

FUNDAMENTOS DE DERECHO AMBIENTAL

2ª Edición

JORGE BERMÚDEZ SOTO



Ediciones
Universitarias
de Valparaíso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE VALPARAÍSO



Jorge Bermúdez Soto

Profesor Titular de Derecho Administrativo y Ambiental de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Investigador en varias ocasiones del programa Fondecyt Regular, en Chile y de la Fundación Alexander von Humboldt, en Alemania. Autor de los libros *Derecho Administrativo General* y *Las Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común* y coautor de *Justicia Ambiental*, entre otras diversas publicaciones. Se ha desempeñado como funcionario y asesor en diversos órganos de la Administración del Estado con competencias en materia ambiental y como consultor internacional de la FAO y la CPPS.

José Ignacio Viquez Pínguez
2018

JORGE BERMÚDEZ SOTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO AMBIENTAL

2ª Edición

Con la colaboración de

Pedro Harris Moya
Master en Derecho Ambiental
(U. de Paris 1, Panthéon Sorbonne)



Ediciones
Universitarias
de Valparaíso
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE VALPARAISO

©Jorge Bermúdez Soto
FUNDAMENTOS DE DERECHO AMBIENTAL

ISBN: 978-956-17-0607-1
Inscripción Nº 245.024

Derechos Reservados

Tirada: 500 ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Doce de Febrero 187 - Casilla Postal 1415 - Valparaíso - Chile
Fono (32) 2273087 - Fax (32) 227 34 29
E-mail: euvs@ucv.cl
www.euv.cl

Dirección de arte: Guido Olivares S.
Diseño: Mauricio Guerra P.
Asistente de Diseño: Alejandra Larraín R.
Corrección de Pruebas: Osvaldo Oliva P.

Portada: Carolina Hödar Díaz
Fotos: Alejandro Valenzuela Marín

Imprenta Salesianos S.A.

HECHO EN CHILE

Índice

Prólogo a la Segunda Edición	13
Agradecimientos	17
Tabla de Abreviaturas	19
Capítulo Primero	
FUNDAMENTOS DE DERECHO AMBIENTAL	
1. PROTECCIÓN AMBIENTAL	25
2. POLÍTICA AMBIENTAL	27
2.1 Eficacia	27
2.2 Ámbitos	28
3. ECONOMÍA AMBIENTAL	32
3.1 Instrumentos económicos	33
3.2 Externalización de la protección ambiental	34
4. DERECHO AMBIENTAL	35
4.1 Ubicación del Derecho ambiental	36
4.2 Derecho y Ética ambiental	37
4.3 Antecedentes del Derecho ambiental	37
4.4 Derecho ambiental contemporáneo	38
4.5 Reconocimiento constitucional	40
4.6 La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente	42
5. PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL	46
5.1 Precautorio	46

5.2 Causador o de Responsabilidad 49

5.3 Cooperación 52

5.4 Justicia Ambiental 54

5.5 Principio de no regresión 57

6. MEDIO AMBIENTE Y CONCEPTOS JURÍDICOS RELACIONADOS 60

6.1 Medio Ambiente 60

6.2 Medio Ambiente Libre de Contaminación 65

6.3 Conservación del Patrimonio Ambiental 69

6.4 Desarrollo Sustentable 71

6.5 Preservación de la Naturaleza 78

6.6 Protección del Medio Ambiente 79

7. ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL. 80

7.1 Generalidades 80

7.2 Ministerio del Medio Ambiente 84

7.3 Servicio Público Ambiental 89

7.4 Consejo de Ministros para la Sustentabilidad 101

7.5 Consejos Consultivos. 103

7.6 Comisión de Evaluación Ambiental 103

7.7 Comité Técnico Regional 103

BIBLIOGRAFÍA 104

Capítulo Segundo

PROTECCIÓN AMBIENTAL Y CONSTITUCIÓN

1. CONSTITUCIÓN AMBIENTAL 113

2. DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN 114

2.1 Contenido y titularidad del derecho 115

2.2 Extensión 117

2.3 Elementos 127

2.4 Finalidad 130

2.5 Conclusiones 136

3. RECURSO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL 137

3.1 Objeto del recurso 138

3.2 Forma de vulneración del derecho 139

3.3 Conducta que vulnera el derecho	141
3.4 Calidad de la conducta	143
3.5 Sujeto imputado	145
3.6 Efectos del recurso de protección en materia ambiental	145
4. PROTECCIÓN AMBIENTAL Y LÍMITE A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	148
4.1 Preeminencia de derechos y garantías constitucionales	150
4.2 Alcance del artículo 19 N° 8 inc. 2° CPR	151
5. DEBER DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL ESTADO	174
5.1 Sujeto destinatario	175
5.2 Contenido	176
5.3 Déficit en la ejecución del deber	181
BIBLIOGRAFÍA	183

Capítulo Tercero

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

1. INSTRUMENTOS DEL DERECHO AMBIENTAL	189
1.1 Concepto	192
1.2 Instrumentos normativos	192
1.3 Instrumentos objeto de análisis	194
2. EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN AMBIENTAL	194
3. EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA	195
3.1 Concepto	197
3.2 Actividades sometidas al procedimiento	199
3.3 Etapas de la Evaluación Ambiental Estratégica	203
4. NORMAS DE CALIDAD AMBIENTAL	207
4.1 Norma primaria de calidad ambiental	207
4.2 Norma secundaria de calidad ambiental	209
4.3 Características	211
4.4 Obligatoriedad	216
4.5 Procedimiento de formación	218
4.6 Estudio de caso: el material particulado respirable MP10	219
4.7 Estudio de caso: norma primaria de calidad ambiental para MP2,5	223
5. NORMAS DE EMISIÓN	227

5.1 Concepto	228
5.2 Clases	228
5.3 Dictación de las normas de emisión	229
5.4 Carácter progresivo o mejoramiento gradual de las normas de emisión	230
5.5 Estudio de caso: residuos líquidos industriales en aguas superficiales	231
5.6 Relaciones entre las normas de emisión y de calidad ambiental.	238
6. DECLARACIÓN DE ZONA LATENTE Y SATURADA	242
7. PLANES DE PREVENCIÓN Y DE DESCONTAMINACIÓN	244
7.1 Elementos.	245
7.2 Instrumentos	247
7.3 Obligatoriedad	248
7.4 Problemas de constitucionalidad	248
7.5 Estudio de caso: plan de descontaminación del complejo industrial Las Ventanas. .	250
8. PLANES DE MANEJO	252
8.1 Contenido	253
8.2 Destinatarios	253
8.3 Roles de la Administración Ambiental	254
8.4 Planes de manejo contenidos en leyes especiales.	255
9. PROGRAMAS DE CONTROL INTEGRADO	255
10. PROGRAMAS DE MONITOREO CONTINUO	257
11. REGULACIÓN ESPECIAL DEL SUELO	258
12. PERMISOS DE EMISIÓN TRANSABLE	259
12.1 Principio y objetivo	260
12.2 Presupuestos	260
12.3 Perspectivas jurídicas de los mercados de emisiones	262
13. SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL	263
13.1 Concepto	264
13.2 Características.	265
13.3 Finalidad	275
13.4 Elementos de la Evaluación	279
13.5 Ingreso al SEIA.	290
13.6 Actividades sometidas al SEIA	302
13.7 Procedimiento de urgencia.	307

13.8 DIA sujeta a evaluación y certificación de conformidad	309
13.9 DIA de empresas de menor tamaño: registro.	309
13.10 Resolución de Calificación Ambiental	311
13.11 Conclusiones	324
14. CERTIFICACIÓN AMBIENTAL	324
14.1 Concepto de certificación	325
14.2 Certificación voluntaria y obligatoria	325
14.3 Programas de Evaluación y Certificación de Conformidad	327
15. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL	330
15.1 Antecedentes	330
15.2 Instrumentos internacionales que establecen la información ambiental	331
15.3 Alcance de la información ambiental	333
15.4 Sistemas de información ambiental	336
15.5 Reserva y secreto en el acceso a la información ambiental	340
15.6 Información ambiental como condición de la justicia ambiental	343
15.7 Conclusiones	346
16. RÉGIMEN DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS	347
16.1 Obligaciones de protección	347
16.2 LBGMA y áreas protegidas	349
16.3 Elementos caracterizadores	351
16.4 Concepto de área protegida	353
16.5 Clases de áreas protegidas	359
16.6 SEIA y áreas protegidas.	362
17. RÉGIMEN DE LAS ESPECIES PROTEGIDAS	368
17.1 Generalidades.	368
17.2 Características de la protección en el marco de la LBGMA	369
17.3 Efectos	377
BIBLIOGRAFÍA	381

Capítulo Cuarto

RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL

1. MARCO NORMATIVO	389
2. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO	391

2.1 Aplicación de normas de Derecho común	391
2.2 Aplicación de un concepto específico de daño ambiental	392
2.3 Conclusión	394
3. ALCANCE DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD	395
4. SISTEMA SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD	395
4.1 Presunciones de responsabilidad	396
4.2 Objetivación de la responsabilidad ambiental	398
5. DAÑO AMBIENTAL	399
5.1 Características	400
6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD	404
6.1 Imposibilidad de presumir la relación causal.	405
6.2 Pluralidad de causas	405
7. REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL	407
7.1 Formas de reparación	408
7.2 Problemas de la indemnización de los perjuicios en materia ambiental	412
8. TITULARES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL	414
8.1 Afectados por el daño ambiental	414
8.2 Municipalidades	415
8.3 Estado	416
8.4 Intervención como tercero coadyuvante	416
8.5 Requerimiento para el ejercicio de la acción ambiental.	417
8.6 Transacción	418
9. TRIBUNAL AMBIENTAL	419
9.1 Competencia en materia de reparación del daño ambiental	419
9.2 Tribunal Ambiental competente	420
10. PROCEDIMIENTO JUDICIAL	420
10.1 Etapa de discusión	421
10.2 Conciliación	422
10.3 Prueba	422
10.4 Sentencia	425
10.5 Recursos jurisdiccionales	425
11. PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN AMBIENTAL	426
11.1 Presupuestos	427

11.2 Efectos 427

11.3 Límites 428

11.4 Ausencia del plan de reparación. 429

12. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN 431

13. RELACIÓN ENTRE LAS RESPONSABILIDADES AMBIENTAL Y CIVIL EXTRACONTRACTUAL 432

13.1 Perspectiva normativa 432

13.2 Perspectiva reparatoria 432

14. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO AMBIENTAL 434

14.1 Planteamiento del problema. 435

14.2 Supuesta autarquía del Derecho administrativo 436

14.3 Improcedencia de la acción ambiental 438

14.4 Excepción a la aplicación de las normas de Derecho público 439

14.5 Fisco con Fisco en materia ambiental 439

15. VALORACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD 444

BIBLIOGRAFÍA 445

Capítulo Quinto

FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN AMBIENTAL

1. ACTIVIDAD DE POLICÍA 449

2. FISCALIZACIÓN AMBIENTAL 451

2.1 Superintendencia del Medio Ambiente 451

2.2 Elementos de la fiscalización ambiental 452

2.3 Instrumentos coadyuvantes de la fiscalización ambiental 460

3. POTESTAD SANCIONADORA AMBIENTAL 470

3.1 Aplicación matizada de los principios penales en el ámbito
de la potestad sancionadora administrativa 470

3.2 La potestad sancionadora como instrumento de protección ambiental. 472

3.3 Características del régimen sancionador ambiental. 473

3.4 Infracciones ambientales 476

3.5 Sanciones ambientales. 478

4. REGLAS PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS 480

4.1 Subsunción de la infracción 480

4.2 Reglas de ponderación de la sanción 481

4.3 Non bis in idem 489

4.4 Proporcionalidad 493

4.5 Protección de la Confianza Legítima 496

4.6 Publicidad y registro de sanciones 497

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 498

5.1 Separación de funciones en la fiscalización y el procedimiento
administrativo sancionador 499

5.2 Medidas provisionales 500

5.3 Etapas del procedimiento 502

5.4 Prescripción de infracciones y sanciones 508

5.5 Impugnación administrativa de la resolución sancionadora 509

BIBLIOGRAFÍA 511

Capítulo Sexto

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

1. ASPECTOS GENERALES 517

2. NATURALEZA DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES 519

2.1 Honores, Número e Integración. 520

2.2 Características de los Tribunales Ambientales 522

3. ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS EN PARTICULAR. 526

3.1 Acción de impugnación de normas ambientales. 527

3.2 Acción de impugnación de sanciones administrativas y otros actos de la SMA 531

3.3 Acción de impugnación de la RCA negativa 533

3.4 Acción de impugnación de la revisión de la RCA por
cambio sustantivo en las variables ambientales 535

3.5 Acción de impugnación de la RCA por falta de consideración
de las observaciones ciudadanas 535

3.6 Acción de impugnación de actos administrativos de ejecución
de normas ambientales 536

3.7 Acción general de impugnación ambiental 538

3.8 Acción de responsabilidad. 540

3.9 Procedimiento de reclamación 541

4. CONCLUSIONES 546

BIBLIOGRAFÍA 548

Prólogo a la Segunda Edición

Según datos de la FAO en el mundo hay más de 800 millones de personas que sufren hambre crónica, además prevé que para el 2050 la población mundial alcanzará los 9.600 millones de personas, con una gran concentración en las áreas urbanas. Estos dos datos son demostrativos de la envergadura de la tarea de alimentar a esa gran cantidad de personas, lo que plantea un desafío clave para la existencia humana, que debe ser asumido tanto por la actual, como por las futuras generaciones. Para asumir este desafío el medio ambiente hasta ahora ha proveído a la humanidad de unos servicios que por mucho tiempo se han considerado como ilimitados, sin embargo, es evidente que ello no seguirá siendo así. En efecto, las consecuencias del cambio climático se dejan sentir de manera mucho más intensa y rápida que la proyectada, afectando la producción de alimentos, tornando escasos bienes y servicios ambientales considerados hasta ahora inagotables. El cambio climático ha alterado los sistemas de vida, modificado los ecosistemas, desplazado a las poblaciones, provocando verdaderos refugiados ambientales y por supuesto, haciendo más difícil la tarea de asegurar la existencia de nuestra especie. En el caso específico de Chile, las consecuencias de estos fenómenos se sienten de manera ostensible. Por un lado, la presión sobre los recursos naturales, generada por una economía volcada en la producción de materias primas (alimentarias y minerales) ha cambiado el paisaje ambiental chileno. Baste con pensar en el estado de las pesquerías, la pérdida o sustitución del bosque nativo y la consecuente desertificación, el agotamiento de los acuíferos, etc. El cambio climático, por su parte, se deja sentir cada vez con más intensidad y lo podemos identificar con la sequía que afecta desde hace más de cinco años a la zona central del país que va desde Coquimbo al Biobío. Según datos de la Dirección Meteorológica de Chile, la década que va de 2003 a 2013 ha sido la más seca desde 1866.

Una de las principales obligaciones del Estado es la de dar seguridad a su población (art. 1 inc. 4º CPR). Esa seguridad no sólo comprende lo que hoy se denomina como seguridad ciudadana, y que en el Derecho Administrativo tradicional se identifica con la mantención del orden público; también deben incorporarse otras nociones, englobadas en el concepto de seguridad ambiental. La seguridad ambiental implica garantizar a la población que no se verá afectada, o al menos no de una manera que ponga en riesgo su supervivencia, por los diversos eventos que tienen lugar en el medio ambiente y por los distintos impactos que éste soporta. En un escenario de población creciente, en que la presión sobre los recursos naturales y sobre los Estados que los posean será cada vez más insostenible, en

que los ecosistemas han sido alterados de manera irremediable, sin que sean ya capaces de proveer de los servicios ambientales que dábamos por supuestos, la consideración de la seguridad ambiental de la propia población constituye un deber ineludible para el Estado. No quiero decir con esto que el único fin de la protección ambiental sea el de la seguridad frente a riesgos y peligros ambientales; por el contrario, éste es el mínimo que debe alcanzar el Estado para poder seguir llamándolo como tal. Un Estado que no es capaz de dar seguridad a su población, en este caso, que no es capaz de protegerla frente a los impactos y daños ambientales, que no puede garantizarle los servicios ambientales mínimos, como el agua apta para la bebida, o el aire puro para respirar, es un poco menos Estado. El Estado puede ser cuestionado en su propia existencia si abandona la protección de su territorio en un sentido amplio, esto es, uno de los elementos constitutivos de su concepto, lo que necesariamente repercutirá sobre un segundo componente: su población, cuya tutela es en definitiva su razón de ser. Todo Estado debe tener el nivel de competencias necesarias para gestionar adecuadamente los riesgos y peligros ambientales, si no lo logra, no sólo demuestra una falla en la gestión, sino que se deslegitima como organización política, ya que su población pierde la confianza en él.

La primera edición de Fundamentos de Derecho Ambiental fue publicada a fines de 2007. Desde ese momento hasta la fecha han ocurrido muchos cambios e innovaciones en el ámbito de la protección ambiental. Si los riesgos inevitables no pueden sino padecerse, la sociedad chilena parece estar menos dispuesta a tolerar aquéllos de naturaleza evitable, reflejados de manera característica en la ejecución de proyectos que ocasionen impactos ambientales intensos, o que impliquen cargas ambientales que afecten de manera inequitativa a una comunidad. La participación, formal o no, por parte de las ciudadanas y ciudadanos dan cuenta de la relevancia que ha adquirido la protección ambiental en amplios sectores de la sociedad. Por su parte, la incorporación de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) tuvo como uno de sus presupuestos la modernización de la Administración Pública Ambiental, lo que comprendió la creación del Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Dicho diseño institucional se complementó con la creación de la jurisdicción ambiental. A ello se sumó la incorporación de nuevos instrumentos de gestión ambiental, como la Evaluación Ambiental Estratégica y el perfeccionamiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, quiero relatar algunos aspectos novedosos que diferencian a esta segunda edición de su antecesora. En primer término, se debe tener en cuenta que el libro fue totalmente revisado, complementado, o reescrito donde correspondía. En efecto, en todos sus capítulos la bibliografía y los temas antiguos y nuevos que se discuten, son el resultado del estudio y análisis de los materiales normativos y doctrinarios más relevantes disponibles. Esto explica, en parte, que el libro haya experimentado un aumento de su extensión a más del doble.

En la presente edición del libro, se abandona la idea de la tríada de principios del Derecho Ambiental, y se incorpora la discusión de dos principios que hoy aparecen como centrales para la protección del medio ambiente: la justicia ambiental y la no regresión. La justicia ambiental se entiende como la distribución equitativa de cargas y servicios ambientales entre todos los miembros de la sociedad. Se trata de un principio que tiene un anclaje constitucional y que debe ser observado en el diseño y aplicación de toda política, medida e instrumento ambiental. Por su parte, el principio de no regresión garantiza que los niveles de protección alcanzados no puedan ser abandonados o renunciados, imponiendo la obligación de mantener y mejorar la situación de protección del medio ambiente. Este

enfoque se debe complementar con los avances desde la perspectiva de la Constitución Ambiental. En este punto, se debe destacar el análisis de la libertad de adquirir toda clase de bienes (art. 19 Nº 23 CPR) y la lectura sistemática que ésta debe tener, al ponerse en relación con las normas constitucionales específicas dirigidas a la protección ambiental. Más adelante en el libro se revisan los instrumentos de gestión ambiental. En esta ocasión se han considerado todos los instrumentos que contiene la LBGMA, pero también se incorporan otros que permiten dar un panorama completo del instrumentario existente. A ello se agrega la especial dedicación que se da al análisis del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Como se sabe, este instrumento constituye el más exitoso de la política ambiental nacional. No voy a cuestionar aquí la tendencia hacia la aplicación más intensa del SEIA en desmedro de otros instrumentos de protección ambiental, como los normativos, simplemente se debe destacar que hoy día cualquier análisis comprensivo del Derecho Ambiental nacional pasa por una explicación profunda del SEIA. En materia de responsabilidad por el daño ambiental el estudio debió ser revisado, tanto por la jurisprudencia que surgió en la materia, como por las innovaciones legislativas introducidas con la Ley Nº 20.600, que crea los Tribunales Ambientales. Finalmente, el texto incorpora dos capítulos nuevos. Uno de ellos está dedicado por entero al estudio de la fiscalización y la sanción ambiental. Se trata de un análisis de la regulación que incide en la actuación de la Superintendencia del Medio Ambiente, regulación que no tiene parangón en el contexto de los órganos fiscalizadores y sancionadores del Derecho Administrativo chileno. El libro concluye con la mirada puesta en la jurisdicción ambiental. La creación de los Tribunales Ambientales marca un punto de inflexión en la protección ambiental en Chile. La nueva jurisdicción ambiental está recién comenzando su andar, y aún falta por conocer la forma en que la Corte Suprema delinearé las competencias de aquélla, a través de la revisión por la vía de la casación de las sentencias de los Tribunales Ambientales. Sin embargo, la aparición de los Tribunales Ambientales se debe destacar por sí misma como un elemento promisorio no sólo para el desarrollo del Derecho Ambiental chileno, sino mucho más, para la realización de los objetivos de la protección ambiental.

El panorama de la protección ambiental en Chile es muy complejo y las amenazas son múltiples y cada vez más intensas. El Derecho aparece siempre como una herramienta ajena, burocrática y tardía en la solución de los problemas que aquélla plantea. Sin embargo, el Derecho sigue siendo la única forma civilizada de solucionar los conflictos y alcanzar los objetivos que la política, la ambiental en este caso, se ha trazado. Ese ha sido el sentido de este libro.

JORGE BERMÚDEZ SOTO
Valparaíso, julio de 2014

Agradecimientos

Quisiera agradecer en primer lugar a la Escuela de Derecho y la Facultad de Derecho de la PUCV por el apoyo permanente que he tenido para realizar esta obra. Sin su ayuda y apoyo no hubiese tenido la tranquilidad y tiempo necesarios para concluir esta segunda edición aumentada y corregida. Asimismo, quiero agradecer al profesor Martin Burgi, de la Facultad de Derecho de la Ludwig-Maximilian Universität München, quien me acogió en su cátedra durante todo el primer semestre de 2014, y me brindó el entorno necesario para terminar este libro. Finalmente, quiero reconocer de manera especial a mi ex alumno, colega y amigo, Pedro Harris, por la invaluable colaboración que me ha brindado desde hace ya cuatro años, en la recopilación de materiales, estudio, discusión e incluso redacción de algunas partes de esta obra. A todos ellos muchas gracias.

Tabla de Abreviaturas

AAA: Área Apta para la Acuicultura

AMCP-MU: Área Marina Costera Protegida de Múltiples Usos

Art.: Artículo

BAT: *Best available technology*

BATNEEC: *Best available technology not entailing excessive economical cost*

CA: Corte de Apelaciones

CC: Código Civil

CDB: Convención de la Diversidad Biológica

CDE: Consejo de Defensa del Estado

CE: Constitución Española

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe

Cfr.: Confrontar

CGR: Contraloría General de la República

CIC: Consejo Internacional de Coordinación

CII: Corte Internacional de Justicia

CITES: *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*

CMN: Consejo de Monumentos Nacionales

CODELCO: Corporación del Cobre de Chile

COF: Comité Operativo de Fiscalización

CONAF: Corporación Nacional Forestal

CONAMA: Comisión Nacional del Medio Ambiente

COREMA: Comisión Regional del Medio Ambiente

- CPR:** Constitución Política de la República de Chile
- CRVMA:** Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos
- CS:** Corte Suprema
- DIA:** Declaración de Impacto Ambiental
- DIRECTEMAR:** Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante
- D.O.:** Diario Oficial
- DS:** Decreto Supremo
- EAE:** Evaluación Ambiental Estratégica
- Ed.:** Editorial
- EIA:** Estudio de Impacto Ambiental
- Ibid o Ibídem:** ya citado en la nota previa
- ICE:** Informe Consolidado de Evaluación
- Inc.:** Inciso
- IPC:** *Integrated Pollution Control*
- ISO:** *International Organization for Standardization*
- IUCN:** *International Union for Conservation of Nature*
- LBGAE⁹:** Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado
- LBGMA:** Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente
- LBPA:** Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado
- LGPA:** Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura
- LOCM:** Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades
- LOSMA:** Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo segundo de la Ley N° 20.417
- LTAA:** Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales
- MINECON:** Ministerio de Economía, Fomento y Turismo
- MINSEGPRES:** Ministerio Secretaría General de la Presidencia
- MMA:** Ministerio del Medio Ambiente
- OCDE:** Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
- OIT:** Organización Internacional del Trabajo
- OMC:** Organización Mundial del Comercio
- OMS:** Organización Mundial de la Salud
- op. cit.:** Obra citada

PAS: Permiso Ambiental Sectorial

PNUMA: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente

p.: página

pp.: páginas

PPDA: Planes de Prevención y Descontaminación Ambiental

RCA: Resolución de Calificación Ambiental

RCE: Reglamento para la Clasificación de Especies según estado de conservación (Decreto supremo N° 29 de 2011, Ministerio del Medio Ambiente)

RCHD: Revista Chilena de Derecho

RDPUCV: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

REDC: Revista Española de Derecho Constitucional

RILES: Residuos líquidos industriales

RISES: Residuos industriales sólidos

RPM: Resolución de Programa de Monitoreo

RSEIA: Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Supremo N° 40 de 2013, Ministerio del Medio Ambiente)

RSNIFA: Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones (Decreto Supremo N° 31 de 2013, Ministerio del Medio Ambiente)

SEA: Servicio de Evaluación Ambiental

SEC: Superintendencia de Electricidad y Combustibles

SEIA: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

SEREMI: Secretario Regional Ministerial

SERNAPESCA: Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura

SIGES: Sistema Integrado de Gestión

SINCA: Sistema de Información Nacional de Calidad del Aire

SISS: Superintendencia de Servicios Sanitarios

SMA: Superintendencia del Medio Ambiente

SNASPE: Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado

SNIFA: Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental

ss.: siguientes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo de España

SUBPESCA: Subsecretaría de Pesca y Acuicultura

TC: Tribunal Constitucional

TTAA: Tribunales Ambientales

UICN: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza

UNEP: *United Nations Environment Programme*

UPOV: Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales

UTA: Unidad Tributaria Anual

UTM: Unidad Tributaria Mensual

Vol.: Volumen



Capítulo Primero

FUNDAMENTOS DE DERECHO AMBIENTAL

1. PROTECCIÓN AMBIENTAL

El ser humano necesita del medio ambiente para sobrevivir, es el 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, la contaminación y el calentamiento global parecen amenazar hoy, como nunca antes, al resultado de la ecuación: al medio ambiente¹. Independientemente de la opinión que se tenga respecto de la seriedad que presenta el deterioro ambiental, y aún más, incluso aceptando que el ingenio y la tecnología humana serían capaces de solucionar algunos de los problemas ambientales que aquejan a la humanidad, constituye un hecho irrefutable que la mayoría de los Estados, en diverso grado, han asumido la cuestión ambiental como una función pública más. Y ello porque el deterioro que sufran 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

¹ 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 y Scott Spoolman, Living in the Environment*, Brooks/Cole, Cengage Learning, 17ª edición, 2012.

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 Estado².

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 generaciones³. 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 inevitable⁴, 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 ambiental⁵⁻⁶.

La finalidad de protección ambiental no está circunscrita a un ámbito específico, sino que es una tarea integral 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
- el Derecho ambiental.

² Una manifestación positiva de lo anterior la encontramos en el art. 2 letra q) LBGMA, el cual define la 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"*. Esta norma nos entrega una primera aproximación a que la protección ambiental corresponde a una tarea que en primer lugar es del Estado.

³ El artículo 2 letra 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"*.

⁴ Michael Kloepper, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, Ed. De Gruyter, Berlin-New York, 1978, p. 7 y ss.

⁵ Cfr. Rüdiger Breuer, *Umweltschutzrecht*, en *Besonderes Verwaltungsrecht*, Eberhard Schmidt-Aßmann editor, 11ª edición, Berlin 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.

⁶ En los hechos entre los 30 países que se muestran con mejor índice de protección ambiental, más de la mitad son europeos. Por el contrario, los países que muestran el peor desempeño son Sierra Leona, República Central Africana, Mauritania y Togo, todos ubicados en el África Subsahariana y que corresponden a algunos de los más pobres del mundo. Ellos presentan como elementos comunes la práctica inexistencia de protección de la salud y la escasa capacidad para llevar a cabo una política pública ambiental. J. Emerson, D. C. Esty, M. A. Levy, C. H. Kim, V. Mara, A. De Sherbinin, y T. Srebotnyk, 2010 Environmental Performance Index, Yale Center for Environmental Law and Policy, New Heaven, 2010, p. 19.

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 setenta⁷ y en el caso del Estado chileno, se encuentra formalmente considerada recién desde la década de los noventa⁸.

El desarrollo de tales lineamientos o directrices ha sido particularmente fértil en el ámbito de la protección ambiental y, en algunos casos, ha llevado a consagrar las denominadas *normas de coordinación de directrices ambientales*. Estas normas positivaron mandatos destinados a poner en marcha una política del medio ambiente, sin regular su contenido o regulándolo de manera muy leve, pero sujetándolo a ciertos mínimos vinculantes o, en su caso, valores guía⁹. En tales eventos, el legislador obliga a constatar oficialmente la existencia de una problemática ambiental. Acto seguido, establece el deber de implementar un programa marco para dar solución al problema. Se trata de un programa previamente autoaceptado por la Administración y, por consiguiente, presumiblemente eficaz.

En el marco de la Unión Europea, las disposiciones supranacionales que consagran el deber de establecer y mantener una política de reciclaje son un claro ejemplo de coordinación de directrices¹⁰⁻¹¹. A nivel nacional, es posible considerar la existencia de tales disposiciones a partir de la modificación de la LBGMA por parte de la Ley N° 20.417, mediante la creación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el establecimiento de la Evaluación Ambiental Estratégica (arts. 71 y 7 bis, respectivamente). Como veremos (Ver C.III,3), se trata de una normativa que, sin que necesariamente se transforme en una norma jurídica el contenido de las directrices ambientales, sí establece mecanismos formales que imponen el deber de coordinarlas (art. 7 bis inc. 4), así como de integrar los criterios ambientales del desarrollo sustentable a las mismas (art. 71 letra b).

2.1 Eficacia

La Política Ambiental fijará las directrices que gobernarán la actividad estatal encaminada a la pro-

⁷ Por ejemplo el Programa Ambiental del Gobierno Federal alemán de 1971 (*Das Umweltprogramm der Bundesregierung*).

⁸ 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 la extinta 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.

⁹ Cfr. *Enrique Alonso García*, Legislación Sectorial del Medio Ambiente, Revista de Administración Pública (España), N°137, de mayo – agosto de 1995, p. 79.

¹⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 80.

¹¹ Especial referencia merece la Decisión 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente, denominado «Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos». Este programa define las prioridades y objetivos claves que deberán alcanzarse en materia de cambio climático, biodiversidad, medio ambiente, salud y calidad de vida, así como en el contexto de los recursos naturales y residuos.

tección ambiental. La eficacia o virtualidad práctica de la formulación de una política ambiental se resume en los siguientes aspectos:

- 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. De esta idea da cuenta el art. 71 letra b) que dispone como función del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (CMS) *“proponer al Presidente de la República los criterios de sustentabilidad que deben ser incorporados en la elaboración de las políticas y procesos de planificación de los ministerios, así como en las de sus servicios dependientes y relacionados”*.
- La fijación de los niveles o estándares ambientales, responde a la posición y 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 sea para la vida y la salud; o bien para la calidad de vida de las personas, entendiendo que la calidad de vida de las personas implica un nivel de protección mayor que el que sólo asegura la vida y salud. Esta decisión corresponde, en definitiva a la decisión del Presidente de la República, quien expide el acto en que se contiene la norma ambiental respectiva. Sin embargo, el CMS debe emitir un pronunciamiento sobre los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República, cualquiera sea el ministerio de origen, que contenga normas de carácter ambiental (art. 71 letra f)¹².
- 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.

2.2 Ámbitos

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.

¹² En este punto el art. 71 letra f) da la impresión de que un acto administrativo puede contener una norma, es decir, en el caso concreto de las normas de calidad ambiental y las normas de emisión, el DS que las contiene sería el acto administrativo que contendría las normas. Paralelamente, el DS también podría contener un acto administrativo, es decir, cuando el DS no tiene contenido normativo, tendría contenido decisorio o de acto administrativo, es “un acto administrativo que contiene un acto administrativo”. En realidad, la ley confunde aquí los términos, ya que una norma, nace a la vida jurídica bajo una forma determinada, que puede ser de DS o bien de resolución reglamentaria, pero no es un acto administrativo que contiene una norma.

La conformación de una política ambiental en un determinado ámbito territorial 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 internacional¹³. Luego, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992¹⁴; la Conferencia de Johannesburgo de 2002, (Río + 10) sobre Desarrollo Sostenible y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable en junio de 2012 (Río + 20).

Desde la perspectiva global, es posible destacar dos de los aspectos más relevantes de la política ambiental: la consagración de principios y reglas universales ambientales y el establecimiento de organizaciones internacionales.

Uno de los avances 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 concluye¹⁵. 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 ambiental¹⁶. 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 en su momento se encontraban en la denominada *Agenda 21*, la que fue complementada posteriormente con los *Objetivos de Desarrollo del Milenio*.

Otro aspecto es el relativo a las organizaciones internacionales con competencias ambientales. En la práctica no existe una organización internacional exclusivamente encargada de la

¹³ José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 18.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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.

¹⁶ Astrid Epiney, Martin Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, op. cit., p. 29.

cuestión ambiental, desde una perspectiva integral y global¹⁷. Dentro del marco de las Naciones Unidas, debe destacarse el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA/UNEP)¹⁸. 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 ejemplo de CITES¹⁹, del Convenio de Ramsar para la protección de humedales²⁰, 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 del 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 y la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos CRVMA²¹.
- *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 la segunda mitad de la misma, a través de la Política Ambiental del Gobierno. Una política nacional ambiental responde a unos principios operativos, que por regla general serán el Principio Precautorio; el Principio Causador, o de Contaminador Pagador; el Principio de Cooperación²²; el Principio de no Regresión y el Principio de Justicia Ambiental. 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 general, un Ministerio²³, la que se encargará de la puesta en práctica de la política ambiental.

En la actualidad, existen diversas políticas ambientales. Tradicionalmente, se ha considerado a la *Política ambiental para el desarrollo sustentable* –aprobada por el Consejo Directivo de

¹⁷ 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.

¹⁸ Ver: www.unep.org

¹⁹ 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.

²⁰ DS N° 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).

²¹ Ver: www.ccamlr.org

²² Es discutible la extensión del listado de principios y subprincipios que informan el Derecho ambiental. La doctrina más autorizada agrega a los principios ambientales señalados, el principio de las "cargas comunes". Michael Kleopfer, Umweltrecht, 3a edición, Ed. Beck, Munich 2004, p. 173 y ss. (hay prevista una edición de la misma editorial para el año 2014).

²³ Como se sabe, la LBGMA introdujo por primera vez en Chile la denominada *institucionalidad ambiental*, encarnada en la extinta Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).

CONAMA el 9 de enero de 1998– como el principal (si no el único) instrumento en la materia²⁴, conocida como la política de CONAMA²⁵, no obstante, existir dudas respecto de su real eficacia²⁶.

A partir de la entrada en vigor de la Ley Nº 20.417, sin embargo, es posible esperar una mayor densidad de políticas públicas ambientales, así como una función más eficiente de las mismas. Actualmente, la regulación no sólo consagra el deber de incorporar las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable al proceso de formulación de políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad (art. 7 bis LBGMA). Además, es posible constatar la existencia de un mandato implícito de integrar y coordinar la protección ambiental con las restantes políticas públicas, sin considerar el órgano administrativo del cual emane y la finalidad que pretendan. En efecto, tal es el sentido y alcance que debe atribuírsele al art. 71 letra f) LBGMA, que faculta al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad para efectos de pronunciarse sobre los actos administrativos que se propongan al Presidente de la República, “*cualquiera sea el ministerio de origen*”, que contenga normas de carácter ambiental señaladas en el artículo 70 LBGMA²⁷.

- *Nacional/ 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.

La distribución de competencias y fijación de estándares de protección ambiental es un problema conocido en países como España, en relación al reparto de competencia estatal y autonómica, y Francia, donde la problemática se suscita entre el *Etat* y las *collectivités locales* (*régions, départements, communes*)²⁸. En gran medida, la solución dependerá del modelo de Administración Pública que se siga en cada caso. La interdependencia de los problemas ambientales, sin embargo, mueve a pensar en la necesidad de atribuir mayores competencias a

²⁴ En este sentido, *Dominique Hervé, et al.*, Derecho Ambiental y Políticas Públicas, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Ambiental I, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 66.

²⁵ *Sergio Praus García*, Algunos principios y criterios para armonizar la gestión ambiental, en Institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental para el Chile del Bicentenario, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 325.

²⁶ Así, por ejemplo, *Matías Guiloff*, Nueva Institucionalidad Ambiental: hacia una regulación deliberativa, en Anuario de Derecho Público UDP, 2011, p. 235 señala que dicha política “*no obstante haber sido aprobada, jamás se implementó*”.

²⁷ En este sentido: *Matías Guiloff*, Coordinación sin sesgos: la regulación en la nueva institucionalidad ambiental, en: Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 8.

²⁸ Ver: *María Teresa Vadri i Fortuny*, Los Principios Generales de Distribución de Competencias en el Sistema Francés de Protección del Medio Ambiente, la «Loi Nº 95-101, du 2 février, relative au renforcement de la protection de l'environnement», Revista de Administración Pública (España), Nº 140, mayo – agosto 1996, p. 428.

instancias superiores, capaces de actuar globalmente y gestionar de manera correcta la protección ambiental. No obstante lo anterior, la cercanía de la colectividad local respecto de los problemas ambientales es un elemento que deberá siempre ser tenido en cuenta.

Entre nosotros, los esfuerzos realizados en el marco de las Estrategias y Planes de Acción para la Conservación de la Biodiversidad, constituyen un caso de aplicación de la política ambiental nacional, a nivel regional. En efecto, el proceso permitió determinar el estado de conservación de la diversidad biológica a nivel regional e identificar más de 350 sitios —del ecosistema terrestre y marino costero— prioritarios para la conservación. A la fecha, se ha logrado avanzar en la protección de más de 17 sitios, considerando su puesta *“bajo protección oficial”*, en los términos de la LBGMA (art. 10 letra p)²⁹.

- *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 misma³⁰. En el marco de las políticas locales, la Ley N° 20.417 ha incorporado algunas modificaciones de interés. Así, en materia de evaluación de impacto ambiental se dispone expresamente el deber de describir la forma en que tales proyectos o actividades se relacionan con los planes de desarrollo comunal, debiendo siempre solicitarse el pronunciamiento a la municipalidad del área de influencia del proyecto (art. 9 ter incs. 1° y 2° LBGMA)³¹.

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 estimado 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

²⁹ Cfr. Miguel Stutzin Schootlander et al, Gobernabilidad de las Áreas Protegidas, en: Desarrollo Sustentable, Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 153.

³⁰ En el caso del Derecho municipal chileno, el artículo 4 b) LDCM 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.

³¹ El deber de descripción se extiende también a las políticas, planes y programas de desarrollo regional, contemplándose el pronunciamiento del Gobierno Regional respectivo (art. 9 ter incs. 1° y 2° LBGMA). En este mismo sentido, el art. 8 inc. 3° LBGMA establece referencias expresas a la compatibilidad territorial de los proyectos. En concreto, dispone: *“sin perjuicio de los permisos o pronunciamientos sectoriales, siempre se requerirá el informe del Gobierno Regional, del Municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando corresponda, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado”*.

internalizado como un costo más de 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 predominantes, como el PIB, no consideran el valor que tienen los bienes ambientales y sus costos 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 ambiental³². Es por ello que las ciencias económicas han venido desarrollando nuevos indicadores, que comprenden una variabilidad de factores. La mayor parte de estos sistemas representa la realidad ambiental, así como su deterioración. Es, por ejemplo, el caso del indicador de *Genuine Savings* desarrollado por el Banco Mundial, donde el capital natural es uno de los componentes a considerar. En ciertos casos la *sobreestimación* de los elementos ambientales ha llevado a que el indicador sea particularmente criticado. Es, por ejemplo, lo que ocurre con el sistema de huella de carbono (*ecological footprint*), que excluye, a la inversa, la consideración de los factores económicos y sociales.

3.1 Instrumentos económicos

Desde la perspectiva del agente contaminador, los costos de la producción de bienes y servicios aumentan en la medida que sus niveles de contaminación ambiental se reducen³³. La formulación más elemental de la relación entre la protección ambiental y las reglas del mercado, sin embargo, considera la necesidad de internalizar dichas externalidades. En caso contrario, tales costos, en definitiva, serán soportados por terceros o por la sociedad toda, como suele ser el caso de la contaminación del agua y aire, donde la determinación precisa de los afectados resulta difícil, si no imposible³⁴.

Pero la internalización efectiva de tales costos requiere de una actividad estatal, que establezca o promueva el deber de internalizarlos, de manera directa o indirecta. Si el legislador, para efectos de concretar este deber, utiliza los tradicionales mecanismos de comando y control ambiental, estaremos ante una internalización directa de los costos ambientales. Al lado de tales instrumentos, sin embargo, hoy en día existen otras tantas herramientas financieras, de mercado y mecanismos de información, destinados a alcanzar el mismo objetivo de protección ambiental, por la vía indirecta.

Mercados de derechos de emisión, ayudas financieras para el establecimiento de nuevas tecnologías

³² Paul Hawken, *Natural Capital*, en G. Miller, *Living in the environment* (13ª edición, 2003), 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".

³³ Una aproximación a la relación entre aumentos de costos y reducción de emisiones puede encontrarse en: Jon Nicolaisen et al, *Économie et Environnement, Problèmes et orientations possibles*, Revue Economique de l'OCDE (Francia), Nº 16, 1991, p. 13.

³⁴ En este sentido, *Ibid.*, p. 14: "comme c'est le cas des effets des CFC sur la couche d'ozone et des gaz à effet de serre sur le changement climatique, les coûts externes peuvent être supportés par le monde entier".

y subvenciones estatales, son algunos de los instrumentos indirectos más empleados para incentivar la internalización de los costos ambientales en la producción de bienes y servicios³⁵. Las ventajas de utilizar instrumentos indirectos en materia de protección ambiental son diversas:

- *Ventajas para el agente contaminador.* La adopción que el agente contaminador hace de estos mecanismos puede proporcionarle, como en el caso de los instrumentos de información, una carta de presentación de sus productos y servicios, al integrar la preocupación ambiental como un elemento adicional en el juego de la oferta y demanda³⁶. Los sistemas voluntarios de gestión y auditoría ambiental y la utilización de etiquetas ecológicas son algunos ejemplos en la materia. La incorporación de tales instrumentos, además, promueve la eficiencia económica, al otorgarle a los agentes contaminantes la facultad de elegir el mecanismo idóneo a través del cual reducirán la contaminación.
- *Ventajas para la Administración.* Los instrumentos indirectos también permiten que la Administración reduzca los costos derivados de la protección ambiental, limitándolos a aquellos necesarios para fiscalizar la aplicación de los instrumentos adoptados³⁷. En el marco del SEIA, esto ha motivado la integración de mecanismos de evaluación y certificación de conformidad. Para ello, se establece el deber de registro de las entidades certificadoras, como competencia de la SMA (art. 18 ter inc. 2º LBGMA).

