Zürich 1999.



ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EN EL MES DE NOVIEMBRE DE 2007 EN VALPARAÍSO  
CHILE