3.2 Externalización de la protección ambiental

Los efectos de la aplicación de criterios económicos en materia de protección ambiental no se agotan en los mecanismos financieros y de información ya expuestos. La integración de estos criterios de mercado suele traer aparejada una consecuencia directa sobre el elenco de actores de la protección ambiental. En este sentido, la utilización de tales instrumentos desconcentra las labores de protección, entregándole a los administrados un rol protagónico en las técnicas de certificación y auditoría.

En efecto, la aplicación de estas técnicas supone una relación entre la Administración Pública con competencia fiscalizadora y el agente contaminante, a través de entidades privadas que mediatizan el vínculo³⁸. La doctrina no ha estado ajena a estas técnicas y, tradicionalmente, ha considerado la necesidad de estimularlas, asumiendo la imposibilidad que para la Administración representa cumplir, coordinadamente y en todos sus niveles, los deberes generales de protección en materia ambiental³⁹.

Entre nosotros, ello ha motivado la consagración de las facultades de la SMA en materia de acreditación de entidades de certificación. En concreto, el art. 3 letra p) de su ley orgánica establece expresamente atribuciones para *"administrar un mecanismo de evaluación y certificación de confor-*

³⁵ En algunos casos —como sucede habitualmente en materia de subvenciones—, la aplicación de tales instrumentos puede vulnerar el principio contaminador pagador, debido a que los costos ambientales no serán soportados por el agente directo, sino por la comunidad en su conjunto que contribuye con sus impuestos al pago de las subvenciones.

³⁶ *Manuela Mora Ruiz*, Tendencias del Derecho Administrativo, el Derecho Administrativo Ambiental: Transformaciones en el Derecho Administrativo General, en *Revista Derecho y Conocimiento (España)*, N° 1, 2000, p. 525.

³⁷ En este sentido, *Jon Nicolaisen et al.*, op. cit., p. 25.

³⁸ *Cfr. Bermúdez Jorge*, Política y regulación ambiental de la acuicultura chilena, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVIII, año 2007, pp. 307-333.

³⁹ En este sentido, *Manuela Mora Ruiz*, op. cit., p. 529.

alidad, respecto de la normativa ambiental aplicable y del cumplimiento de las condiciones de una autorización de funcionamiento ambiental". En este sentido, se dispone además que *"la Superintendencia administrará un sistema de acreditación de personas naturales y jurídicas que realicen estas evaluaciones y certificaciones"* (art. 3 letra p inc. 2º LOSMA).

Así y frente a la tradicional actividad limitadora de derechos, se ha planteado la existencia de una cierta privatización de la tutela ambiental, en virtud de la cual *"la Administración no desaparece del escenario, sino que transforma sus fórmulas y momentos de intervención, a la vez que los sujetos particulares, sea como agentes económicos/contaminadores, sea como público generalmente considerado, van ocupando posiciones más activas y asumen como natural la tutela del bien jurídico ambiente"*⁴⁰.

La existencia de una privatización de la tutela ambiental, sin embargo, no puede desconocer las necesarias competencias administrativas de fiscalización y sanción. La Administración conserva siempre sus facultades de policía y, en último término, su responsabilidad. Así lo imponen los deberes estatales de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental (arts. 19 Nº 8 CPR y 2 b) y q) LBGMA). Dichos deberes de protección ambiental impiden desconocer las competencias estatales que existen en la materia o suponer un abandono total de las mismas en los instrumentos del mercado.

4. DERECHO AMBIENTAL

El Derecho ambiental es la tercera herramienta genérica que utiliza el Estado para llevar adelante la finalidad de protección ambiental. No obstante, en un Estado de Derecho, la protección ambiental, como función estatal, sólo puede llevarse a cabo a través de la correspondiente legislación, que crea órganos y atribuye poderes y funciones. El Derecho ambiental puede ser visto también desde la perspectiva de la limitación de los derechos, ya que impone restricciones al ejercicio de las libertades —como la de realizar actividades económicas lícitas, por ejemplo imponiendo límites a la emisión de contaminantes— o derechos —como el derecho de propiedad, por ejemplo restringiendo el uso de los bienes sobre los que recae—. Sin embargo, el Derecho ambiental también puede ser visto como el Derecho del aprovechamiento de los bienes, ya que por la vía de la concesión, autorización y el permiso distribuye la utilización de los bienes comunes y de los bienes nacionales de uso público.

No existe una definición unívoca de Derecho ambiental, e incluso más, una importante doctrina comparada lo denomina como Derecho de la protección ambiental⁴¹. 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 éste 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*.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 529.

⁴¹ Cfr. Rüdiger Breuer, *Umweltschutzrecht*, op. cit., pp. 461 y ss. Y en particular Reinhard Sparwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 5ª edición, Ed. C.F. Müller, 2003.

4.1 Ubicación del Derecho ambiental

La consecuencia del concepto expuesto dice relación con que el Derecho ambiental responde a una idea de *concepto – recopilación*⁴² 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 gravedad⁴³. Y ello por tres razones fundamentales⁴⁴:

- 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 personas⁴⁵.
- 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. Es por ello que puede hablarse del Derecho ambiental como un Derecho de la Administración Pública ambiental, ya que comprende el conjunto de normas e instrumentos que debe aplicar la Administración con competencias en la protección del medio ambiente.
- Y finalmente, porque hoy en día la mayoría de los instrumentos de protección ambiental, tanto aquellos de carácter preventivo, como los de carácter represivo con la irrupción de la potestad sancionadora ambiental, tienen una naturaleza jurídica público-administrativa. En consecuencia, cuando se sistematizan y estudian tales instrumentos, dicha tarea no puede llevarse a cabo si no es con referencia a las instituciones del Derecho administrativo.

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-administrativos especiales que tienen por objeto revisar los actos administrativos y las normas ambientales. Sin embargo, la denominación Derecho administrativo ambiental para esta

⁴² 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.

⁴³ Cfr. entre otros, Dietrich Murswiek, *Umweltrecht und Grundgesetz*, en *Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, 33. Band 2000, p. 241, Michael Klopfer, *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. Jönckhe, P. Kunig y M. Stitzel, editado por Bundes Zentrale für politische Bildung, Bonn 2000, pp. 169-170.

⁴⁴ Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Ed. Springer, 2ª edición, Berlin-Heidelberg, 2006, pp. 113-124.

⁴⁵ 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, como lo son los casos de *actio negatoria* y de algunos interdictos posesorios.

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.

4.2 Derecho y Ética ambiental

El concepto expuesto corresponde a uno 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 sostenible⁴⁶. 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 dudoso⁴⁷. Ello no ha obstado a que la doctrina plantee el problema de la titularidad de derechos, por ejemplo, de los animales⁴⁸ y del carácter ético que tiene la protección ambiental, en cuanto la naturaleza y todos sus componentes tienen su propio valor que exige ser considerado por los seres humanos⁴⁹. A lo anterior se agregan las implicancias éticas que conlleva el trato que debe darse a los animales, no sólo a los que quedan incluidos dentro del concepto de protección ambiental, sino sobre todo a aquéllos domésticos y domesticados, que el ser humano utiliza directamente para vestirse y alimentarse. Se trata de una discusión que tiene ya más de tres décadas y que recién se plantea seriamente en el medio nacional, bajo el establecimiento de ciertas leyes especiales dedicadas a su protección (y no exclusivamente a su regulación), como lo es la Ley N° 20.380, sobre protección de animales⁵⁰. No obstante, es en el Derecho comparado —y particularmente en el ámbito europeo, desde la Declaración relativa a la protección de los derechos de los animales de 1992— donde su desarrollo es progresivo, pasando de una noción de cosas, al establecimiento del deber comunitario de considerar las exigencias del bienestar de los animales en tanto seres sensibles (art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Desde la perspectiva del Derecho positivo, es posible apreciar cómo lentamente los ordenamientos jurídicos han avanzado en la configuración de un régimen jurídico adaptado a la realidad del animal, incluso reconociendo un especie de subjetividad jurídica (Ver C.II, 2.2 y 4.3.3).

4.3 Antecedentes del Derecho ambiental

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

⁴⁶ Astrid Epiney, Martin Scheyli, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁴⁷ Cfr. entre otros, Michael Kloepfer, Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1994, p. 14. Reinhard Sparwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁸ Cfr. Santiago Muñoz Machado (editor), Los Animales y el Derecho, Ed. Civitas, Madrid, 1999; Joan Schaffner, An Introduction to Animals and the Law, Ed. Palgrave Mac Millan, Nueva York, 2011.

⁴⁹ Como inicio de la discusión: Christopher Stone, Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects, en Southern California Law Review Vol. 45, 1972, pp. 450 y ss.

⁵⁰ La discusión se inicia en el ámbito filosófico con el planteamiento del filósofo utilitarista Peter Singer, Animal Liberation, New York: Harper Collins, 2001 (publicado por primera vez en 1975) y en, In defense of the animals (ed.), Blackwells, Oxford, 1985.

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 *ne quid in loco publico fiat* (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*⁵¹.

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 construida⁵². 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 ambiente⁵³. Se trata de un cúmulo de 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 disposiciones⁵⁴.

4.4 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;

⁵¹ Cfr. Alejandro Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 180 y pp. 433-435.

⁵² Cfr. Jesús Jordano Fraga, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 23 y ss.

⁵³ Esta expresión es la que utilizara el profesor Rafael Valenzuela Fuenzalida, precursor del Derecho ambiental chileno, en sus clases de Derecho ambiental, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Su obra se puede ver recopilada en Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho Ambiental, presente y pasado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

⁵⁴ Esta cifra la arrojan algunas recopilaciones de normas ambientales y con incidencia ambiental.

- Conservación de los recursos naturales; y
- Protección de los ecosistemas.

Cada uno de estos ámbitos se despliega en otros más específicos, así por ejemplo sólo la disminución y manejo de residuos implica hacer la distinción entre domiciliarios e industriales, sólidos y líquidos, etc. Asimismo, la conservación de los recursos naturales implica a los recursos hídricos, lo que conlleva toda una subdisciplina del Derecho ambiental.

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, muchas veces conflictivo, 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 *National 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*”⁵⁵. Otro hito significativo, además desde la perspectiva orgánica, lo marca en Francia el Decreto 71-94 del 2 de febrero de 1971, creador del Ministerio de la protección de la naturaleza y del medio ambiente⁵⁶.

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 moderno⁵⁷. 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.

⁵⁵ *Rodgers*, Environmental Law, St. Paul Minnesota, West Publishing Company, 1977, p. 697.

⁵⁶ <http://www.environnement.gouv.fr/>

⁵⁷ 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.

4.5 Reconocimiento constitucional

La inclusión del art. 19 N° 8 en la CPR responde a una tendencia constitucional que se viene produciendo a partir de la década de los setenta⁵⁸, en la que la mayoría de los nuevos textos fundamentales se han hecho eco de la nueva sensibilidad que se abre paso⁵⁹. 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"*⁶⁰.

- **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 art. 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 Justicia⁶¹. 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 ambiente⁶². 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 justicia⁶³.
- **Derecho subjetivo.** Para ilustrar la consagración de un derecho subjetivo al medio ambiente de rango constitucional se utilizará el caso español⁶⁴. La Constitución española en su art. 45

⁵⁸ Sin embargo, la Constitución alemana de Weimar (1919), ya disponía en su art. 150.1 el deber del Estado de proteger y cuidar, no sólo de los monumentos artísticos e históricos, sino también los monumentos naturales y el paisaje, en donde se hizo explícita la relación entre la protección de la naturaleza y el deber cultural del Estado.

⁵⁹ 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).

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de noviembre de 1990.

⁶¹ Cfr. Francisco Delgado Piqueras, Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, Revista Española de Derecho Constitucional N° 38, mayo-agosto de 1993, p. 49.

⁶² 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).

⁶³ La cantidad de autores que es posible citar sobre el carácter de deber estatal y no de derecho público subjetivo que se desprende del art. 20A de la Ley fundamental alemana es considerable, sin embargo, para una idea general sobre el tema: Michael Kloepper, *Umweltrecht*, op. cit., p. 113 y ss.; Reiner Schmidt y Wolfgang Kahl, *Einführung in das Umweltrecht*, Ed. C.H. Beck, 8ª edición, Munich 2010, pp. 78-79; Reinhard Sparwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, op. cit., pp. 47-48, etc.

⁶⁴ Se expone brevemente este caso, por corresponder al Derecho extranjero que mayor influencia tiene en la actualidad en el Derecho público chileno.

dispone⁶⁵: *“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”.*

Una cuestión importante que se ha planteado en la doctrina comparada, a partir del art. 45 de la Constitución Española, 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 Constitución española 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 art. 45 de la Constitución española, dada la limitación que el art. 53.3. Constitución española impone para la alegación en juicio de los principios rectores sólo cuando estos han sido desarrollados por el legislador⁶⁶.

Hoy en día, la posición que se viene imponiendo, no sin dificultad, es la que identifica en el art. 45 Constitución española un derecho subjetivo constitucional (o derecho público subjetivo), cuya protección, dada la limitación del art. 53.2⁶⁷, no es susceptible de impetrarse por la vía del recurso de amparo constitucional, aunque sí por la vía ordinaria (tanto contencioso administrativa, como civil o penal ordinarias)⁶⁸.

⁶⁵ 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”.*

⁶⁶ En efecto, el art. 53.3 Constitución española 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”.*

⁶⁷ Art. 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”.*

⁶⁸ 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 Báquer, 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 Constitución Española, 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.

4.6 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 chileno⁴⁷⁷. Dicha ley, en cuanto ley de bases y por tanto conformadora de una parcela del ordenamiento, contiene hoy seis aspectos fundamentales, a saber:

- La fijación de un catálogo de definiciones de conceptos y principios directores de naturaleza ambiental o que provienen, en términos estrictos, de las Ciencias Ambientales, ello en el art. 2^º.
- La consagración de un mecanismo de Evaluación Ambiental Estratégica, destinado a integrar las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable a la formulación de políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad. Este nuevo instrumento fue incorporado por la modificación introducida por la Ley N° 20.417.
- El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), como mecanismo preventivo de los daños ambientales que pueden provenir de determinadas actividades o proyectos y sus modificaciones.
- Un sistema de responsabilidad ambiental, cuyo ejemplo más notable lo constituye la responsabilidad por el daño ambiental y la responsabilidad administrativa que nace como resultado

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 Alcorta, Introducción al 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 Constitución Española), Andrés Betancor Rodríguez, Instituciones de Derecho ambiental, Ed. La Ley, Madrid 2001, pp. 375 y ss. ⁴⁷⁸ Jorge Bermúdez Soto, Sistemas Sancionadores de protección ambiental, casos español y chileno. Tesis doctoral, Madrid, 1998, pp. 490 y ss.

⁴⁷⁹ La Ley N° 20.417 ha incorporado nuevas definiciones de conceptos y principios directores del Derecho ambiental. Corresponden a nociones propias de las ciencias ambientales las definiciones de los conceptos de biotecnología, cambio climático y efecto sinérgico; y a un principio director, la definición de mejores técnicas disponibles. La biotecnología se define como "toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos" (art. 2 a bis) LBGMA). El cambio climático corresponde a "un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables" (art. 2 a ter) LBGMA). Por su parte, se entiende por efecto sinérgico "aquel que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente" (art. 2 h bis) LBGMA). Finalmente, Mejores técnicas disponibles: "la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestre la capacidad práctica de determinadas técnicas para evitar o reducir en general las emisiones y el impacto en el medio ambiente y la salud de las personas. Con tal objeto se deberán considerar una evaluación de impacto económico y social de su implementación, los costos y los beneficios, la utilización o producción de ellas en el país, y el acceso, en condiciones razonables, que el regulado pueda tener a las mismas" (art. 2 m bis) LBGMA).

del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Ambiental y en particular de la SMA.

- La creación de una Administración Ambiental⁷¹, personificada principalmente en el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Esta Administración Ambiental se completará con la entrada en vigor de la ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas⁷².
- Y finalmente, la garantía de acceso a la información ambiental de los arts 31 bis y siguientes, con los múltiples sistemas y obligaciones de información que corresponden a la Administración Ambiental⁷³.

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*⁷⁴.

4.6.1 Disparidad entre el objeto de la ley y la regulación efectiva

El art. 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 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 los 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.

⁷¹ Se ha preferido el empleo de la expresión *Administración Ambiental* por sobre el término –tan divulgado– de *Institucionalidad Ambiental*. Ello, debido a que la LBGMA no se refiere al poder público en general (que sería el concepto con el que se alude a institucionalidad), sino a una parcela del mismo, de naturaleza administrativa. En efecto, orgánicamente, los Servicios contemplados por esta regulación constituyen órganos y servicios públicos vinculados jerárquicamente o bajo relaciones de tutela o supervigilancia con el Presidente de la República. Son, por tanto, órganos administrativos, caracterizados porque su competencia esencial, es decir, la que les da razón de ser, es su especial vocación de tutela ambiental. Esta característica común justifica el estudio de dicha Administración, en la medida que puede actuar con independencia del medio o elemento ambiental de que se trate o del recurso natural que se afecte, dado que sus apoderamientos, por regla, seguirán instrumentos de gestión de carácter general.

No forman parte de la *Administración Ambiental*, pero sí de la *Institucionalidad Ambiental*, los Tribunales Ambientales.

⁷² Corresponde al Boletín N° 7487-12, Proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas.

⁷³ Cfr. *Jorge Bermúdez Soto*, El acceso a la información pública y la justicia ambiental, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXIV, 1º Semestre de 2010, pp. 571-596.

⁷⁴ 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.

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 seis hitos señalados en el numeral anterior, sin que exista una correspondencia entre el señalado objeto de regulación contenido en el art. 1 y la regulación efectiva que se desarrolla a lo largo de la LBGMA.

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, le hubiese otorgado mayor completitud al concepto de contaminación, sin remitirse, para su determinación, a las concentraciones o concentraciones y permanencias “establecidas en la legislación vigente” (art. 2 c) LBGMA)⁷⁵. En efecto, dicha remisión considera un requisito adicional: que la Administración Ambiental determine las concentraciones y/o permanencias de los contaminantes, situación que no siempre ha ocurrido (Ver C.III, 4 y 5).

4.6.2 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 que, según el art. 1º, 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, una interpretación literal de lo dispuesto en el art. 1 LBGMA nos lleva a que las normas que se incluirían en el Derecho ambiental o, al menos, que reglan a los más importantes objetos de su ordenación, sólo podrán ser normas con rango de ley. 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 reconocidos en la CPR. No obstante y teniendo en cuenta dicha situación especial, no se comprende la exclusión de los demás productos normativos de inferior rango, esto es, principalmente los reglamentos. 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 art. 1 LBGMA, la protección ambiental sólo será entendible con relación a dichas normas técnico-jurídico ambientales de rango infralegal.

En realidad no corresponde al legislador limitar el ejercicio de los poderes que confiere la CPR a otros órganos del Estado. En consecuencia, la ley no puede impedir que el Presidente de la República pueda ejercer su potestad reglamentaria, siempre y cada vez que lo “crea conveniente para la ejecución de las leyes” (art. 32 Nº 6 CPR). Sin embargo, ello presupone que exista una ley que permita su ejecución por la vía reglamentaria. En la práctica puede apreciarse que ello no es así, existen un sinnúmero de

⁷⁵ Al respecto, cabe mencionar que esta circunstancia fue comentada y debatida con ocasión del proyecto de (la actual) Ley Nº 20.417. Sin embargo, el legislador mantuvo la definición en los mismos términos de su versión original.

ámbitos del Derecho ambiental nacional en que la regulación básica o bien no está en una ley sino en un tratado internacional, o bien simplemente no existe, rigiendo solamente la norma reglamentaria existente en la materia. Esta circunstancia puede apreciarse claramente en las diversas recopilaciones de normas ambientales existentes⁷⁶.

4.6.3 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 éstas dispongan. El legislador ha dejado pasar aquí dos veces 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 de la ley de bases generales del medio ambiente. De ella se había criticado su denominación, aunque por razones distintas a las señaladas en el párrafo anterior⁷⁷, 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 ambiental (el derecho subjetivo, la protección, la preservación y la 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 art. 2 incorpore un verdadero catálogo de conceptos ambientales, los que deberán ser tenidos en cuenta *“para todos los efectos legales”*.

⁷⁶ Por ejemplo, en el Código de Medio Ambiente, Ed. LegalPublishing, 2ª edición, Santiago, 2008.

⁷⁷ Eduardo Soto Kloss, 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.

Como se verá más adelante, algunas disposiciones de la LBGMA sugieren erróneamente la idea de una ley marco o básica, propia de los Estados que se organizan bajo sistemas federales o autonómicos (Ver C.III, 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. Entre otras razones, por la multiplicidad de fuentes que los consagran. Pese a que el legislador chileno no ha positivado expresamente tales principios, ellos han sido codificados, ya en convenciones y tratados, ya en múltiples decisiones de organismos internacionales.

Para los efectos de este trabajo se considerará el estudio de las columnas o pilares sobre las cuales se estructura el Derecho ambiental moderno⁷⁸. En este punto se debe hacer presente que existe una discusión acerca de si los principios de Derecho ambiental tienen la misma naturaleza que los principios del Derecho administrativo general. O bien si, mientras los principios de Derecho administrativo constituyen fuentes del mismo, cuyo valor tiene carácter integrador e interpretativo de las demás fuentes formales⁷⁹, en el caso de los principios de Derecho ambiental, éstos sólo cumplen una función orientadora. Para una parte de la doctrina los principios del Derecho ambiental son denominados como principios directivos o rectores, pero ellos no son capaces de dar respuestas concluyentes a cuestiones dogmático jurídicas⁸⁰, otros en cambio estiman que la naturaleza jurídica de cada uno de los principios es poco clara y debe ser determinada para cada uno de los principios⁸¹. Finalmente, también se estima que estos principios son vinculantes en la dictación de actos jurídicos (normas o resoluciones), y respecto de ellos la discusión sólo se debe centrar en cuál es su contenido, pero no es si son principios jurídicos⁸².

En las siguientes líneas se analizará el sentido y alcance que estos principios poseen, así como algunas de sus aplicaciones más relevantes para los conflictos ambientales actuales.

5.1 Precautorio

Los presupuestos a partir de los cuales se estructura el principio precautorio son dos. En primer término se encuentra el hecho 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 aún hoy en día es muy compleja y hace difícil tener claridad respecto de qué

⁷⁸ Jorge Bermúdez Soto, Principios e Instrumentos de Gestión Ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura. *Revista Chilena de Derecho* (Santiago), Vol. 29, N° 2, 2002, p. 438

⁷⁹ Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, Ed. Thomson Reuters Abeledo Perrot, 2ª edición, Santiago, 2011, pp. 58 y ss.

⁸⁰ Eberhard Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, op. cit., p. 115.

⁸¹ Reinhold Spornwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts* op. cit. p. 67.

⁸² Michael Kleppfer, *Umweltrecht*, op. cit., pp. 169-172.

causas originaron un determinado daño ambiental, y cuáles son los medios más eficientes para poder atacarlos⁸³. Efectos sinérgicos, pluralidad de causalidades, daños que se manifiestan en el largo tiempo o mucho después de ocurrido el hecho causal, entre otros factores, son todos demostrativos de esta compleja relación. Desde esta perspectiva, el principio precautorio impone una actuación anticipada, incluyendo las 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 principio de prevención, el cual supone el conocimiento científico de las consecuencias ambientales de una determinada actividad⁸⁴. Es decir, opera cuando el daño ambiental es previsible, de acuerdo con la evidencia con que se cuenta. El ámbito de aplicación del principio precautorio, en cambio, es en una etapa anterior: opera en casos de una amenaza potencial, pero debido a la incertidumbre o controversia científica no es posible hacer una predicción apropiada del impacto ambiental. Por ello, por ejemplo, el vertimiento de productos tóxicos en un río o el mal funcionamiento de una planta de tratamiento de residuos líquidos o de purines de cerdos no suponen, necesariamente, una aplicación del principio en estudio, sino simplemente la aplicación de un principio de responsabilidad. En este sentido, también podríamos preguntarnos si las medidas adoptadas para enfrentar el cambio climático en realidad constituyen una manifestación de la prevención, mas no de la precaución ambiental, considerando la certeza científica del cambio climático⁸⁵⁻⁸⁶.

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. Por su parte, la Declaración de Río en su principio 15 lo reconoce 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”*⁸⁷.

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, precaven, evitan o minimizan el daño ambiental, que a través de

⁸³ Astrid Epiney y Martin Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, op. cit., pp. 89-90.

⁸⁴ Astrid Epiney trid Epiney y Martin Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, op. cit., p. 91.

⁸⁵ Franc Maes, *Los Principios del Derecho Ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el Derecho Internacional Marítimo, un cambio para los legisladores nacionales*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VII, México, 2007, p. 224.

⁸⁶ Resulta interesante, en este sentido, referirnos al reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, relativo al conflicto entre Argentina y Uruguay, con ocasión de la instalación de industrias papeleras en el río Uruguay, el año 2006. La Corte, estimando que Argentina no había acreditado la irreparabilidad del daño ambiental, rechazó la solicitud de medidas conservativas en contra de la instalación. La opinión disidente del Juez *ad hoc* Vinuesa, sin embargo, consideró que la incertidumbre residual justificaba, por sí misma, la aplicación del principio de la precaución.

⁸⁷ Esta formulación general del principio ha sido reiterada en otros cuerpos internacionales, como el artículo 1 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica, el que no ha sido ratificado por Chile.

fórmulas *ex post*, como la reparación del daño ambiental, máxime si se considera que los daños al medio ambiente por lo general son difíciles o imposibles de reparar²⁰.

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 reparar²¹. Por ello, el principio precautorio constituye la primera fase de la secuencia exigida para abordar los problemas ambientales²², la que trae como consecuencia que la carga de probar que una actividad no afecta al medio ambiente corresponde a los que desean realizar una actividad y no a aquéllos que pretenden proteger un determinado ecosistema²³.

Frente a una falta de responsabilidad de los particulares en la protección ambiental y en asumir directamente las exigencias y medidas que implica actuar conforme al principio de precaución, corresponderá entonces al legislador disponer los instrumentos que lo materializan²⁴. Así, el reconocimiento del principio precautorio y su manifestación en los instrumentos de gestión ambiental, tales como el sistema de evaluación de impacto ambiental y la evaluación ambiental estratégica, 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 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 daño²⁵.
- 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 precautorio²⁶. Sólo en la medida en que se actúe

²⁰ Cuestión que se ve agravada si se considera que según el artículo 2 letra e) LBGMA sólo es daño ambiental aquel de carácter significativo.

²¹ En general, toda la doctrina especializada que se ha referido al tema destacan este extremo del principio. Así por ejemplo: Alexander Kiss 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*, Ed. Trivium, 2ª edición, Madrid, 1998, pp. 54 y 55.

²² Cfr. Fernando López Ramón, *Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental*, *Revista de Administración Pública* (España), Nº 142, enero – abril, 1995, p. 62. En este sentido, parte de la doctrina se refiere a una aplicación secuencial del principio de precaución, corrección y, finalmente, de reparación ambiental.

²³ John C. Dermbach, *Sustainable Development as a Framework for National Governance*, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 49, Nº 1, 1998, p. 61.

²⁴ Reinhard Sparwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, op. cit., p. 71.

²⁵ La protección ambiental frente a los simples riesgos ha sido expresamente reconocida dentro del catálogo de definiciones de conceptos generales de la LBGMA. El art. 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 (art. 2 m); norma primaria de calidad ambiental (art. 2 n); y norma secundaria de calidad ambiental (art. 2 ñ).

²⁶ 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.

anticipadamente, aun frente a situaciones en que no existe certeza absoluta del daño, e incluso frente a una baja probabilidad del mismo, podrá garantizarse un medio ambiente adecuado para las posibilidades de supervivencia y desarrollo de las generaciones venideras.

5.2 Causador o de Responsabilidad

También es conocido como principio contaminador pagador o por la expresión *el que contamina paga* (*polluter pays principle*). Este principio surge ante la insuficiencia del régimen de responsabilidad del Derecho común, en razón de las dificultades probatorias del daño ambiental y, asimismo, ante la falta de consideración de los daños ocasionados a los bienes ambientales no patrimoniales⁹⁵. Constituye un método para adscribir los costos de la contaminación a un determinado agente⁹⁶. Si el principio precautorio atiende al *cuando* deben adoptarse medidas de protección ambiental, el principio de causación o de responsabilidad determina *quién* debe soportar los costos de tales medidas. Si bien es cierto que algunos de 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 valor⁹⁷. Tal valoración es el supuesto para que los costos de la precaución, 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 son asumidos por su causador (externalidad negativa), pueda entenderse que se trata de una práctica de *dumping ambiental*. Y por lo mismo, de dicha valoración se colige la factibilidad de aplicar instrumentos económicos de protección ambiental, tales como los *eco-impuestos* y los permisos de emisión transables.

Contaminador pagador quiere decir, en su idea original, que el productor de bienes o servicios debe hacerse responsable de los costos de prevenir, precaver o eliminar la contaminación que los procesos productivos ocasionen⁹⁸. 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 la demanda la que coloca en el mercado la oferta del bien o servicio, 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 puede alcanzar a un grupo o colectivo de personas cuando el daño o pérdida ambiental se ha producido por su acción u omisión y no es posible atribuir a uno solo la responsabilidad (responsabilidad colectiva). Así por ejemplo, un sector industrial o un determinado grupo de consumidores que se benefician exclusivamente de esa pérdida ambiental. En tal caso, ellos deben asumir en conjunto la responsabilidad y los costos del daño o pérdida. En el Derecho

⁹⁵ Cfr. *Hélène Trudeau*, La responsabilité civile du pollueur: de la théorie de l'abus de droit au principe du pollueur-payeur, Revista: Les Cahiers de Droit (Canadá), vol. 34, N° 3, septiembre, 1993, p. 785.

⁹⁶ *Alexander Kiss y Dinah Shelton*, Manual of European Environmental Law, *op. cit.*, p. 43.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ *Werner Hoppe, Martin Beckmann, Petra Kauch*, Umweltrecht, Ed. C.H. Beck, 2ª edición, Munich 2000, p. 44.

comparado existen ejemplos de responsabilidad colectiva, por ejemplo, el de la industria química en Alemania, causante de la lluvia ácida que ocasionó graves daños ambientales en bosques⁹⁹.

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 ocasionado¹⁰⁰. Sin embargo, esto no importa que el contaminador deba asumir todos los costos de la contaminación, ya que mientras cumpla con el estándar que fije la norma existirá un nivel de polución que no deberá internalizar. Asimismo, en el ámbito internacional no será posible para los países menos desarrollados cumplir con las mismas exigencias que los desarrollados, por lo que aquí también se deberá exceptuar la aplicación del principio contaminador o de responsabilidad, y sustituirlo por uno de responsabilidades comunes, pero diferenciadas¹⁰¹.

La vigencia de este principio importa, además, una estrecha relación con el principio precautorio. En tal sentido, debe recordarse que la precaución constituye la primera fase de la protección ambiental; esta protección finaliza con la atribución de los costos ambientales al contaminador y, por tanto, con la aplicación del principio causador¹⁰². 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. Las consecuencias a las que se hace referencia pueden ser de diversa índole y, en términos generales, pueden incluso comprender la responsabilidad por el daño ambiental. En este sentido y siguiendo las definiciones de la LBGMA, el término causador —y no contaminador— parece más adecuado para expresar la idea que el pago puede suponer la licitud o ilicitud de la conducta.

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 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 demostrativas de ello. Todas ellas, no sólo le

⁹⁹ Reinhard Spanwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzes*, op. cit., p. 78.

¹⁰⁰ Cfr. Stuart Bell, *Environmental Law*, Ed. Blackstone Press Limited, 4ª edición, Londres, 1997, p. 124.

¹⁰¹ Eli Louka, *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order*, Cambridge University Press, 2006, New York, p. 54: "countries have differentiated responsibilities with regard to environmental degradation and because not all countries have the same resources to devote to environmental problems".

¹⁰² En este sentido, Fernando López Alarcón, *Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental*, op. cit., p. 62.

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 ejercerla, 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.

A nivel internacional, el principio causador, unido a otros –como el de *responsabilidades comunes, pero diferenciadas*– ha servido de fundamento para exigir mayores compromisos a los países desarrollados respecto de la contaminación con gases de efectos invernadero (GEI), en materia de cambio climático¹⁰³. Como se ha señalado, resulta razonable que aquellos que por décadas han utilizado la atmósfera como un sumidero de GEI, acepten su responsabilidad de no haber asumido los costos de las externalidades ambientales, adoptando mayores medidas de mitigación que el resto¹⁰⁴.

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*)¹⁰⁵, el que en el ámbito internacional se conoce como principio de las responsabilidades comunes, pero diferenciadas. 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 precaución, prevención, y reparación no pueden ser asumidas por su causante directo, sea porque éste no puede ser determinado o bien porque no es capaz de asumir los costos financieros de la descontaminación¹⁰⁶.

¹⁰³ Osvaldo Urrutia Silva, El Régimen Jurídico Internacional del Cambio Climático después del Acuerdo de Copenhague, en RDPUCV, XXXIV, Valparaíso, 2010, p. 621.

¹⁰⁴ Los mercados de derechos de emisión son, quizás, uno de los casos más recurrentes para ejemplificar la técnica de compensaciones ambientales. Sin embargo, no es el único ejemplo en la materia. Al respecto, puede citarse el Libro Verde Europeo sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas. Este libro propone la creación de un mercado de unidades de biodiversidad, estableciendo títulos negociables como mecanismo de compensación. La aplicabilidad del régimen ha sido cuestionado a partir del estatuto jurídico de la biodiversidad. Ver: Marie-Pierre Camproux Duffrène, La nature n'a pas de prix, mais elle a un cout, la réparation du dommage écologique après la décision du TGI de Paris dans l'affaire Erika, Revue Juridique de l'Environnement (Francia), Nº 1, 2009, p. 69.

¹⁰⁵ Rudiger Breuer, Besonderes Verwaltungsrecht, op. cit., p. 473.

¹⁰⁶ Andreas Helberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, en Umweltrecht, Hans-Joachim Koch Editor, Ed. Luchterland, 2002, p. 85.

5.3 Cooperación

Uno de los principios que inspira la actuación de la Administración del Estado es el principio de cooperación. La idea de la cooperación entre Estado y sociedad ha dominado la discusión científico jurídico-administrativa del Derecho comparado, en especial del alemán¹⁹⁷. En su trasfondo se encuentra el aumento cuantitativo y cualitativo de las tareas que el Estado asume, la complejidad de las mismas, así como 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 intentan 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 (*Aussenseiter, 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 o 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 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 genérico¹⁹⁸, se cuentan:

¹⁹⁷ Para una visión general del tema, se puede ver: Peter M. Huber (Editor), *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, Ed. Berlin-Spitz, Berlin 1999; Ande Holzmann, *Das Kooperationsprinzip: kooperatives Staatshandeln zwischen Demokratie und Rechtsstaatsprinzip*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2006; Nadja Salzborn, *Das umweltrechtliche Kooperationsprinzip auf nationaler Ebene*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2011.

¹⁹⁸ Ejemplos de aplicación del principio de cooperación en instrumentos específicos del Derecho ambiental especial se

- *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 (arts. 74 letra d), 76, 77 y 78 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. En nuestro ordenamiento, las disposiciones generales de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, son también aplicables en materia de información ambiental¹⁰⁹. No obstante lo anterior, la Ley N° 20.417 detalla mecanismos particulares de acceso, como el sistema nacional de información ambiental (art. 31 ter LBGMA); el sistema de información de cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental (art. 70 letra q) LBGMA); el sistema de información sobre permisos y autorizaciones ambientales (art. 81 letra b) LBGMA); el sistema de información de líneas de base de los proyectos sometidos al SEIA (art. 81 letra c LBGMA); y el sistema nacional de información de fiscalización ambiental (arts. 31 a 34 de la LOSMA¹¹⁰).
- *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. A partir de la entrada en vigor de la Ley N° 20.417, es posible encontrar manifestaciones de este mecanismo en el marco del procedimiento sancionatorio ambiental. En este sentido, el art. 42 de la LOSMA faculta al infractor para presentar un programa de cumplimiento dentro de los diez días de iniciado el procedimiento. Aprobado el programa por parte de la SMA, el procedimiento administrativo sancionador se suspende. Si el infractor cumple el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo concluye.
- *Mecanismos de incentivo a los particulares para cumplir con el ordenamiento jurídico ambiental o 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, como es el caso de un acuerdo 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,

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.

¹⁰⁹ Ver: *Jorge Bermúdez Soto*, El Acceso a la Información Pública y la Justicia Ambiental, RDPUCV, XXXIV, 2010, p. 581.

¹¹⁰ Contenida en el artículo 2° de la Ley N° 20.417.

a través del sometimiento a una *ecoauditoría* o auditoría ambiental. Por su parte, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417 ha consagrado diversos mecanismos de incentivos para dar cumplimiento a la legislación ambiental. Por ejemplo, el art. 41 LOSMA le otorga la facultad al infractor de eximirse o rebajar el pago de la multa, previa autodenuncia y ejecución de un plan de cumplimiento. En el mismo sentido, se le otorgan competencias a la Superintendencia para aprobar planes de reparación –previamente aceptados por el Servicio de Evaluación Ambiental– en materia de daños ambientales. La presentación, aprobación y ejecución satisfactoria de tales planes extingue la acción por el daño ambiental (arts. 53 inc. 2° LBGMA y 43 LOSMA).

- *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 efectivos¹¹¹.
- *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 o acreditada previamente por el Estado, por su grado de conocimiento científico o técnico, su idoneidad ética y profesional y su independencia e imparcialidad. En el marco de la Ley N° 20.417, estas entidades privadas han sido reconocidas en materia de evaluación y certificación de conformidad, respecto de la normativa ambiental aplicable y del cumplimiento de las condiciones de autorizaciones de funcionamiento. Para estos efectos, se le asigna la competencia a la SMA de administrar un sistema de acreditación de personas naturales y jurídicas que realicen estas evaluaciones y certificaciones (art. 3 letra p) LOSMA).

5.4 Justicia Ambiental

El principio de justicia ambiental se conceptualiza como *“el trato justo y la participación informada a que tienen derecho todas las personas con respecto al desarrollo, implementación y aplicación de las leyes, regulaciones y políticas ambientales, independientemente de su raza, color, nacionalidad, o nivel de ingresos”*¹¹². Sin embargo, existe evidencia empírica bastante fundada que demuestra que los riesgos y daños al medio ambiente, así como los usos no deseados del suelo, se encuentran inequitativamente distribuidos por razones de condición social, nacionalidad, e incluso por el origen racial. En consecuencia, la distribución de los riesgos y cargas ambientales, así como de los servicios que brinda el medio ambiente, constituye una pregunta propia de la justicia distributiva¹¹³, que cobra vigencia

¹¹¹ A modo de ejemplo, la ley federal alemana de protección contra las inmisiones (*Bundesimmissionsschutzgesetz BImSchG*) en su §17.3 a) prevé esta posibilidad.

¹¹² Arndt Schmehl, *Umweltverteilungsgerechtigkeit, Probleme und Prinzipien einer gerechten räumlichen Zuordnung von Umweltqualität und Umweltnutzungsoptionen*, en R. Hendler et al (editores), *Jahrbuch des Umwelt – und Technikrechts*, Berlin, 2005, p. 91.

¹¹³ El concepto de justicia distributiva proviene de Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, cap. 6º, 1134b, 8ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 80, quien se refería a ella como la reciprocidad que existe entre las personas que participan de una vida en común. Es por ello que *“El gobernante es guardián de la justicia, y si*

cuando se tiene en cuenta que los bienes ambientales son cada vez más escasos y las posibilidades de cargas e impactos sobre los mismos son ilimitados, con lo que se plantea la grave cuestión de la distribución justa de cargas y servicios ambientales.

La respuesta a dicha cuestión puede responderse a través de la aplicación de criterios, reglas y principios de distribución de servicios y cargas o impactos ambientales, los cuales se aplican al momento de adoptar la decisión de distribución de tales bienes y cargas¹¹⁴. Dichas decisiones de distribución en un Estado de Derecho no se adoptan de plano, sino a través de vías formalizadas, esto es, de procedimientos legislativos y administrativos. En efecto, para la puesta en práctica de los instrumentos de gestión ambiental que se encuentran destinados a distribuir bienes y cargas ambientales, y por ende destinados a alcanzar la justicia distributiva ambiental —como por ejemplo un procedimiento administrativo para la emisión de un plan de descontaminación o la elaboración de una zonificación para el uso del espacio marino costero—, es necesario que se produzca, previamente un procedimiento administrativo regular. Tales instrumentos se transforman en gestiones ineficaces o en imposición de medidas autoritarias, cuando ellos no se ejercen con la adecuada información ambiental¹¹⁵.

Existe un conjunto de criterios, reglas y subprincipios, todos los que convencionalmente denominamos aquí como reglas de la justicia ambiental, que permiten por su aplicación individual o combinada, a través de instrumentos de gestión, la vigencia del principio de justicia ambiental. En tal sentido es posible constatar, *prima facie*, los siguientes¹¹⁶:

- *Separación de usos en conflicto*: en virtud del cual los usos que suponen riesgo ambiental y los que otorgan un servicio ambiental deben ser separados. Por ejemplo, distribuyendo la utilización del medio ambiente marino-costero entre las actividades industriales que descargan residuos líquidos en el medio, de aquellas que se valen de la buena calidad de las aguas para llevar a cabo su actividad productiva, tal como sería el caso de conflicto entre un emisario submarino de una planta de tratamiento de residuos líquidos industriales (RILES), por una parte y un centro de cultivo acuícola, por la otra¹¹⁷.
- *Concentración de los usos similares*: este principio busca concentrar en un mismo espacio riesgos o impactos ambientales de similar naturaleza, con el objeto de cuidar otros espacios frente a dichas actividades. En el espacio marino-costero chileno es posible encontrar buenos ejemplos de esta práctica, por ejemplo el polo industrial desarrollado en torno a la bahía de

de la justicia, también de la igualdad. Se considera que no tiene más si efectivamente es justo (porque no se atribuye a sí mismo más que a los otros de los que es bueno absolutamente hablando, a no ser que le corresponda proporcionalmente; por eso se afana para el otro, y esta es la razón de que se diga que la justicia es un bien para el prójimo, como dijimos antes); de aquí que deba dársele una recompensa y ésta es el honor y la dignidad; los que no se contentan con esto se hacen tiranos”.

¹¹⁴ Michael Klopfer, Umweltgerechtigkeit, Environmental Justice in der deutschen Rechtsordnung, Dunker & Humblot, Berlin, 2006, p. 32.

¹¹⁵ Cfr. Jorge Bermúdez Soto, El Acceso a la Información Pública y la Justicia Ambiental, *op. cit.*, p. 581 y ss.

¹¹⁶ Arndt Schmehl, Umweltverteilungsgerechtigkeit, Probleme und Prinzipien einer gerechten räumlichen Zuordnung von Umweltqualität und Umweltnutzungsoptionen, *op. cit.*, p. 91.

¹¹⁷ Jorge Bermúdez Soto, Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, en Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 29 N° 2, 2002, pp. 307 y ss.

Quintero-Ventanas, en la Región de Valparaíso o la concentración de cultivos de acuicultura en ciertas bahías específicas de la zona austral, producto de la aplicación de la zonificación dada por los Decretos Supremos que crean las Áreas Apropriadas para la Acuicultura (AAA). La concentración de actividades con impactos similares produce como externalidad positiva la posibilidad de utilizar las infraestructuras ya existentes en el lugar, por ejemplo, el puerto por el cual ingresarán los insumos o el combustible para hacer operar una planta generadora termoeléctrica, o la utilización de las líneas eléctricas de alta tensión, en el mismo ejemplo. Asimismo, permite que la fiscalización de dichas actividades pueda ser más eficiente. Pero además produce una serie de riesgos y derechamente impactos ambientales, tales como el aumento de las emisiones, la pérdida de valor ambiental de los sectores aledaños, etc. A ello se agrega que las emisiones provenientes de los distintos efluentes se confunden y en ocasiones hacen muy difícil determinar el origen preciso de las mismas. La concentración de usos similares sólo podrá llevarse a cabo cuando existen otros instrumentos de gestión ambiental, tales como las normas de calidad ambiental, las normas de emisión y los planes de prevención y descontaminación.

- *Reserva de espacios*: se trata de la restricción de uso de ciertos espacios, los que quedan reservados a la preservación o conservación de los bienes ambientales que se contienen. Un ejemplo lo constituye la creación de áreas protegidas.
- *Fijación de umbrales*: La existencia de esta regla lleva a la pregunta respecto de si es posible siempre llevar a cabo cualquier actividad sin importar su magnitud. La justicia ambiental exige que ciertas actividades no puedan ser desarrolladas sencillamente porque las magnitudes con las que han sido concebidas son excesivas e implican una intervención insostenible. En materia de recursos naturales se ha avanzado tímidamente en esta dirección, por ejemplo, al establecer un caudal ecológico mínimo, respecto de los recursos hídricos; o al fijar un rendimiento máximo sostenible, respecto de los recursos pesqueros.
- *Explotación de elementos ambientales*: la administración y asignación a privados de bienes nacionales de uso público que conforman elementos del medio ambiente constituye una de las formas clásicas, tanto de llevar a la práctica, como de vulnerar la justicia ambiental. En efecto, cuando la Administración del Estado decide entregar, por ejemplo, una cuota de pesca o una concesión marítima sobre una porción de agua y fondo, o sobre las rocas y arena para su explotación exclusiva y excluyente por una empresa privada, está al mismo tiempo decidiendo respecto de la distribución de los riesgos y servicios ambientales que ocasionará la actividad y prestará el elemento ambiental. Ese acto administrativo por sí sólo puede resultar inocuo, sin embargo, puesto en un contexto real puede significar la materialización de un riesgo ambiental, o por el contrario el acceso a un servicio ambiental. Cualquiera de dichos efectos a su vez puede suponer la vigencia o vulneración del concepto de justicia ambiental, dependiendo de las demás circunstancias que rodeen el otorgamiento del acto favorable. Por ejemplo, el medio ambiente marino ya se encontraba sobreexplotado¹¹⁸ o saturado, o por el contrario, viene a apoyar la creación de un área marino-costera protegida o de un parque eólico¹¹⁹.

¹¹⁸ Jón- Boris Ingerowsto, Basic principles of European sea fisheries law and policy, en Maritime Policy of the European Union and Law of the Sea, Peter Ehlers y Rainer Lagoni (editores), Ed. Lit, Hamburgo, 2008, p. 175 y ss.

¹¹⁹ Belc - Bock, Open Ocean Aquaculture und Offshore Windparks: eine Machbarkeitsstudie über die multifunktionale

- *Reducción de los efectos provenientes de un uso ambiental*: esta regla se relaciona con la protección de un sector o elemento del medio ambiente frente a los riesgos o impactos que provienen de fuentes ubicadas incluso en sectores alejados del lugar que se pretende proteger. Para ello resultan vitales tanto la reducción de emisiones, como la fijación de estándares de calidad. La cuestión central de la distribución de riesgos y servicios ambientales será aquí respecto del procedimiento y los criterios sustantivos para fijar tales niveles o estándares que permitan distinguir entre actividades autorizadas y las que no lo están.
- *Autodeterminación democrática*: esta regla representa la idea de que también las decisiones de distribución de riesgos y servicios ambientales pueden constituirse o basarse en la opinión y en la voluntad de las personas y comunidades que se ven implicadas o comprometidas con la decisión. En el Derecho ambiental chileno ello se representa en la participación ciudadana en algunos procedimientos administrativos, por ejemplo, en la evaluación de los EIA y las DIA que provocan cargas ambientales. Pero también en la participación organizada en organismos consultivos o decisorios, como las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero, o los Consejos Nacional y Zonales de Pesca.

5.5 Principio de no regresión

El legislador cuenta con libertad para modificar las leyes y para dictar nuevas o derogar antiguas en un sentido u otro (art. 1 CC). A nivel infralegal, esta mutabilidad es compartida, si se considera la facultad que la Administración posee para revocar sus propios actos (art. 61 LBPA). Todo ello es razonable para la generalidad del Derecho y se justifica en último término en que se trata del ejercicio de poderes soberanos que reconocen como único límite la vigencia de los derechos humanos (art. 5 inc. 2º CPR). Sin embargo surge la pregunta de si ello es igualmente razonable y posible en materia de protección ambiental¹²⁰.

Por una parte, no puede desconocerse que el deterioro ambiental es mayor cada día, y que la irreversibilidad de tales impactos es una cuestión conocida. Por otro lado, la regulación ambiental no sólo protege a las generaciones actuales. También comprende a las venideras. El ambiente es su lugar de encuentro y, por ello, su regulación supone la solidaridad intergeneracional.

Ambos aspectos ponen en entredicho a la mutabilidad del Derecho ambiental en su sentido u orientación. Y es que la aplicación irrestricta del principio "*ley posterior deroga a la anterior*" no sólo afecta a la insuficiencia regulatoria actual, sino también a las generaciones futuras, permitiendo eliminar los hitos o logros de la protección ecológica. Las amenazas actuales en este sentido son múltiples:

Nutzung von Offshore-Windparks und Offshore-Marikultur im Raum Nordsee, Bremerhaven, 2002.

¹²⁰ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, complementando la Declaración de 1789, dispuso la interdicción de sujetar las generaciones futuras a las leyes actuales, consagrando la mutabilidad de derecho, pese a no haber entrado en aplicación. El Derecho ambiental supone replantear esta soberanía actual, en pos de la generación venidera. Por ello, Michel Prieur, en *De L'urgente necessite de reconnaitre le Principe de 'non regression' en Droit de l'Environnement*, IUCN, Academy of Environmental Law e-Journal Issue, 2011, p. 34, afirma la necesidad de interpretarla en conformidad con el Desarrollo Sostenible. En este sentido, Rafael Valenzuela Fuenzalida, en *Derecho y Supervivencia*, en RDPUCV, 1998, p. 191 señaló: "*carecemos de títulos éticos para desconocer a las generaciones venideras el derecho a contar con oportunidades de vida y de desarrollo al menos similares a las que estuvieron a disposiciones de las generaciones que las procedieron*".

- Primero, porque la protección ambiental ha regulado un gran espectro de la actividad económica. Tradicionalmente, esta regulación es considerada como una limitación de la actividad empresarial, bajo la visión del Derecho ambiental como un *Derecho obstáculo* (coloquialmente señalado como “lomo de toro”). Por ello, puede ceder frente a escenarios de crisis como los actuales, donde la protección ambiental suele ser vista como una traba al progreso^{121 122}.
- En segundo lugar, debe reconocerse que el Derecho ambiental ha adquirido una densidad y complejidad crecientes. Esto dificulta su comprensión, pudiendo llevar a procesos de simplificación regulatoria. Tales procesos, en general, abren la puerta a la reducción de estándares para la protección ambiental¹²³.
- Finalmente, los cambios de gobierno pueden ser también un factor de retroceso. Y es que el nivel de protección vendrá acompañado del impulso que se le otorgue a otras actividades, como la economía, pese a que nuestra regulación haya conocido de consensos recientes en materia de protección ecológica¹²⁴.

Por lo anteriormente expuesto, a nivel internacional y comparado, la prohibición de retroceso en materia ambiental ha sido defendida a través del principio de no regresión, propio del Derecho humanitario. Esta irreversibilidad es la forma en que el Derecho protege al ambiente de su regulación, asegurando los fines de su mutabilidad o, en otros términos, que su modificación, derogación e interpretación sea realizada para su resguardo y no para revertir su tutela.

Desde el punto de vista operacional, el principio se desarrolla tanto en la modificación, como en la reinterpretación de las fuentes formales. En el primer caso, si la ambición ecológica del regulador es inferior al nivel ya alcanzado, el principio impedirá la marcha atrás. Asimismo, el operador deberá considerar los impactos que una reformulación interpretativa implicaría para la mantención o progresión ambiental. Ambos aspectos deben mantenerse unidos, pues de nada serviría mantener disposiciones protectoras del ambiente, unida a un retroceso interpretativo.

La no regresión es el principio más reciente en materia ambiental, agregándose a los principios tradicionales. Actualmente, se postula la consagración expresa a nivel internacional¹²⁵, para asegurar su

¹²¹ Esta perspectiva es defendida por quienes consideran que no existen diferencias entre la regulación ambiental y las restantes regulaciones. Si los costos exceden los beneficios, la regulación carece de sentido y puede ser modificada o, simplemente, derogada. En este sentido, *James Huffman*, *The EU's 'Non-Regression' Gambit*, *The Wall Street Journal*, 11 de noviembre de 2011.

¹²² *Humberto Nogueira Alcalá*, *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 2 (2009), p. 176.

¹²³ En este sentido, *Michel Prieur*, *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, en *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, *Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle*, Brasil, 2011, p. 12.

¹²⁴ En octubre de 2009, senadores de la Alianza y la Concertación materializan un Protocolo de Acuerdo en materia de protección ambiental. Entre otros aspectos, el Protocolo permitió la dictación de la Ley N° 20.417 que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. No obstante, existen otros ámbitos establecidos en el acuerdo pero aún no regulados, como la entrada en vigencia del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

¹²⁵ En efecto, el Derecho ambiental comparte fuentes no escritas, pese a su carácter técnico y especializado. Los principios de Derecho ambiental son, en gran medida, las principales de estas fuentes.

contenido y aplicación. Cabe considerar que la no regresividad ha sido considerada ya por algunos países, siendo propuesta también en ciertas declaraciones recientes:

- *Declaraciones internacionales.* Pese a no ser considerado expresamente, el principio de no regresión se encuentra implícito en ciertas referencias consagradas por la Declaración de Río + 20 el año 2012. En particular en la idea de “*not the step backwards from the Rio summit of 1992*”, que manifiesta el no regresión ambiental. Lo mismo puede señalarse respecto de otras declaraciones, incluso más recientes. En este sentido, la Declaración de Jeju: *Towards a New Era of Conservation, Sustainability and Nature-based Solutions*, de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza del 15 de septiembre de 2012, señala: “*We must ensure that better governance of nature’s use is achieved with greater regularity and consistency by providing decision makers with tools and information to assess and negotiate sustainable use of nature and equitable sharing of benefits*”¹²⁶.
- *Ecuador.* El artículo 23 de la Constitución de Ecuador –ubicado en el Capítulo 2, denominado: “*De los Derechos civiles*” – dispone: “*Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 6. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente*”. Al igual que otros derechos, la garantía ambiental del artículo 23 se ve cubierta por los principios de aplicación de Derechos constitucionales. En este sentido, el artículo 11 dispone: “*El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*”.
- *Chile.* En el caso chileno no existe una norma similar a la citada Constitución ecuatoriana. Sin embargo el Tribunal Constitucional ha reconocido en algunos casos la necesidad de avanzar progresivamente en el logro de ciertos valores. Así por ejemplo, en materia de igualdad, reconoce la doble dimensión que la garantía tiene: “*Desde la perspectiva conceptual, la igualdad presenta una doble dimensión. Por una parte, la igualdad como principio, según el cual los individuos, sin distinción alguna, tienen la misma aptitud jurídica, que es la que se encuentra en el inicio de la formulación constitucional del número 2º del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Por otra parte está la igualdad como ideal de igualdad efectiva que las normas e instituciones deben lograr en forma progresiva, atenuando las desigualdades de hecho*” (sentencia Rol Nº 1273, considerando 63º). Como es lógico, toda progresión conlleva un mandato implícito de no regresar, pese a que la extensión de aquélla sea naturalmente superior al de esta última noción. Asimismo, la doctrina especializada ha reconocido la tendencia de la jurisprudencia en otorgar un cierto carácter práctico a los derechos económicos y sociales, aunque sin incluir en el análisis al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación¹²⁷.

¹²⁶ Michel Prieur, Non - regresion in environmental law, S.A.P.I.EN.S, 12 August 2012.

¹²⁷ Claudio Nash Rojas, Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: ten-

No obstante, una interpretación progresiva de la Constitución debe llevar a entender que el derecho consagrado en el art. 19 N° 8 no puede admitir una disminución en los niveles de protección ambiental alcanzados (Ver C.II, 4.2.1).

6. MEDIO AMBIENTE Y CONCEPTOS JURÍDICOS RELACIONADOS

El estudio del Derecho ambiental se encuentra condicionado por el conocimiento previo de una serie de conceptos que utiliza la normativa ambiental. Se trata de nociones 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 los conceptos de medio ambiente y otros que se encuentran relacionados al mismo, todos recogidos por la LBGMA¹²⁸.

El art. 2 LBGMA parte señalando que “*para todos los efectos legales se entenderá por*” y a partir de ahí se desarrollan 28 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, 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 art. 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,

dencias jurisprudenciales, en Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1, 2011, p. 99 y ss.

¹²⁸ 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.

tanto en la Constitución chilena¹²⁹ 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 jurídica¹³⁰.

Reconocida esta falta de precisión, debe hacerse la previsión metodológica, en cuanto a que 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.

El medio ambiente puede ser analizado desde dos perspectivas, las que inciden en la forma en que la legislación aborda su tratamiento, a saber:

- *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 y completitud. 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.
- *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 ambiental¹³¹. 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, al parecer, ha sido la opción del legislador chileno.

¹²⁹ La Constitución española en su artículo 45 también hace uso del doble concepto *medio ambiente*. Sin embargo, la Constitución peruana, de manera más precisa, en su artículo 67 dispone que el Estado determina la política nacional del *ambiente*.

¹³⁰ 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*.

¹³¹ 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.

6.1.1 Problemas de la definición de Medio Ambiente

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

- **Multiplicidad 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 o pehuén (*Araucaria araucana*) 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 excesivamente amplios, como lo plantea la definición del art. 2 letra 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^{132 133}.
- **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 uso 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 en el art. 2 letra II) LBGMA, por la jurisprudencia y por la doctrina de los autores.

¹³² 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.

¹³³ La concepción restrictiva del ambiente también ha sido cuestionada por Rodrigo Guzmán Rosen, *La regulación constitucional del ambiente en Chile: Aspectos sustantivos y adjetivos: historia, doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición, LegalPublishing, Santiago, 2010, quien acertadamente señala, p. 23: "resulta en extremo difícil creer que el suelo, parafraseando a MARTÍN MATEO, no sea vehículo de transmisión, soporte y factor esencial para la existencia humana. En efecto, partiendo de la primera característica, por cuanto, v.gr., un derrame de hidrocarburo en el suelo podrá perfectamente infiltrar la capa subterránea, e indudablemente es un componente que sirve, tanto de base para la existencia de innumerables especies animales y vegetales, como es, de suyo, un elemento esencial para nuestra existencia y desarrollo".

6.1.2 Definición

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, se puede esbozar una definición 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 art. 2 letra 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 constitucional¹³⁴. 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 tiene el concepto de medio ambiente (Ver C.II, 2.2.3).

El problema que se desprende de la amplitud del concepto legal radica en que, a partir de su 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 legal¹³⁵. 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.

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,

¹³⁴ Ello debido al carácter de concepto que para *“todos los efectos legales”* deberá ser tenido en cuenta (art. 2 LBGMA) y la amplitud del ámbito de aplicación de la LBGMA (art. 1). Esto se corrobora con la jurisprudencia del TC, el cual ha utilizado los conceptos definidos para todos los efectos legales para fundar sus sentencias, por ejemplo en la sentencia 577/2006, cuestión que debe ser criticada desde la perspectiva de la interpretación constitucional.

¹³⁵ 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”*.

especie o grupo animal o vegetal, la cual no se reduce a su residencia o hábitat inmediato o más próximo para esa forma de vida, sino que incluye además al entorno necesario para que una persona pueda desarrollarse. 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"*¹³⁶. 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 estos, y desde allí avanzar hasta aquél 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 particular¹³⁷.

- 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, para la reparación de los daños al medio ambiente, donde se debe restablecer precisamente el *sistema* dañado¹³⁸. El problema que plantea esta perspectiva global

¹³⁶ Se ha cuestionado si la formulación de un concepto de *entorno adyacente* permite realmente acotar el concepto de medio ambiente. Así Rodrigo Guzmán Rosen, La regulación constitucional del ambiente en Chile, *op. cit.*, pp. 67 - 68 señala: *"hacer uso de un concepto como el del entorno adyacente conduce de modo inevitable a un litigio siempre presente, que no es otro que el de establecer, fuera de toda duda o bajo el manto de una duda razonable, dónde comienza, cómo se desenvuelve, en qué consiste y dónde concluye aquel espacio necesario para que el individuo se desarrolle"*.

¹³⁷ 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 cuál 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).

¹³⁸ 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.

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 los socioculturales. Entonces, para el legislador nacional, el concepto de 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 Medio Ambiente Libre de Contaminación

Ha sido definido como *“aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”* (art. 2 letra m) LBGMA). La definición puede ser analizada a partir de sus elementos integradores:

- *Componentes ambientales.* Lo primero que se debe tener presente es que lo que el concepto delimita es una especie del término *medio ambiente*, definido en términos generales en el art. 2 letra l) LBGMA. Como es evidente, la noción tiene por objeto definir el concepto de un medio ambiente concreto, a saber: aquél que se encuentra libre de contaminación. Esta particularidad supondrá considerar todas las características y los elementos integradores de la definición legal de medio ambiente, ya analizada. En efecto, al igual que el concepto de *patrimonio ambiental*, la noción de *medio ambiente libre de contaminación* supone una integración comprensiva no sólo de los componentes naturales, sino también de los elementos culturales y artificiales, contenidos en la definición general del término *medio ambiente*.

Esta conclusión, perfectamente sostenible en relación al concepto de medio ambiente, puede presentar algunas complejidades relativas a los términos en que la contaminación ha sido definida legalmente¹³⁹. Ello se analizará con posterioridad.

- *Objetivo de limitación.* Pese a que el legislador ha intentado definir el medio ambiente libre de contaminación, la definición comienza refiriéndose a la presencia de contaminantes en determinadas concentraciones y períodos. Desde una perspectiva lógica, por tanto, la definición excede lo que, en principio, el legislador pretendía definir, esto es, un medio ambiente incontaminado.

En gran medida, la contradicción guarda relación con el antecedente histórico de la expresión, derivada de las actas constitucionales¹⁴⁰. Por otro lado, al excederse, la definición matiza y limita los resultados inalcanzables que, en principio, se derivarían del término *libre de conta-*

¹³⁹ Art. 2 c) LBGMA: *“la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”*.

¹⁴⁰ Respecto a la negativa de introducir el concepto de medio ambiente sano: Rodrigo Guzmán Rosen, La regulación constitucional del ambiente en Chile, *op. cit.*, p. 51, señala: *“el comisionado DIEZ URZÚA fue de la idea de suprimir la voz ‘toda’, ya que en ninguna sociedad era posible contar con un ambiente exento absolutamente de contaminación, dejando simplemente la frase ‘libre de contaminación’ (...) para GUZMÁN ERRÁZURIZ no era suficiente la aclaración de que no se garantizaba una contaminación cero. La manutención de la frase ‘libre de...’ podía conducir a equívocos, de tal forma que*

minación, aisladamente considerado. Entendidas así las cosas, estamos ante una verdadera ponderación que el legislador ha realizado de los términos constitucionales. Paradojalmente, ello contrasta respecto de otro concepto, decisivo para una cabal comprensión de la noción en estudio: la definición legal del medio ambiente, debido a la amplitud de su consagración.

Sin embargo, puede cuestionarse la amplitud de dicha limitación. Y es que, a diferencia de conceptos como *medio ambiente sano* o *adecuado*, el término *libre de contaminación* limita las posibilidades de afectación a aquellas provenientes de *contaminantes*, sin comprender amenazas, perturbaciones o privaciones derivadas, por ejemplo, de aprovechamientos insostenibles de recursos naturales y que en sentido estricto no son contaminación. Una interpretación restrictiva de los términos llevaría a concluir que dichas actividades han de encontrarse fuera del ámbito comprendido por el concepto¹⁴¹.

Todo ello deriva de los limitados términos en que el constituyente se ha referido a la noción de medio ambiente, posteriormente desarrollada por el legislador. Para comprobarlo, basta comprender que, en realidad y pese a ser tradicionalmente homologados, el término *libre de contaminación* no es equivalente a la noción de *sano* o *tolerable*. Por el contrario, sólo constituye una especie de dichos géneros: aquél en el que la concentración de contaminantes y sus períodos no son susceptibles de constituir riesgos para determinados bienes jurídicos. Así, si bien todo medio ambiente tolerable o sano debe estar libre de contaminación, no todo medio ambiente libre de contaminación debe ser necesariamente sano o tolerable.

Un problema adicional será determinar si los contaminantes referidos por la definición deben estar normados. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 26 de abril de 2007, causa rol: 577/2006¹⁴², ha afirmando tal necesidad en virtud de la definición de *contaminación*, que

lo razonable era expresar la idea referida a un 'ambiente sano'. Este planteamiento, por más interesante que resultara ser, fue descartado por los demás integrantes".

¹⁴¹ Al respecto, *Ibid.*, p. 59: "¿Es posible reducir la perturbación del ambiente a esa sola fuente? Creo que no. La alteración del entorno puede asumir diversas formas. A la luz de la LBGMA, ellas son el impacto ambiental, la contaminación y el daño ambiental, nociones que si bien operan en ámbitos diferentes, todas representan ciertos desequilibrios sobre el entorno". Por ello, el autor concluye que el derecho "se encuentra agraviado cuando una determinada norma es infringida y a causa de la cual se produce un impacto ambiental autónomo, un fenómeno de contaminación en sentido estricto o se configura un daño ambiental" (pp. 62 - 63). No obstante, la trilogía puede ser cuestionada. En primer término, porque los conceptos de daño ambiental e impacto ambiental han sido definidos desde la perspectiva del efecto (de pérdida, detrimento, disminución o menoscabo significativo, por una parte, o meras alteraciones, respectivamente) y no desde un punto de vista causal (como lo han sido los contaminantes). En segundo lugar, por la licitud de las conductas, en este sentido, se oponen las nociones de impacto ambiental (conducta lícita), daño ambiental (de necesaria ilicitud) y contaminación (de licitud o ilicitud posible, en función de los niveles de concentraciones y períodos).

¹⁴² En concreto, el Tribunal Constitucional concluye que "mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante" (Considerando decimocuarto). Una perspectiva crítica ha sido señalada por Eduardo Aldunate Lizana, La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho, en RDPUCV, XXXII, Valparaíso, 2009, p. 469: "En el caso del rol Nº 577-06, la normatividad de la Constitución queda completamente oculta por la forma en que el Tribunal Constitucional maneja el concepto de contaminación, al señalar que ella sólo es jurídicamente apreciable en la transgresión a los parámetros fijados por el

limita tales concentraciones y períodos a los establecidos en la *legislación vigente* (art. 2 letra c) LBGMA). No obstante, debe observarse que el requisito sólo ha sido considerado en la definición de *contaminación*, mas no respecto del *medio ambiente* que se encuentra libre de ella.

En efecto, el concepto de *medio ambiente libre de contaminación* es especial en relación a la noción de *contaminación* sin más. La especialidad viene dada por la consagración implícita de un elemento adicional: la posibilidad de afectación. Así, mientras el concepto de contaminación es, en principio, inocuo, al no consagrar referencias a elemento biótico alguno, la noción de medio ambiente libre de contaminación no lo es. Supone un *riesgo* de afectación de a lo menos uno de los elementos que la definición enumera.

Esta especialidad permite cuestionar la aplicabilidad de requisitos ajenos al concepto, como lo sería la calificación anticipada de determinadas “*sustancias, elementos, energía o combinación de ellos*” como *contaminantes* por parte de la autoridad administrativa. La conclusión se refuerza considerando que, por regla general, la protección deberá ser reclamada respecto de la misma entidad cuya pasividad impediría la reclamación, esto es, la Administración Pública¹⁴³.

- *Riesgo*. La definición de medio ambiente libre de contaminación evoca la idea de riesgo de afectación. Ello resulta natural, considerando que el término ha sido reiterado en la mayor parte de las definiciones relacionadas. En efecto, esta expresión ha sido reiterada tanto por los conceptos de contaminantes, como por las definiciones de normas de calidad primarias y secundarias, mediante las cuales se establecen los límites a la concentración de contaminantes y sus períodos admisibles en el ambiente.

Como se verá, estas repeticiones constituyen un elemento interpretativo a la hora de limitar los términos utilizados por la Constitución, al condicionar la procedencia del recurso de protección ambiental a la *afectación* del derecho.

- *Salud de las personas y calidad de vida de la población*. La salud de las personas y la calidad de vida de la población constituyen los dos conceptos relacionados de manera directa con los titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sin embargo, ambas nociones implican objetivos de protección distintos, lo que merece algunos comentarios.

legislador, abdica completamente de la construcción de un estándar constitucional de contaminación: en el fondo, el Tribunal sostiene que, si no se han fijado parámetros legales de la misma, ella no existe”.

¹⁴³ La posibilidad de considerar contaminantes no normados ha sido señalada también por: Rodrigo Guzmán Rosen, *op. cit.*, p. 56. Para llegar a esta conclusión, el autor señala que “la definición de contaminación se hace en función de la sujeción o no a la legislación vigente, es decir, de los máximos que ésta disponga. Sin embargo, la concepción legal de medio ambiente libre de contaminación se efectúa apuntando a si no hay de aquellos riesgos que se indican”. Posteriormente, afirma la falta de coherencia entre los conceptos de contaminantes y medio ambiente libre de contaminación, “por cuanto al definir contaminante, la ley da a entender que tal es sólo aquél que genera ciertos riesgos (...) no obstante, al definir medio ambiente libre de contaminación, señala, en suma, que es aquél donde los contaminantes no son susceptibles de producir los aludidos riesgos”. A partir de lo anterior, concluye que “la definición de contaminación, quiso referirse únicamente a los contaminantes que se encuentran normados y que cuando definió medio ambiente libre de contaminación, pretendió aludir a los contaminantes que no se encuentran normados”. La interpretación, si bien permitiría distinguir las nociones, implicaría una lectura peligrosa de la disposición, que disminuiría el ámbito de aplicación del concepto *medio ambiente libre de contaminación* en la medida que las sustancias sean normadas.

En primer término y como se verá, debe observarse la disparidad de criterios que ambas nociones importan. Mientras la salud de las personas requiere unos estándares de protección mínimos, la calidad de la vida importa considerar altos niveles de tutela, dentro de los cuales se encuentran implícitamente los primeros.

Por otro lado, debe considerarse que el concepto de medio ambiente se integra tanto por elementos naturales como artificiales. Si bien la diversidad de parámetros es predicable respecto del medio natural, la noción de *salud* resulta del todo ajena a la protección del medio ambiente cultural y artificial. En efecto, no es posible ver cómo las alteraciones de dichos entornos pueden afectar la salud de las personas titulares del derecho cuya protección se reclama. Si se acepta que el medio ambiente libre de contaminación alude a ambas vertientes, sus pretensiones sólo podrán quedar amparadas en el concepto de calidad de vida de la población, constatación que refuerza lo inapropiado e insalubre que resulta el empleo de la categoría *salud* dentro de las técnicas de protección ambiental.

- *Preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental.* Como se verá, estas nociones constituyen mecanismos destinados a disciplinar de manera más estricta las conductas que los usuarios podrán desarrollar en el medio ambiente. Por ello, la incorporación de estas nociones en la definición de un medio ambiente libre de contaminación confunde las técnicas de protección ambiental¹⁴⁴. La preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental limitan los usos y aprovechamientos de los elementos ambientales, pero escapan a la técnica de lucha contra la contaminación—dentro de la cual se incorpora la definición del medio ambiente libre de contaminación—y de alguna forma la requiere, debido a la ineficacia que supondría aplicar determinadas limitaciones (como los son las técnicas de áreas y especies protegidas) en un medio ambiente contaminado.

Ambas nociones además suponen seguir recorridos diversos. Así y como se verá, la preservación de la naturaleza requiere una protección estricta y excluyente de aprovechamientos. Por otro lado, la conservación del patrimonio ambiental admite una tutela menos intensa, que no impide usos sustentables. Ello implica reiterar una vez más la diversidad de parámetros que el concepto de medio ambiente libre de contaminación supone. Sin perjuicio de ello —y a diferencia de lo que sucede respecto a la salud y, en menor medida, con la calidad de vida de la población— ninguna de estas dos nociones permite realizar un contraste objetivo con la contaminación existente, debido a que su ámbito de aplicación, como se ha señalado, queda limitado a las prohibiciones y restricciones a la explotación de los elementos o recursos ambientales¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Respecto de las técnicas de protección ambiental, Mercedes Ortiz García, *La Conservación de la Biodiversidad Marina: las Áreas Marinas Protegidas*, Ecorama, Granada, 2002, p. 158: "La protección del ambiente no sólo comprende la prevención, control y lucha contra la contaminación -aspecto consolidado del Derecho ambiental-, sino también la protección de la biodiversidad -que cada día adquiere mayor importancia-".

¹⁴⁵ La paradoja de los conceptos utilizados en la definición del medio ambiente libre de contaminación es que sólo la noción de salud, carente de naturaleza ambiental, permite un contraste relativamente claro con la contaminación existente. En efecto, el concepto de calidad de vida de la población posee un carácter indeterminado. Por otro lado, las nociones de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental no suponen la aplicación de un

6.3 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”* (art. 2 letra b) LBGMA).

La primera relación que surge respecto de esta norma es con la del art. 19 N° 24 inc. 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 ambiental¹⁴⁶, toda vez que dicho concepto se nutre de otros también contenidos en el citado art. 2 LBGMA¹⁴⁷. 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 a su racionalidad. Una explotación (uso y aprovechamiento) con el carácter de racional queda comprendida dentro del concepto de desarrollo sustentable, fijado en la letra g) del art. 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 con la limitación de racionalidad ya referida, 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 futuras¹⁴⁸. Dentro del concepto de conservación,

estándar de contaminación, sino de limitación al uso y aprovechamiento de los elementos ambientales, situación que impide realizar el ya referido contraste.

¹⁴⁶ 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° 185/1994 no cuestionó la constitucionalidad de las definiciones del art. 2 LBGMA. Sin embargo, este argumento no opera en el sentido inverso, es decir, si puede el TC en su calidad de intérprete de la Constitución utilizar las definiciones del art. 2 LBGMA para interpretar el texto fundamental. Aquí la respuesta debe ser negativa, en este sentido *Eduardo Aldunate Lizana*, La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho, *op. cit.*, p. 469.

¹⁴⁷ Tal es el caso de la definiciones de desarrollo sustentable (art. 2 g), reparación (art. 2 s), medio ambiente (art. 2 ll), recursos naturales (art. 2 r).

¹⁴⁸ 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.

además, se incluye un segundo grupo de acciones, tales son las que supone la reparación, definida en el art. 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 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 ll) del mismo art. 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 desgranán 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 surge naturalmente 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 Nº 19.473 sobre Caza de 1996 en su art. 2 letra f) define *Especies Protegidas* como *“todas las especies de vertebrados e invertebrados de la fauna silvestre que sean objeto de medidas de preservación”*⁴⁹. 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. Ellas no

⁴⁹ Al respecto ver Reglamento de la Ley de Caza, DS Nº 5 de 2003, Ministerio de Agricultura.

son totalmente coincidentes con las categorías de conservación recomendadas por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza a que hace referencia el art. 37 LBGMA¹⁵⁰, situación que no ha sido resuelta por la vía reglamentaria, pese a la consagración de disposiciones expresas en este sentido (artículo segundo transitorio del Reglamento para la Clasificación de Estudios)¹⁵¹.

- *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 componentes del patrimonio ambiental¹⁵². 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.

6.4 Desarrollo Sustentable

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 o que se contamine con opiniones subjetivas, 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 económico¹⁵³. 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 incommensurable¹⁵⁴.

¹⁵⁰ El art. 37 LBGMA actualmente dispone: “El reglamento fijará el procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias”.

¹⁵¹ El artículo segundo transitorio dispone: “Cuando otras normas hagan referencias a categorías distintas de las actuales, se entenderá que las actuales categorías ‘En Peligro Crítico’ y ‘En Peligro’ son asimilables a la anterior categoría denominada ‘En Peligro de Extinción’, mientras que la actual categoría ‘Vulnerable’ es asimilable a la anterior de igual nombre. Las anteriores categorías ‘Insuficientemente Conocida’, ‘Rara’ y ‘Fuera de Peligro’ no poseen equivalencia directa con ninguna de las nuevas categorías”.

¹⁵² 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.

¹⁵³ 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. Se debe evolucionar desde una relación parasitaria con el medio ambiente hacia una de carácter simbiótico.

¹⁵⁴ Sobre el tema, Guy Beaucamp, *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

6.4.1 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 económico tiene una solución dialéctica, que es bastante sencilla, viene dada por una fórmula mágica¹⁵⁵: 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*)¹⁵⁶, había puesto de manifiesto la inseparable vinculación que existe entre la problemática de la protección ambiental y los problemas de desarrollo¹⁵⁷. 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 sostenible¹⁵⁸, en diversos numerales hace alusión a elementos del mismo¹⁵⁹. En el Principio 3° 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 4° 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 art. 2 letra 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 sinónimos¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Expresión usada por Mathias Ninck, *Zauberwort Nachhaltigkeit*, Hochschulverlag an der ETH Zürich, 1997.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ 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).

¹⁵⁸ Gerd Ketteler, *Der Begriff der Nachhaltigkeit im Umwelt und Planungsrecht*, en *Natur und Recht* N° 9 2002, p. 513.

¹⁵⁹ 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*.

¹⁶⁰ Ramon 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 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

- *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, art. 1 inc. 4° 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 (art. 19 N° 8 inc. 1° 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 peso¹⁶¹.



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.

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.

¹⁶¹ Guy Beaucamp, *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, op. cit., p. 20.

Los tres engranajes del desarrollo sustentable pueden apreciarse en su peso específico en la siguiente figura:



La idea de una armonización entre crecimiento económico y protección del medio ambiente, que subyace en el principio de desarrollo sostenible, todavía sigue siendo un objetivo lejano, costoso y difícil de alcanzar¹⁶². Las dificultades que plantea dicha armonización o compatibilización, quedan puestas de manifiesto en una importante sentencia del Tribunal Constitucional español, el que, tempranamente, declarara 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”*¹⁶³.

6.4.2 Desarrollo sustentable en la LBGMA

El art. 2 letra 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”*.

¹⁶² 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: *“Hay que decir que 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”*.

¹⁶³ Sentencia 64/1982 de 4 de noviembre. Fundamento jurídico 2°.

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 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 art. 1, inc. 4º de la Constitución, que establece lo que se ha denominado como principio de servicialidad del Estado, éste 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*”¹⁶⁴.

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 art. 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 legales¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Dicha disposición se reitera, ahora exclusivamente, respecto de la Administración del Estado, en el art. 3 inc. 1° LBGAE°.

¹⁶⁵ Con la modificación constitucional del año 2005, en el art. 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.

- **Desarrollo sustentable y calidad de vida.** A diferencia de lo que por sí sola representa la norma del citado art. 1 inc. 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 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 ambiental adecuados para el desarrollo integral de la persona¹⁶⁶.

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 máximos aceptables 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 en una sociedad. Es decir, de nada sirve que las Municipalidades construyan y mantengan áreas verdes si éstas no son utilizadas o son mal usadas por algunos ciudadanos. De nada sirve una temporada de conciertos de verano, 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 futuras¹⁶⁷. 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 (art. 19 N° 1 inc. 2º CPR) o en el propio Código Civil a propósito de los derechos que se difieren a la criatura que está en el vientre materno (arts. 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 decisiones¹⁶⁸. 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 sabe con certeza su número ni necesidades, ni mucho menos la

¹⁶⁶ Evidentemente, la calidad de vida no sólo implica nivel económico y protección ambiental, también implica posibilidades de esparcimiento y recreación, seguridad personal, acceso a la cultura, etc.

¹⁶⁷ 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*".

¹⁶⁸ 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.

forma e intensidad del impacto que tendrán las decisiones adoptadas hoy para su desarrollo en el futuro^{169 170}.

- **Desarrollo sustentable y crecimiento equitativo.** Existe una relación directa entre pobreza y amenazas al medio ambiente¹⁷¹. 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 art. 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*¹⁷². 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 tarea¹⁷³. 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.

¹⁶⁹ Las evaluaciones del impacto ambiental estratégicas se ocupan parcialmente de este aspecto.

¹⁷⁰ En contra de la relación entre Desarrollo sustentable y solidaridad intergeneracional: *Dominique Hervé Espejo*, Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXIII (2010) 1, p. 24: *“entra al debate el concepto universalmente aceptado de desarrollo sustentable, el que no puede hacerse cargo de este problema puesto que en teoría da igual relevancia al ámbito social, económico y ambiental, los que deben ser ponderados y equilibrados. Lo anterior implicaría mantener, de alguna manera, los modelos actuales de desarrollo en que finalmente prima la idea de un crecimiento económico sustentable. En cambio, la incorporación del principio de justicia interespecie permite adoptar un concepto de ‘sustentabilidad fuerte’ que establece la preferencia por la sustentabilidad ecológica o las necesidades de las futuras generaciones”*.

¹⁷¹ *Guy Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷² 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”*.

¹⁷³ En los hechos es precisamente en los países desarrollados donde se muestran los mayores avances en la protección ambiental. No obstante, países de desarrollo medio, como Costa Rica y Colombia, han demostrado un desempeño ambiental sobresaliente, ubicándose en los lugares 3º y 10º del Environmental Performance Index 2010. Cfr. *J. Emerson, D. C. Esty, M. A. Levy, C. H. Kim, V. Mara, A. De Sherbinin, y T. Srebotnjek*, 2010 Environmental Performance Index, Yale Center for Environmental Law and Policy, *op. cit.*

- *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 conceptos: conservación y protección del medio ambiente. En el caso de la conservación del patrimonio ambiental, como se señaló en 6.3, 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 art. 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 (art. 2 letra p), que no supone la utilización de los recursos, sino la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el 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.

6.5 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 art. 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase CPR.

De acuerdo con la definición del art. 2 letra 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 6.3), 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 (art. III, inc. 1º de la Convención de Washington).
- *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 ambien-

tales 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 art. 2 letra 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*)¹⁷⁴, 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 art. 19 N° 8 inc. 1° parte final CPR.

6.6 Protección del Medio Ambiente

Si bien es cierto que 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 art. 2 letra 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”*.

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, poniendo de relieve que la perfección de los fundamentos jurídicos de una política pública, serán esenciales para su eficacia y para el desarrollo del Estado de Derecho. Adicionalmente, se debe tener en cuenta el carácter multidisciplinario de la protección ambiental, la 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 art. 2 letra 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

¹⁷⁴ Entre estos 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.

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 se entiende como una actuación frente a la certeza acerca de las consecuencias que implica una actividad riesgosa para el medio ambiente, por lo que supone un estadio menos avanzado de protección que el que otorgaría el principio precautorio, uno de los pilares del Derecho ambiental (Ver 5.1). 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.

7. ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL

7.1 Generalidades

Tanto desde el nivel constitucional como legal se desprenden deberes para el Estado como destinatario de la protección ambiental. Constitucionalmente, es lo que ocurre con el deber de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado; lo mismo cabe decir respecto de la tutela de la preservación de naturaleza (art. 19 N° 8 CPR) (Ver C.II, 5). En materia legal, otros tantos deberes han sido incorporados: participación ciudadana, acceso a la información ambiental, promoción de campañas educativas, promoción de comunidades y personas indígenas (art. 4 LBGMA), así como la conservación del patrimonio ambiental (art. 2 letra b) LBGMA).

La concreción de estos deberes supone establecer instrumentos de protección ambiental. La intervención estatal incide directa o indirectamente en sus diferentes clases, siendo especialmente intensa en aquellos de carácter normativo. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Evaluación Ambiental Estratégica, normas de calidad y emisión, planes de prevención y descontaminación, declaraciones

de zonas, áreas y especies protegidas, así como el establecimiento de sanciones administrativas, son algunos ejemplos. Pese a sus múltiples diferencias —ya sea porque tienen naturaleza preventiva o represiva, o su aplicación sectorial o territorial, según corresponda— ellos comparten una característica común: se atribuyen dentro del ámbito de competencia de un órgano público, ya sea para efectos de su gestión o fiscalización. Esta *atribución*¹⁷⁵ permite calificar al órgano como perteneciente a la Administración Ambiental.

En este sentido, la integración del ambiente como objeto de protección por parte de los órganos estatales modifica la organización de la Administración Pública, así como su funcionamiento. Aunque los Estados pueden configurar libremente su modelo de organización administrativa, la eficacia ambiental es siempre requerida¹⁷⁶. De aquí la importancia de la organización del complejo administrativo. Siguiendo el modelo nacional, podrá ser *“funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”* (art. 3 CPR). Ambas técnicas han sido incorporadas en la LBGMA y suponen diferencias relevantes, tanto para la planificación y gestión del instrumento de protección, como en relación al patrimonio y el control de la actuación administrativa. Conforme a la Ley N° 20.417, la Administración Ambiental ha sido configurada mediante múltiples órganos, los cuales poseen una naturaleza jurídica diversa. Constituye el aspecto que mayores innovaciones ha presentado desde la entrada en vigor de la LBGMA, y que más que una simple modificación de la Administración Pública Ambiental, implicó una transformación de ésta. En términos generales, la Ley N° 20.417 ha redistribuido en diferentes órganos administrativos las competencias antiguamente atribuidas a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, las ha profundizado y ha atribuido otras tantas nuevas a los órganos creados por la ley.

7.1.1 Organización administrativa ambiental

Los sistemas de organización administrativa corresponden al *“conjunto de normas y principios según los cuales se estructuran orgánicamente las unidades que componen el complejo administrativo”*¹⁷⁷. En este sentido, la Administración del Estado chileno responde a unos principios que sólo permiten clasificarla de modo complejo¹⁷⁸. Conforme al art. 3 CPR: *“El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”*. Tanto las técnicas de desconcentración, como de descentralización han sido incorporadas en materia de protección ambiental.

La técnica de descentralización funcional ha operado desde la entrada en vigor de la LBGMA. Ella correspondía a la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en tanto órgano especializado en razón de funciones, sin subordinación al poder central, quien mantenía su supervi-

¹⁷⁵ Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General. Ed. LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 65-67.

¹⁷⁶ Conforme al Principio 11 de la Declaración de Río: *“Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar 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”*.

¹⁷⁷ Manuel Daniel Argandoña, La Organización Administrativa en Chile, bases fundamentales, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 107.

¹⁷⁸ Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, op. cit., p. 209.

gilancia o tutela. Todo ello resulta lógico, considerando que la descentralización funcional supone el traspaso de potestades desde los órganos centrales hacia otros especializados.

Este traspaso de competencias se ha mantenido luego con las innovaciones introducidas por la Ley Nº 20.417. Sin embargo, opera en favor de órganos diversos. Corresponden al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Ambos servicios reúnen las características generales de la descentralización, a saber: se encuentran dotados de una personalidad jurídica de Derecho público, así como de patrimonio propio. Sin embargo, su independencia no significa la ausencia de control por parte del Presidente de la República, a través del Ministerio del Medio Ambiente. Por ello, se sujetan al control de la autoridad central mediante vínculos de tutela o supervigilancia, a través del Ministerio del Medio Ambiente, siendo el más intenso de ellos el nombramiento en carácter de exclusiva confianza de los jefes superiores de ambos órganos, por parte del Presidente de la República.

Además de mantener la técnica de descentralización funcional, las modificaciones de la Ley Nº 20.417 incorporaron otras formas de organización administrativa, ahora mediante la creación de un órgano ministerial: el Ministerio del Medio Ambiente. A diferencia de aquellos servicios públicos ambientales, el Ministerio corresponde a un órgano desconcentrado funcionalmente, esto es, a diferencia de los descentralizados, forma parte de una misma estructura orgánica centralizada, siendo dotado sólo de competencias en razón de materias y careciendo de autonomía presupuestaria. Como todo ministerio, el Ministerio del Medio Ambiente carece de libertad decisional, y constituye el colaborador directo e inmediato del Presidente de la República en materias ambientales.

Junto a dichos órganos de naturaleza activa, la reforma a la Administración Ambiental incorpora también órganos consultivos a nivel ministerial, para efectos de asegurar la coordinación en materia de protección ambiental, como es el caso del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad; como también otros órganos destinados a permitir la participación de la ciudadanía, a saber, el Consejo Consultivo del Ministerio del Medio Ambiente y en cada región el Consejo Consultivo Regional del Medio Ambiente. Este último caso corresponde a los órganos de consulta, destinado a realizar proposiciones y observaciones que permitan ilustrar el ejercicio de las competencias desarrolladas por parte de los órganos especializados de naturaleza activa. Por su parte, en el ámbito de la evaluación ambiental, la ley crea en cada región la Comisión de Evaluación Ambiental (art. 86 LBGMA), a la que corresponde calificar los proyectos sometidos al SEIA.

7.1.2 Modificaciones a la Administración Ambiental

Ante la ausencia de un órgano ministerial para el sector de la protección del medio ambiente, la formulación original de la LBGMA siguió un modelo considerado como coordinador. La característica principal del sistema era la mantención de las competencias ambientales en diferentes órganos administrativos. La creación de la Comisión Nacional del Medio Ambiente sólo permitió coordinarlas, sin derogarlas ni trasladarlas, como hubiere sucedido bajo un modelo concentrado de la protección ambiental.

El funcionamiento de la coordinación pudo haber sido idóneo, en la medida que las consideraciones ambientales hubieren sido incorporadas de manera permanente en la formulación de políticas, regu-

laciones y fiscalizaciones sectoriales. La práctica demuestra que ello no fue así. Al menos, considerando las siguientes razones:

- *Enfoque regulador de la explotación y uso de elementos ambientales, por sobre uno protector de tales elementos.* Los títulos de intervención de los órganos sectoriales no son, en rigor, protectores, sino meramente reguladores de la utilización de los elementos ambientales. Por ello, la actividad se despliega sobre recursos naturales específicos, mas no sobre la generalidad de los elementos ambientales. La Administración creada por la LBGMA sólo poseía competencias limitadas respecto de los instrumentos de gestión ambiental que la propia ley creó. Ante la imposibilidad de ejercer poderes aplicables respecto de otros instrumentos sectoriales, no podía entenderse igualmente intensa la tutela de los elementos ambientales desprovistos de relevancia económica frente a aquellos que sí la poseían, por corresponder a los componentes sujetos a las competencias de los órganos sectoriales. Esta situación puede ejemplificarse ante la inexistencia de organismos fiscalizadores sectoriales respecto de determinados parámetros ambientales no incorporados en las competencias propias de las Administraciones sectoriales coordinadas, como es el caso del control de impactos de algunos efectos del art. 11 LBGMA, tales como la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (art. 11 letra c) LBGMA).
- *Dificultades prácticas en la ejecución de las competencias de coordinación.* La ausencia de concentraciones de competencias también afectaba la adecuada gestión requerida por las técnicas de protección. La dependencia de órganos diversos, con finalidades de intervención distintas, disminuía la representación de los intereses ambientales, subordinando sus fines a aquellos de naturaleza sectorial. Así, el coordinador era, prácticamente, coordinado por la dependencia personal, material y presupuestaria de las distintas reparticiones integrantes de la Administración sectorial. La dificultad de la coordinación por parte de la extinta CONAMA era evidente, si se consideraba que ella comprendía cerca de catorce ministerios y veintidós servicios públicos con competencias sectoriales. En la práctica, llevaba a una definición sectorial de la política de protección ambiental. La situación era particularmente grave respecto de potestades fiscalizadoras y sancionadoras, donde la atribución de competencias para la Administración de la LBGMA era muy reducida.

Ambos aspectos impulsaron la concentración de competencias administrativas. Esta fórmula se reflejó en el Informe de Desempeño Ambiental de Chile, OCDE (2005). Entre otras razones, por considerar la necesidad de *“una entidad dedicada a la protección de la naturaleza constituida al amparo de una ley de protección de la naturaleza completa y única que sea responsable de la protección de los hábitat terrestres y marítimos, de la protección de las especies y de los programas de recuperación, así como de la diversidad biológica”*¹⁷⁹.

Sin embargo, debe tenerse presente que en el modelo de organización administrativa nacional estos aspectos requieren ser establecidos por ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (arts. 33 inc. 2º y 65 inc. 4º Nº 2 CPR). Por tal razón, el primer paso para la reestructuración fue la entrada en

¹⁷⁹ OCDE, Evaluaciones del desempeño ambiental, 2005, CEPAL, Santiago, 2005, p. 121.

vigor de la Ley N° 20.173. Este cuerpo legal impulsó el desarrollo de la nueva Administración Ambiental desde una perspectiva doble, tanto a través de normas operativas como programáticas:

- Las disposiciones operativas consagraron el rango de Ministro para el Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. El Ministro sin Ministerio derivó del art. 43 bis, que dispuso: *"El Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente será un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República que, con el rango de Ministro de Estado, actuará como su colaborador directo en materias ambientales"*.
- Por su parte, las disposiciones programáticas se consagraron en el artículo segundo transitorio de la ley. Esta disposición señaló que *"corresponderá al Ministro Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en ejercicio de sus funciones propias y dentro del ámbito de sus competencias, formular y presentar al Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, una propuesta de rediseño de la institucionalidad ambiental"*.

En términos generales, ambas disposiciones —operacionales y programáticas— constituyeron el antecedente de la nueva Administración Ambiental y, particularmente, del ascenso ministerial del ambiente. Las características de las disposiciones operacionales y programáticas daban cuenta de las diferentes etapas. Primero, una fase de puesta en práctica de una autoridad dotada de prerrogativas ministeriales. En paralelo, el rediseño de la nueva Administración Ambiental. El proyecto de ley contemplado en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.173 fue presentado finalmente con fecha 3 de julio de 2008. La racionalización de competencias logró una tramitación satisfactoria, siendo promulgado como Ley de la República el 26 de enero de 2010. Contribuyó a ello el protocolo de acuerdo de 6 de octubre de 2009. Mediante él, miembros del Congreso y del Ejecutivo manifestaron un respaldo transversal para la aprobación de éste y otros proyectos de ley en materia ambiental¹⁸⁰. Su observancia permitió derogar la antigua organización administrativa, dando paso a la creación del Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Es, por lo demás, un precedente acerca de la transversalidad que implica la protección del entorno.

7.2 Ministerio del Medio Ambiente

La protección ambiental supone una actividad de planificación¹⁸¹. De aquí que resulte coherente la

¹⁸⁰ El Derecho ambiental es un Derecho de compromiso. Y es que en promesas, nadie se empobrece. Al menos desde la perspectiva organizativa, donde las promesas incumplidas son múltiples. Artículo 34 LBGMA: *"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 la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental"*; artículo 39 de la Ley N° 18.362 (que crea el SNASPE): *"La presente ley regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la ley N° 18.348, mediante la cual se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables"*; artículo 19 de la Ley N° 18.348 (crea CONAF Pública): *"La presente ley, con excepción de su artículo 15", entrará en vigencia el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal"*. Actualmente, el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas es otra de las promesas.

¹⁸¹ En materia de instrumentos de gestión, estas consideraciones fueron incorporadas mediante el establecimiento de la evaluación ambiental estratégica, ante la insuficiencia de evaluaciones ambientales vía SEIA de políticas y planes de carácter normativos generales. En este sentido, Eduardo Astorga, *Los 7 pecados capitales de los sistemas de evaluación de impacto ambiental latinoamericanos*, en *Revista Medio Ambiente y Derecho*, 7 (2002): *"En efecto, no se ha comprendido*

creación y el funcionamiento de un Ministerio del Medio Ambiente. Lo anterior, al menos, desde la perspectiva del Derecho administrativo chileno, en donde los poderes de dirección y regulación son, por regla general, entregados a órganos ministeriales¹⁸². Esta tendencia es compartida en el Derecho comparado, considerando la tradicional ministerialización de las competencias ambientales de países europeos y latinoamericanos¹⁸³, pese a las ambivalencias de incorporación y separación de otras secretarías.

Se trata de competencias anteriormente desarrolladas por la Comisión Nacional de Medio Ambiente, pese a su naturaleza de servicio público, para lo cual se relacionaba con el Presidente de la República, a través de un Ministerio carente de vocación ambiental¹⁸⁴. Esta confusión de intervenciones se manifestaba, particularmente, en las atribuciones del antiguo Consejo Directivo. Se trataba de un órgano que agrupaba una pluralidad de funciones, opuestas en ocasiones entre sí. Así, por ejemplo, proponía *"al Presidente de la República proyectos de ley y actos administrativos relativos a materias ambientales"*. Sin embargo, también conocía de recursos de reclamación y, asimismo, coordinaba tareas de fiscalización (art. 72 letras d), e) y l) del texto original de la LBGMA). Tal dispersión impedía un cumplimiento cabal de las regulaciones, lo que incidía en la calificación de proyectos y, finalmente, en su fiscalización¹⁸⁵.

En este sentido, la jerarquía ministerial ambiental era un imperativo ecológico, al materializar una elevación de competencias a instancias superiores, bajo el entendido que *"cuando la organización es deficiente... el personal más cualificado no podrá dar vida a una Administración eficiente"*¹⁸⁶. Y la interdependencia de los fenómenos ambientales manifiesta la necesidad de una actuación pública global¹⁸⁷. Esta elevación de atribuciones se desarrolló progresivamente desde la entrada en vigor de la Ley Nº 20.173, que otorgó el rango de Ministro al Presidente de la Comisión Nacional de Medio Ambiente.

Por otra parte, la separación de funciones era relevante también desde el enfoque estrictamente jurídico. Como dispone el art. 22 incs. 2º y 3º LBGAEº, sólo los Ministerios poseen facultades para

aún a cabalidad que el SEIA es un instrumento de gestión de tercer nivel, que supone una Política Nacional Ambiental previamente diseñada (primer nivel), así como de normas técnicas, de emisión y calidad adecuadamente desarrolladas. (segundo nivel). Sin este andamiaje jurídico, el SEIA pierde buena parte de sus virtudes".

¹⁸² Distinto es el caso de los poderes de fiscalización y sanción, conferidos a superintendencias, direcciones generales u otros servicios, o las atribuciones consultivas, radicadas en consejos, sin perjuicio de situaciones excepcionales donde esta estructura administrativa es modificada en un sentido u otro.

¹⁸³ Entre otros, es el caso de España, Francia y Alemania, así como de Brasil, Colombia y Ecuador.

¹⁸⁴ Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

¹⁸⁵ En este sentido, *Matías Guiloff*, Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Un análisis desde el diseño institucional, en: Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Antecedentes y Fundamentos, Programa de Derecho y Política Ambiental, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 34: *"De esta manera, y especialmente en lo que a regulación se refiere se crea un círculo vicioso, ya que, al verse la labor del Consejo reducida a la resolución de reclamaciones del SEIA, éste deja de aprobar regulaciones que, a la hora de aprobar proyectos, se echan de menos pues su ausencia aumenta la discrecionalidad, discrecionalidad que hace bastante probable que el proyecto en calificación acabe siendo conocido por la vía de reclamación en el Consejo de Ministros"*.

¹⁸⁶ *Juan Luis de la Vallina Velarde*, La Desconcentración administrativa, en Revista de Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos, 35 (1962) 2, p. 78.

¹⁸⁷ *Maria Teresa Vadri I Fortuny*, Los principios generales de distribución de competencias en el sistema francés de protección del medio ambiente. La «loi n.º 95-101, du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection dell'environnement», en Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, 140 (1996), p. 428.

“proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector”. Posteriormente, el inciso siguiente limita el ejercicio de estas funciones por parte de otros órganos. Conforme a esta disposición sólo *“en circunstancias excepcionales, la ley podrá encomendar alguna de las funciones señaladas (...) a los servicios públicos”.* Tal era la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Medio Ambiente¹⁸⁸.

7.2.1 Concepto

Conforme al art. 33 inc. 2º CPR, corresponde al legislador determinar el número y organización de los Ministerios¹⁸⁹. Siguiendo al legislador de la LBGAEº, ellos corresponden a *“los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones”* (art. 22 inc. 1º).

En conformidad con dichas disposiciones, el artículo 69 LBGMA crea al Ministerio del Medio Ambiente: *“como una Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa”.*

Del concepto pueden desprenderse los siguientes elementos:

- **Secretaría de Estado.** El MMA corresponde a una *“Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República”.* La característica de secretaría de colaboración presidencial es común a todo ministerio, lo que es connatural a su definición. Así se desprende de la LBGAEº, al definir a estos órganos como *“órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores”* (art. 22).
- **Sectores.** Los Ministerios ejercen sus funciones en sus *respectivos sectores*¹⁹⁰. Lógicamente, el sector respectivo del MMA corresponderá al de la protección ambiental. Sin embargo, la definición delimita el sector de manera confusa, señalando referencias a *“políticas, planes y*

¹⁸⁸ La incorporación del Ministerio era relevante también para efectos de superar las indefiniciones de la política ambiental nacional, junto con impulsar el diseño de instrumentos y procedimientos para la protección del entorno. En este sentido, Eduardo Astorga, Aportes a la nueva institucionalidad ambiental chilena: Propuesta de la creación del Ministerio del Medio Ambiente por la Presidenta Michelle Bachelet, en Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, Ed. LexisNexis, Santiago, 2009, p. 353.

¹⁸⁹ Asimismo, conforme al art. 65 inc. 4º CPR: *“Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: (...) 2º.- Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones”.*

¹⁹⁰ La definición de estos sectores no fue incorporada originalmente en la LBGMA. Así, el art. 69 sólo disponía que *“la Comisión Nacional del Medio Ambiente es un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”.*

programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos”.

Así, la definición del respectivo sector presenta particularidades. Por una parte, omite consideraciones del ambiente cultural o construido. En este sentido, el concepto rompe el matrimonio por conveniencia entre protección ambiental y cultura, dado que las facultades del Ministerio de Educación no son afectadas¹⁹¹ ¹⁹². Por otro lado, la delimitación del ambiente natural no ha sido determinada con precisión. Primero, ya que la diversidad biológica es un componente ambiental, pese a ser considerado de manera independiente en la definición del art. 69 LBGMA. Lo mismo ocurre en relación al agua y la expresión *recursos naturales renovables*. En ambos casos el legislador pudo pretender asegurar las competencias respecto de otros órganos con poderes de dirección y resolución sobre tales elementos. Sin embargo, la técnica puede suponer dificultades respecto de otros recursos no mencionados de manera expresa. Asimismo, implica que en la práctica estos sectores sólo podrán precisarse a partir de las funciones contempladas por el legislador en el art. 70 LBGMA.

- **Condicionamiento.** Las actividades del MMA han sido adjetivadas por parte del legislador. Una primera lectura implicará que ellas deben desarrollarse de manera condicionada. Así se desprende de las referencias a la promoción del desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa. En el primer caso, los deberes de promoción de desarrollo sustentable serán compartidos por otros órganos incorporados en la Ley Nº 20.417. Principalmente, con el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Anteriormente, la LBGMA se limitaba a definir el concepto, sin incorporarlo dentro de sus disposiciones operativas¹⁹³. Junto a esta promoción, la definición señala deberes de mantención de la integridad política y regulatoria en materia ambiental. Dos de los tres ámbitos de la protección del entorno,

¹⁹¹ Y la conveniencia es para la cultura, considerando que son los mecanismos de protección de la LBGMA los que han sido aplicados respecto de la Ley Nº 17.288, sobre Monumentos Nacionales. Es, por ejemplo, la situación derivada del ejercicio de la acción de reparación ambiental, tanto por el concepto global de medio ambiente, como por la supletoriedad de la regulación.

¹⁹² Sin embargo, se han presentado conflictos en relación a áreas protegidas, a partir de las modificaciones de la Ley Nº 17.288, incorporadas por la Ley Nº 20.417. Así, le corresponde al Ministerio proponer la creación de Santuarios de la Naturaleza, conforme al art. 70 b LBGMA. Respecto de la autorización de proyectos, la intención del legislador fue suprimir la competencia a favor del Consejo de Monumentos Nacionales, al modificarse el art. 31 incs. 3º y 4º de la Ley Nº 17.288. En concreto, la atribución fue consagrada a favor del “servicio” sin especificar cuál de los servicios creados poseía la competencia, o si ésta era otorgada a favor del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, en tramitación. Por ello, la CGR ha resuelto que “*atendido lo expuesto, cumple indicar que las facultades conferidas por las disposiciones precitadas no pueden ser ejercidas por ese Servicio, porque éste aún no existe, de manera que, de acuerdo al principio de continuidad de la función pública, establecido en los artículos 3º y 28 de la ley Nº 18.575 -en virtud del cual los órganos de la Administración tienen por finalidad promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente-, la potestad para autorizar las obras o actividades que se efectúen en los santuarios de la naturaleza, se mantiene en el Consejo de Monumentos Nacionales hasta la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, correspondiendo a esa entidad colegiada, aplicar las orientaciones que sobre la materia, y conforme a su competencia, señale el Ministerio del Medio Ambiente*” (dictamen Nº 26.190 de 5 de mayo de 2012).

¹⁹³ La definición de desarrollo sustentable se tornará aplicable en caso de ser utilizado por la regulación respectiva, situación prevista por el art. 20 CC, siendo una definición expresa en la que se debe estar a su significado legal. Sin embargo, el concepto era definido sin ser aplicado. Actualmente, el concepto adquiere una importancia respecto de instrumentos como la evaluación ambiental estratégica o el ejercicio de las competencias de nuevos órganos administrativos, como el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad.

conforme a lo señalado en el Capítulo I. El mantenimiento de esta integridad debe entenderse en relación a la permanencia de múltiples competencias administrativas sectoriales de protección ambiental. No obstante, el rol protagónico en esta integridad viene dado también por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, sin perjuicio de las atribuciones de colaboración con otros ministerios y servicios, por ejemplo, en relación al art. 70 letras e), f) y g) LBGMA.

7.2.2 Competencias

Si se analiza el catálogo del art. 70 LBGMA, debe notarse que él no se limita a enumerar las competencias del MMA, disponiendo que tales competencias le *“corresponderá especialmente”*. En consecuencia, esta referencia debe concordarse con las competencias generales para esta clase de órganos consagrada en el art. 22 LBGA⁹ y con las demás que pudieren entregarle otras disposiciones legales. Asimismo, debe recordarse que, conforme al mismo art. 22 LBGA⁹, los ministerios pueden actuar excepcionalmente como órganos de ejecución, si la ley los autoriza. En consecuencia, la pretensión de enumerar las competencias sólo debe estimarse como una ilustración que puede variar siempre que el legislador lo determine.

Respecto de las funciones incorporadas en la LBGMA, ellas admiten múltiples clasificaciones, sin que resulte eficiente una presentación de todas las posibles. Una distinción básica delimita sus atribuciones según criterios de independencia y, asimismo, conforme a su naturaleza transferida u originaria.

7.2.2.1 Competencias propias y conjuntas

El MMA puede actuar de manera independiente o en colaboración con otros órganos de la Administración del Estado. Esta independencia de actuación permite clasificar sus competencias en propias y conjuntas.

Forman parte de las competencias propias aquellas radicadas en el sector del ministerio, sin integrar otros órganos pertenecientes a la Administración. Este es el caso, por ejemplo, de la proposición de políticas ambientales, el financiamiento de proyectos y actividades, la realización de capacitaciones, así como la creación de comités y subcomités operativos (art. 70 letras a), v), w), x) LBGMA). Esta independencia no se opone a la coordinación con otros órganos de la Administración del Estado. Sin embargo, en tales casos, no estaremos frente a un imperativo de colaboración, sino ante la aplicación del principio general del Derecho administrativo, en los términos del art. 5 inc. 2º de la LBGA⁹.

No obstante, en la generalidad de los casos, el Ministerio deberá colaborar con otros órganos de la Administración. Situación también impuesta por la operatividad propia de los instrumentos de protección ambiental. Esta colaboración podrá consagrarse de manera expresa en el art. 70 LBGMA o, simplemente, desprenderse del mandato que estas disposiciones contemplan, al no ser posible obtener un cumplimiento en otros términos. Forma parte del primer supuesto la intervención del MMA en programas de educación y difusión ambiental, así como en la dictación de algunos instrumentos, como las normas de calidad y emisión y los planes de prevención y descontaminación (art. 70 letras m) y n) LBGMA). Por su parte, la elaboración informes sobre el estado del medio ambiente requiere la intervención implícita de otros órganos (art. 70 letras ñ) LBGMA).

7.2.2.2 Competencias originarias y transferidas

Originariamente, la CONAMA tenía atribuidas una serie de competencias de diversa naturaleza. Si bien su modelo coordinador no supuso derogaciones respecto de los organismos sectoriales, la práctica totalidad de ellas pasaron a ser desarrolladas por el MMA, en la medida que se relacionaran con la planificación de políticas y regulaciones ambientales. Esto mismo sucedió desde la perspectiva de la Ley N° 20.173, en relación con las atribuciones consagradas a favor del Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Finalmente, han sido transferidas otras competencias de servicios públicos de carácter sectorial.

Sin embargo, junto a las competencias transferidas, el MMA sumó también otras de carácter originario. Asimismo, pueden ser incorporadas nuevas atribuciones en virtud del art. 70 letras z) LBGMA, que contempla la facultad de *“asumir todas las demás funciones y atribuciones que la ley le encomiende”*. Con ello, la protección expande el catálogo de intervenciones administrativas en el ambiente, permitiendo clasificar las competencias del Ministerio desde cada uno de estos puntos de vista.

Forman parte de las competencias transferidas desde CONAMA, aquéllas relativas a la proposición de políticas ambientales, así como de financiamiento de proyectos y actividades orientados a la protección del medio ambiente (art. 70 letras a) y v) LBGMA). Otra consiste en la facultad de *“participar en la elaboración de los presupuestos ambientales sectoriales, promoviendo su coherencia con la política ambiental nacional”* (artículo 70 l) LBGMA), la que ya había sido conferida al Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, conforme a la Ley N° 20.173.

Por otro lado, existen competencias transferidas desde otros servicios públicos, como lo son aquéllas relativas a la supervigilancia de parques marinos y reservas marinas, como también respecto de santuarios de la naturaleza, anteriormente conferidas a la Subsecretaría de Pesca y al Consejo de Monumentos Nacionales, respectivamente (art. 70 letra b) LBGMA).

Los términos generales en que suelen ser incorporadas las competencias puede dificultar la determinación de atribuciones originarias. Sin embargo, los retardos en la protección de la diversidad biológica permiten concluir que estos aspectos constituyen innovaciones en términos de competencias. Quedan comprendidas en este sentido las atribuciones del Ministerio en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado, así como respecto de tipologías de áreas protegidas carentes de consagraciones legales expresas, hasta la entrada en vigor de la Ley N° 20.417. Este el caso de las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos. Son también competencias originarias aquellas relacionadas con la proposición de políticas, planes, programas en materia de cambio climático (art. 70 letras b), c) y h).

7.3 Servicio Público Ambiental

Desde una perspectiva material, la noción de servicio público descansa en la satisfacción de necesidades públicas o de interés general. Dado que el ambiente supone un uso y disfrute común –y, por tanto, escapa al uso exclusivo y excluyente– estas necesidades públicas no serán difíciles de imaginar. El medio ambiente es, en efecto, un objeto de tutela propia –pero no exclusiva– del Estado. Entonces, en la medida que estas necesidades se presenten, será necesario crear servicios públicos destinados a

satisfacerlas¹⁹⁴. Como dispone el Principio 17 de la Declaración de Estocolmo de 1972: *"debe confiarse a las instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales de los Estados con el fin de mejorar la calidad del medio"*.

En el Derecho nacional, la creación de servicios públicos ambientales no es novedad. Un ejemplo de ello han sido las municipalidades, tradicionalmente vinculadas con actividades prestacionales para la protección ambiental de carácter básico, como el aseo de las comunas que administran. Asimismo, con anterioridad a la LBGMA, numerosos servicios públicos —conocidos posteriormente como *sectoriales*, por administrar sectores de la protección ambiental— asumieron la gestión de intereses ambientales. Ellos pueden analizarse, tanto en función de su naturaleza, como en relación a sus finalidades de protección.

- *Naturaleza jurídica.* Contrario a lo que podría pensarse, los servicios públicos ambientales no siempre han formado parte orgánica de la Administración del Estado, configurando en ocasiones verdaderos servicios funcionales o impropios, que forman parte de la denominada Administración invisible del Estado. El ejemplo más claro de esto —y probablemente del Derecho administrativo chileno— ha sido la Corporación Nacional Forestal; corporación de Derecho privado para la protección de la flora y fauna, creada en la década del '70 por parte del Ministerio de Agricultura. Situación anómala, considerando que conforme al art. 6 LBGAE⁹ *"El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice (...) Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas"*¹⁹⁵.
- *Finalidad de protección ambiental.* La intervención del Estado en la materia se concreta a partir de diversos servicios públicos relacionados con la regulación ambiental, así como otros destinados a otorgar una protección directa del entorno, mediante la gestión de instrumentos de protección ambiental preventivos y, finalmente, otros que son de carácter represivos. En este sentido, las innovaciones de la Ley N° 20.417 pueden analizarse desde diferentes puntos de vista:
 - Por una parte, supone la creación de servicios públicos propios de la protección ambiental. Tal es el caso del Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Dichos órganos asumen distintos sectores de la competencia desarrollada —de manera indiferenciada— por la CONAMA, cuyas competencias se entienden derogadas a

¹⁹⁴ Demetrio Loperena Rota, Los derechos al Medio Ambiente adecuado y a su protección, señala: *"El medio ambiente adecuado no es un fruto del desarrollo social sino un prius para su existencia. Es un derecho vinculado a la propia vida humana: ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius. El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio Derecho: sin medio ambiente adecuado no hay hombre, ni sociedad, ni Derecho"*. Por ello, el servicio público ambiental supone una lógica diversa a otros servicios. No se trata de prestaciones en un sentido tradicional, sino de mantener las prestaciones que el ambiente nos proporciona de manera natural. Al respecto, y a título ilustrativo veamos lo que dijo la Sentencia de 13 de junio de 2003 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Colombia, la que señala: *"que el derecho al medio ambiente tiene un contenido prestacional por parte del Estado que se traduce en un servicio público ambiental que permita prevenir los riesgos derivados del deterioro ambiental, garantizar la calidad de los bienes ambientales y reprimir las acciones que atentan contra ellos"*. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/ResumenesSentJudMateriaAmb.pdf>

¹⁹⁵ Juan Carlos Ferrada Bórquez, Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: una visión panorámica, en Revista Chilena de Derecho, 30 (2003) 2, p. 280.

partir de su entrada en vigor. Si bien, la Ley N° 20.417 en su artículo tercero transitorio dispone como continuadores legales de la extinta CONAMA al MMA y al SEA, según corresponda a la naturaleza de las competencias, la SMA, por su parte, asume la potestad fiscalizadora, que se encontraba disgregada en los órganos sectoriales y la potestad sancionadora que, parcialmente, le correspondía a la COREMA. No obstante lo anterior, la ley deja subsistente gran parte de las atribuciones de los órganos sectoriales de protección ambiental, situación que acentúa la importancia del principio de coordinación administrativa, sobre todo en labores de fiscalización.

- En segundo lugar, reorganiza los títulos de intervención administrativa. En este sentido, si bien la Ley N° 20.417 deroga las competencias de la CONAMA, también modifica las competencias de otros servicios públicos, o bien, impide que éstas puedan ejercerse en algún sentido¹⁹⁶. En este aspecto, las innovaciones de la Ley N° 20.417 fueron más allá de las modificaciones introducidas inicialmente por la Ley N° 19.300, al consagrar el denominado sistema de coordinación hace 20 años. En efecto, la Ley N° 20.417 respecto de la Administración del Estado, pese a actuar sobre los mismos objetos, modifica el instrumento de actuación sobre ellos, situación que supone una prioridad de la política ambiental frente a otros instrumentos.

Una de las principales consecuencias de la calificación del servicio será la aplicación de reglas especiales, tanto desde el punto de vista del funcionamiento, como del control. El primer aspecto vendrá dado por la aplicación del Derecho administrativo orgánico y procedimental. Respecto del control de la legalidad de la actuación, ello ha sido consagrado, principalmente, a partir de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales. En efecto, a partir de la entrada en vigor de esta ley, el control de la legalidad de estos servicios ha dejado de ser una materia entregada al juez de letras en lo civil. La competencia para el conocimiento de estas causas, en cambio, ha sido radicada en una jurisdicción especializada, de naturaleza administrativa-ambiental. Constituye, por tanto, una excepción al régimen nacional, ante la ausencia de tribunales administrativos generales para el conocimiento de este tipo de controversias. (Ver C. VI).

7.3.1 Servicio de Evaluación Ambiental

Como se ha señalado, la Ley N° 20.417 separó diferentes funciones, anteriormente radicadas en la CONAMA. La gestión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental constituía el centro de gravedad de las actividades de dicho organismo. Luego de su derogación, ellas fueron consagradas a favor del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). Uno de los servicios públicos incorporados en la Ley N° 20.417.

7.3.1.1 Concepto

Conforme al art. 80 LBGMA, el SEA corresponde a un *“servicio público funcionalmente descentraliza-*

¹⁹⁶ Así por ejemplo, el art. 59 inc. 1° de la LOSMA impide a los órganos sectoriales iniciar procedimientos administrativos sancionatorios o denunciar infracciones a la justicia civil cuando se hubieren cometido infracciones que corresponda conocer a la SMA.

do, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente". Su administración y dirección está a cargo de un Director Ejecutivo, quien es el Jefe Superior del Servicio (art. 82 LBGMA), al cual corresponden las funciones del art. 83 LBGMA. El Director Ejecutivo es un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República y nombrado a través del Sistema de Alta Dirección Pública (art. 80 inc. 3º LBGMA).

Corresponde a un servicio descentralizado funcionalmente, mediante el otorgamiento de una parcela de competencias relacionadas principalmente con la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, único instrumento de protección que, en el marco de la LBGMA, pasa a ser gestionado íntegramente por un servicio especializado durante su fase de evaluación (arts. 8 inc. 5º y art. 81 letra a) LBGMA).

El SEA tiene domicilio en la ciudad de Santiago y se desconcentra territorialmente, de conformidad a la ley, en direcciones regionales (arts. 80 inc. 2º y 84). La característica de descentralización funcional implica que el servicio posee competencias en todo el territorio de la República, sin relación a un espacio físico determinado. De este modo, el sistema sigue el régimen general de los órganos administrativos incorporados por las leyes ambientales, que no condicionan el ejercicio de atribuciones mediante criterios territoriales, pudiendo ser desplegadas con igual intensidad en la generalidad del territorio. De ello da cuenta el art. 84 LBGMA, el que dispone que el SEA *"se desconcentrará territorialmente a través de las Direcciones Regionales de Evaluación Ambiental"*. Y luego agrega que *"En cada región del país habrá un Director Regional, quien representará al Servicio y será nombrado por el Director Ejecutivo, mediante el Sistema de Alta Dirección Pública"*. Sin embargo, la ley no entrega una competencia específica al órgano desconcentrado regional¹⁹⁷, sino que sólo le corresponderán aquéllas que el Director Ejecutivo les hubiere delegado (art. 83 letra g), además de actuar el director regional, como secretario de la Comisión Regional de Evaluación Ambiental (art. 86).

7.3.1.2 Competencias

Las competencias del SEA pueden clasificarse según el instrumento de gestión en que incidan. En este sentido, si bien el traslado de competencias principal se relaciona con el SEIA, el servicio también posee otras funciones. Ellas comprenden ámbitos relacionados con la información ambiental y con labores interpretativas. En todos estos casos, deben considerarse las relaciones que el SEA mantiene con la restante Administración Ambiental. Al menos, si se tiene presente que en el SEIA intervienen otros muchos órganos, ya sea a través de la emisión de permisos ambientales sectoriales, pronunciamientos o informes sobre la compatibilidad territorial (Ver C.III, 13.3.1 y 13.3.2).

¹⁹⁷ En efecto, incluso en el caso del SEIA la presentación del EIA o la DIA se entiende que se efectúa ante la Comisión de Evaluación de la región en que se realizan las obras materiales del proyecto actividad, pero no ante el SEA regional (art. 9 inc. 2º LBGMA). Evidentemente aquí la ley incurre en una impropiedad ya que en la práctica todo el procedimiento administrativo es llevado adelante por el SEA regional, siendo la única competencia de la Comisión de Evaluación la de calificar el proyecto (art. 86 LBGMA).

Evaluación

La enumeración de funciones del SEA comienza con la administración del SEIA (art. 81 letra a) LBGMA) (Ver C.III, 13 y 15.4.3). Y ello es lógico: corresponde a su función característica o competencia esencial. Sin embargo, otras muchas de sus atribuciones se relacionan con el sistema. Por ejemplo, considerando sus facultades para proponer la simplificación de trámites en evaluaciones o autorizaciones ambientales, sus atribuciones en relación con el fomento o la facilitación de participación ciudadana o, incluso, la administración de un registro público de consultores (arts. 81 letras e), f) y h) LBGMA).

La intervención del SEA se extiende también a otros procedimientos. Así, conforme al art. 81 letra d) LBGMA, el servicio posee competencia para *"uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento, entre otros, de guías trámite"*. El ejercicio de esta competencia incidirá en la discrecionalidad de los restantes órganos pertenecientes a la Administración Ambiental sectorial. En este sentido, la competencia técnica cede a favor del SEA, y se manifiesta en la emisión de instructivos para la evaluación del impacto ambiental¹⁹⁸, que deben ser observados por los servicios sectoriales que participan del SEIA.

Información

Un segundo ámbito en el que el SEA ejerce atribuciones es en materia de información ambiental. Considerando que la principal función del Servicio consiste en la administración del SEIA, tiene la mayor relevancia que el servicio también cuente con competencias en materia de información ambiental. Así, el servicio posee atribuciones relacionadas con: la administración de un sistema de información sobre permisos y autorizaciones ambientales, así como un sistema de información de líneas de bases de los proyectos sometidos al SEIA (art. 81 letras b) y c) (Ver C.III, 15.4.3). Todos ellos poseen un carácter público, encontrándose sujetos a las garantías de la Ley N° 20.285, sobre Transparencia.

Interpretación

Finalmente, el SEA también posee competencias interpretativas. Ellas se consagran en el art. 81 letra g) LBGMA, al contemplar su facultad de *"interpretar administrativamente las Resoluciones de Calificación Ambiental, previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica que participaron de la evaluación, del Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, según corresponda"*. Esta facultad que se asigna al SEA debe ser ejercida por el mismo servicio y no por la Comisión de Evaluación, ya que de lo contrario existirían 16 órganos distintos con competencia interpretativa, pudiendo llevar a soluciones interpretativas contradictorias. Ello atentaría contra la certeza jurídica a que aspiran los usuarios del SEIA, ya que las interpretaciones respecto de proyectos similares podrían ser disímiles de región en región. En consecuencia, las diferentes interpretaciones podrían llevar a un conflicto de igualdad en la aplicación de la ley. A pesar del texto literal de la disposición citada, la CGR en sus dictámenes N° 50596 de 2012 y 15001 de 2013 entiende que dicha facultad interpretativa

¹⁹⁸ <http://www.sea.gob.cl/contenido/instructivos-para-la-evaluacion-de-impacto-ambiental>

corresponde a la Comisión de Evaluación de cada región y no al servicio, como lo señala el art. 81 letra g) LBGMA.

El inciso segundo dispone que *"Cuando el instrumento señalado en el inciso anterior contuviese aspectos normados sometidos a las facultades de interpretación administrativa del organismo sectorial respectivo, el informe solicitado tendrá el carácter de vinculante para el Ministerio en relación a esa materia"* (art. 81 letra g) inc. 2º LBGMA). Esta disposición hace prevalecer la facultad interpretativa sectorial cuando la RCA se refiere a aspectos normados contenidos en la misma. Ello, en consonancia con lo dispuesto en el art. 9 bis inc. 1º, que obliga a la Comisión de Evaluación Ambiental de cada región a calificar un proyecto sometido al SEIA basándose en el Informe Consolidado de Evaluación (ICE), sólo aprobando o rechazando el mismo, en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente. En consecuencia, si la mencionada comisión sólo puede aprobar o rechazar un proyecto que se basa en una evaluación sectorial reglada, es lógico que la interpretación sectorial de dichas disposiciones sea vinculante en relación con esa materia. Sin embargo, la disposición contiene un error de técnica legislativa, ya que hace vinculante el informe sectorial para el MMA, en circunstancias que dicho órgano no interpreta las RCA, sino que lo hace el SEA. Ello resulta inexplicable, ya que en el proyecto de ley original correspondía a la SMA, pero nunca al ministerio dicha facultad. Sin perjuicio de ello, en la práctica habrá que entender que la norma se refiere al SEA, a pesar de su texto. Atendido dicho error de técnica legislativa, el RSEIA en su art. 76 inc. 2º señala de forma correcta que el informe en dicho supuesto *"tendrá el carácter de vinculante para el Servicio en relación a esa materia"*.

7.3.2 Superintendencia del Medio Ambiente

La protección del medio ambiente impone verdaderas obligaciones de resultado. De aquí la importancia de la organización y funcionamiento de la Administración fiscalizadora y sancionadora para el Derecho ambiental. Sólo asegurando las capacidades de represión pueden garantizarse los bienes jurídicos protegidos de manera preventiva.

Hasta la dictación Ley Nº 20.417, las actividades fiscalizadoras eran desarrolladas exclusivamente por servicios públicos sectoriales. Las atribuciones de la extinta CONAMA se relacionaban con su comunicación y coordinación, lo que le valió múltiples críticas¹⁹⁹. En efecto, el modelo de coordinación de CONAMA planteaba dificultades prácticas y jurídicas para su aplicación. Lo anterior se debía a que la Administración ambiental carecía de competencias para forzar la fiscalización por parte de las Administraciones sectoriales coordinadas, cuyo personal y medios mantenían títulos de intervención diversos a la protección ambiental²⁰⁰. Las fiscalizaciones eran también fragmentadas en múltiples instituciones, cada una de las cuales podía aplicar distintos criterios. Finalmente, los déficits presupuestarios contribuyeron también a un resultado insuficiente.

¹⁹⁹ Eduardo Astorga, *Derecho Ambiental chileno, Parte General*, Ed. LexisNexis 1ª edición, Santiago 2006 (hay una edición posterior), pp. 306-308.

²⁰⁰ Según fuentes de CONAMA, se estimaba que los funcionarios sólo destinaban un 20% de su trabajo a fiscalización, y un 17.7% del tiempo a labores relacionadas con el SEIA. En este sentido, Luis Cordero Vega, *Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno, Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho*, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, 2008. Santiago, p. 37.

Algunas estrategias para superar tales problemas fueron realizadas respecto de ciertos instrumentos, como el SEIA, a través de los denominados Comités Operativos de Fiscalización (COF)²⁰¹. Sin embargo, estos mecanismos carecían de una regulación orgánica y procedimental. Asimismo, su vocación era acotada, viéndose limitados sólo al SEIA. A todo ello, deben agregarse las críticas sobre la eficacia de los mecanismos de represión, así como al acceso a la justicia administrativa y judicial²⁰².

Lo anterior fue plasmado en el Informe de Desempeño Ambiental de Chile elaborado por la OCDE (2005) que, antes de proponer la creación de un Ministerio, estimó necesario centrar la reforma en la fiscalización de los instrumentos ya existentes. Así se señaló, al requerir: *“examinar formas de fortalecer la capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales, como por ejemplo el establecimiento de un órgano de inspección ambiental”*.

Existieron distintas alternativas para superar estos problemas. Desde el aumento de recursos para órganos sectoriales, hasta la mantención de las competencias fiscalizadoras, incorporando una Superintendencia para empresas²⁰³. Finalmente, el legislador de la Ley Nº 20.417 optó por la creación un servicio público ambiental: la Superintendencia del Medio Ambiente, asignándole competencias exclusivas en materia de fiscalización, como también potestades excluyentes respecto de la imposición de sanciones y, asimismo, otras atribuciones en mayor o menor medida relacionadas con ambos mecanismos de intervención administrativa.

7.3.2.1 Concepto

Para el Derecho administrativo, las superintendencias corresponden a órganos descentralizados, desde la perspectiva funcional; y es también el caso de la SMA. Conforme al art. 1 LOSMA, la Superintendencia corresponde a un *“servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente”*.

Al igual como ocurre respecto del SEA —que es el otro servicio que se ordena en el sector ambiental—, las competencias de la Superintendencia no se relacionan con una universalidad de objetivos de protección ambiental, sino con una parcela limitada. En este caso, la delimitación funcional presenta algunas características relevantes:

- En primer lugar, las Superintendencias forman parte de los organismos para el control de las actividades económicas²⁰⁴. Este carácter es compartido por la SMA. En este sentido, aunque muchos de los instrumentos bajo sus competencias poseen una naturaleza normativa y

²⁰¹ Creados conforme al ex art. 77 LBGMA, mediante Acuerdo 112/99 del Consejo Directivo.

²⁰² Estos dos aspectos comprenden las críticas a las multas de bagatela incorporadas en la LBGMA, cuyos montos se limitaban a las 500 UTM. Asimismo, el acceso a la justicia suponía el ejercicio del principio *solve et repete*, mediante la consignación de un porcentaje de las sumas, situación que afectaba a la defensa de los administrados.

²⁰³ Matías Guiloff, Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Un análisis desde el diseño institucional, en: Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Antecedentes y Fundamentos, Programa de Derecho y Política Ambiental, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 46.

²⁰⁴ Para una visión crítica respecto de las potestades que asumen las Superintendencias en general, José Francisco García, ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. Revista Actualidad Jurídica, número 10, enero 2009, tomo I, p. 327 y ss.

reguladora²⁰⁵, y por ende preventiva o precautoria, ellas también integran instrumentos de carácter represivo. Lo anterior implica ejercer poderes de fiscalización y, eventualmente, la aplicación de sanciones administrativas, incluso respecto de instrumentos emanados de otros órganos de la Administración, como las Resoluciones de Calificación Ambiental.

- Por otra parte, sus poderes jurídicos no recaen sobre un instrumento específico. A diferencia del SEA, las potestades de la Superintendencia se extienden a los instrumentos de gestión ambiental en general. Así se desprende de art. 2 LOSMA, al señalar que quedan bajo sus competencias “*todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley*”, sin perjuicio de que en la práctica los esfuerzos de fiscalización se concentran en las RCAs. En virtud de ello, la competencia sólo se unifica en tanto organismo de fiscalización y sanción, presentando variaciones en relación a las tipologías de instrumentos que deberán ser fiscalizados y eventualmente sancionados. Por tanto, la consideración del instrumento que se fiscaliza es un factor que incidirá de manera directa en la forma y extensión en que deberá desarrollar sus funciones. Esta variedad de instrumentos a fiscalizar y su número, justifican tanto las técnicas de programación previstas por el legislador (los denominados programas de fiscalización); como la posibilidad de que las competencias fiscalizadoras puedan ser ejercidas de forma directa por la propia Superintendencia; a través de órganos fiscalizadores sectoriales; o bien, a través de la intervención de empresas consultoras especializadas.

7.3.2.2 Competencias

La competencia específica de la SMA corresponde a sus facultades sancionadoras, por ser aquéllas que le dan razón de ser y que debe desarrollar de manera excluyente. Sin embargo, junto a esta competencia, la SMA también posee atribuciones en materia de fiscalización, información e incluso regulación, todas las cuales tienden al mismo objetivo: la protección ambiental, ahora en su fase represiva.

Fiscalización ambiental

Con anterioridad a la Ley N° 20.417 las competencias fiscalizadoras eran atribuidas a órganos sectoriales. La extinta CONAMA sólo poseía potestades de coordinación y la sanción administrativa correspondía a la COREMA. Estas competencias quedaban acotadas estrictamente a los proyectos sometidos al SEIA. En este caso, el antiguo art. 64 LBGMA disponía que las autoridades participantes podían solicitar la imposición de sanciones a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente. En los restantes supuestos, esto es, frente a otros instrumentos de gestión ambiental, CONAMA carecía de competencias. Por ello, la fiscalización no operaba de manera unificada. Las potestades fueron atribuidas por la ley a organismos sectoriales, que mantuvieron sus atribuciones respecto de instrumentos no incorporados en resoluciones de calificación ambiental. Respecto de aquéllos sí incorporados en tales resoluciones, ellos ampliaban sus facultades fiscalizadoras, pudiendo denunciar cualquier incumplimiento y no sólo aquéllos relacionados con sus competencias. No obstante, sus potestades sancionadoras fueron limitadas en tales casos, al radicarse exclusivamente en CONAMA, a través de

²⁰⁵ Gladys Camacho Cepeda, La problemática de la potestad normativa de las superintendencias, en Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 423-425.

Comisiones Regionales o su Dirección Ejecutiva, en aplicación de la jurisprudencia administrativa sobre estos aspectos²⁰⁶.

Este escenario cambia con la ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente²⁰⁷. En efecto, la competencia característica de la Superintendencia corresponde a sus facultades sancionadoras, por ser aquélla la que, como se verá, debe ejercer de manera excluyente.

De forma previa al ejercicio del poder sancionador, la Superintendencia debe ejercer las atribuciones de fiscalización de los instrumentos que la ley le encomienda. A diferencia de la regulación anterior, actualmente la SMA posee facultades de fiscalización exclusiva sobre los instrumentos a que se refiere el art. 2 inc. 1º LOSMA. En efecto, la ejecución de estas labores ha sido consagrada de manera exclusiva respecto de la Superintendencia al disponer que ella tiene por objeto *“ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización”* de los instrumentos de protección señalados por dicha disposición, así como de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. Acto seguido, la norma confirma dicha exclusividad al dispone en el art. 2 inc. 2º LOSMA que *“Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia”*. En virtud de dicha disposición todo órgano sectorial con competencias de fiscalización sobre los instrumentos ambientales que hoy día corresponden a la SMA estará impedido de ejercer dicha competencia de forma directa. Desde la perspectiva del Derecho administrativo, lo que hace la LOSMA es entregar a la SMA la fiscalización ambiental como una competencia esencial, es decir, aquélla que le da razón de ser y justifica su existencia. Los demás órganos sectoriales con competencia en la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, si bien conservan dicho poder respecto de todas aquellas materias que no correspondan a la SMA, no pueden ejercerlo de manera directa, a menos, como se verá, que hubieren sido incluidos en un subprograma de fiscalización.

Labores de fiscalización

La fiscalización se traduce la ejecución de labores de inspección, control, medición y análisis. Si bien no se define expresamente por la LOSMA, estas actividades son las que se señalan en el art. 3 letra a) a propósito de la fiscalización de la RCA. Luego el art. 22, ubicado dentro del Título II de la Fiscalización Ambiental, no menciona las labores de control como parte de la fiscalización. Por su parte, la SMA definió la fiscalización ambiental como *“conjunto de actividades llevadas a cabo por un fiscalizador, el que puede constar de las siguientes etapas: Inspección Ambiental; Examen de la Información; Mediciones y Análisis; y/o Informe de Fiscalización Ambiental; y que está destinada a verificar el cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”*²⁰⁸. Esta inconsistencia normativa a la hora de definir las labores que forman parte de la fiscalización podría traer problemas en la práctica, si al pretender llevarse a cabo una actividad supuestamente fiscalizadora, ésta comprende labores que no han sido señaladas como tales por la ley.

²⁰⁶ Dictamen N° 981 de 2003 CGR.

²⁰⁷ La LOSMA se encuentra contenida en el Artículo Segundo de la Ley N° 20.417.

²⁰⁸ Resolución SMA N° 879 de 2012, que establece los Programas y Subprogramas Sectoriales de Fiscalización Ambiental de las Resoluciones de Calificación Ambiental para el año 2013.

Independientemente de las labores que comprenda la fiscalización, lo esencial de la misma radica en la inspección apuntada a un fin de verificación del cumplimiento de normativa o condiciones de operación. Este extremo resulta muy importante, toda vez que la fiscalización no sólo recae sobre la verificación del cumplimiento normativo (por ejemplo, si está o no dentro de los parámetros de emisión fijados por una norma), sino que en la práctica será mucho más relevante la comprobación del cumplimiento de las condiciones y medidas para la operación que se incorporan en las autorizaciones de funcionamiento ambiental. En efecto, la RCA no sólo implica una incorporación de parámetros normativos, sino que una serie de condiciones específicas del proyecto autorizado. *“Se trata de un ámbito de mayor intensidad de intervención administrativa sobre la actividad de los sujetos privados, constituido por técnicas que no se limitan a condicionar el ejercicio de la actividad que se pretende a un examen por parte de la Administración del cumplimiento de determinados requisitos legales, sino que inciden directamente en su esfera jurídica, tanto en sus aspectos de libertad como patrimoniales, que crean contenidos de situaciones jurídicas desfavorables o de carácter pasivo, como lo son las obligaciones prohibiciones que habitualmente se establecen en toda RCA”*²⁰⁹. En ese sentido, la RCA contiene un conjunto de cláusulas accesorias, que determinan que las consecuencias jurídicas previstas por la norma sean concretizadas por la decisión administrativa, o bien, que el contenido del acto administrativo corresponda, en parte, a la expresión formal de una consecuencia jurídica no dispuesta expresamente por la norma, sino que decidida por la Administración²¹⁰.

Fiscalización directa

Existe una distinción clara en la LOSMA entre el titular de la potestad fiscalizadora directa, y la forma en que ella se lleva a cabo. Para ello la primera decisión del legislador en la Ley Nº 20.417 fue evitar la duplicidad de competencias en el ejercicio de las potestades de fiscalización²¹¹. A lo largo de la LOSMA es posible encontrar disposiciones que dan cuenta de una potestad de fiscalización directa por parte de la Superintendencia y otras que la sitúan en una posición de dirección de la fiscalización ambiental. Entre las primeras se encuentran los arts. 2 inc. 1º y 3 letras a), b), d) y n) LOSMA. Entre las segundas, de dirección de la fiscalización, se debe tener en cuenta el art. 2 inc. 3º LOSMA, el cual dispone que: *“Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”*. Dichos criterios obligatorios se plasman en actos normativos de la Superintendencia en virtud de lo dispuesto en el art. 3 literales ñ) y s) LOSMA y con la facultad de impartir directrices a los organismos sectoriales de fiscalización, debiendo informarles a éstos respecto de la ejecución inspecciones, mediciones y análisis, con el objeto de evitar duplicidad de funciones (art. 22 inc. 2º LOSMA); lo anterior se reitera en el art. 25 LOSMA, señalando que *“los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta (la Superintendencia) relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*. A ello se agrega la facultad instrumental que entrega la ley a la SMA de requerir a los organismos sectoriales que cumplan labores de

²⁰⁹ Doris Sepúlveda, *Invalidez sobreviniente*, el caso de la Resolución de Calificación Ambiental, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago 2012, p. 27.

²¹⁰ Francisco Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, p. 66.

²¹¹ Lo que, en realidad, constituye una aplicación de lo dispuesto en el art. 5 inc. 2º de la LBGAEP.

fiscalización ambiental, las informaciones y datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de sus funciones (art. 2 letra e).

Fiscalización programada y subprogramada

La fiscalización puede ser ejecutada directamente por la SMA a través de sus propios funcionarios fiscalizadores; por los organismos sectoriales con competencia ambiental o bien a través de los organismos privados que hubieren sido previamente acreditados. Para ordenar y llevar a cabo una fiscalización eficiente, la ley reconoce dos nuevos instrumentos denominados programas y subprogramas de fiscalización. Los programas y subprogramas de fiscalización se crean por la ley como instrumentos de planificación de la fiscalización ambiental. Estos instrumentos corresponden a una forma clásica en que la Administración elabora un pronóstico de actuación, fijando las directrices de las tareas que se deben emprender. Evidentemente, la decisión de incluir o no un sector productivo entre los objetivos de fiscalización, así como la intensidad de la fiscalización misma; o bien, el encomendamiento de mayores tareas a un servicio sectorial en un subprograma, corresponden todas a decisiones de carácter político, sin perjuicio de las posibilidades de control sobre la decisión que se plasma en el programa cuando ellas contravienen el ordenamiento jurídico, es irracional o arbitraria. Asimismo, dentro de la tipología de los instrumentos de planificación, los programas y subprogramas tienen un carácter imperativo²¹², es decir, corresponden a verdaderas órdenes o instrucciones obligatorias en que la SMA se obliga a ejecutar, o bien que encomienda a los servicios sectoriales.

Dado el carácter imperativo del programa y subprograma, los organismos sectoriales no podrán decidir independientemente si fiscalizarán o no un determinado instrumento, sino que se encontrarán vinculados por el plan de fiscalización que ha efectuado para un año determinado la SMA. Asimismo, sólo la SMA podrá flexibilizar el contenido del programa en casos de denuncias o reclamos o en que tome conocimiento de incumplimientos o infracciones, en cuyo caso podrá disponer inspecciones no previstas en aquél (art. 19 inc. 1º LOSMA). Se trata de la aplicación del principio de participación en el ámbito de la fiscalización, ya que, conforme al art. 21: *“Cualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales, debiendo ésta informar sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles.*

En el evento que producto de tales denuncias se iniciare un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento”.

Categorías de fiscalización

De lo antes expuesto, entonces, se desprenden las siguientes categorías de fiscalización, en virtud del instrumento objeto de fiscalización y el órgano o entidad que la lleva a cabo, a saber:

- *Fiscalización programada, ejecutada directamente por la SMA.* En este caso, el programa de fiscalización determinará las actividades de fiscalización ambiental que deberá ejecutar di-

²¹² Eberhard Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Ed. Springer, 2ª edición, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 332.

rectamente la Superintendencia, el presupuesto asignado a dichas actividades, así como el indicador de desempeño asociado²¹³.

- *Fiscalización subprogramada, ejecutada directamente por los órganos sectoriales.* Corresponde a aquellas labores de fiscalización que deben ejecutar los órganos sectoriales con competencia ambiental. Al igual que en el programa, en el subprograma de fiscalización se indicarán el presupuesto asignado y los indicadores de desempeño asociados. Uno de los mecanismos que permiten la aplicación eficaz de los programas y subprogramas dice relación con la determinación de un porcentaje de cumplimiento del programa o subprograma con los indicadores de desempeño de los jefes de servicios sectoriales y de sus equipos de trabajo.
- *Fiscalización programada o subprogramada ejecutada por entidades acreditadas.* Excepcionalmente las acciones de fiscalización, sea que correspondan a la SMA o a órganos sectoriales, las podrán ejecutar entidades privadas, previamente acreditadas, en caso de que exista insuficiencia de operativa de los servicios sectoriales o por otra causa justificada (art. 24 LOSMA). Evidentemente, se abre aquí la discusión doctrinal y política relativa a la intervención de sujetos privados en la ejecución de labores de policía²¹⁴. Asimismo, esta forma de actuación puede ser considerada una manifestación del principio de cooperación (Ver en este capítulo numeral 5.3 y C.V, 2.2.5).

Sancionadoras

Junto con las competencias fiscalizadoras, las atribuciones para la imposición de sanciones consisten en el segundo título de intervención característico de las superintendencias. Este es también el caso de la SMA. Sin embargo, a diferencia de las facultades de fiscalización, el ejercicio de las competencias sancionadoras no ha sido diversificado en múltiples organismos. Así se deriva del art. 35 LOSMA, que dispone: “*corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones*”. Por ello, sólo la fiscalización admite una distinción entre competencias exclusivas, sectoriales y residuales. Las facultades sancionadoras, en cambio, son siempre exclusivas, sin perjuicio de la cláusula de cierre del sistema sancionatorio administrativo ambiental contemplado en el art. 35 letra n) LOSMA, al permitir sancionar infracciones ambientales no establecidos bajo la competencia de otro organismo.

La atribución de competencias exclusivas supera las críticas de la regulación anterior, dada la ambigüedad del ex art. 64 LBGMA, que si bien precisaba facultades de fiscalización por parte de los organismos sectoriales, carecía de claridad respecto de sus competencias sancionadoras. La jurisprudencia administrativa se inclinó invariablemente por la prevalencia de la competencia ambiental²¹⁵. Esta prevalencia fue posteriormente armonizada mediante diferentes oficios de las secretarías concurrentes,

²¹³ Artículo segundo, Resolución SMA N° 879 de 2012, que establece los Programas y Subprogramas Sectoriales de fiscalización ambiental de las Resoluciones de Calificación Ambiental para el año 2013.

²¹⁴ A propósito del ejercicio de potestades públicas por parte de entidades autónomas, Cfr. *Christian Rojas Calderón*, Los organismos autónomos y la Administración del Estado, en *Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Administrativo, Antofagasta, pp. 135-163.

²¹⁵ Dictamen N° 981 de 2003 y 39.696 de 2005 CGR.

intentando establecer limitaciones de competencias, a fin de evitar los cúmulos sancionadores²¹⁶. El criterio unificador se impuso en la reforma ambiental, sin perjuicio que subsistan dificultades, por ejemplo, respecto de la mantención de competencias por parte de Superintendencia de Servicios Sanitarios (art. 61 LOSMA).

Otras competencias

Junto a las competencias fiscalizadoras y sancionadoras, las superintendencias suelen desarrollar otras competencias características, más o menos relacionadas con estas formas de intervención. Es también el caso de las atribuciones de la SMA. Así, por ejemplo, la Superintendencia posee competencias para la administración del mecanismo de evaluación de conformidad del art. 3 letra p) LOSMA. Asimismo, posee la administración del Sistema Nacional de Información sobre Fiscalización Ambiental (conocido por el antiestético acrónimo de SNIFA), conforme a los arts. 31 y siguientes de la LOSMA²¹⁷.

En otros casos, las competencias de la SMA se alejan de sus formas tradicionales de actuación, incorporándose en ámbitos propios de la regulación ambiental. Ello ocurre respecto de sus facultades para absolver consultas en la elaboración de normas técnicas (art. 3 letra q) LOSMA). Por otra parte, posee atribuciones para interferir en el régimen de autorizaciones contenido en resoluciones de calificación ambiental. Estas atribuciones permiten suspender autorizaciones de funcionamiento o adoptar medidas urgentes ante incumplimientos calificados o, asimismo, cuando su ejecución genere efectos no previstos en la evaluación y pueda provocar un daño inminente y grave para el medio ambiente. Supuesto que consagra la jurisprudencia de la Contraloría General de la República sobre la mantención de competencias sectoriales no sancionadoras, conforme al ex art. 64 LBGMA y que, sin embargo, deben entenderse sin perjuicio de las atribuciones de revisión que el SEA posee, conforme al art. 25 quinquies LBGMA.

7.4 Consejo de Ministros para la Sustentabilidad

Junto con el establecimiento de órganos activos y de fiscalización, la Ley N° 20.417 también incorporó órganos consultivos de naturaleza pluripersonal. Esta es la característica del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, establecido en los arts. 71 y siguientes LBGMA. La incorporación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad integra competencias deliberativas derogadas tras la desaparición del modelo de coordinación, propio de la CONAMA, y su reemplazo por el sistema unificado de competencias. Ello es relevante considerando que las Administraciones sectoriales conservan atribuciones respecto de múltiples instrumentos de incidencia ambiental. El ambiente requiere la coordinación de las Administraciones Públicas. Es, por tanto, en el Consejo donde esta coordinación puede ser alcanzada, debido a la representatividad ministerial que poseen los diferentes servicios públicos sectoriales.

²¹⁶ Con posterioridad al Dictamen N° 981 de 2003 CGR, los Ministerios Secretaría General de la Presidencia y de Salud emitieron el ordinario N° 449 de 26 de abril de 2005. En él se detallaban aspectos de la fiscalización realizada por los organismos, describiendo formas de delimitar las competencias de los servicios. En general, el criterio pretendía distinguir las exigencias y condiciones que sirvieron de base a la calificación ambiental favorable, quedando bajo la esfera de competencias ambientales. En los restantes casos, subsisten las potestades de la Autoridad Sanitaria conforme al Código Sanitario.

²¹⁷ Cfr. *Jorge Bermúdez Soto*, El acceso a la información pública y la justicia ambiental. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Semestre I, N° XXXIV, año 2010, pp. 571-596.

El principal número de atribuciones del Consejo son de naturaleza deliberativa. Ellas se desarrollan fundamentalmente en torno a la proposición de políticas y regulaciones, tanto respecto de recursos naturales, como en materia de áreas protegidas y políticas sometidas a evaluación ambiental estratégica. Sin embargo, el Consejo también posee atribuciones más amplias para proponer *"criterios de sustentabilidad que deben ser incorporados en la elaboración de las políticas y procesos de planificación de los ministerios, así como en la de sus servicios dependientes y relacionados"* (art. 71 letra b LBGMA). Estos criterios van más allá de los instrumentos de gestión ambiental, alcanzando aspectos ambientales contenidos en la actividad formal general de la Administración. Las proposiciones son dirigidas al Presidente de la República, considerando el carácter de colaboradores directos e inmediatos que poseen los Ministros de Estado respecto de él.

Asimismo, el Consejo es dotado de competencias para absolver consultas de otros organismos de la Administración. En este sentido, el ejercicio de sus atribuciones se encuentra destinado a ilustrar el proceder ambiental de los órganos activos de la Administración. Este es el caso de la atribución para pronunciarse sobre *"criterios y mecanismos en virtud de los cuales se deberá efectuar la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental"*, facultad que incidirá directamente en la gestión del SEA. Por otro lado, el art. 71 letra f) LBGMA reserva una competencia más extensa: *"pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República, cualquiera sea el ministerio de origen, que contenga normas de carácter ambiental señaladas en el artículo 70"*. De esta manera, convergen en el Consejo políticas y regulaciones, sin distinciones de naturaleza normativa, como tampoco de origen. Ello representa un progreso, considerando que las políticas sectoriales de relevancia ambiental son integradas, bajo parámetros de sustentabilidad. Esta es la finalidad de la disposición, según la historia fidedigna del establecimiento²¹⁸. En este sentido, quedan comprendidas diversas facultades sectoriales, por ejemplo, en materia de residuos, productos químicos u organismos modificados genéticamente. Sin embargo, la evaluación sectorial de una norma ambiental es también interpretable a partir de la disposición. Entendida en este sentido, la norma puede llevar a la regresividad de una regulación ambiental inicialmente propuesta.

La regulación de la LBGMA contempla la integración, número de sesiones y quórum para el funcionamiento del Consejo de Ministros. En efecto, el Consejo es presidido por el Ministro o Ministra del Medio Ambiente e integrado por los Ministros de Agricultura; Hacienda; de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Energía; de Obras Públicas; de Vivienda y Urbanismo; de Transportes y Telecomunicaciones; de Minería, y de Planificación. Conforme al art. 72 LBGMA: *"El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad celebrará sesiones cuando lo convoque su Presidente. El quórum para sesionar será de seis consejeros y los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los asistentes. En caso de empate, decidirá el voto del Ministro Presidente o quien lo reemplace. El Consejo en su primera sesión determinará las normas para su funcionamiento. El Consejo deberá sesionar al menos dos veces al año"*. Sus acuerdos se expresan por actos administrativos, dictados a través del Ministerio del Medio Ambiente. Estos acuerdos poseen una eficacia *ad intra*, siendo vinculantes para los organismos

²¹⁸ En este sentido, la historia del establecimiento señaló: *"cada sector puede dictar actos administrativos generales o específicos, referidos a materias ambientales, sin contar con la participación de la autoridad ambiental, (...) lo que genera ineficiencias regulatorias, falta de certeza e inadecuada fiscalización de las mismas y, en ocasiones, interpretaciones normativas contradictorias"*. En este sentido, Matías Guiloff, Nueva Institucionalidad Ambiental: hacia una regulación deliberativa. Anuario de Derecho Público 2011, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 236.

de la Administración al cual están dirigidos. Así lo dispone el art. 73 inc. final LBGMA, que contempla además la responsabilidad de funcionario en caso de transgresión.

7.5 Consejos Consultivos

La reforma introducida por la Ley N° 20.417 mantiene los denominados consejos consultivos nacionales y regionales, siguiendo el esquema establecido por la regulación anterior. Se trata de órganos pertenecientes al Ministerio del Medio Ambiente. Conforme al art. 76 LBGMA, el Consejo Consultivo Nacional es presidido por el Ministro del Medio Ambiente e integrado por diez miembros, distribuidos entre científicos y representantes de organizaciones no gubernamentales, centros académicos independientes en materia ambiental, empresariado y trabajadores, todos en igual número, a los que se suma un representante del Presidente de la República. Esta composición se mantiene a nivel regional, pero se suprime la representatividad de los centros académicos ambientales independientes (art. 78 LBGMA).

La función propia de los consejos es absolver las consultas de los órganos activos. A nivel nacional, respecto del Ministro del Medio Ambiente y del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Asimismo, les corresponde emitir su opinión acerca de la regulación legal y reglamentaria de los instrumentos de protección ambiental. Regionalmente, las consultas se absuelven respecto del Intendente, Gobierno Regional y SEREMIS del Medio Ambiente. En ambos casos, se contempla también su facultad para pronunciarse de oficio sobre temas ambientales de interés general.

7.6 Comisión de Evaluación Ambiental

La reforma suprimió las antiguas COREMAs y creó unas comisiones de carácter técnico-político denominadas Comisiones de Evaluación Ambiental regional. Estas comisiones tienen como única función la de calificar los proyectos sometidos al SEIA. Como se verá más adelante, la Comisión de Evaluación Ambiental de cada región jugará un papel clave dentro del SEIA, toda vez que es en ella donde se adopta el acuerdo de evaluación que luego será plasmado en la RCA (Ver C.III, 13.10.4).

La Comisión es presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación. Por su parte el Director Regional del SEA actuará como secretario de la Comisión (art. 86 LBGMA).

7.7 Comité Técnico Regional

El art. 86 inc. 2° LBGMA dispone la creación del Comité Técnico Regional el cual es presidido por el SEREMI de Medio Ambiente e integrado por el Director Regional del SEA, los directores regionales de los servicios públicos que tengan competencia en materia del medio ambiente, incluido el Gobernador Marítimo correspondiente, y el Consejo de Monumentos Nacionales. La ley asigna al comité la elaboración de *“un acta de evaluación de cada proyecto la que será de libre acceso a los interesados”*. Como se verá más adelante, esta acta se inserta dentro del SEIA, de forma previa a la elaboración del ICE y al acuerdo de la Comisión de Evaluación Ambiental de la región.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Pérez, José Javier, *Las Administraciones Públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente*, en Poder Judicial, Número especial IV sobre Medio Ambiente, 1988.
- Aldunate Lizana, Eduardo, La desconstitucionalización de la Constitución, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXII, 2001.
- Aldunate Lizana, Eduardo, La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho, en RDPUCV, XXXII, Valparaíso, 2009.
- Alonso García, Enrique, Legislación Sectorial del Medio Ambiente, *Revista de Administración Pública (España)*, Nº 137, de mayo – agosto de 1995.
- Arenas Alegría, Cristina y Mugica Alcorta, Elena, Introducción al Derecho Medioambiental, en *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. XLVIII, N° 150, diciembre de 1993.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, cap. 6º, 1134b, 8ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Astorga, Eduardo, Aportes a la nueva institucionalidad ambiental chilena: Propuesta de la creación del Ministerio del Medio Ambiente por la Presidenta Michelle Bachelet, en *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile*, Ed. LexisNexis, Santiago, 2009.
- Astorga, Eduardo, *Derecho Ambiental chileno*, Parte General, Ed. LexisNexis 1ª edición, Santiago 2006.
- Barnes Vásquez, Javier (editor) *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- Beaucamp, Guy, *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- Bell, Stuart, *Environmental Law*, Ed. Blackstone Press Limited, 4ª edición, Londres, 1997.
- Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Ed. Thomson Reuters Abeledo Perrot, 2ª Edición, Santiago, 2011.
- Bermúdez Soto, Jorge, *El acceso a la información pública y la justicia ambiental*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXXIV, 1º Semestre de 2010.
- 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.
- Bermúdez Soto, Jorge, Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, en *RCHD Vol. 29 N° 2*, Mayo-Agosto de 2002.
- Bermúdez Soto, Jorge, *Sistemas Sancionadores de protección ambiental, casos español y chileno*. Tesis doctoral, Madrid, 1998.
- Bermúdez, Jorge, Política y regulación ambiental de la acuicultura chilena, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXVIII, año 2007.
- Betancor Rodríguez, Andrés, *Instituciones de Derecho ambiental*, Ed. La Ley, Madrid 2001.
- Biermann, Frank y Simonis, Udo E., *Politikinnovation auf der globalen Ebene*, en *Aus Politik und Zeitgeschichte* B48/99 de 26 de noviembre de 1999.

- Breuer, Rüdiger, *Umweltschutzrecht*, en *Besonderes Verwaltungsrecht*, Eberhard Schmidt-Aßmann editor, 11ª Edición, Berlin 1999.
- Buck, Bela. H., *Open Ocean Aquaculture und Offshore Windparks: eine Machbarkeitsstudie über die multifunktionale Nutzung von Offshore-Windparks und Offshore-Marikultur im Raum Nordsee*, Bremerhaven, 2002.
- Camacho Cepeda, Gladys, La problemática de la potestad normativa de las superintendencias, en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago, LexisNexis, 2005.
- Camproux Duffrène, Marie-Pierre, La nature n'a pas de prix, mais elle a un cout, la réparation du dommage écologique après la décision du TGI de Paris dans l'affaire Erika, *Revue Juridique de l'Environnement* (Francia), N° 1, 2009.
- Código de Medio Ambiente, Ed. LegalPublishing, 2ª Edición, Santiago, 2008.
- Cordero Vega, Luis, Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno, *Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho*, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, 2008, Santiago.
- Daniel Argandoña, Manuel, *La Organización Administrativa en Chile*, bases fundamentales, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982.
- de la Vallina Velarde, Juan Luis, La Desconcentración administrativa, en *Revista de Administración Pública*. Instituto de Estudios Políticos, 35, 1962.
- Delgado Piqueras, Francisco, Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 38, mayo-agosto de 1993.
- Dernbach, John C., Sustainable Development as a Framework for National Governance, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 49, N° 1, 1998.
- Diccionario Jurídico Black's Law Dictionary, 6ª Edición, St. Paul Minn. 1991.
- Durner, Wolfgang, *Common Goods, Statusprinzipien von Umweltgütern im Völkerrecht*, Ed. Nomos, Baden Baden, 2001.
- Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo. Bases Fundamentales*, Tomo II el principio de juridicidad, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996.
- Emerson, J.; Esty, D. C.; Levy, M. A.; Kim, C. H.; Mara, V.; De Sherbinin, A.; y Srebotnjek, T., 2010 *Environmental Performance Index*, Yale Center for Environmental Law and Policy, New Heaven, 2010.
- Epiney, Astrid y Scheyli, Martin, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: una visión panorámica, en *Revista Chilena de Derecho*, 30 (2003).
- García, José Francisco, *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*, en *Revista Actualidad Jurídica*, número 10, enero 2009, tomo I.
- González Rivas, Juan José, El derecho al medio ambiente: diversidad normativa, en *Actualidad Administrativa*, N° 24, 1996.
- Guiloff, Matías, Coordinación sin sesgos: la regulación en la nueva institucionalidad ambiental, en: *Derecho ambiental en tiempos de reforma*, Actas de las V Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010.

- Guiloff, Matias, Nueva Institucionalidad Ambiental: hacia una regulación deliberativa, Anuario de Derecho Público 2011, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.
- Guiloff, Matias, Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Un análisis desde el diseño institucional, en: Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Antecedentes y Fundamentos, Programa de Derecho y Política Ambiental, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010.
- Guzmán Brito, Alejandro, Derecho Privado Romano, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2001.
- Guzmán Rosen, Rodrigo, La regulación constitucional del ambiente en Chile: Aspectos sustantivos y adjetivos: historia, doctrina y jurisprudencia, segunda edición, LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Helberg, Andreas, Allgemeines Verwaltungsrecht, en Umweltrecht, Hans-Joachim Koch Editor, Ed. Luchterland, 2002.
- Hervé Espejo, Dominique, Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica, en Revista de Derecho (Valdivia), XXIII (2010).
- Hervé, Dominique, Pérez, Raimundo et. al., Derecho Ambiental y Políticas Públicas, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Ambiental I, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.
- Holzmann, Anke, Das Kooperationsprinzip: kooperatives Staatshandeln zwischen Demokratie und Rechtsstaatsprinzip, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2006.
- Hoppe, Werner; Beckmann, Martin; y Kauch, Petra, Umweltrecht, Ed. C.H. Beck, 2ª edición, Munich 2000.
- Huber, Peter M. (Editor), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Ed. Berlin-Spitz, Berlin 1999.
- Huffman, James, The EU's 'Non-Regression' Gambit, The Wall Street Journal, 11 de noviembre de 2011.
- Ingerowski, Jan Boris, Basic principles of European sea fisheries law and policy, en Maritime Policy of the European Union and Law of the Sea, Peter Ehlers y Rainer Lagoni (editores), Ed. Lit, Hamburgo, 2008.
- 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.
- Ketteler, Gerd, Der Begriff der Nachhaltigkeit im Umwelt und Planungsrecht, en Natur und Recht N° 9, 2002.
- 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, Cambridge University Press, 2ª Edición, Cambridge, 1997.
- Kloepfer, Michael, Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1994.
- Kloepfer, Michael, Umweltgerechtigkeit, Environmental Justice in der deutschen Rechtsordnung, Duncker & Humblot, Berlín, 2006.

- Kloepfer, Michael, *Umweltpolitik und Umweltrecht: Privatrecht und insbesondere Öffentliches Recht*, en Hans-Werner Rengeling, Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht.
- Kloepfer, Michael, *Umweltrecht*, 3a edición, Ed. Beck, Munich 2004.
- Kloepfer, Michael, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, Ed. De Gruyter, Berlin-New York, 1978.
- Kunig, Philip, *Umweltrecht*, en *Umweltpolitik*, M. Jänicke, P. Kunig y M. Stitzel, editado por Bundes Zentrale für politische Bildung, Bonn 2000.
- Leff, Enrique, TERRAMÉRICA, Suplemento de Medio ambiente para América Latina y el Caribe, N° 4 agosto de 1996.
- Loperena Rota, Demetrio, Los derechos al Medio Ambiente adecuado y a su protección, Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/ResumenesSentJudMateriaAmb.pdf>
- López Ramón, Fernando, Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental, *Revista de Administración Pública (España)*, N° 142, enero – abril, 1995.
- Louka, Elli, *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order*, Cambridge University Press, 2006, New York.
- Maes, Franc, Los Principios del Derecho Ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el Derecho Internacional Marítimo, un cambio para los legisladores nacionales, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, México, 2007.
- Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium, 2ª Edición, Madrid, 1998.
- Martín Mateo, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Ed. Trivium, 1991.
- Martín-Retortillo Báquer, Lorenzo, *Administración Local y Medio Ambiente*, en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, coordinado por José Esteve Pardo, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- Miller, George Tyler y Spoolman, Scott *Living in the Environment*, Brooks/Cole, Cengage Learning, 17ª Edición, 2012.
- Mora Ruiz, Manuela, Tendencias del Derecho Administrativo, el Derecho Administrativo Ambiental: Transformaciones en el Derecho Administrativo General, en *Revista Derecho y Conocimiento (España)*, N° 1, 2000.
- Muñoz Machado, Santiago (editor), *Los Animales y el Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- Murswiek, Dietrich, *Umweltrecht und Grundgesetz*, en *Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, 33. Band, 2000.
- Nash Rojas, Claudio, Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, 2011.
- Nicolaisen, Jon et al, *Économie et Environnement, Problèmes et orientations possibles*, *Revue Economique de l'OCDE (Francia)*, N° 16, 1991.
- Ninck, Mathias, *Zauberwort Nachhaltigkeit*, Hochschulverlag an der ETH Zürich, 1997.
- Nogueira Alcalá, Humberto, Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 2 (2009).
- Ortiz García, Mercedes. *La Conservación de la Biodiversidad Marina: las Áreas Marinas Protegidas*, Ecorama, Granada, 2002.

- Praus García, Sergio, Algunos principios y criterios para armonizar la gestión ambiental, en Institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental para el Chile del Bicentenario, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Prieur, Michel, De L'urgente necessite de reconnaitre le Principe de 'non regression' en Droit de l'Environnement, IUCN, Academy of Environmental Law e-Journal Issue, 2011.
- Prieur, Michel, Non - regresion in environmental law, S.A.P.I.EN.S, 12 August 2012.
- Prieur, Michel, Princípio da proibição de retrocesso ambiental, en Princípio da proibição de retrocesso ambiental, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, Brasil, 2011.
- Rodgers, Environmental Law, St. Paul Minnesota, West Publishing Company, 1977.
- Rojas Calderón, Christian, Los organismos autónomos y la Administración del Estado, en Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Administrativo, Antofagasta.
- Ruiz, José Juste, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- Salzborn, Nadja, Das umweltrechtliche Kooperationsprinzip auf unionaler Ebene, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2011.
- 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.
- Schaffner, Joan, An Introduction to Animals and the Law, Ed. Palgrave Mac Millan, Nueva York, 2011.
- Schmehl, Arndt, *Umweltverteilungsgerechtigkeit, Probleme und Prinzipien einer gerechten räumlichen Zuordnung von Umweltqualität und Umweltnutzungsoptionen*, en R. Hendler et. al. (editores), *Jahrbuch des Umwelt – und Technikrechts*, Berlin, 2005.
- Schmidt-Assmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Ed. Springer, 2ª edición, Berlin-Heidelberg, 2006.
- Schmidt, Reiner y Kahl, Wolfgang, Einführung in das Umweltrecht, Ed. C.H. Beck, 8ª Edición, Munich 2010.
- Sepúlveda, Doris, Invalidación sobreviniente, el caso de la Resolución de Calificación Ambiental, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago 2012.
- Singer, Peter (editor), In defense of the animals, Blackwells, Oxford, 1985.
- Singer, Peter, Animal Liberation, New York: Harper Collins, 2001.
- Sparwasser, Reinhard; Engel, Rüdiger; y Vosskuhle, Andreas, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 5a edición, Ed. C.F. Müller, 2003.
- Stone, Christopher, Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects, en *Southern California Law Review* Vol. 45, 1972.
- Stutzin Schootlander, Miguel et. al., Gobernabilidad de las Áreas Protegidas, en: Desarrollo Sustentable, Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2008.

- Trudeau, Hélène, La responsabilité civile du pollueur: de la théorie de l'abus de droit au principe du pollueur-payeur, Revista: Les Cahiers de Droit (Canadá), vol. 34, Nº 3, septiembre, 1993.
- Urrutia Silva, Osvaldo, El Régimen Jurídico Internacional del Cambio Climático después del Acuerdo de Copenhague, en RDPUCV, XXXIV, Valparaíso, 2010.
- Vadri i Fortuny, María Teresa, Los Principios Generales de Distribución de Competencias en el Sistema Francés de Protección del Medio Ambiente, la «Loi Nº 95-101, du 2 février, relative au renforcement de la protection de l'environnement», Revista de Administración Pública (España), Nº 140, mayo – agosto 1996.
- Valenzuela Fuenzalida, Rafael, Derecho Ambiental, presente y pasado, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- Velasco Caballero, Francisco, El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector? en Revista Andaluza de Administración Pública Nº 19, julio-agosto-septiembre de 1994.
- Velasco Caballero, Francisco, Las cláusulas accesorias del acto administrativo, Ed. Tecnos, Madrid 1996.
- Vera Jurado, Diego, La disciplina ambiental de las actividades industriales, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.



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 limitación, 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 art. 19 N° 8 CPR no se limita al simple reconocimiento de un derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino que establece expresamente deberes genéricos de protección ambiental que deben ser materializados 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 art. 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase)¹. A ello se agrega la posibilidad de limitar derechos constitucionales en los términos consagrados en el art. 19 N° 8 inc. 2° CPR² (C.II, 4).

¹ No obstante, debe observarse que el deber estatal alude a la tutela de la preservación de la naturaleza, mas no a la preservación de manera directa. Por ello, se ha sostenido que el cumplimiento del deber permite también la colaboración de los particulares. En este sentido, *Lorna Püschel Hoeneisen*, Deberes constitucionales estatales en materia ambiental, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 130. La colaboración en la preservación de la naturaleza es evidente, atendido el principio de cooperación (C.I, 5.3) y a que, en definitiva, la protección ambiental es una tarea de la sociedad en su conjunto. Independientemente de dicha colaboración, debe considerarse que es el Estado a quien en primer lugar corresponde la protección ambiental, lo que incluye la preservación de la naturaleza. Entre otras razones porque el art. 1 inc. 4º CPR fija como deber del Estado “dar protección a la población”, dentro de dicho deber se encuentra la protección de los fundamentos naturales de la existencia humana.

² Una clasificación similar puede encontrarse en: *Rodrigo Guzmán Rosen*, La regulación constitucional del ambiente en Chile, La regulación constitucional del ambiente en Chile: Aspectos sustantivos y adjetivos: historia, doctrina y jurisprudencia, 2ª edición, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 37: “Desde el punto de vista sustantivo, el texto fundamental aborda cuatro aspectos: (a) reconocimiento del derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; (b) el doble deber del Estado de velar porque tal derecho no se vea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza; (c) la posibilidad, ley mediante, de establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, fundada en la protección del medio ambiente; y (d) la factibilidad, también a través de una ley, de establecer limitaciones u obligaciones al ejercicio del derecho de propiedad en aras de la conservación del patrimonio ambiental”.

A propósito del derecho de propiedad, el art. 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 art. 19 N° 8 CPR. El art. 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. Aquella establece un derecho constitucional, un deber del Estado y una acción cautelar, así como también limitaciones de derechos o libertades para proteger el medio ambiente, sin perjuicio del mínimo de protección ambiental que puede desprenderse de otras disposiciones constitucionales³. 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 Constitucionales⁴, 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 derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

El primer antecedente del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra

³ 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 y de dar protección a la población (art. 1).

⁴ 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 art. 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, normalmente, 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 tengan una 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"*.

en un memorando de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC)⁵, 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 la 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 1980⁶, 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”⁷.

2.1 Contenido y titularidad del derecho

Por contenido del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se debe entender la materia incluida en él. Si se determina 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 art. 19 N° 8 CPR, y tal vez 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, objeto o materia del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, 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 art. 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 art. 19 N° 8 CPR, elevarse una pretensión dirigida a obtener la protección del medio ambiente como tal, sin relación a persona alguna⁸. Por el contrario, el derecho

⁵ 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.

⁶ Como se indicó en C.I., 4.5, a partir de la década de los setenta comienza a producirse un reconocimiento expreso de la problemática ambiental en las constituciones. 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.

⁷ Cfr. *Rafael Valenzuela Fuenzalida*, El Recurso Constitucional de Protección sobre materia ambiental en Chile, RDUVCV, XIII 1989-1990, p. 175 y ss.

⁸ Ello no quiere decir que el medio ambiente como tal carezca de protección jurídica, pero ella viene dada por otros

tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son las mujeres y hombres ("*todas las personas*" dice el artículo 19 en su encabezamiento), son sólo estos los titulares del derecho⁹.

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 mismo¹⁰. 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, las personas jurídicas 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. Lo dicho constituye una doctrina antigua y reiterada de los tribunales de justicia, y como aplicación de ella puede citarse la ya antigua sentencia 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, éste 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 contaminación¹¹. 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 art. 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

instrumentos, por ejemplo, a través del sistema de evaluación del impacto ambiental o la responsabilidad por el daño ambiental.

⁹ Interesa desarrollar esta idea, en cuanto la protección ambiental, desde la perspectiva del derecho constitucional del art. 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*.

¹⁰ En el mismo sentido, *Andrés Bordali 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*".

¹¹ Esta cuestión no es indiferente, ya que el art. 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 frente a la actuación de los poderes públicos.

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 art. 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*¹². Para el Derecho chileno todo lo que no es una persona es una cosa¹³.¹⁴ Por ello, descartada la personificación (sostenida por algunos autores, mediante la aplicación de ficciones similares a las que regulan las personas jurídicas y los incapaces), la apropiabilidad y, por

¹² Sin perjuicio de ello, debe reconocerse que existe una tendencia doctrinaria cada vez más fuerte que está por reconocer derechos subjetivos a algunos, hasta ahora, objetos de Derecho, como por ejemplo, los animales. Sobre este tema Cfr. Santiago Muñoz Machado y otros, Los Animales y el Derecho, *op. cit.*; Christopher Stone, Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects, Southern California Law Review, Vol 45, 1972; Joan Schaffner, An Introduction to Animals and the Law, Ed. Palgrave Mac Millan, Nueva York, 2011. Asimismo, la posibilidad teórica de que los animales fuesen titulares de derechos subjetivos ya se había planteado desde la escolástica. Al respecto Alejandro Guzmán Brito, Historia de la denominación del derecho-facultad como “subjetivo”, en Revista de Estudios Histórico Jurídicos, 2003, N° 25, pp. 407-443, quien señala: “Es importante advertir que los escolásticos no establecían ninguna ecuación entre “sujeto” y “persona”. Como concepto metafísico, “sujeto” se puede aplicar a cualquier ente: desde Dios a los inanimados. Precisamente aquéllos recurrían a tal noción para plantear el problema de quién es capaz de ser dueño o tener dominio sobre las cosas, y preguntarse si, por ejemplo, los animales pueden decirse ser dueños de las hierbas que devoran en los prados, vale decir, si son sujetos del dominio de esas hierbas, aunque resolvían negativamente la cuestión. Mas, el solo hecho de plantearla indica la posibilidad teórica de que se pueda considerar como tales sujetos a los animales”. Respecto de los grandes simios, la situación es particular. Con una similitud genética del 99, 5% en relación al hombre, se ha llegado a estimar contrario al orden moral su consideración como objeto de derecho. En este sentido, Paola Cavalieri. Les Droits de l’homme pour les grands singes non humains? Le Débat, N° 108 año 2000, p. 156.

¹³ Debe recordarse que según dispone el art. 55 del Código Civil “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Dividense en chilenos y extranjeros”. Y sólo por los acuerdos o actos de personas o por la disposición de la ley en relación con las personas es posible que nazcan derechos y obligaciones. Art. 1437 Código Civil: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad”.

¹⁴ Esto no es así en el Derecho comparado, así por ejemplo la Constitución Política de Ecuador, aprobada en 2008, dedica su Capítulo VII a los Derechos de la Naturaleza, disponiendo el art. 71 inc. 1° que: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Por su parte, en la Constitución de la Confederación Suiza, sin llegar a reconocer la subjetividad jurídica de animales, plantas o naturaleza, reconoce la “dignidad de la criatura”, cuando dispone en su art. 120:

“1. La persona y su entorno están protegidos frente al abuso de la Genteconología.

2. La Confederación regulará el uso de reproductivo y genético de animales, plantas y otros organismos. Esta regulación comprenderá la dignidad de la criatura como asimismo la seguridad de las personas, animales y medio ambiente y protegerá la diversidad genética de animales y plantas”.

Finalmente el art. 13 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, reconoce la capacidad para sentir dolor de los animales, al disponer: “Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las

tanto, la aplicación del régimen del dominio parece evidente en la mayor parte de los casos, más aún considerando la garantía constitucional de acceso a la propiedad (art. 19 N° 23 CPR). Es, por lo demás, la técnica seguida por el Código Civil, al calificar a los animales como cosas corporales muebles sujetas a dominio (arts. 567 y 623). Sin embargo, sea mueble o inmueble por destinación, la cosificación y apropiabilidad de los animales conlleva una serie de inconvenientes sistemáticos que no han sido abordados por la dogmática jurídica, ni mucho menos tenidos en cuenta por el legislador¹⁵. Así, hoy en día existe una imposibilidad jurídica para hacer uso y goce arbitrario de los animales (arts. 1, 3, 4, entre otros, de la Ley N° 20.380, sobre protección de animales), ello unido a la interdicción de su disposición material absoluta (art. 291 bis del Código Penal, que tipifica el delito de maltrato animal), hacen imposible aplicar a su respecto la definición legal del derecho de propiedad, esto es, “*el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente*” (art. 582 CC).

No obstante lo anterior, al menos desde la perspectiva constitucional, una de las formas de proteger al objeto de derecho llamado *medio ambiente* es adscribiéndolo a un derecho subjetivo constitucional que lo asume como parte de su 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
- 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 comprenda 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 art. 19 N° 1 del texto constitucional chileno¹⁶. 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.

disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”.

¹⁵ Asimismo, debe aclararse que, pese a su cosificación, no todos los animales se sujetan a un régimen de propiedad en sentido estricto (Ver C.II, 4.3.3).

¹⁶ Eduardo Soto Klass, 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.

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 (art. 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 art. 19 N° 1 CPR y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 CPR). A partir de allí podrá concluirse si este último goza de un ámbito propio de aplicación, no cubierto por una interpretación amplia del primero.

El art. 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 persona¹⁷. 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 (art. 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 ellos¹⁸. Y todo ello porque 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 humana¹⁹.

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 ésta no sea objeto de tortura psicológica o de tratos que anímicamente le puedan representar un trato inhumano o degradante desde la perspectiva mental.

¹⁷ Joachim Detjen, *Verfassungswerte, Welche Werte bestimmen das Grundgesetz?*, Ed. Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2009, p. 38, quien señala: La vida adquiere en la serie de valores constitucionales una posición única: no sólo establece un derecho fundamental, es más bien la condición vital de todos los derechos fundamentales. (*“Das Leben nimmt in der Reihe der Verfassungswerte eine besondere Stellung ein: Es begründet nicht nur einfach ein Grundrecht, es ist vielmehr die vitale Voraussetzung aller Grundrechte”*).

¹⁸ Jorge De Esteban y Pedro J. González-Trevijano, *Curso de Derecho Constitucional Español*, Tomo 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 Pierrot y Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatslehre II*, Ed. CF. Müller, 18ª edición, Heidelberg, 2002, pp. 90-92.

¹⁹ 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. 2° del mismo art. 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 o persona detente unas determinadas condiciones o substancias 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 que la expresión “vivir” que utiliza el art. 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 art. 19 N° 8 CPR a la vida? 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 art. 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 art. 19 N° 8 inc. 1° CPR será aquél que se encuentra libre de contaminación²⁰.

²⁰ Albin Eser, *Derecho Ecológico*, en *Revista de Derecho Público (España)*, N°s 100-101, julio-diciembre 1985, p. 617,

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 art. 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 art. 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 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 ellos²¹.

2.2.2 Perspectiva amplia

Una perspectiva que podría denominarse como *ecologista*, no sólo rechaza una asimilación del derecho a vivir en un 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 sin número de elementos concatenados conformadores de un sistema. Esta amplitud debe ser apreciada desde una doble perspectiva:

- *Medio ambiente como ecosistema*²². 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

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”.

²¹ 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”.

²² La consideración del ambiente como ecosistema ha llevado a que, en ocasiones, se abandone el estudio de la noción de medio ambiente. Así, se ha sostenido que “no existe a nivel científico una preocupación por estudiar el ambiente (...) lo que la ecología estudia no es el ambiente, sino el ecosistema. En consecuencia, si se quiere comprender el funcionamiento de la realidad a la que la Constitución denomina medio ambiente, habrá que asociar dicha expresión al concepto más cercano en el lenguaje técnico-científico: el de ecosistema”, Lorna Püschel Hoeneisen, Deberes constitucionales estatales en materia ambiental, op. cit., p. 62.

una región determinada (como es el caso de 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 mundial, 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 una alteración de un elemento ambiental tiene consecuencias que, en una mayor o menor intensidad, repercutirá a nivel local, regional e incluso planetario²³. En definitiva, una consideración ecosistémica del concepto de medio ambiente tendrá en definitiva siempre un efecto sobre el derecho a vivir en 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.

Resultado intermedio

En conclusión, 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 otro²⁴. 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.

²³ Se trata de un efecto *maniposa*, el que también es apreciable en los ecosistemas, existiendo incontables ejemplos de éste. Así el caso de la práctica desaparición de la merluza común (*Merluccius gayi gayi*) en las costas de Chile central producto de su sobreexplotación, ha contribuido a la aparición de otras especies oportunistas, como la jibia (*Dosidicus gigas*), que ha ocupado el nicho ecológico, desplazando a su vez a otras especies.

²⁴ Sin ir más lejos, en el Derecho comparado, el art. 53.2 Constitución Española no otorga el recurso de amparo al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado contenido en el art. 45. Por el contrario, en el Derecho chileno, la CPR, en el art. 20 inc. 2°, concede el recurso de protección respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero con restricciones respecto de otros derechos amparados por dicha acción (Ver C.II, 3).

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, como el derecho a vivir en un 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 art. 19 N° 8 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 imperceptible²⁵.

Como solución a este problema se propone la idea de un medio ambiente vinculado o 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. Por el contrario, el medio ambiente al que se refiere el art. 19 N° 8 CPR es el que aquí se propone como “*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 art. 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, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, a la propiedad, a la protección de la salud, etc.

Si se pone por caso 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

²⁵ 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 omnicomprensiva 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 art. 2 letra II) LBGMA.

y que constituye el *entorno adyacente* de los recurrentes. 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 podría esgrimirse el derecho del art. 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. El entorno adyacente 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 vida, a la integridad, a la propiedad, a la protección de la salud, etc.
- **Delimitación negativa.** Se encuentra limitado de forma negativa por el elemento de la potencial relación de la afectación. Ya que aquélla 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 esta noción de entorno adyacente.

En definitiva, entorno adyacente es el concepto en que se traduce el medio ambiente a que se refiere el art. 19 N° 8 CPR, puesto que es esa porción o esfera 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 art. 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 éste 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 (art. 19 N° 1 CPR), que serán los derechos principal y directamente afectados. Aquéllos 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 art. 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 mencionado art. 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 art. 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 art. 19 N° 8 es sólo un entorno adyacente. En el asunto Albornoz 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 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, sí parece estar subyacente la idea de que no toda acción puede ser constitutiva de vulneración al derecho a vivir en un 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 –que para

el asunto en cuestión, la acción correspondía más bien a un daño ambiental—. 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 amplio²⁶, 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.

En un sentido similar al antes expuesto, la Corte Suprema resuelve el caso “Laguna Las Huiñas y Larga”²⁷. En la sentencia se consideró el lugar de residencia del recurrente para determinar la procedencia del recurso, en este caso, la distancia del lugar de ejecución de las faenas impediría que se afectase el ejercicio del derecho del artículo 19 N° 8 CPR.

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.

La idea del *entorno adyacente* constituye una noción que se propone para resolver el problema del objeto del derecho consagrado en el art. 19 N° 8 CPR, y que por tanto puede o incluso debe ser objeto de crítica por parte de la doctrina²⁸. Sin embargo, en su favor debe afirmarse que ella resulta ser una interpretación aceptable e incluso que produce mayores efectos que aquella que caracteriza el derecho del art. 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 a los mecanismos previstos para la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

²⁶ 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.

²⁷ Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol: 50-2004, 3 de febrero de 2005, considerando 9°. Confirmada con excepción de sus considerandos 3° y 10°, por la Sentencia de la Corte Suprema, rol: 839-2005, 8 de marzo de 2005.

²⁸ Así, en un sentido crítico, Rodrigo Guzmán Rosen, La regulación constitucional del ambiente en Chile, *op. cit.*, pp. 67-68.

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 mismo²⁹.

La definición legal de medio ambiente sirve como una primera aproximación al problema. Como se recordará, la LBGMA en su art. 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"* (C.I, 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 art. 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 ley³⁰. Consecuentemente, deberá concluirse que esta definición legal determina lo que se entiende por medio ambiente a efectos de lo dispuesto en el art. 19 N° 8 CPR. La jurisprudencia del TC corrobora este aserto, ya que ha utilizado los conceptos definidos para todos los efectos legales en el art. 2 LBGMA para fundar sus sentencias, por ejemplo en la sentencia 577/2006. No obstante, este razonamiento puede ser criticado, ya que se estaría utilizando una definición legal para determinar el alcance de un concepto de rango constitucional³¹.

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. El éxito de la acción intentada dependerá no sólo de la ilegalidad 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.

²⁹ Jorge Bermúdez Soto, *Grundlage des chilenischen Umweltrechts, in Verfassung und Recht in Übersee*, 4° Quartal 2002, pp. 513-531.

³⁰ El art. 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 C.I, 6).

³¹ Eduardo Aldunate Lizana, *La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho*, op. cit., p. 468. *"Otra hipótesis en que la fuerza normativa de la Constitución se ve afectada se da en aquellos casos en que el correspondiente concepto o estándar constitucional que se trata de fijar no es construido a partir de la Constitución misma, sino que a partir de fuentes subconstitucionales, lo que dicho de otra manera podría expresarse como interpretación de la Constitución conforme a la ley"*.

Entrando en el análisis de la definición legal³², 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 cuales 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 o categorías de elementos que lo conforman (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 que se concretarán en tales o cuales vegetales y animales; 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 art. 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. Las perspectivas que se exponen a continuación no son excluyentes entre sí, sino que su aplicación a una situación concreta pueden permitir determinar ese *entorno adyacente* amparado por el art. 19 N° 8 CPR.

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 éste se extiende al entorno construido e incluso a elementos intangibles como los socioculturales. El inc. 2° art. 4° LBGMA reafirma el carácter ambiental de dichos elementos cuando dispone que: *"Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*.

Esta conclusión reafirma la idea propuesta de entorno adyacente como concepto delimitador de lo

³² El análisis que se efectúa arriba debe ser complementado con lo señalado en C.I, 6.1.

que el medio ambiente implica en cada caso particular. Ello porque es claro que el medio ambiente, el entorno, se desgrena en determinados elementos, lo importante es ver hasta donde llegan estos elementos. Por ejemplo, la contaminación de las aguas, para el titular del derecho del art. 19 N° 8 CPR, ¿hasta qué punto puede estar legitimado para accionar para 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 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 art. 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 art. 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 garantiza 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 art. 19 N° 8 inc. 1° CPR es mucho más que el lugar específico de residencia o trabajo. Es también 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. La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo, 1972) en su principio primero hace alusión expresa a esta doble faz del derecho: *"El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras"*.

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 *de-recho - deber*. Por tal razón es que respecto de tal derecho no concurren las facultades de disposición material que podrían darse en otros derechos subjetivos, como el de propiedad³³.

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 utópica³⁴. 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 art. 2 letra m) que es: *"aquel en el que los contaminantes se*

³³ Fernando López Ramón, Derechos Fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente, REDA 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)"*.

³⁴ Se debe hacer presente 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 *"total"*, que antecedió a contaminación. Cfr. Acta de la Sesión N° 186 de 9 de marzo de 1976.

encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”.

A pesar la divergencia entre el término definido y la definición propiamente dicha (que comienza su enunciado señalando la presencia de contaminantes y, por tanto, llegando más allá del concepto “libre de contaminación”, que en principio se pretendía definir), 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” (art. 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 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 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 que se afecten los bienes jurídicos protegidos, es decir, no implica un riesgo. Si tal es la interpretación que debe darse a la disposición comentada, es posible extraer dos nuevas conclusiones:
 - La falta de certeza científica respecto del nivel de contaminación permisible, en sí mismo, ya constituirá un riesgo que deberá ser evitado. La precaución supondrá entonces unos niveles muy estrictos de contaminación aceptable, los que deben evitar llegar a esa situación de riesgo.
 - El Recurso de Protección debe incluir las acciones y omisiones que impliquen una amenaza al legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Ya que es precisamente la situación de amenaza la que en mayor medida puede afectarse el derecho (Ver C.II, 3.2).
- *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 de las personas, la calidad de vida de la población, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental. El problema está en decidir por cual 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 art. 2 m) LBGMA (salud de las personas, calidad de vida de la población, preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental) en dos clases, dependiendo de la implicancia directa de estos 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 estricta³⁵. 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 podría ser interpretada como 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 art. 19 N° 8, sino que directamente la del art. 19 N° 1 (derecho a la vida/ integridad física y psíquica) y del art. 19 N° 9 (derecho a la protección de salud)³⁶. 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, a la integridad física y psíquica, a la salud, etc. es ilógico recurrir a un nivel o parámetro de

³⁵ Asimismo, debe considerarse el contenido regresivo que la voz "*salud*" implica en la definición. Con el contenido legal de la definición analizada se *regresa* a parámetros anteriores a la Constitución de 1980, donde la vigencia del Derecho ambiental no había sido consagrada expresamente por el constituyente. Por tanto, al incorporarse la salud de las personas como objetivo a alcanzar se está incluyendo dentro de la regulación ambiental objetivos que eran propios de las políticas de salud pública.

³⁶ 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.

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 el derecho a vivir 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 el entorno debe tener unas determinadas condiciones de baja contaminación, quiere decir que sus condiciones de desarrollo van a ser mejores o peores dependiendo de los niveles de contaminación, de cualquier tipo que ésta sea (acústica, atmosférica, lumínica, visual, etc.). En definitiva, su desarrollo, o lo que es lo mismo su vida en movimiento, tendrá mejor calidad si se respetan unos niveles máximos de contaminación del entorno.

Un problema adicional vendrá dado por la subjetividad que el parámetro *“calidad de vida”* pueda importar. En este sentido, debe considerarse que el criterio supone, de antemano, una actividad valorativa, destinada a ponderar una situación por sobre otra³⁷. Por ello, se trata de un criterio apreciativo, que se aplicará respecto de actuaciones, situaciones o medidas concretas. Esta ponderación deberá considerar tanto el carácter global como dinámico de las actuaciones involucradas³⁸. Una visión parcial de ellas podría considerar que los provechos derivados de una actividad contaminante resultan beneficiosos, dejando de valorar los efectos globales que dicha actividad genera sobre la comunidad, posición que se refuerza considerando que el legislador no se ha referido a la calidad de vida sin más, sino a aquella vinculada con la población. Asimismo, la dimensión dinámica implicará ponderar los impactos que dicha contaminación tendrá sobre la calidad de vida de las generaciones futuras³⁹.

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 art. 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”* (C.I., 6.5).

Por su parte, la *“conservación del patrimonio ambiental”* se define en el art. 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”* (C.I., 6.3).

³⁷ En este sentido, Ramón Martín Mateo, La calidad de vida como valor jurídico, Revista de Administración Pública, Nº 117, septiembre – diciembre, 1988, p. 56, ejemplificando la situación, el autor señala: *“así, para muchas personas puede ser un indudable indicador de alto estándar de vida el consumo de champagne francés o de cigarros habanos, mientras que otros abdicarán de tabaco y licores precisamente en aras de una mayor calidad de vida. Recordemos que hace no muchos años las clases elevadas rehusaban el contacto con la naturaleza, y las campesinas, para imitarlas, se protegían en lo posible del sol”*.

³⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 67.

³⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 63.

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.

En realidad la referencia a los parámetros de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental se integran dentro de una técnica de lucha contra la contaminación (como lo es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación). Sin embargo, estos no están relacionados con la mantención de contaminantes en niveles tolerables, sino con el aprovechamiento de recursos naturales. Así, por ejemplo, una tala de alerce y su reemplazo por otra especie. No hay necesariamente vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (técnica de lucha contra la contaminación). Sin embargo, sí hay un aprovechamiento no durable de recursos naturales (técnica de protección de la naturaleza). Los conceptos de preservación y conservación parecen relacionarse con esta última técnica. El caso más claro es la declaración de especies y áreas protegidas, donde el control de contaminantes no es la prioridad, pero la protección de biodiversidad sí. De ser así, puede criticarse que el medio ambiente libre de contaminación se defina usando conceptos desvinculados de la técnica dentro de la cual se integra.

2.4.3 Incidencia de las normas de calidad ambiental 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 o de normas, 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 (Ver C.III, 4, 5 y 6).

La norma primaria de calidad ambiental, de acuerdo con el art. 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 art. 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 sustentable (Ver C.I, 6.4). 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”* (Ver C.I, 6.6). 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.

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 a 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 (Ver C.I, 6.4 y C.III, 4.2).

2.5 Conclusiones

Lo que se ha intentado en esta parte del trabajo es volver sobre el derecho subjetivo constitucional del art. 19 N° 8 de la CPR. A más de tres 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 y su modificación por la Ley N° 20.417, como también con los cambios que en la conciencia ciudadana se han producido respecto de la protección ambiental, lo que se ve reforzado por un cambio de paradigma ético que poco a poco comienza a expandirse, en que se ve al medio ambiente y la naturaleza como algo finito, sobre el que el ser humano puede incidir grave e irreversiblemente⁴⁰.

Lo que parece fluir como resultado de este análisis es que si la CPR consagró 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). 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 art. 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, integridad física y psíquica, protección de la salud, etc.). Sea consecuencia de una opción política o de un error en la técnica legislativa, el resultado final es el mismo.

La defensa del derecho se logrará tanto por la vía del recurso de protección (C.II, 3), como por la puesta en práctica de los instrumentos de gestión ambiental (C.III, 1) que la propia LBGMA crea. Tal visión

⁴⁰ Cfr. Rodrigo Guzmán Díaz, *Ética ambiental y desarrollo: participación democrática para una sociedad sostenible*, en Polis, Revista Latinoamericana, Vol. 12, N° 34, 2013, pp. 403-419.

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 art. 20 inc. 2° CPR⁴¹.

Antes de entrar directamente en la 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 a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El art. 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*⁴², y por tanto, procesalmente sumaria, que se ejerce directamente 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 art. 20 inc. 1° enumera⁴³. 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 éste 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

⁴¹ Cfr. *Rafael Valenzuela Fuenzalida*, El recurso constitucional de protección..., *op. cit.*, p. 175 y ss.; *Enrique 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 Bordalí 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. Asimismo, *Rodrigo Guzmán Rosen*, La regulación constitucional del ambiente en Chile: Aspectos sustantivos y adjetivos: historia, doctrina y jurisprudencia, *op. cit.*, (en particular el Capítulo Cuarto).

⁴² El art. 21 CPR consagra el recurso de amparo destinado a la protección de la libertad personal y seguridad individual (art. 19 N° 7 CPR).

⁴³ Procede el recurso de protección en favor de los derechos y garantías del art. 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).

oficioso cualquier persona, capaz de parecer en juicio, a nombre del afectado⁴⁴. Finalmente, el recurso 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”⁴⁵ de los demás derechos que se puedan hacer valer⁴⁶.

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 art. 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 art. 20 inc. 2° CPR no es a todo el art. 19 N° 8, sino sólo al derecho en él contenido. Es importante destacar este extremo porque, como ya se señaló (C.II, 1), fuera del citado derecho subjetivo constitucional, el art. 19 N° 8 CPR contiene un mandato a los órganos del Estado para velar para que el derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. En principio, entonces, si los órganos del Estado fallan en el cumplimiento de dichos deberes no podría recurrirse de protección⁴⁷. 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 art. 1 inc. 4° CPR—, no se traduce en un derecho constitucional para el ciudadano, su naturaleza jurídica es distinta. Los deberes del art. 19 N° 8 CPR deben orientar la acción estatal, pudiendo, eventualmente, ser exigibles ante la jurisdicción ordinaria⁴⁸, pero no gozan en forma directa de la vía privilegiada del recurso de protección. Se trata de deberes estatales de carácter autónomo, establecidos con ocasión de un derecho constitucional, pero sin recaer sobre el mismo. Por ello, aunque se sitúen dentro del contexto de protección ambiental constitucional, el objeto de la tutela carece de contenido *ius fun-*

⁴⁴ Auto Acordado sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, numeral 2°.

⁴⁵ Eduardo Soto Kloss, “Sin perjuicio de...” en el recurso de protección, en RDUVC N° VI 1982, p. 369 y ss.

⁴⁶ El recurso de protección, al no exigir el agotamiento de las demás vías jurisdiccionales para su interposición —lo que en Derecho alemán se denomina *Rechtswegerschöpfung*—, presenta una nota característica singular que difiere de lo que ocurre en el Derecho comparado, por ejemplo, con el recurso de amparo español y la *Verfassungsbeschwerde* alemán. Cfr. Jorge Bermúdez Soto, *Grundlage des chilenischen Umweltrechts*, op. cit., p. 523.

⁴⁷ Sin perjuicio de que por el incumplimiento de tales deberes se pueda desprender una afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que llevaría por esta vía refleja a la procedencia del Recurso de Protección. (Ver C.II, 5).

⁴⁸ Por ejemplo, por la vía de una acción de condena de actuación. Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, Ed. Thomson Reuters Abeledo Perrot, 2ª edición, Santiago, 2011, pp. 435-437.

damental, sin perjuicio de desplegar una serie de consecuencias normativas, propias de los deberes constitucionales^{49 50}.

En efecto, los principios constitucionales de servicialidad del Estado y el deber de dar protección a la población (art. 1 CPR) tienen una manifestación concreta en el ámbito ambiental. Como deberes objetivos, imponen una actividad de prestación que recae sobre los órganos de la Administración de manera que el derecho sea optimizado y protegido⁵¹. La omisión en el cumplimiento del deber estatal de proteger el medio ambiente, 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, bajo la sola vigencia de la Constitución de 1980, 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. Con la modificación constitucional introducida en 2005 (Ley Nº 20.050, D.O. 26 de agosto de 2005), tanto las acciones como las omisiones que vulneran el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación darán lugar al recurso de protección (Ver C.II, 3.3).

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 art 20 inc. 2º 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 (C.II, 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”⁵².

Hasta antes de la modificación constitucional de 2005 la mayor parte de la doctrina nacional estaba de acuerdo 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 permiten sostener lo contrario, esto es, que por una amenaza también se admite el recurso de protección en materia

⁴⁹ En este sentido, Lorna Püschel Hoeneisen, Deberes constitucionales estatales en materia ambiental, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁰ Entre otras consecuencias, se incluye la responsabilidad de los titulares de los órganos públicos con competencia concurrente, así como también las consecuencias patrimoniales derivada de una eventual falta de servicio en la materia.

⁵¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Escritos sobre Derechos Fundamentales, Ed. Nomos, Baden Baden, 1993, p. 114.

⁵² 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 Nº 3 1992 pp. 549 y ss.

ambiental, dado que gramaticalmente se justificaría la voz "*afectado*", utilizada por el constituyente, para evitar una reiteración de las voces del inc. 1° del art. 20 CPR (amenaza, perturbación y privación), considerándose que es comprensiva de todas ellas. Es decir, por razones de técnica legislativa la CPR utiliza 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 sólo 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. 1° del art. 20, es decir, por qué no prefirió una redacción más económica usando solo las expresiones afectado y amenazado.

Esta interpretación extensiva además encuentra justificación en el principio de interpretación constitucional *in dubio pro libertate*, el cual permite preferir aquella interpretación de la norma fundamental que más favorezca el ejercicio de los derechos constitucionales.

Asimismo, 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 omisión estaba vinculada directamente con la amenaza al ejercicio del derecho, debía aceptarse entonces que si se excluía la posibilidad de interposición por una actuación omisiva, lógicamente, se excluían 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.

Contribuye también a una interpretación sistemática considerar la inclusión de las amenazas a partir de la utilización de la voz "*riesgo*" dentro del concepto de medio ambiente libre de contaminación⁵³. En efecto, el legislador ha definido dicho medio ambiente como "*aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y periodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo*" a una serie de elementos que posteriormente enumera (art. 2 m LBGMA). Considerar la limitación del recurso a privaciones y perturbaciones, dejaría sin efecto, en los términos del art. 20 inc 2º LBGMA, el desarrollo legal del derecho. Y es que si bien estamos ante un derecho de consagración constitucional, su configuración legal se concreta a partir de una serie de definiciones, dentro de las cuales el término "*medio ambiente libre de contaminación*" posee una posición especial, por constituir el objeto mismo

⁵³ El concepto es también reiterado en las nociones de norma primaria y secundaria de calidad ambiental (art. 2 letras m), n) y ñ) LBGMA).

de la protección constitucional. En consecuencia, sólo una interpretación extensiva del art. 20 inc. 2º salvaría la contradicción con la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico.

3.3 Conducta que vulnera el derecho

Si para la generalidad de los derechos señalados en el art. 20 inc. 1º CPR el recurso de protección procedía por conductas activas u omisivas (“acción u omisión”), una diferencia radical respecto del recurso en materia ambiental se daba porque éste sólo procedía por “actos”, excluyéndose las omisiones. Con la reforma constitucional contenida en la Ley Nº 20.050, publicada 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 de protección general.

En efecto, uno de los mayores avances que representó la reforma constitucional fue 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 o la CS pueden 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 teóricas que se abrían a partir de esta nueva redacción del art. 20 inc. 2º CPR eran insospechadas, toda vez que, por una parte, se hacía 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. Sin embargo, la realidad práctica manifestada en la jurisprudencia en la materia ha demostrado que la reforma constitucional del art. 20 inc. 2º CPR no ha tenido trascendencia.

La inclusión de las omisiones ilegales como circunstancias que hacen procedente el recurso de protección produce dos clases de efectos, a saber:

- **Respecto de los particulares:** sin perjuicio del efecto horizontal que produce el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁵⁴, dentro de la función social de la propiedad privada se encuentra el límite que impone la conservación del patrimonio ambiental, el cual obliga al propietario no sólo al aprovechamiento racional de los recursos, sino además a su reparación⁵⁵. 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

⁵⁴ Cfr. **Pablo Marshall Barberán**, El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución, en *Estudios Constitucionales*, año 8 Nº 1, 2010, pp.43-78.

⁵⁵ Art. 19 Nº 24 inc. 2º CPR en relación con art. 2 letra b) LBGMA.

derecho. Esta circunstancia podría producirse, por ejemplo, en los casos en que el particular deja de cumplir con el *plan de reparación* que le había sido aprobado, en los términos del art. 43 LOSMA.

- *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 descontaminación⁵⁶, 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 recurrible por vía de protección. Consecuentemente, el tribunal 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. Y ello porque, de acuerdo con el art. 20 CPR, el juez dispone de todos los medios jurídicos para restablecer el imperio del Derecho.

En este sentido ya se ha pronunciado la jurisprudencia. Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción, en causa rol N° 4093/2006, ha señalado: *"Que efectivamente existe omisión ilegal, desde el momento que la Ley N° 19.300 indica claramente que debe efectuarse la declaración de Zona Saturada cuando se excedan los márgenes de tolerancia. La actuación ilegal resulta de haber declarado una zona como latente, pese a que los índices fijados por la propia autoridad ambiental determinaban que lo que debía declararse era una zona saturada.*

*En consecuencia, la oportunidad para efectuar la declaración de zona saturada sí está en la ley (...) entonces surge el convencimiento que la Autoridad no será oportuna si dilata o equivoca la declaración que la ley exige, y no cumplirá con su función de tutelar el medio si no actúa con la prontitud que exige la debida protección del medio y de las personas a quienes, en último término, asiste el derecho a vivir en un medio libre de contaminación"*⁵⁷.

Más complejo será el caso en que la Administración ha actuado, por ejemplo, dictando un plan de prevención o descontaminación, y, 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 autoridad judicial 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 cumplidos los requisitos de procedencia, entrega un amplio margen de discrecionalidad judicial. Dicho

⁵⁶ En contra de estas posibilidades, *Rodrigo Guzmán Rosen*, La regulación constitucional del ambiente en Chile, *op. cit.*, p. 227, quien limita la procedencia de la acción por la omisión sólo frente a los casos de potestades regladas. Sin embargo, ello debe contraargumentarse, ya que como se sabe no existen potestades totalmente regladas o discrecionales, sino márgenes de apreciación para la Administración del Estado, la que, por la aplicación de las diversas reglas y principios puede ver reducida su discrecionalidad a cero. Cfr. *Jorge Bermúdez Soto*, Derecho Administrativo General, *op. cit.*, pp. 111-112. Tal es el caso, por ejemplo, de la protección del medio ambiente, en que la Administración del Estado se encuentra expresamente obligada por el texto constitucional (art. 19 N° 8) y no por un deber genérico de protección.

⁵⁷ La Corte Suprema declaró la inadmisibilidad de la acción de protección, por extemporaneidad, respecto de la declaración como zona latente en la Región del Biobío. Sin embargo, la doctrina de la CA de Concepción aparece irredargüible.

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 normativo o administrativo. En consecuencia, no tendría 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 contaminación⁵⁸.

3.4 Calidad de la conducta

El art. 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 resultado 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 —como la actuación de un particular— es difícil que se den a la vez. Con la reforma constitucional de 2005, el acto u omisión que afecta al derecho sólo debe ser ilegal.

En este sentido, la CA de Santiago —en una doctrina que no ha variado en lo sustancial hasta hoy— 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, señaló: “*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*”⁵⁹.

Entonces, lo ilegal importa una vulneración del ordenamiento jurídico, lo arbitrario supone actuación irracional o caprichosa⁶⁰. En el caso de la actuación de la Administración del Estado, será lógico que

⁵⁸ 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. Una perspectiva crítica, Luis Cordero Vega, Entre la deferencia, los estándares de control judicial y los procedimientos administrativos. Comentarios a las sentencias sobre el caso “Celco”, en *Revista de Derecho Público*, 2005, N° 67, pp. 443-453.

⁵⁹ Cfr. Enrique Navarro Beltrán, *Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, op. cit., p. 599.

⁶⁰ Estas condiciones eran tradicionalmente conocidas como el requisito de *doble antijuridicidad*. En este sentido, 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*, RCHD, Vol. 25, 1998, p. 166: “*La concurrencia copulativa de un reproche de ilegalidad y otro de arbitrariedad en la conducta contaminante debiera diferenciar nitidamente el recurso de protección cuando tiene por objeto la tutela del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y constituir un obstáculo para la admisión de muchos de ellos, puesto que para otorgar la protección solicitada es necesario determinar la existencia simultánea y no ya alternativa de uno y otro reproche*”. Una perspectiva crítica ha sido señalada por Rodrigo Guzmán Rosen, *La regulación constitucional del ambiente en Chile*, op. cit., p. 230, quien se refiere “*al absurdo de que un acto pudiese ser perfectamente antijurídico en razón de su ilegalidad, pero no por su falta de arbitrariedad; o antijurídico por su arbitrariedad, pero no por su carencia de ilegalidad*”, circunstancia a partir de lo cual el autor concluye que “*en tanto no mediara una reforma constitucional, lo que se imponía era un nuevo enfoque más osado en la perspectiva de la acción de protección, de parte de los tribunales, puesto que al quedar un acto ilegal o arbitrario, sin reproche, de todos*

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 ley⁶¹. 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 éste sólo es arbitrario para echar abajo el recurso de protección⁶².

La jurisprudencia ha reparado, en ocasiones, en la supresión del término “arbitrario” y la mantención del requisito de ilegalidad. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de noviembre de 2007 (rol N° 4093/2006) reconoce que *“a primera vista, se encontraría excluida la procedencia del recurso en contra de actos arbitrarios, deduciéndose que sólo se protege al particular de los actos ilegales”*. No obstante ello, el tribunal afirma que *“analizada la historia de la ley [N° 20.050], se puede concluir, en primer término, que su primer objetivo era eliminar una exigencia adicional para la procedencia del recurso, puesto que la antigua redacción —que el acto fuera arbitrario e ilegal—, daba lugar a que fueran dos los requisitos de actuación del recurrido”*⁶³. Por ello, la Corte concluye en el sentido ya señalado y, de alguna forma, interpretable en la mayor parte de los casos con anterioridad a la reforma, esto es, *“que la arbitrariedad puede ser invocada como causa de la acción u omisión en materia de recurso de protección para tutelar la garantía del Artículo 19 N° 8 de la Constitución, ya que se entiende dentro del concepto de ilegalidad”*.

Una posición similar ha sido seguida por la Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia de 3 de diciembre de 2009 (rol N° 708/2009), al sostener, respecto de la instalación de antenas de telefonía móvil, *“que si existe la menor posibilidad —como no puede dejar de reconocerse— de daño en la salud humana, es arbitrario y contrario a derecho que la autoridad pública justifique y declare aceptable ciertos rangos de exposición de la salud humana, para autorizar la instalación justo en medio de grupos humanos asentados, a despecho de la posibilidad de hacerlo en otros lugares en que se descarte todo tipo de riesgo”*. En efecto, pese a la revocación del fallo por parte de la Corte Suprema, el concepto de arbitrariedad es utilizado aquí para identificar una conducta como contraria a Derecho. En este caso, si la actuación adolece de arbitrariedad, querrá decir que la potestad discrecional de la Administración fue utilizada mal, esto es: desviándose de sus fines; de forma abusiva; o bien, desproporcionada⁶⁴. En el fondo, el recurso a la “arbitrariedad” servirá como instrumento utilizado para

modos había en rigor una actuación que requería una vigorosa respuesta de parte de quienes debían —y deben— decidir estos asuntos”.

⁶¹ Milagros Otero Parga, La arbitrariedad, Anuario de Filosofía del Derecho (España), Tomo XII año 1985 p. 393.

⁶² Tres son los requisitos que se predicen 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”*.

⁶³ En relación a esta concurrencia, es posible citar otras resoluciones anteriores a la reforma, como la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 26 de agosto de 2004, en causa rol: 215-2004, al señalar: *“que relativamente a la garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, invocada en este recurso, sólo procede respecto de ‘actos’ y que copulativamente deben ser ‘arbitrarios e ilegales’*”.

⁶⁴ Jorge Bermúdez Soto, Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública, en Revista de Derecho Administrativo, N° 7, 2013, p. 3.

controlar la discrecionalidad administrativa, pese al acatamiento de los requisitos técnicos y formales, previos a la instalación de la antena en cuestión.

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, éste 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 o 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 u omisión 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 proviene de la acción u omisión de 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

El recurso de protección otorga a los tribunales una amplitud de mecanismos para restablecer el imperio del Derecho. En gran medida, ello se explica por la variedad de derechos tutelados, así como por la multiplicidad de agravios que pueden serles inferidos⁶⁵. Esta variedad de vulneraciones es también

⁶⁵ Cfr. 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, *op. cit.*, p. 171. Una crítica a la técnica de eliminar la protección cautelar de determinados derechos constitucionales ha sido señalada por: Rodrigo Guzmán Rosen, La regulación constitucional del ambiente en Chile, *op. cit.*, p. 195, al sostener que: *"en un caso es una mano libertaria la que escribe (art. 19), y en otro un codo que lo borra (art. 20). Es, pues, algo que resulta arbitrariamente discriminatorio"*.

predicable respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por ello, resulta conveniente referirse a las principales medidas de protección que pueden ser declaradas a su favor :

- *Cese de las conductas.* Se trata de una de las medidas que normalmente adopta el tribunal, y que básicamente consiste en suspender los hechos que ocasionan la afectación. Así se ha resuelto por parte de la CA de Rancagua, en sentencia de 23 de junio de 2008 (rol Nº 279/2008), al ordenar a la parte recurrida *"la inmediata clausura de todas las zanjas de acopio de desechos, riles y lodos (...) debiendo abstenerse en lo sucesivo, el recurrido, de todo acto que implique acopiar desechos, lodos o riles capaces de producir efectos nocivos en el medio ambiente, fuera del área en que está legalmente habilitado para hacerlo"*.

El cese de la conducta es también necesario en la medida que el tribunal condicione el ejercicio de la acción contaminante, mientras dichas condiciones no se verifiquen. Así se ha resuelto por parte de la CA de Valdivia, en sentencia de 18 de abril de 2005 (rol Nº 33/2005). En esta ocasión, el tribunal acoge la acción cautelar, ordenando *"someterse a Estudio de Impacto Ambiental las modificaciones de hecho detectadas a la Resolución de Calificación Ambiental"*, agregando posteriormente *"la paralización de faenas de la Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A., mientras se realice el Estudio de Impacto Ambiental y hasta su aprobación"*. En el mismo sentido puede citarse la sentencia de la CA de Puerto Montt, de 2 de mayo de 2011 (rol Nº 67/2011), al disponer que la empresa contaminante deberá *"paralizar toda actividad que produzca escurrimiento de residuos líquidos y emanación de malos olores en su planta y dependencias (...), en tanto no cuenten con la autorización de un sistema de tratamiento de residuos industriales líquidos y aguas servidas"*.

- *Condenas de actuación.* En oposición al cese de las conductas, las condenas de actuación presuponen una conducta omisiva que motiva la protección ambiental. En materia de actuaciones estatales, puede citarse la sentencia de la CA de Concepción, de fecha quince de noviembre de 2007 (rol Nº 4093/2006). En ella el tribunal acoge el recurso, afirmando: *"que efectivamente existe omisión ilegal, desde el momento que la Ley Nº 19.300 indica claramente que debe efectuarse la declaración de Zona Saturada cuando se excedan los márgenes de tolerancia. La actuación ilegal resulta de haber declarado una zona como latente, pese a que los índices fijados por la propia autoridad ambiental determinaban que lo que debía declararse era una zona saturada"*.

Aunque en rigor el carácter omisivo sea discutible⁶⁶, la sentencia resulta de interés no sólo por la condena de actuación, sino por adentrarse ampliamente en el control de la actividad administrativa. Así, por ejemplo, la sentencia descarta la aplicación de la discrecionalidad técnica. En este sentido, afirma: *"lo técnico es la recolección de los datos y su evaluación. Lo jurídico es su calificación. Para situaciones como la verificada en el caso de autos, no se requieren conocimientos técnicos especializados, sino que basta con utilizar dos de las cuatro operaciones aritméticas básicas: sumar y dividir, para obtener los promedios a que se refiere la normativa ambiental vigente"*.

⁶⁶ En efecto, la impugnación también puede estimarse procedente por una acción ilegal, a saber: la ilegalidad del objeto del acto de declaración de zona latente.

- *Sometimiento a condiciones.* Se trata de un sometimiento frecuente en materia de protección ambiental. Así, por ejemplo, se ha resuelto respecto de la instalación de antenas de telefonía móvil en áreas colocadas bajo protección oficial. En efecto, el año 2011 la CA de Temuco, en causa caratulada “Zúñiga Astudillo con Entel Telecomunicaciones” (rol N° 3/2011), luego de disponer el retiro de la antena, *“ordena que la recurrida deberá para instalar la antena someterse (...) a los procedimientos específicos que señalan la ley 19.300 y su Reglamento para zonas como la comuna de Villarrica”*. Lo interesante de la sentencia es su amplitud de contenido, dado que, en estricto rigor, la instalación de antenas de telefonía móvil estaba fuera de las previsiones de la LBGMA, respecto de los proyectos que ingresan al SEIA. Por ello, en relación a su instalación en zonas de interés turístico y al art. 10 LBGMA, el tribunal concluye que *“la letra p) aludida no tiene el sentido a que alude la recurrida respecto a que la ejecución de obras, programas o actividades deban ser los indicados anteriormente o en otros artículos o en el reglamento de dicha ley”*. Además, debe observarse que las zonas de interés turístico tampoco han sido señaladas explícitamente en dicha disposición. Dado que en este caso la zona tenía dicha calidad, el tribunal las califica jurídicamente como áreas colocadas bajo protección oficial (art. 10 letra p), pese a que, para llegar a esta conclusión, se haya limitado a citar las interpretaciones administrativas del servicio (considerando 3º).

En el mismo sentido se ha fallado respecto de la vía de sometimiento al SEIA. Así, en materia de planes reguladores y afectaciones a pueblos originarios, la CS (rol N° 258/2011) ha estimado que su modificación *“deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”*.

- *Reparación ambiental.* Dentro de las reparaciones, puede citarse la sentencia de CA de Puerto Montt de 27 de julio de 2010 (rol N° 36/2010). Respecto de la modificación de obras sometidas a evaluación ambiental sin previa sujeción al procedimiento, la Corte ordenó: *“1.) paralizar y abstenerse de ejecutar cualquier obra, trabajo o labor”,* estimando además la obligación de *“2.) retrotraer las cosas al estado anterior al de su ilegítimo obrar, restaurando la piscina natural allí existente a su estado natural en un plazo no superior a tres días de ejecutoriada esta sentencia”*⁶⁷.

Así también se ha resuelto respecto de la responsabilidad municipal en materia de rebalse y escurrimiento de aguas servidas. En sentencia de 5 de septiembre de 2011 (rol N° 398/2011), la CA de Talca ha estimado el deber de reparación por parte de autoridad municipal, ordenando a *“la I. Municipalidad de San Clemente dar solución a la situación sanitaria”*.

- *Órdenes a la Administración.* Las órdenes a la Administración han sido consideradas en diversos casos. Así, puede citarse la sentencia de la CA de Temuco, de 13 de septiembre de 2010 (rol N° 985/2010), al resolver la ilegalidad de la inadmisibilidad del recurso administrativo de revisión del art. 25 quinquies LBGMA. En este sentido, la CA ha fallado *“que la recurrida debe-*

⁶⁷ Cabe notar que el concepto de reparación utilizado por el tribunal, en estricto rigor, no corresponde a la definición que para todos los efectos legales se contiene en el art. 2 letra s) LBGMA. En este sentido, el sentenciador sigue utilizando la categoría civil de reparación *in natura*.

ra dar tramitación al recurso de revisión presentado por la recurrente con fecha 9 de julio de 2010 con sujeción al procedimiento establecido en el inciso segundo del artículo 25 quinquies de la ley 19.300”.

Una perspectiva material puede encontrarse en la sentencia de la CA de Talca, de fecha 5 de septiembre de 2011 (rol N° 398/2011). En dicha ocasión, el tribunal no se limita a estimar la necesidad de una reparación ambiental por el rebalse y escurrimiento de aguas servidas. Además, ordena a la municipalidad, *“previos los informes técnicos pertinentes, ejercer las medidas conducentes e implementar las obras que subsanen definitivamente el asunto de autos; todo ello dentro del plazo de 60 días corridos, a contar de la notificación de la presente sentencia”.*

Cuando se realiza una revisión de la jurisprudencia, *“la pregunta acerca de si los pronunciamientos de nuestros tribunales superiores de justicia constituyen verdadera jurisprudencia aun sigue abierta. Es muy probable que muchos de los fallos actuales, simplemente, sean obiter dictum y no constituyan verdadera ratio decidendi. Y lo anterior seguirá siendo así, porque la Corte Suprema en muchos de sus casos, en realidad está resolviendo carencias de la regulación o deficiencias del diseño de las instituciones, y eso no puede ser jurisprudencia. Es sólo derecho del caso concreto”*⁶⁸.

4. PROTECCIÓN AMBIENTAL Y LÍMITE A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

El art. 19 N° 8 inc. 2° CPR dispone 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 problemático⁶⁹. 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 art. 19 N° 8 CPR llama la atención, toda vez que no existe otra disposición en todo el art. 19 CPR que suponga tan claramente una valoración (y contraposición) entre derechos constitucionales, o bien, entre éstos y otros bienes jurídicos.

Debe recordarse que los derechos y garantías constitucionales no están garantizados en la Constitución de una manera ilimitada⁷⁰. Las restricciones a los derechos y garantías constitucionales vendrán

⁶⁸ Jorge Bermúdez Soto y Dominique Hervé Espeja, La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas, en Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2013, p. 255.

⁶⁹ Aunque en realidad, el problema de los límites a los derechos constitucionales tiene una solución histórica clara: pueden ser limitados por la ley. Así la Declaración de derechos del hombre y ciudadano de 1789 señala en su artículo IV que *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la ley”.* Sin embargo, el problema dice relación con las posibilidades efectivas de establecer límites a otros derechos constitucionales para proteger el medio ambiente y si tales límites a su vez reconocen limitaciones.

⁷⁰ 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 (lími-

establecidas por normas que, o bien, se encuentran en la propia Constitución⁷¹, o bien, 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 contrarie 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 art. 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*⁷².

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...”*⁷³

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 implícita⁷⁴;

tes inmanentes). 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, la libertad para realizar actividades económicas (art. 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.

Cfr. *Eduardo Aldunate Lizana*, *Derechos Fundamentales*, Ed. LegalPublishing, Santiago 2008, pp. 232-264.

⁷¹ Por ejemplo el art. 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.

⁷² 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. Cfr. *Jorge Bermúdez Soto*, *Derecho Administrativo General*, *op. cit.*, pp. 78-84.

⁷³ 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...”*

⁷⁴ Una cláusula de tipo expreso es, por ejemplo, la del art. 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 art. 19 N° 13 inc. 2°, que a propósito del derecho de reunión en

- 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 art. 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"*⁷⁵.
- 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 art. 64 inc. 2° 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 en forma amplia, 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 garantías⁷⁶.

Por su parte, en el art. 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 aun resulta el caso de la integridad física y psíquica, la que es garantizada de manera irrestricta. Otro ejemplo, el contenido en el art. 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 art. 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 art. 19 N° 8, finalmente, 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 en aquellos

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.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Tal es la técnica legislativa habitual, también utilizada en el Derecho comparado. Cfr. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19ª edición (hay ediciones posteriores), Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1993. p. 131.

casos en que el texto constitucional habilite al legislador, en virtud de una cláusula expresa o implícita de reserva. Esta conclusión se ve apoyada, además, atendida la preeminencia que los derechos y garantías constitucionales tienen⁷⁷, frente al ejercicio de la soberanía por parte de los órganos del Estado⁷⁸, y al principio interpretativo *in dubio pro libertate*⁷⁹. La última comprobación de la conclusión planteada la entrega el art. 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 derecho⁸⁰. A contrario sensu existirán casos en que la Constitución no autorice al legislador a limitar el derecho y en que, por tanto, éste no reconocerá límite *ex lege* alguno.

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 este caso el derecho queda intacto en su ámbito de aplicación, éste 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 (art. 19 N° 24 inc. 2° CPR)⁸¹.

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 art. 19 N° 8 inc. 2° CPR. ¿Qué aporta el art. 19 N° 8 inc. 2° CPR? La hipótesis de trabajo de la que se parte que el constituyente quiso crear una norma de derecho operativa y no redundante⁸², toda vez 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”*⁸³.

El art. 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 constitu-

⁷⁷ Herbert Bethge, Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, en Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, 1995, pp. 351 y ss.

⁷⁸ Art. 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”*.

⁷⁹ En cuya virtud debe preferirse la interpretación más favorable a la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

⁸⁰ 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 ésta afecta o no al contenido esencial del derecho.

⁸¹ Sobre la labor de concretización y desarrollo de los derechos, Cfr. Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 18ª edición, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 2002, p. 53.

⁸² Francisco Rubio Llorente, El principio de legalidad, op. cit., p. 11.

⁸³ TC, sentencias de 24 de septiembre de 1985 y 21 de diciembre de 1987.

cional 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, se desarrolla y perfecciona, es decir, en que se produce su desarrollo jurídico⁸⁴, 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 otros⁸⁵. 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 en el aumento de los riesgos ambientales y en la certeza de los peligros de los daños ambientales⁸⁶, que incluso tienen su manifestación en el creciente número de catástrofes naturales.

Este último argumento no es baladí y puede ser apreciado desde una doble perspectiva. En primer lugar económica, en que la confirmación palpable del aumento de la ocurrencia de estos siniestros está en la subida de los valores de las primas de seguros que cubren fenómenos y catástrofes naturales (en especial inundaciones y sequías) atribuibles al fenómeno del cambio climático⁸⁷. No obstante, desde nuestra perspectiva las implicancias jurídicas tienen, como no, una mayor significancia. En general se le ha dado poca atención por la doctrina al deber del Estado de *dar protección a la población* (art. 1 inc. 4° CPR) y el desarrollo del *Derecho de las Catástrofes* en el caso chileno es miserable⁸⁸, a pesar de la evidencia permanente de su ocurrencia. El deber del Estado de protección de la población no sólo implica una cuestión de prevención y socorro frente a la catástrofe, se trata de un problema de *legitimación del Estado*, el que pierde la confianza del pueblo cuando por su desidia o incompetencia omite el cumplimiento de ese deber⁸⁹.

En el caso de la disposición contenida en el art. 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

⁸⁴ Ernst Wolfgang Böckenförde, Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 190.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ Cfr. Jorge Bermúdez Soto, *Grundlagen des chilenischen Umweltrecht*, op. cit., pp. 517-521.

⁸⁷ Tales son las conclusiones reiteradas constantemente por los reportes del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas (IPPC). Así, por ejemplo, la movilidad de los ecosistemas, la acidificación de los océanos y la aceleración del ritmo de derretimiento de glaciares son algunos de los efectos previstos en el informe del año 2013.

⁸⁸ En la actualidad se discute en el Congreso Nacional el proyecto de ley que "Establece el Sistema Nacional de Emergencia y Protección Civil y crea la Agencia Nacional de Protección Civil" (Boletín N° 7550-06). Sin embargo, no existen estudios actuales sobre la temática desde la perspectiva del Derecho público. En el Derecho civil, se puede destacar María Graciela Brantt Zumarán, *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad civil contractual, concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010.

⁸⁹ Michael Klepfer, *Rechtliche Grundprobleme des Katastrophenschutzes*, en *Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag*, *Verfassung, Umwelt, Wirtschaft*, Ed. Beck, Munich, 2010, p. 395.

norma en realidad y salvo excepciones, nunca obtuvo de parte de la doctrina la suficiente atención⁹⁰, estimándose que constituía una manifestación particular de la cláusula de reserva legal, que en cierta manera repetía las limitaciones específicas establecidas para otros derechos constitucionales, y en especial en relación con el derecho de propiedad (art. 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 art. 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 interpretativo⁹¹. El recurso a los elementos históricos, sistemáticos y comparativos, evidentemente juega un importante rol de apoyo⁹². Sin embargo, es la letra de la ley el primer dato del que el jurista debe partir⁹³.

No obstante lo anterior, 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

⁹⁰ En este punto se destaca el trabajo de Julio Lavín, *Legislación Restrictiva de Derechos y Libertades para proteger el medio ambiente*, en RCHD Vol. 25 N° 1, 1998, pp. 175 a 203.

⁹¹ “*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.

⁹² 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 pueden resultar 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 (art. 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. Así se ha señalado que: “*en el caso de la Constitución chilena, resulta paradójica su mecanismo de elaboración y aprobación formal. No existe una asamblea Constituyente ni nada que se le parezca. Por el contrario, la primera construcción de corpus dogmático de la Constitución es fruto de una comisión integrada por abogados y profesores de derecho político y constitucional mayoritariamente ligados a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que no se caracterizó por la pluralidad política de sus integrantes ni tampoco por postular cosmovisiones diferentes, en circunstancias que la vida en comunidad (democrática) se caracteriza por ello: convivencia pacífica, razonable y plural*”. Jaime Bassa Mercado, Christian Viera Álvarez, *Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional: notas para su reinterpretación*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XXI, N° 2, 2008, p. 132.

Asimismo, se debe hacer presente que 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 Murswiek, *Maastricht und der Pouvoir Constituant*, en *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, 32, 1993, pp. 161 y ss.

Todo lo anterior refuerza la idea planteada, de privilegiar el recurso al elemento literal en que se basa este análisis progresivo de las normas constitucionales en comento.

⁹³ “*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.

social a que pertenece y que pretende regular y dirigir, podrá entonces darse el verdadero alcance que tiene la labor hermenéutica⁹⁴.

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

- *El art. 19 N° 8 CPR no contempla limitación del derecho por ley.* El art. 19 N° 8 no establece una cláusula de reserva que permita al legislador 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 art. 19 CPR establece.
- *Limitación con una finalidad específica.* El art. 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 nuevas 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 art. 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 general y cualificada*: general, porque puede limitarse cualquier derecho o libertad; cualificada, porque la única justificación que podrá argüir el legislador para fundamentar una limitación a derechos o libertades con base en el art. 19 N° 8 inc. 2° será la protección del medio ambiente. El legislador deberá poner en la balanza el bien jurídico o valor *protección del medio ambiente* frente a otros derechos. Este matiz es interesante, dado que lo que se protege por la norma del art. 19 N° 8 inc. 2° CPR es el medio ambiente

⁹⁴ 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 lo de Kelsen) ni un organismo que se desarrolla por sí mismo por mera ley natural: es 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”.

como bien jurídico *per se*, no el derecho a él establecido en el inc. 1° del art. 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 art. 2 letra II) de la LBGMA.

- *Amplitud de la limitación.* 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, derecho a desarrollar una actividad económica, derecho al trabajo, libertad de desplazamiento, derecho de reunión⁹⁵. Dentro del segundo grupo se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de 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 una actividad económica o a la libre actividad empresarial (art. 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 art. 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 actividades económicas, 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 art. 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. La mejor prueba de lo dicho se encuentra en la propia LBGMA, en la que se incorpora el SEIA. En virtud de él, el ejercicio de actividades económicas debe someterse a un procedimiento previo que determine el grado de afectación que pueda ocasionar al medio ambiente, señalándose las acciones que se adoptarán para impedir o minimizar esos efectos adversos. Con lo que la libertad empresarial (art. 19 N° 21 CPR) viene a ser limitada en su ejercicio por razones de precaución y 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.

Como es lógico, la interpretación propuesta no puede llevarse al extremo y arrojar como resultado la desnaturalización del derecho o libertad, que en la práctica impida su ejercicio. Dicha interpretación supondría un choque al límite del contenido esencial del derecho, que debe ser respetado por toda

⁹⁵ Cfr. Julio Lavín, *Legislación Restrictiva de Derechos...*, op. cit., p. 192.

ley que imponga una limitación al mismo (art. 19 N° 26). Asimismo, chocaría con una de las reglas de interpretación constitucional, en cuanto ésta debe propender a la coherencia y armonización del texto constitucional, de manera de no soslayar la aplicación de ninguna disposición, lo que no es sino una variante de la interpretación sistemática⁹⁶.

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 arts. 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 art. 19 N° 8 inc. 2° CPR. 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 (art. 64 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.

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, ello no excluye la posibilidad de intervención del reglamento. Es facultad del Presidente de la República “*dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*” (art. 32 N° 6 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 instrucciones⁹⁷.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TC Rol N° 325/01, considerando 43º, al señalar que:

⁹⁶ Cfr. Anna Gamper, *Regeln der Verfassungsinterpretation*, Ed. Springer, Viena 2012, en particular pp. 204-206.

⁹⁷ Sobre la relación entre ley y reglamento de ejecución, Eduardo Cordero Quinzacara, *El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria*, en RDUCV, N° 32, junio de 2009, pp. 421-424.

“ponderando la indispensable flexibilidad con que debe contar el administrador para hacer frente a situaciones ambientales constantemente cambiantes, que hay que analizar en una perspectiva esencialmente dinámica, y que miran a la preservación de la salud y, a la postre, a la conservación de la vida humana, debe concluirse que en función de estos muy particulares factores y aplicando criterios hermenéuticos finalistas, las normas de la Ley N° 19.300, miradas en su conjunto, si bien no cumplen a cabalidad con el principio de reserva legal, resultan aceptables en este caso por las consideraciones expuestas y las que se expresarán más adelante”. Y más adelante, la misma sentencia señala en su considerando 48° que: “Si bien las normas del decreto en cuestión no cumplen a cabalidad con los requisitos de “determinación” y “especificidad”, se considera que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él, ya que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y pre-emergencia ambiental, obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el art. 19 N° 8 inc. 1° de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas”.

- *Limitaciones específicas.* El segundo requisito radica en que se debe tratar de “restricciones específicas” al ejercicio del derecho (art. 19 N° 8 inc. 2° CPR)⁹⁸. 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, si se impone a un tipo de actividad productiva el sometimiento previo a un procedimiento de evaluación del impacto ambiental, o se 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

⁹⁸ En la sentencia del TC 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, en ella se plantea una interpretación del texto constitucional del todo discutible, la cual no se reiteraría en la jurisprudencia constitucional posterior. Así ha afirmado la doctrina que, “la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema y del propio Tribunal Constitucional, relativizaron los tajantes términos de la sentencia recién referida”, Alan Bronfman Vargas, José Ignacio Martínez Estay, y Manuel Núñez Poblete, Constitución Política Comentada, Ed. Abeledo Perrot, Santiago, 2012, p. 210. Para una visión crítica, se puede ver: Eduardo Aldunate Lizana, La desconstitucionalización de la Constitución, en RDUCV, XXII, 2001, pp. 19, quien señala: “¿Cómo pasar por alto ese considerando de antología, el 12° del rol N° 185, en que el Tribunal señala que las posibles restricciones a los derechos contempladas por el artículo 19 N° 8, para proteger al medio ambiente, las prevé la Constitución para los estados de excepción, sin dar ninguna explicación o argumento de cómo llega a vincular la disposición del 19 N° 8 a los estados de excepción constitucional, ni hacerse cargo del absurdo que implicaría (salvo quizás en el caso de una catástrofe ambiental), restringir derechos para proteger el medio ambiente en caso de un estado de guerra externa o interna, de grave conmoción interior, grave alteración del orden público, o de daño o peligro para la seguridad nacional?”.

que el desarrollo en detalle de las mismas se entregue al reglamento (por ejemplo, el RSEIA) y sin perjuicio, además, que su aplicación se haga, como es lógico, por una resolución administrativa⁹⁹.

- *Limitación de derechos determinados.* Estas restricciones deben referirse sólo a “*determinados derechos o libertades*” (art. 19 N° 8 inc. 2° CPR). En principio, ello significaría que deben señalarse determinadamente los derechos que serán limitados por la ley¹⁰⁰. 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 afecta¹⁰¹. 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 una actividad económica (art. 19 N° 21 inc. 1° CPR), pero es lógico que se trata de una limitación acotada, en cuanto sólo las actividades enumeradas en el art. 10 LBGMA deberán someterse a dicho 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 concreta¹⁰². La prohibición de una limitación contenida en una ley de caso particular se desprende, no del citado art. 19 N° 8 inc. 2°, sino que fluye de la operatividad de otras garantías constitucionales, como la del art. 19 N° 2 inc. 2° “*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, y del art. 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 el legislador invocar el art. 19 N° 8 inc. 2° CPR para justificar limitaciones a derechos constitucionales, que tengan por

⁹⁹ En el mismo sentido, Julio Lavín, *Legislación Restrictiva de Derechos...*, op. cit., p. 192.

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ Corrobora 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.

¹⁰² 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.

finalidad alcanzar otros objetivos (por ejemplo la sola protección de la salud de las personas), por muy plausibles que éstos fuesen, a menos que dichas limitaciones pudieren anclarse de alguna manera en la protección ambiental. Así, en el ejemplo, al protegerse el medio ambiente también se protege la salud y calidad de vida de las personas.

- *Limitación sujeta al art. 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”* (art. 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”*^{103 104}. En cuyo caso el derecho habrá sido afectado en su contenido esencial¹⁰⁵.

La ley no podrá imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio del derecho. La segunda parte del art. 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 legislativa¹⁰⁶, 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. Así por ejemplo el art. 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 algas o pelillo (*gracilaria chilensis*). Sin embargo, la exigencia de la previa aprobación de un EIA o una DIA, 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 trabajo¹⁰⁷.

¹⁰³ TC, sentencias 24.02.87, rol N° 43, considerando 21º; 14.11.94, rol N° 200, considerando 4º; 20.10.98, rol N° 280, considerando 29º.

¹⁰⁴ Al respecto, *Eduardo Aldunate Lizana*, Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad, RCHD, vol. 33 N° 2, 2006, p. 297, señala: *“Cuando la consecuencia depende de las circunstancias de hecho, pero la regulación en sí misma admite una hipótesis compatible con el régimen dominical, habría que concluir que necesariamente estamos ante una medida de carácter general no ablativo en sí misma, siendo sus consecuencias negativas parte de las cargas públicas que como regla general trae aparejada toda regulación”*.

¹⁰⁵ Sobre el tema, sobre todo, *Peter Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3ª edición, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1983.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ El art. 3 letra n) RSEIA determina el ingreso al SEIA de los cultivos basándose en el número de toneladas de producción.

4.3 Limitaciones a derechos en particular

El art. 19 N° 8 inc. 2° CPR no restringe la posibilidad de limitación a unos determinados derechos del catálogo del art. 19 CPR. La exigencia de que se limiten libertades o derechos determinados, dice relación, como se dijo, no tanto con la enunciación del derecho que será objeto de restricción, como con la imposibilidad de entregar un apoderamiento en blanco para la limitación. Dicho límite tampoco dice relación con un número acotado de los derechos constitucionales que pudiesen ser limitados. Sin embargo, en la práctica existen algunos derechos que, por el ámbito de aplicación y desarrollo que le son propios, se encuentran de un modo más directamente relacionados a la protección del medio ambiente. En este apartado será examinada la relación que existe entre la protección ambiental y los derechos de propiedad, a desarrollar actividades económicas y a adquirir toda clase de bienes, 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 art. 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 chileno¹⁰⁸, en cuanto todo es susceptible de propiedad privada, incluso los derechos subjetivos, respecto de los cuales el art. 583 del Código Civil 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 presenta¹⁰⁹, se admite la posibilidad 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 de sus preceptos rememora una reacción a la crisis institucional que desembocó en el golpe de Estado del 11 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 común¹¹⁰, a una propiedad privada garantizada fuerte-

¹⁰⁸ Sobre el tema Cfr. *Alejandro Vergara Blanco*, La propietarización de los derechos, RDUCV Vol. XIV 1992, pp. 281-291. *Eduardo Cordero Quinzacara*, La Dogmática Constitucional de la propiedad en el Derecho chileno, Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XIX N° 1, junio de 2006, pp. 125-148; y *Alejandro Guzmán Brito*, Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995. Ya antes 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.

¹⁰⁹ La demostración de dicha fortaleza se encuentra en el propio art. 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 alguna, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguna 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, *Jéssica 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.

¹¹⁰ La mejor prueba de ello se encuentra en el art. 582 inc. 1° del Código Civil, que data del siglo XIX (1857), y que como

mente, pero que puede ser limitada en razón de la función social que le corresponde cumplir¹¹¹. 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*”¹¹².

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 art. 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 (art. 19 N° 8 inc. 2° CPR). Sin embargo, la doctrina especializada había anticipado, incluso antes de la LBGMA, que las nociones de medio ambiente (art. 19 N° 8 inc. 1° CPR), naturaleza (art. 19 N° 8 inc. 1° parte final CPR) y patrimonio ambiental (art. 19 N° 24 inc. 2° CPR) utilizadas por la Constitución chilena no eran sinónimos¹¹³. Ello no encontró eco en la jurisprudencia, la que las había considerado como tales¹¹⁴. La LBGMA confirmó la posición doctrinal al señalar en su art. 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 LBGMA¹¹⁵, queda demostrado, como se verá, que la distinción entre protección del medio ambiente y conservación del patrimonio ambiental es sólo parcial.

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*”.

¹¹¹ Dicha función ya se reconocía en la Constitución Política de 1925 la que en su art. 10 N° 10 inc. 3º disponía: “*El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública*”.

¹¹² Rafael Colina Garea, La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 176.

¹¹³ Cfr. Rafael Valenzuela Fuenzalida, El recurso constitucional de protección..., op. cit., p. 189.

¹¹⁴ 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 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.

¹¹⁵ En este punto se debe reiterar que para una parte de la doctrina constitucional (aunque no para el TC), las normas constitucionales no pueden ser interpretadas teniendo a la vista las definiciones de la LBGMA. Eduardo Aldunate Lizana, La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho, op. cit., p. 468.

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 la conservación del patrimonio ambiental¹¹⁶. Dicho concepto fue definido por la LBGMA, la cual en su art. 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 art. 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 el *"medio ambiente"*. 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 ambiental¹¹⁷.

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 uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas¹¹⁸.

¹¹⁶ El art. 19 N° 24 inc. 2° CPR corresponde, al igual que el art. 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 por ley a la propiedad privada, solo podrá tener por objeto la función social que ésta debe cumplir. Pero además, esa función social sólo podrá comprender alguno de los bienes jurídicos que señala el art. 19 N° 24 inc. 2° CPR. Con lo que una limitación legal fundada en la función social de la propiedad (única posible justificación de una limitación), no podría 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"*.

¹¹⁷ Esta interpretación sólo podría ser rebatida si se considerara que el sistema o ecosistema que esos elementos conforman no constituye un elemento del patrimonio ambiental. Sin embargo, lo ambiental en sí mismo supone necesariamente la idea de un sistema, más que una suma de elementos.

¹¹⁸ Rafael Valenzuela Fuenzalida, *El recurso constitucional de protección...*, op. cit., p. 182, extrae como consecuencia

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 propietario¹¹⁹, 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 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 recae 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 art. 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 norma¹²⁰, 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 pública¹²¹.

Sin embargo, semejante interpretación choca con lo dispuesto en el inc. 3° del art. 19 N° 24 CPR, el cual, como se recordará, dispone que: *"Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del*

que en virtud del mandato de conservación del patrimonio ambiental *"quedó reconocida y consagrada la 'función ambiental' de la propiedad"*.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ Recuérdese que el art. 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"*.

¹²¹ 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 (art. 2 letra p) LBGMA), la segunda al *"uso y aprovechamiento racionales"* de los bienes ambientales (art. 2 letra b) LBGMA).

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 mismo, con 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 art. 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"*. Una lectura de los preceptos en este sentido puede encontrarse también en decisiones anteriores a la entrada en vigor de la LBGMA. Por ejemplo, en la sentencia recaída en el caso Galletué, en relación a la prohibición de corte, tala y comercialización de araucarias araucanas. En este caso, la sentencia de la CS de 7 de agosto de 1984, rechaza el recurso de casación de fondo interpuesto por parte del Estado de Chile, imponiendo el deber de indemnizar los daños causados a los propietarios del fundo Galletué, cuyo giro exclusivo era, precisamente, la explotación de la especie cuya preservación se pretendía. Sin embargo, el tribunal niega el carácter expropiatorio del acto, *"puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños de esa especie arbórea"*. Por ello, funda la indemnización en razones de equidad y justicia, señalando que, en relación a los daños oca-

sionados a los dueños del fundo, no era “*equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia*”¹²².

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 (art. 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 sociedad¹²³.

Relación entre los N° 8 inc. 2° y N° 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 art. 19 N° 8 inc. 2° y en el art. 19 N° 24 inc. 2° CPR. ¿Podría limitarse el derecho de propiedad con base sólo en el art. 19 N° 8 CPR? Y ello, dado que, como se ha concluido, el art. 19 N° 8 inc. 2° hace una referencia genérica a derechos y libertades. Existen diversos argumentos para responder negativamente. Si se aceptara que el art. 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 cualificada¹²⁴. En cambio, la cláusula del art. 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,

¹²² En contra: *Eduardo Aldunate Lizana*, Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad, *op. cit.*, p. 297: “*así, en el conocido caso Galletué con Fisco, la prohibición de tala de araucarias era perfectamente compatible con un pleno uso turístico del predio; de tal modo que el específico destino buscado por su dueño, la explotación forestal, venía a ser un dato de hecho no necesaria ni específicamente cubierto por la protección dominical, siendo por tanto plenamente compatible la prohibición de tala con la idea de regulación (y no expropiación) de la propiedad*”.

¹²³ 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. *Oswaldo Delckers 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, *Álvaro Quintanilla Pérez*, 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. *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.

¹²⁴ Como se recordará, la limitación supone función social y además con un fin específico de conservación.

que la específica de conservación de patrimonio ambiental¹²⁵. Así, una respuesta positiva a la cuestión planteada convertiría en superflua la disposición del artículo 19 N° 24 inc. 2°, al menos desde la perspectiva de la conservación del patrimonio ambiental.

También debe considerarse que la conservación del patrimonio ambiental no sólo supone una restricción al uso y aprovechamiento, sino que además obliga a una actuación positiva de reparación, es decir, contiene una obligación de hacer, ya que la de no hacer se encuentra implícita en toda la limitación de uso y aprovechamiento.

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 libertate*). Tal es la arriba expuesta. En conclusión, el art. 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 art. 19 N° 24 inc. 2° CPR.

4.3.2 Derecho a desarrollar actividades económicas

El art. 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 Estado¹²⁶.

El ejercicio de este derecho conlleva necesariamente alteraciones, impactos y daños al medio ambiente¹²⁷. 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 Región de Aysén. Evidentemente, desde una perspectiva estrictamente ambiental, ese cultivo está ocasionando una alteración del entorno. 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 desarrollo sustentable. Corresponderá preguntarse, ahora desde la perspectiva jurídica, si el Derecho ambiental, y en especial el administrativo ambiental, pone en una contradicción el derecho

¹²⁵ 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).

¹²⁶ Art. 19 N° 21 inc. 2° CPR: *"El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo 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° 4, 2000, p. 141 y ss.

¹²⁷ 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"*.

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? Una respuesta afirmativa a ambas preguntas conlleva a un absurdo y pone 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 constituyente¹²⁸, 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)¹²⁹.

Límites al derecho

Una lectura tradicional del art. 19 N° 21 inc. 1° CPR indica que el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica se encuentra limitada, tanto por los conceptos jurídicos indeterminados, como por la ley que regula el ejercicio del derecho¹³⁰. 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 otra, un mandato de regulación del mismo. 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 actividades económicas, el límite quedará dado por aquellas actividades que ya no tengan connotación económica, por ejemplo, una actividad religiosa no se encuentra protegida por la libertad en materia económica, sino por la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (art. 19 N° 6 inc. 1° CPR).
- *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 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

¹²⁸ En el seno de la CENC se planteó el debate relativo 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.

¹²⁹ Dieter Cansier, Gefahrenabwehr und Risikoversorge im Umweltschutz und der Spielraum für ökonomische Instrumente, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1994, pp. 643 y ss.

¹³⁰ 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.)”.

y el derecho a desarrollar actividades económicas. 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 podría, 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 otro¹³¹.

- *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 norma¹³².
- *Límites legales basados en la protección del medio ambiente.* Resulta aplicable en este punto lo señalado a propósito del art. 19 N° 8 inc. 2° CPR (C.I, 6.6 y C.II, 4.2).
- *Regulación legal del derecho.* La parte final del art. 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 art. 19 N° 26 cuando señala que 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 art. 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 mismo¹³³.

Relación entre derecho a desarrollar actividades económicas y SEIA

Como se sabe, la LBGMA introdujo el SEIA (Ver C.III, 13). A partir de dicho sistema, aquellos proyectos o actividades y sus modificaciones, que se enumeran en el art. 10 de la misma ley, que sean suscepti-

¹³¹ Cfr. Bodo Pierrot y Bernhard Schlink, *Grundrechte*, op. cit., p. 52 y ss.

¹³² 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.

¹³³ Hans H. Klein, *Die Grundrechtliche Schutzpflicht*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, pp. 491-492. En el mismo sentido, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 129.

bles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases, sólo podrán ejecutarse previa evaluación de su impacto ambiental. A partir de lo concluido arriba, cabe preguntarse si el SEIA constituye una limitación al derecho a realizar actividades económicas, 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 art. 10 LBGMA no requerían del pronunciamiento previo¹³⁴.

Sin embargo, un análisis profundo de la relación entre SEIA y el derecho constitucional en cuestión 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, dentro de las que en primer lugar se encuentra el derecho a desarrollar actividades económicas¹³⁵.

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 ambiental¹³⁶.

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 actividades económicas, 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–¹³⁷, cuando se miran seria y objetivamente, más que límites, constituyen una regulación del derecho, que lo complementan y que en definitiva lo garantizan. En efecto, si dicha regulación se hubiere observado, en el ejemplo fic-

¹³⁴ Cfr. Julio Lavín, *Legislación restrictiva de los derechos*, op. cit., p. 200.

¹³⁵ Cfr. Michael Kloepfer, *Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats*, op. cit., p. 15.

¹³⁶ Cfr. Jorge Bermúdez Soto, *Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura*, en RCHD Vol. 29 Nº 2, pp. 423-440.

¹³⁷ Todas las cuales fueron conocidas a inicios de la década pasada como "lomos de toro". <http://www.olca.cl/oca/chile/alumysa.htm>

ncio, dicha actividad podría haberse desarrollado indefinidamente. Esto es lo 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 ambientales¹³⁸. 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, lo que se 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 art. 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 lícita supondrá, en especial aquellas que implican 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 el derecho constitucional y que permite la compatibilización entre bienes jurídicos y derechos que en principio parecerían antagónicos.

4.3.3 Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes

El art. 19 N° 23 CPR garantiza *"La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución"*. Como la doctrina lo ha señalado, se trata de una disposición nueva de la Constitución de 1980, que junto a las disposiciones de los arts. 19 N° 21 y 19 N° 24 completa las garantías del denominado orden público económico¹³⁹.

Lo que garantiza la norma citada es la posibilidad de apropiarse, legítimamente, de toda clase de bienes. En consecuencia, se trata de una garantía que opera, temporalmente, antes del derecho de propiedad, ya que lo que ella asegura es poder incorporar en el dominio privado toda clase de bienes. Esto tendrá especial relevancia respecto de los bienes que no tienen dueño, *res nullius*, los que en muchas ocasiones corresponden a elementos del medio ambiente.

En efecto, esta garantía también operará respecto de los elementos que forman parte del medio ambiente. Estos normalmente se encuentran fuera del patrimonio privado de una persona, por lo que al encontrarse disponibles en el medio ambiente pueden ser adquiridos a través de los modos de

¹³⁸ Se trata de una conclusión que no es nueva. Cfr. Dietrich Murswiek, *Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht*, en *Deutsches Verwaltungsblatt* 1999, pp. 79 y ss.

¹³⁹ Juan Carlos Ferrada Bórquez, *La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XI, diciembre de 2000, p. 50.

adquirir el dominio, dentro de los cuales la ocupación juega un rol principal¹⁴⁰. Ello ocurre, por ejemplo, con los animales silvestres o bravíos, o los peces en mares, ríos y lagos. Así, el art. 607 del Código Civil dispone que *“La caza y pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos”*. En otros casos, los bienes que adhieren al suelo —como los árboles y plantas—, forman parte de él, por lo que, normalmente, integran el dominio privado y son adquiridos conjuntamente con la propiedad de aquél (arts. 568 y 569 del Código Civil).

La norma constitucional establece dos clases de excepciones a la posibilidad de apropiación, *“de acuerdo al actual texto del art. 19 Nº 23 CP, podemos decir que “todas las personas” tienen garantizado por la CP que el legislador no impedirá la adquisición de “toda clase” de bienes o cosas, salvo que, en casos calificados, hayan sido declaradas res communis omnium o res publicae (esto es, en este segundo caso, pertenezcan a la Nación toda). Así, se ha establecido por la CP una “reserva nacional” de cosas o bienes; una efectiva posibilidad de que el legislador (actuando con un quórum calificado) pueda reservar ciertas categorías de bienes (o, masas de bienes) a la “Nación toda”, esto es, establecer bienes públicos. Al mismo tiempo, se ha dejado en esa misma condición de reserva o inapropiabilidad privada, a los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres”*¹⁴¹.

Sin embargo, las clasificaciones de los bienes públicos también pueden ser vistas desde la perspectiva de la protección ambiental.

- *Bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.* Se trata de bienes que no son susceptible de dominio y nadie tiene el derecho de apropiárselos¹⁴². Normalmente se ponen como ejemplos de tales clases de bienes al alta mar (art. 585 Código Civil); el espacio aéreo (art. 81 Código Aeronáutico); o la atmósfera. Sin embargo, dentro de esta categoría deben considerarse otros bienes, que inciden directamente en la protección ambiental y que por sus características, valor ambiental y rol que cumplen en el ecosistema, son de naturaleza común. A diferencia de los demás bienes excluidos, estos bienes no requieren de una declaración legal, y no deberían ser susceptibles de apropiación por el simple hecho de ser de naturaleza común a todas las personas. Así por ejemplo, un paisaje, la luz solar, el viento, las olas del mar, las corrientes marinas, etc., son todos elementos ambientales —o “bienes” en la expresión constitucional— que son comunes a todas las personas y por tanto inapropiables. Evidentemente, la inapropiabilidad de tales bienes no tiene nada que ver con la posibilidad de intervención administrativa, la que a través de instrumentos autorizatorios puede permitir el uso y disfrute de tales bienes.
- *Bienes que pertenecen a la nación toda y la ley lo declara así.* Los bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y su uso a todos los habitantes. Ejemplo de este tipo de bienes son las calles, plazas, puentes, playas, ríos, etc. (art. 589 CC); el mar adyacente (art. 593 CC); las aguas (artículo 6º Código de Aguas); los álveos o lechos de ríos o lagos (art. 30 Código de aguas), etc. Estos bienes pueden corresponder a elementos am-

¹⁴⁰ *Jéssica Fuentes Olmos*, Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad, en RDPUCV, XXXVIII, primer semestre 2012, p. 551.

¹⁴¹ *Alejandro Vergara Blanco*, El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 Nº 2, p. 237.

¹⁴² Cfr. *Wolfgang Durner*, Common Goods, Statusprinzipien von Umweltgütern im Völkerrecht, *op. cit.*

bientales y por tanto, las posibilidades de uso y explotación sobre los mismos también tendrá una incidencia en la intensidad de la protección del medio ambiente. La ordenación legal que se ha hecho de estos bienes, tales como los recursos hídricos, o incluso minerales –a pesar que, respecto de éstos la CPR le atribuye su dominio al Estado (art. 19 N° 24 inc. 5° CPR)–, implica que el único límite que existe para su uso y explotación es el de su disponibilidad. Sin embargo, ello no implica una disponibilidad desde la perspectiva ambiental, sino simplemente que no hubieren sido solicitados por otro¹⁴³.

Límites al derecho

No obstante la forma intensa en que se ha establecido la garantía del 19 N° 23 CPR, producto de una mayor conciencia ambiental en la sociedad, progresivamente se han venido estableciendo límites a la apropiabilidad de ciertos bienes o elementos ambientales.

Caso de los cetáceos

Así por ejemplo, no todos los animales se sujetan a un régimen de propiedad en sentido estricto. Tal es el caso, por ejemplo, de los cetáceos, en virtud de las prohibiciones generales establecidas en la Ley N° 20.293, que protege a los cetáceos e introduce modificaciones a la Ley General de Pesca y Acuicultura. En virtud del art. 1° de la Ley N° 20.293 se dispone: *“Declárase los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional, como zona libre de caza de cetáceos sólo para los efectos previstos en esta ley”*. Por su parte, el art. 2° dispone una prohibición absoluta al establecer que: *“Se prohíbe dar muerte, cazar, capturar, acosar, tener, poseer, transportar, desembarcar, elaborar o realizar cualquier proceso de transformación, así como la comercialización o almacenamiento de cualquier especie de cetáceo que habite o surque los espacios marítimos de soberanía y jurisdicción nacional”*.

A partir de estas prohibiciones, puede concluirse el carácter inapropiable que estas especies poseen. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico se plantean dificultades para incorporar esta excepción del régimen de propiedad privada dentro de las hipótesis previstas por el artículo 19 N° 23 CPR. En efecto, como se recordará dicha norma garantiza por un lado la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, y por otro, la habilitación para que *“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”*. En consecuencia, se debe examinar si la inapropiabilidad de los cetáceos se justifica porque se encuentran en alguno de los dos supuestos señalados en el inciso 1° del art. 19 N° 23, es decir, porque son bienes nacionales de uso público o porque la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres (bienes comunes); o si se encuentra dentro del supuesto del inciso 2° del art. 19 N° 23 CPR. Lo primero que debe descartarse es que la ley no declara expresamente a los cetáceos

¹⁴³ En tal sentido se ha señalado, respecto de los recursos minerales que *“la natural posibilidad del particular a aprovechar las minas, en el fondo, forma parte de su libertad, porque el Estado/fisco, en virtud del principio de la subsidiariedad, no podrá arrogarse el aprovechamiento de las minas, sino limitada y subsidiariamente; pues este recurso natural como riqueza, o patrimonio, más que del Estado, en último caso, es público, del público; en fin, del populus. Las minas, entonces, están más bien publicadas para posibilitar el acceso a los particulares a su explotación (vid. art. 19 n° 23 CP)”*. Alejandro Vergara Blanco, El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral, op. cit., p. 236. Como resulta evidente, esto no es así. La propia CPR atribuye el dominio de los recursos mineros al Estado.

como bienes pertenecientes a la nación toda, con lo que desde ya se puede desechar su carácter de bien nacional de uso público.

Durante el proceso legislativo se entendió que las disposiciones prohibitivas de la Ley N° 20.293 requerían quórum especial, por aplicación del art. 19 N° 23 inc. 2°. En consecuencia, al menos durante su tramitación, las normas prohibitivas de los arts. 1° y 2°, se entendieron como constitucionalmente válidas atendida la habilitación de dicha norma constitucional¹⁴⁴. Sin embargo, ello es erróneo, puesto que lo que establece la norma constitucional es la posibilidad para que la ley de quórum calificado pueda limitar o establecer requisitos a la adquisición de algunas clases de bienes. Es evidente que una prohibición absoluta va más allá de la limitación o la fijación de requisitos.

La constitucionalidad de los arts. 1° y 2° de la Ley N° 20.293 se debe buscar en otra parte. La constitucionalidad de dicha norma se salva, sólo si se opta por alguna de las siguientes dos opciones. En primer lugar, por la vía de entender que los cetáceos, por su valor ambiental y ético, son animales que deben ser considerados *“bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres”*. En consecuencia, esa naturaleza los hace inapropiables y lo que hace la ley es simplemente entregar certeza jurídica respecto de su carácter inapropiable. Este carácter hace inapropiables a los cetáceos, sin embargo, ello no quiere decir que no puedan ser “usados” de alguna manera. Tal uso es regulado, por ejemplo por la vía de permitir su observación y acercamiento en condiciones de seguridad, tal como lo reglamenta el DS N° 38-2011 MINECON. Reglamento General de Observación de Mamíferos Reptiles y Aves Hidrobiológicas y del Registro de Avistamiento de Cetáceos. La segunda opción viene dada por el propio art. 19 N° 8 inc. 2°. En efecto, a diferencia del art. 19 N° 23 inc. 2°, aquél dispone la posibilidad de establecer *“restricciones”*, y no *“limitaciones”*. En consecuencia, debe entenderse que cuando la Ley N° 20.293 establece prohibiciones, lo que realmente está haciendo es fijando una *“restricción”*, que es más intensa que una *“limitación”* y por tanto, que para ello basta la ley simple, ya que la norma del art. 19 N° 8 inc. 2° CPR no exige un quórum especial. Esto se justifica particularmente si se considera que, como se dijo, el art. 19 N° 8 inc. 2° CPR no permite limitar la propiedad en sentido estricto, sino el ejercicio de otros derechos en general. Tal es la naturaleza de los derechos para la caza de cetáceos, cuyos títulos habilitantes no pueden entenderse protegidos por *“el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente”* (art. 582 CC).

Caso de la biodiversidad

En materia de biodiversidad, ya no hablamos de apropiar animales concretos sino de ésta en su conjunto. En virtud de una aplicación irrestricta de la libertad del art. 19 N° 23 CPR se puede someter al régimen de la propiedad la variabilidad de la vida, esto es, las categorías de genes, especies y ecosistemas. Hoy día esta situación se presenta como indeseada o, por decir lo menos, regresiva. Basta considerar la tendencia comparada de atribuir un régimen especial para la vida animal (v.gr.: art. 641 del Código Civil Suizo, que dispone expresamente: *“los animales no son cosas”*; la misma situación ha tenido lugar en Polonia, bajo el art. 1 de la ley de protección animal de 1997). Por ello, las tesis de personificación y apropiación, en algunos casos, deben dar paso a otras teorías intermedias.

¹⁴⁴ Historia de la Ley N° 20.293, Protege a los cetáceos e introduce modificaciones a la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, en particular, p. 73.

De manera reciente, estos aspectos han sido conocidos por el Tribunal Constitucional en materia de especies vegetales, con ocasión del control del Convenio Internacional para la Protección de las Obtención Vegetales (UPOV-19), convenio que autoriza la producción y explotación comercial exclusiva de variedades vegetales nuevas y distintivas por parte de su creador. Al respecto, el tribunal ha rechazado la posibilidad de inscribir variedades tradicionales y originarias, estimando que sólo pueden inscribirse “*las variedades que sean nuevas y distintas, en los términos que prevén sus arts. 8, 9 y 10*”¹⁴⁵. Ello implica la existencia de un régimen jurídico diferenciado: por una parte, las creaciones nuevas son susceptibles de apropiación, siguiendo el régimen jurídico aplicable en materia de propiedad intelectual; por la otra, las categorías de especies ya existentes (y, en general, todas aquellas que no reúnan las condiciones del convenio) quedan fuera del tráfico jurídico.

Así y pese a no señalarlo expresamente, el tribunal considera la inapropiabilidad que, por lo general, posee la naturaleza. A pesar que el tribunal no emplea la categoría, la calificación jurídica adecuada para expresar esta inapropiabilidad corresponde a la de *res communis*, o de cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres. No obstante, y considerando la posibilidad de registrar las nuevas obtenciones —vigente también con la Ley N° 19.342— se configuraría una falta de coherencia del sistema para algunos de los componentes de la biodiversidad. Esta falta de coherencia llevaría a replantear la tesis de *res communis* respecto de estos componentes patentables. En tal caso, la posibilidad de establecer una calificación *sui generis* resulta de interés.

Considerada en tanto régimen jurídico *sui generis*, la biodiversidad sería una universalidad comprensiva de elementos que siguen un régimen jurídico diferenciado. Apropiables, en materia de creaciones vegetales nuevas y distintas, en los términos del Convenio UPOV-19, e inapropiables respecto de las especies de animales —salvo en materia de microorganismos—¹⁴⁶, las restantes especies de vegetales, así como de los ecosistemas. En definitiva, se trataría de una configuración que supondría una posición intermedia entre la apropiación y la desapropiación, acotando la apropiabilidad de las especies vegetales, mediante criterios cualitativos (creaciones vegetales nuevas y distintas) y temporales (la pérdida de vigencia de la inscripción).

En efecto, existe un conjunto de elementos o bienes ambientales, que por el sólo hecho de formar parte del ecosistema, deben ser considerados como comunes a todos los hombres y por tanto, no susceptibles de apropiación. Así por ejemplo, una especie animal o vegetal, en cuanto especie y no en tanto individuo perteneciente a ella, no es susceptible de apropiación.

5. 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 (art. 1 inc. 3° CPR)¹⁴⁷. A ello se debe

¹⁴⁵ Sentencia TC rol N° 1.988-11.

¹⁴⁶ El artículo 37 de la Ley N° 19.039, sobre privilegios industriales y protección a los derechos de propiedad intelectual, dispone: “No se considera invención y quedarán excluidos de la protección por patente de esta ley: (...) b) Las plantas y los animales, excepto los microorganismos que cumplan las condiciones generales de patentabilidad”.

¹⁴⁷ Respecto de dicho principio, aunque con un alcance discutible, Eduardo Soto Kloss, Derecho Administrativo, Bases

agregar el deber general de Estado de “*dar protección a la población*” (art. 1 inc. 4° CPR). Dicho principio y deber general debe ser puesto en relación con el deber particular del Estado en materia ambiental, contenido en la segunda parte del inc. 1° del art. 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 de los deberes que constitucionalmente corresponden al Estado en la protección del medio ambiente.

5.1 Sujeto destinatario

Tanto el art. 1 incs. 3° y 4° como el art. 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 art. 5 inc. 2° 2ª frase (“*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución*”), art. 6 inc. 1° (“*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*”), art. 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 Estado¹⁴⁸, por lo demás, muy poco tratado por la doctrina administrativa chilena¹⁴⁹, no obstante, a propósito de las disposiciones citadas surge la duda si la Constitución utiliza en un sentido idéntico las expresiones “*Estado*” y “*órganos del Estado*”. Es decir, si el constituyente utiliza indistintamente las expresiones de “*Estado*” y “*órganos del Estado*”, o bien, que cuando se refiere al “*Estado*” quiere significar de una manera más intensa el deber que corresponde a la persona jurídica que entra en contacto de manera más permanente con los ciudadanos, es decir, a la Administración del Estado.

La CPR en su Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad, 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 que “*poderes*”, 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. Sin embargo, la sola idea de Estado es aglutinadora de todos los órganos que la CPR crea.

Al reconducir el tema a la perspectiva del deber ambiental del Estado, se concluye que el deber que establece el art. 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase, 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

Fundamentales, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 145-147, también y en idéntico tenor, el mismo autor en Derecho Administrativo, Temas Fundamentales, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 6-7.

¹⁴⁸ En Derecho Comparado, puede consultarse una obra que puede servir de marco de referencia general sobre este tema: *Alfredo Gallego Anabitarte*, Constitución y Personalidad Jurídica del Estado, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

¹⁴⁹ 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. *Jorge Bermúdez Soto*, Derecho Administrativo General, op. cit., pp. 11-16.

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, dado que la CPR no es neutra en materia ambiental, al poner en la balanza los valores e intereses en juego, no podrá soslayar la preeminencia que da la Constitución a la protección ambiental.

5.2 Contenido

De la interpretación de la norma del art. 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.

5.2.1 *Velar por 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 art. 20 inc. 2° CPR. De acuerdo a lo planteado por la mayoría de la doctrina especializada, y que había sido ratificado en su momento por alguna 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 mismo¹⁵⁰. Esta interpretación hoy día debe ser descartada, atendido que la protección ambiental incluye las actuaciones frente a los riesgos, los que además muchas veces se producen por omisiones de actuación, es decir por la pasividad estatal. En consecuencia, es congruente sostener que la expresión “*afectado*” tiene otro alcance y ello incluso, independientemente de las posibilidades de interposición del recurso de protección (C.II, 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 art. 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 obligación de protección del derecho por parte de los órganos del Estado, frente a los posibles 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 desarrollada¹⁵¹, es posible apoyarla en el Derecho

¹⁵⁰ Al respecto, sobre todo, *Rafael Valenzuela*, *El Recurso de Protección*, op. cit., p. 175 y ss.

¹⁵¹ *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 410 y ss.; *Hans H. Klein*, *Die Grundrechtliche Schutzpflicht*, en

constitucional chileno a partir de lo que dispone el art. 5 inc. 2° 2ª frase CPR: “*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*”.

La primera parte del deber (*deber de respetar los derechos*) se refiere a 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, es deber del Estado “*promover*” tales derechos, 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 (art. 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 (art. 19 N° 2 CPR) dictando normas que impidan la discriminación por razón de género, opción sexual, 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 art. 5 inc. 2° CPR en 1989, todos los derechos constitucionales quedan explícitamente amparados bajo la dimensión objetiva de protección. Sin embargo, queda pendiente el segundo problema ¿cuál es el aporte del deber específico de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado? O dicho de otro modo ¿qué valor tiene lo dispuesto en el art. 19 N° 8 inc. 1° 2ª parte CPR?

Revisión de la interpretación tradicional

Siguen pendientes dos problemas de la interpretación del deber del Estado respecto de velar 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 art. 20 inc. 2° CPR, sólo supondría 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 art. 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. A las razones ya expuesta en *supra* 3.2, se agrega que el art. 5 inc. 2° 2ª frase CPR no reduce el deber de promoción a los even-

tos concretos de afectación, sino que lo establece de una manera amplia y permanente. El punto a dilucidar entonces es si el deber de promoción (y protección) para el caso 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 art. 5 inc. 2° 2ª frase CPR fue introducida en virtud de la reforma constitucional de 1989¹⁵². Respecto del alcance de la reforma se ha señalado que con la incorporación del inc. 2º art. 5 CPR *"les dábamos a los referidos derechos el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos, no la parte adjetiva del tratado"*¹⁵³.

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 art. 19 N° 8 inc. 1° 2ª frase CPR, adaptándola a la nueva dimensión de protección que incorporó el art. 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 amenaza¹⁵⁴.

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 o amenaza. Ello se desprende de la interpretación sistemática de las normas de los arts. 5 inc. 2°, 19 N° 8 inc. 1° y 20 CPR.

Frente a la segunda cuestión, el aporte particular del art. 19 N° 8 inc. 1° al establecer este deber de *velar para que este derecho no sea afectado*, al parecer está agregando algo distinto a lo señalado en el citado art. 5 inc. 2º 2ª frase. Al señalar que el Estado tiene el deber de velar por el derecho está diciendo que no sólo él mismo debe resguardarlo (función tradicional del derecho) sino que además tiene un deber de protección frente a los terceros que activamente pudieran afectarlo. En consecuencia, se trata aquí de la única disposición constitucional que admite expresamente el efecto horizontal del derecho constitucional o fundamental, y lo hace sólo para el caso específico 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 condiciones que hacen posible los aspectos relacionados al desarrollo y evolución de las especies y ecosistemas del país¹⁵⁵. Por oposición al concep-

¹⁵² La Ley de Reforma Constitucional N° 18.827, de 17 de agosto de 1989, modificó, entre otras, la citada disposición.

¹⁵³ Francisco Cumplida Cereceda, La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia, en Revista Ius et Praxis, Vol. N° 9 N° 1, 2003.

¹⁵⁴ En términos prácticos sólo será 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: arts. 2 letras m), n), ñ), q); y 8 LBGMA.

¹⁵⁵ Como se recordará el art. 2 letra p) LBGMA define la Preservación de la Naturaleza como *"el conjunto de políticas,*

to de conservación del patrimonio ambiental, que 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 (art. 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 elementos¹⁵⁶.

5.2.3 Diferencia entre ambos deberes constitucionales

Las diferencias que se han identificado entre los deberes constitucionales analizados son:

- *Vulneraciones.* Desde el punto de vista del deber estatal, el control de los contaminantes supone una fase previa a la afectación material del derecho, esto es, a su privación o perturbación, situación que no sólo permite incorporar el concepto de amenazas, debatido desde el punto de vista del titular del derecho, sino –y más importante aún–: desprender una protección anticipada de los elementos ambientales, propia de la consagración constitucional del principio de precaución ambiental en el Derecho comparado. En consecuencia, el deber del Estado de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado incluye la noción de riesgo, que se desprende tanto de la definición del concepto de medio ambiente libre de contaminación, como de la noción de contaminante (art. 2 letras d y m LBGMA).

Respecto del deber de tutelar la preservación de la naturaleza, la Constitución no establece disposiciones que permitan fundar o descartar las oportunidades de actuación estatal. En este sentido, se trata de un deber que no precisa el momento propio del cumplimiento, momento que sólo podrá derivarse del carácter irreparable que los atentados contra la naturaleza por

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”.

¹⁵⁶ No obstante la amplitud de la definición legal de medio ambiente, que incorpora elementos artificiales de naturaleza sociocultural, debe considerarse que estas afectaciones no siempre serán fácilmente encuadrables dentro del concepto de contaminantes, en los términos del art. 2 letra d) LBGMA. Esta situación, en estricto rigor, limita la efectividad que pueden poseer las acciones ambientales como un instrumento idóneo para la protección del patrimonio construido. Asimismo, también constituye una limitante la circunstancia que las técnicas de patrimonio cultural puedan impedir usos ambientales, en circunstancias que resultan ajenas a la noción de preservación de la naturaleza y, por tanto, sólo pueden comprenderse dentro del concepto de conservación del patrimonio ambiental, que sí permite usos y aprovechamientos, situación contradictoria considerando que tales aplicaciones no permitirán, en muchos casos, asegurar la permanencia de estos elementos.

lo general suponen, característica que permitirá comprender una protección anticipada de los elementos ambientales. Al igual que en el caso anterior, deberá concluirse que esta protección se extenderá incluso a fases previas a la generación de una eventual amenaza.

- *Causas.* Afirmada la amplitud de la intensidad –de privación, perturbación, amenaza e, incluso, precaución ambiental– que pueden revestir las conductas atentatorias contra los deberes en estudio, cabe preguntarse qué naturaleza pueden ellas revestir.

Lo primero que se debe considerar es que el deber de preservación de la naturaleza no se agota en la mera lucha contra la contaminación. En efecto, tal situación supone poder calificar jurídicamente como contaminante determinados factores causantes de la degradación ambiental. Superada esta fase, esto es, controlados los parámetros de contaminantes tolerables en el medio ambiente, será necesario tutelar determinados componentes de la naturaleza. Tal es el caso de los componentes de la diversidad biológica, como lo son las especies y los ecosistemas, con el fin de asegurar las condiciones que hagan posible su evolución y desarrollo.

De este modo, puede concluirse que los deberes constitucionales en materia ambiental no actúan de manera aislada¹⁵⁷. Resulta necesaria una adecuada coordinación en su puesta en práctica. Primero, estableciendo límites para el traslado y depósito de la contaminación en los medios ambientales. Y posteriormente, mediante la aplicación de técnicas que, en general, tutelen la naturaleza, incluyendo agresiones no comprendidas dentro del concepto de contaminación. Así, cambio climático, desertificación, erosión de los suelos y sobreexplotación de los recursos naturales¹⁵⁸ serán algunas de estos factores. El control de ellos supondrá la aplicación de medidas encasilladas por parte de la doctrina en los conceptos de impacto ambiental y daño ambiental¹⁵⁹.

- *Afectación de personas.* Otra diferencia respecto de los deberes constitucionales ambientales radica en la afectación de personas. A diferencia del deber de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, la tutela de la preservación de la naturaleza omite una referencia a la vida humana.

Cabe recordar que el deber en materia de contaminantes es a velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado. Lógicamente, dicha afectación supone la existencia de una persona natural o física que oriente el cumplimiento del deber estatal, y ante cuyo incumplimiento será posible ejercitar el Recurso de Protección Ambiental, en la medida que se verifiquen los restantes requisitos exigidos por el art. 20 inc. 2º CPR. Sin embargo, el deber de tutelar la preservación de la naturaleza omite toda referencia a personas. Evidentemente, esto no implicará que ante la ausencia de medidas de preservación ellas no resulten afectadas, por ejemplo, como resultado de la pérdida de una especie y sus contri-

¹⁵⁷ Una interesante noción civilista sobre el concepto de las inmisiones en Derecho comparado puede encontrarse en Esther Algarra Prats, *La defensa jurídico civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 237.

¹⁵⁸ Lorna Püschel Hoeneisen, *Deberes constitucionales estatales en materia ambiental*, op. cit., p. 132.

¹⁵⁹ En este sentido, pero agregando además las actividades contaminantes, Rodrigo Guzmán Rosen, *La regulación constitucional del ambiente en Chile*, op. cit., pp. 62 – 63.

buciones a la mantención del equilibrio ambiental. Simplemente, se trata que esta vinculación no es requerida por la disposición en cuestión y, por tanto, no puede ser invocada como causal que permita la ausencia de medidas o su aplicación tardía por parte del Estado.

La ausencia de la referencia a personas en el deber de preservación de la naturaleza, trae aparejada otra conclusión. El deber en cuestión es un deber autónomo, que no se relaciona directamente con el deber genérico del Estado de “*dar protección a la población*” (art. 1º inc. 4º CPR). En consecuencia, el deber de preservar la naturaleza es independiente de la presencia o no de seres humanos en dicho ecosistema natural.

- **Limitaciones.** Aclaradas las vulneraciones, causas y supuestos de afectaciones, queda determinar las limitaciones ambientales que implican la puesta en práctica de estos deberes.

Las limitaciones establecidas con ocasión del deber en materia de contaminantes, se ejemplifican claramente con las medidas para el control de las emisiones e inmisiones, como lo son las normas de emisión y de calidad ambiental y, eventualmente, los mecanismos de análisis de riesgos del art. 12 d) LBGMA, ante la ausencia de dichas normas en el Derecho nacional y comparado remitido por el RSEIA. Por su parte, las limitaciones relacionadas con el deber de tutelar la preservación de la naturaleza alcanzan otras causas de degradación ambiental. Ello supone que ellas deberán ser también diversas a aquéllas que requiere el control de los contaminantes. Desde el punto de vista del ciudadano, esto se traducirá, principalmente, en límites al aprovechamiento de determinados recursos naturales por razones de relevancia o vulnerabilidad ambiental.

Cabe preguntarse sobre la intensidad que estos aprovechamientos deberán alcanzar para entenderse limitados bajo el concepto de preservación de la naturaleza. Una lectura conforme a la definición legal del concepto llevará a concluir que la limitación comprende cualquier intensidad de aprovechamientos, en la medida que ni tan siquiera ampara un uso sostenible de los elementos ambientales. Tal es la extensión del concepto relativo a la “*mantención de condiciones*” utilizada por el art. 2 p) LBGMA. En este caso, sólo un número reducido de instrumentos de gestión ambiental permitirán concretar el cumplimiento de este deber por parte del Estado. Por ejemplo, la calificación jurídica de una especie o de un área bajo una categoría que impida los usos y aprovechamientos ambientales. Situación que excluirá otras posibles concreciones del deber, como hubiera ocurrido si el constituyente se hubiera referido a la noción de conservación del patrimonio ambiental, donde el abanico de instrumentos para configurar legalmente el cumplimiento hubiera sido mayor, permitiendo no sólo herramientas “*no take*”, sino también mecanismos de sostenibilidad ambiental, como lo es el SEIA¹⁶⁰.

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-

¹⁶⁰ Cfr. Lorna Püschel Hoeneisen, Deberes constitucionales estatales en materia ambiental, *op. cit.*, p. 136.

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 directo 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 ocurrida en 2005 era plausible esperar que, en una etapa más desarrollada del Derecho ambiental chileno y del Estado de Derecho, los tribunales de justicia acogieran acciones que condenasen 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. A pesar de algunos casos asilados, ésta no ha sido la práctica demostrada por las sentencias que resuelven acciones de protección en esta materia.

A partir de la entrada en vigor de la Ley Nº 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, es dable esperar mayores avances desde la perspectiva de la actualización interpretativa de los deberes y derechos constitucionales en materia ambiental. En efecto, la creación de esta judicatura especializada supone un progreso orgánico y procedimental, situación que presumiblemente deberá repercutir en las soluciones de la mayor parte de los problemas y desafíos interpretativos ya expuestos.

BIBLIOGRAFÍA

- 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, Nº 2.
- Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Ed. LegalPublishing, Santiago 2008.
- Aldunate Lizana, Eduardo, La desconstitucionalización de la Constitución, en *RDUCV*, XXII, 2001.
- Aldunate Lizana, Eduardo, La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho, en *RDPUCV*, XXXII, Valparaíso, 2009.
- Aldunate Lizana, Eduardo, Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad, *RCHD*, vol. 33 Nº 2, 2006.
- Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1997.
- Algarra Prats, Esther, La defensa jurídico civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- Bassa Mercado, Jaime y Viera Álvarez, Christian, Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional: notas para su reinterpretación, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XXI, Nº 2, 2008.
- Bermúdez Soto, Jorge y Hervé Espejo, Dominique, La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2013.
- Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Ed. Thomson Reuters Abeledo Perrot, 2ª Edición, Santiago, 2011.
- Bermúdez Soto, Jorge, Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública, en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 7, 2013.
- Bermúdez Soto, Jorge, El control de la discrecionalidad administrativa, en *RDUCV* 1996, Nº XVII.
- Bermúdez Soto, Jorge, Grundlage des chilenischen Umweltrechts, en *Verfassung und Recht in Übersee*, 4º Quartal 2002.
- Bermúdez Soto, Jorge, Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, en *RCHD* Vol. 29 Nº 2.
- 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 Nº 1, enero-marzo, 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, *RCHD*, Vol. 25, 1998.
- Bertelsen Repetto, Raúl, Informe en derecho: Facultades de Conaf y contaminación de aguas de un lago, *RCHD* Vol. 19 Nº 3 1992.
- Bethge, Herbert, Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, en *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, 1995.
- Betti, Emilio, Interpretación de la Ley y de los Actos jurídicos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos, Baden Baden, 1993.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- Bordali Salamanca, Andrés, *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*, Ed. Fallos del Mes, Santiago 2004.
- Brantt Zumarán, María Graciela, *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad civil contractual, concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Bronfman Vargas, Alan, Martínez Estay, José Ignacio y Núñez Poblete, Manuel, *Constitución Política Comentada*, Ed. Abeledo Perrot, Santiago, 2012.
- Bryde, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1982.
- Cansier, Dieter, *Gefahrenabwehr und Risikoversorge im Umweltschutz und der Spielraum für ökonomische Instrumente*, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1994.
- Cavalieri, Paola, *Les Droits de l'homme pour les grands singes non humains? Le Débat*, N° 108 año 2000, p. 156.
- Colina Garea, Rafael, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997.
- Cordero Quinzacara, Eduardo, *El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria*, en *RDUCV*, N° 32, junio de 2009.
- Cordero Quinzacara, Eduardo, *La Dogmática Constitucional de la propiedad en el Derecho chileno*, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XIX N° 1, junio de 2006.
- Cordero Vega, Luis, *Entre la deferencia, los estándares de control judicial y los procedimientos administrativos. Comentarios a las sentencias sobre el caso "Celco"*, en *Revista de Derecho Público*, 2005, N° 67.
- Cumplido Cereceda, Francisco, *La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia*, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. N° 9 N° 1, 2003.
- De Esteban, Jorge y González-Trevijano, Pedro J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, Tomo II, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid 1993, p. 28.
- De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, Ed. Ariel S.A., Barcelona 1987, 4a reimpresión 1995.
- Detjen, Joachim, *Verfassungswerte, Welche Werte bestimmen das Grundgesetz?*, Ed. Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2009.
- 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.
- Eser, Albin, *Derecho Ecológico*, en *Revista de Derecho Público (España)*, N°s 100-101, julio-diciembre 1985.

- Ferrada Bórquez, Juan Carlos, La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XI, diciembre de 2000.
- 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.
- Fuentes Olmos, Jéssica, Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad, en RDPUCV, XXXVIII, primer semestre 2012.
- Gallego Anabitarte, Alfredo, Constitución y Personalidad Jurídica del Estado, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- Gamper, Anna, Regeln der Verfassungsinterpretation, Ed. Springer, Viena 2012.
- Guerrero Becar, José Luis, La libertad para desarrollar actividades económicas del artículo 19 N° 21 y la Constitución Económica, en *Revista Persona y Sociedad* N° 4, 2000.
- Guzmán Brito, Alejandro, Historia de la denominación del derecho-facultad como “subjetivo”, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, 2003, N° 25.
- Guzmán Brito, Alejandro, Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- Guzmán Díaz, Rodrigo, Ética ambiental y desarrollo: participación democrática para una sociedad sostenible, en *Polis, Revista Latinoamericana*, Vol. 12, N° 34, 2013.
- Guzmán Rosen, Rodrigo, La regulación constitucional del ambiente en Chile: Aspectos sustantivos y adjetivos: historia, doctrina y jurisprudencia, 2ª edición, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Häberle, Peter, Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3ª edición, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1983.
- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19ª Edición (hay ediciones posteriores), Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1993.
- Klein, Hans H., Die Grundrechtliche Schutzpflicht, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994.
- Kloepfer, Michael, Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994.
- Kloepfer, Michael, Rechtliche Grundprobleme des Katastrophenschutzes, en *Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag, Verfassung, Umwelt, Wirtschaft*, Ed. Beck, Munich, 2010.
- 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).
- Marschall Barberán, Pablo, El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución, en *Estudios Constitucionales*, año 8 N° 1, 2010.
- Martín Mateo, Ramón, La calidad de vida como valor jurídico, *Revista de Administración Pública*, N° 117, septiembre – diciembre, 1988.
- Muñoz Machado, Santiago (editor), 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.

- Murswieck, Dietrich, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, en Deutsches Verwaltungsblatt 1999.
- Murswieck, Dietrich, Umweltrecht und Grundgesetz, en Die Verwaltung, 33. Band, 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.
- Oelckers Camus, Osvaldo, Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado, en RDUCV, N° XI 1987.
- Otero Parga, Milagros, La arbitrariedad, Anuario de Filosofía del Derecho (España), Tomo XII año 1985.
- Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II, 18ª edición, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 2002.
- Püschel Hoeneisen, Lorna, Deberes constitucionales estatales en materia ambiental, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010,
- Quintanilla Pérez, Álvaro, 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.
- 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.
- Schaffner, Joan, An Introduction to Animals and the Law, Ed. Palgrave Mac Millan, Nueva York, 2011.
- 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 p. 354 y ss.
- Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo, Temas Fundamentales, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Stein, Ekkehart, Staatsrecht, 13ª edición, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1991.
- Stone, Christopher, Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects, Southern California Law Review, Vol 45, 1972.
- Valenzuela Fuenzalida, Rafael, El Recurso Constitucional de Protección sobre materia ambiental en Chile, RDUCV, XIII 1989-1990.
- Vargas M., Rafael, El recurso de protección ambiental, Ed. Metropolitana, Santiago 2005.
- Vergara Blanco, Alejandro, El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral, en RCHD, Vol. 33 N° 2.
- Vergara Blanco, Alejandro, La propietarización de los derechos, RDUCV Vol. XIV 1992.



Capítulo Tercero

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

1. INSTRUMENTOS DEL DERECHO 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 del medio ambiente en general. Se trata de los denominados instrumentos de protección o de gestión ambiental. La segunda vía, complementaria de la anterior, es a través del estudio particular de las normas del Derecho ambiental especial, encargado de cada uno de los medios que componen el medio ambiente y de los efectos que la actividad humana sobre aquéllos produce. En consecuencia, a propósito de cada medio o elemento ambiental podría estudiarse la normativa que lo regula y por tanto, todos los instrumentos específicos que se utilizan para la protección. El estudio que se realiza en este capítulo está enfocado en los primeros, lo que no está exento de problemas, dado que no existe un acuerdo absoluto ni en el número de los instrumentos de protección ambiental, ni en los criterios de sistematización. No es extraño que se presente esta dificultad, toda vez que a través de los instrumentos de protección ambiental se materializa una política pública, lo que agrega un elemento de desarrollo y variabilidad del instrumentario ambiental¹. Así, es posible encontrar una serie de instrumentos denominados de *comando y control*, que responden al clásico ordenamiento de policía del Derecho administrativo. El Derecho ambiental no ha renunciado a aquellos instrumentos y al contrario, los ha profundizado², pero también ha perfeccionado e incorporado nuevos instrumentos de carácter procesal, participativo, de información y cooperación con los ciudadanos.

No obstante lo anterior, la opción de analizar los instrumentos generales de protección ambiental se justifica por dos razones: en primer término porque la mayoría de los instrumentos que se estudian se han consagrado en la LBGMA. Ello facilita el objeto del estudio, que además lleva a la segunda razón,

¹ Ulrich Meyerholt, *Umweltrecht*, Ed. Bis-Verlag Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, 3ª edición, Oldenburg, 2010, p. 71.

² Prueba de ello es el perfeccionamiento de los poderes sancionadores de la Administración Ambiental, en particular la SMA, en virtud de la reforma introducida por la Ley N° 20.417.

esta consagración positiva en un solo cuerpo normativo nos permitirá profundizar en la dogmática de cada instrumento.

TABLA Nº 1. Sistematización de los instrumentos de protección ambiental más importantes¹:

Grupo de instrumentos	Instrumentos	Grado de determinación de la conducta por parte del Estado
Instrumentos jurídicos	<ul style="list-style-type: none"> - Mandatos y prohibiciones - Permisos - Estándares de emisión - Estándares de producción - Estándares de procesos - Delitos ecológicos 	ALTO
Instrumentos de planificación	<ul style="list-style-type: none"> - Planificación territorial - Planificación urbanística - Planificación del paisaje - Planes de descontaminación - Planes de reciclaje - Planes tratamiento de aguas 	ALTO a MEDIO
Instrumentos de mercado	Impuestos: <ul style="list-style-type: none"> - Ecoimpuestos - Ecotasas - Derechos - Licencias—certificados Subvenciones: <ul style="list-style-type: none"> - Rebajas de impuestos - Subvenciones - Fondos ambientales Otros: <ul style="list-style-type: none"> - Ventajas para el usuario - Responsabilidad ambiental 	MEDIO
Cooperación	<ul style="list-style-type: none"> - Negociación - Redes de contactos - Acuerdos formales o informales - Acuerdos con sectores productivos - Obligaciones voluntarias 	MEDIO a BAJO
Información	<ul style="list-style-type: none"> - Información y aclaración a través de organismos estatales - Informes periciales privados - Ecoetiquetas - Educación ambiental 	BAJO

¹ Tabla extraída de Martin Jänicke, *Umweltpolitik*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2000, p. 100.

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, algunos de 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 protección 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 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 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 del Derecho ambiental dependiendo de la naturaleza jurídica de los mismos, distinguiéndose fundamentalmente entre instrumentos normativos e instrumentos de aplicación. Los instrumentos normativos tienen, por lo general, el carácter de reglamentos, aunque en el caso chileno, esto puede resultar discutible. En efecto, si bien es claro su rango infralegal, puede cuestionarse si ellos corresponden a un reglamento autónomo o de ejecución. En el caso de los instrumentos de protección ambiental con carácter de instrumentos de aplicación, estos no son sino actos administrativos⁴.

En este trabajo, básicamente, se propone el estudio de los instrumentos de gestión ambiental contenidos en la LBGMA, atendida la pretensión de generalidad de aplicación que ellos comportan. Si bien estos se contienen en la normativa ambiental general desde la entrada en vigencia de la LBGMA, 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 transables⁵ o los planes de manejo. 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 clasificación⁶. A su estudio, se agregará otros instrumentos de gestión ambiental que han sido desarrollados en legislación especial.

⁴ 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".

⁵ Denominados eufemísticamente como "bonos de descontaminación" en el proyecto de ley que en algún momento se tramitó en el Congreso Nacional.

⁶ 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

1.1 Concepto

Por instrumentos de gestión o de protección ambiental debe entenderse el conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental⁷.

Los modernos instrumentos de gestión ambiental reúnen dos características fundamentales. En primer lugar, atienden a una finalidad de protección ambiental, finalidad que evidentemente les da razón de ser e identidad propia. Y en segundo, estos deben responder al carácter integral u omnicomprendensivo que tiene la protección del entorno⁸. A lo anterior se agrega la discusión actual sobre los instrumentos de protección 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 ambiental⁹. Al finalizar el presente capítulo se hará una referencia también a dichos instrumentos (C.III, 14).

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 (C.III, 4 y 5), 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 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 pueda ser comercializado por no ajustarse a esta clase de normas. A ello se agregan 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, sino que se encargan del funcionamiento de la tecnología, la que no sólo debe ser adecuada, sino que

desconocimiento de ambos no pueden sino hacer necesario partir desde el comienzo, tal es lo que se encuentra en la LBGMA. No hay otra posibilidad.

⁷ Jorge Bermúdez Soto, 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".

En este trabajo se utilizan como sinónimos las expresiones instrumentos de gestión y de protección ambiental, a pesar de que la LBGMA los denomina como de gestión. Sin embargo, el uso de la expresión gestión es criticable, ya que le da un carácter neutro a los instrumentos que utiliza el Derecho ambiental. Ello es impreciso, toda vez que desde la perspectiva constitucional y legal dichos instrumentos deben siempre cumplir con una finalidad de protección ambiental.

⁸ Ejemplo de esta visión integral u omnicomprendensiva de la protección ambiental son el sistema de evaluación del impacto ambiental y la evaluación ambiental estratégica. Reiner Schmidt y Wolfgang Kahl, *Umweltrecht*, Ed. Beck, 8ª edición, Munich, 2010, p. 25.

⁹ La LOSMA, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, 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.

además debe ser permanentemente utilizada de esa manera. Las normas reguladoras del proceso de producción, por lo general, contemplan las llamadas cláusulas flexibles del tipo: BAT (sigla en inglés de Best available technology) y BATNEEC (sigla en inglés de Best available technology not entailed excessive costs). La definición de mejores técnicas disponibles, incorporada por el art. 2 m) bis LBGMA, establece que es: *“la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestre la capacidad práctica de determinadas técnicas para evitar o reducir en general las emisiones y el impacto en el medio ambiente y la salud de las personas”*. Como se verá, las mejores técnicas disponibles no han sido establecidas como una norma autónoma o que opere en relación solamente con el proceso productivo, sino que han sido reconocidas como un criterio para determinar los valores o parámetros exigibles en las normas de emisión (art. 40 inc. 2º LBGMA).

- *Normas reguladoras de objetivos o estándares de calidad.* Es la más usada por el legislador y la Administración. En ellas se establecen los parámetros máximos de contaminación que un medio ambiente determinado o una parte de éste puede soportar. Esta clase de normas políticamente cumplen mejor con la simbología de haber logrado una solución del problema ambiental.
- *Normas de emisión.* En teoría constituyen el mecanismo más sencillo de controlar la contaminación por parte de la Administración Pública –ello sin perjuicio de los problemas prácticos que enfrenta la fiscalización–, ya que en ellas simplemente se establece el nivel de contaminación que puede producir un establecimiento o fuente emisora.
- *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. Como ya se ha señalado (Ver C.I, 7.4), es posible considerar la existencia de tales disposiciones a partir de la entrada en vigor de la Ley Nº 20.417, que crea el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad e instaura la Evaluación Ambiental Estratégica (arts. 71 y 7 bis, ter y quáter LBGMA, respectivamente).
- *Normas de ordenación territorial:* resultan de extremada utilidad para la protección ambiental, ya que ellas permiten en buena medida la vigencia del principio de justicia ambiental¹⁰, por ejemplo al establecer reglas de separación de usos en conflicto y de concentración de usos similares (Ver C.I, 5.4)¹¹.

¹⁰ Eduardo Cordero Quinzacara, Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras, en RDUVCV, XXXVI, primer semestre 2011, pp. 209-249.

¹¹ Arndt Schmehl, Umweltverteilungsgerechtigkeit, Probleme und Prinzipien einer gerechten räumlichen Zuordnung von Umweltqualität und Umweltnutzungsoptionen, op. cit., pp. 99-100.

- *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, tal como han sido regulados en la Ley de Acuerdos de Producción Limpia¹².

1.3 Instrumentos objeto de análisis

En los numerales siguientes se estudiará, fundamentalmente, el catálogo de instrumentos contenidos en la LBGMA. A ello se ha agregado el estudio de otros instrumentos de aplicación general, como la certificación y los acuerdos de producción limpia, que están contenidos en leyes especiales.

2. EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN AMBIENTAL

La inclusión de la educación ambiental se justifica en cuanto se ha demostrado que es precisamente durante la etapa formativa de niños y jóvenes donde puede producirse el mayor grado de compromiso y conciencia en la protección del medio ambiente. Dentro de sus ejes estratégicos de actuación, el Ministerio del Medio Ambiente ha señalado que *“La educación ambiental es un instrumento de gestión cuyo propósito es educar a la ciudadanía para el desarrollo sustentable, generando conciencia y cambios conductuales proclives hacia la convivencia armónica entre el desarrollo social, crecimiento económico y cuidado del medio ambiente”*¹³.

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 dependerá precisamente del énfasis que quiera darle la Administración educacional en un momento dado. El art. 6 dispone: *“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”*.

El Ministerio del Medio Ambiente le ha dado una gran prioridad a la educación ambiental, dentro de sus directrices políticas¹⁴. Lo anterior en cumplimiento de función que le confiere el art. 70 letra m) LBGMA, el que dispone que corresponde al Ministerio *“Colaborar con las autoridades competentes a nivel nacional, regional y local en la preparación, aprobación y desarrollo de programas de educación, promoción y difusión ambiental, orientados a la creación de una conciencia nacional sobre la protección del medio ambiente, desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, y a promover la participación ciudadana responsable en estas materias”*. Esta función la desarrolla a través de diversos instrumentos, siendo los financieros uno de los más destacados. Así el art. 70 letra v) dispone que corresponde al Ministerio *“Financiar proyectos y acti-*

¹² Dicha ley se encuentra contenida en el art. décimo de la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

¹³ www.mma.gob.cl

¹⁴ Una vista detallada en: <http://www.mma.gob.cl/educacionambiental/1142/w3-channel.html>

vidades orientados a la protección del medio ambiente, el desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza, la conservación del patrimonio ambiental, la educación ambiental y la participación ciudadana". Uno de los instrumentos de financiamiento de dichas iniciativas ha sido el Fondo de Protección Ambiental (art. 66 LBGMA). Paralelamente, corresponde al Ministerio *"Realizar y fomentar [la] capacitación y actualización técnica a los funcionarios públicos en materias relacionadas con las funciones encomendadas al Ministerio, la que también podrá otorgarse a los particulares"*. Esta función puede ser considerada como una particularización de la educación ambiental, ahora en el ámbito de la capacitación y actualización de funcionarios que ejerzan funciones en el sector de la protección ambiental y de particulares interesados.

En materia de investigación ambiental, el art. 7 LBGMA dispone que: *"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"*. Como puede apreciarse, no se trata de una obligación para las instituciones que administran fondos científicos cuyo origen sea la Ley de Presupuestos, sin embargo, tampoco podrían dichos órganos excluir de sus bases la posibilidad de concursar a proyectos de investigación relacionados con la protección ambiental¹⁵.

3. EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA

La EAE constituye una técnica de planificación coordinada y ajustada en el tiempo, para dar cumplimiento a ciertos objetivos de protección ambiental en materia de planes, políticas o programas, ya sea a nivel nacional, regional o local. Esta coordinación, en gran medida, deriva de la insuficiencia que, por sí sola, suponen los sistemas de evaluación de impacto ambiental, los cuales, la mayor parte de las veces, no consideran en su evaluación alternativas de lugar o de proceso, ni abordan el carácter dinámico de las interacciones entre medio ambiente y desarrollo¹⁶. El correcto funcionamiento de un SEIA, por tanto, requiere del diseño previo de políticas, planes o programas *ad hoc*¹⁷. La EAE constituye un instrumento destinado a garantizar esta coherencia entre los instrumentos de protección ambiental. El establecimiento de objetivos coordinados en el tiempo para dar cumplimiento a las políticas, planes o programas, no sólo se deriva de las exigencias de la EAE, sino también por la exigencia expresa que los resultados de ésta sean considerados en las diversas fases de los proyectos y actividades individuales. Así lo dispone el art. 8 inc. 4º LBGMA, el que establece: *"Los proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental deberán considerar siempre las políticas y planes evaluados estratégicamente, de conformidad a lo señalado en el Párrafo 1º bis de este título"*.

La EAE forma parte de los instrumentos de gestión ambiental incorporados por la Ley Nº 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

¹⁵ CONICYT dentro de su programa Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDEF) financia una serie de iniciativas vinculadas con la protección ambiental.

¹⁶ Cfr. Brian D. Clark, Alcances y objetivos de la evaluación ambiental estratégica, Revista de Estudios Públicos, 65, Santiago, 1997, p. 2.

¹⁷ En este sentido, Eduardo Astorga Jorquera, Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Ambiental Estratégica en los modelos latinoamericanos, en: Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Panamá, 2010, p. 407.

Se trata de un instrumento de protección ambiental que, al igual que el SEIA, encuentra su origen en el Derecho ambiental de los Estados Unidos que, bajo la *National Environmental Policy Act* de 1969, incorporó no sólo la evaluación ambiental de ciertos proyectos y obras, sino además otras *acciones federales mayores*, como las políticas y los programas¹⁸. En la actualidad, la aplicación de los procedimientos de EAE se ha extendido a prácticamente la mayor parte de los Estados económicamente desarrollados, como se desprende de su consagración en la Directiva de la Unión Europea 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2001, la cual rige desde el año 2004¹⁹ y ha sido incorporada o transpuesta en las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea²⁰.

En el ámbito nacional, la consagración de la EAE ha sido precedida de una serie de recomendaciones internacionales que daban cuenta, por una parte, de la tradicional sectorialización de las políticas públicas en Chile²¹ y, por la otra, del restrictivo ámbito de aplicación del modelo de SEIA vigente entre nosotros, que limita la evaluación ambiental a ciertos proyectos o actividades concretas, sin extenderse, por regla general, a las políticas, los planes o los programas dentro de las cuales tales proyectos o actividades se enmarcan²². Estas recomendaciones encontraron su manifestación más trascendente en el Informe de Desempeño Ambiental de Chile, elaborado por la CEPAL/OCDE, del año 2005, a través del cual se dio cuenta expresamente de la necesidad de llenar el vacío legal existente, mediante el sometimiento a evaluación ambiental estratégica de las políticas, planes y programas, tanto a nivel nacional como regional²³.

Al igual que el SEIA, la EAE constituye una manifestación del principio precautorio, toda vez que forma parte de una primera fase de evaluación, incluso anterior a la evaluación de los impactos ambientales

¹⁸ Cfr. *Dominique Hervé Espejo*, Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, XXIII, año 2010, Nº 1, p. 30.

¹⁹ *Ximena Lazo Vitoria*, La evaluación ambiental estratégica de planes y programas en el Reino Unido y su aplicación al planeamiento urbanístico, en *Revista de Administración Pública*, Nº 175, enero-abril 2008, pp. 493-495.

²⁰ En el Derecho comunitario europeo es posible constatar la existencia de múltiples directivas relativas a la materia, siendo una de las más antiguas la Directiva 85/37/CE. El proceso de adopción de la EAE en Europa ha sido paulatino, debido a la oposición que muchos Estados parte han manifestado en orden a consagrar las restricciones "en todos los niveles de toma de decisión", que inicialmente se pretendían establecer.

²¹ En este sentido, *Sergio Praus García*, Algunos principios y criterios para modernizar la gestión ambiental del bicentenario, *Actas de las III Jornadas de Derecho Ambiental*, Ed. LOM, Santiago 2007, pp. 319-333. *Clemente Pérez Errázuriz*, Reforma de la Institucionalidad Ambiental y la Evaluación Ambiental Estratégica, en *Derecho Ambiental en Tiempos de Reforma*, *Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 85, se refiere a la necesidad de establecer metas estratégicas y coordinadas, señalando que este sistema permitiría "superar la 'patología de la insularidad' o de la 'segmentación', por la cual cada organismo público se especializa en sus funciones y no existe interacción entre ellos".

²² Anteriormente, la excepción a la regla venía dada por el sometimiento al SEIA de los instrumentos de planificación territorial, consagrados en el art. 10 letra h) LBGMA. Como se sabe, el SEIA se refiere a la proyección de los impactos ambientales de un proyecto o actividad concreto, situación ajena a la vocación de tutela estratégica que se desprende de la evaluación ambiental en estudio, cuyo análisis o evaluación de planes y programas armoniza de mejor modo con el objetivo de los instrumentos de planificación territorial. En la actualidad, a partir de la modificación del art. 10 h) LBGMA, tales instrumentos de planificación territorial constituyen parte de las actividades sometidas a EAE y, por tanto, ajenas al SEIA.

²³ El informe se refiere específicamente a ciertas actividades, señalando la necesidad de "llevar a cabo evaluaciones ambientales estratégicas relativas a i) el marco de la política energética de Chile y ii) los planes de transporte de largo plazo para la Región Metropolitana de Santiago, para otras áreas urbanas y a nivel nacional".

de los proyectos y las actividades concretos, en que se incorporan los elementos de protección ambiental a las políticas y planes de carácter normativo general. Así, por ejemplo, al incorporarse la EAE dentro de los instrumentos de planificación territorial de carácter normativo (v.gr. un Plan Regulador Comunal), se incidirá desde la perspectiva ambiental en los usos del territorio. Esto debería traer como resultado, entre otros, una disminución de los conflictos ambientales, al momento en que proyectos concretos apliquen lo dispuesto en el instrumento de planificación territorial²⁴.

3.1 Concepto

El art. 2 i) bis LBGMA define a la EAE como *“el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales”*²⁵.

Los elementos consagrados por la definición legal, por tanto, son los siguientes:

- *Procedimiento*. Al igual que el SEIA, la LBGMA define a la EAE como un *procedimiento*, esto es, una sucesión de actos trámites vinculados entre sí. Dado que este procedimiento, como la misma definición señala, es *realizado* por una autoridad administrativa (art. 70 s) LBGMA), bien pudo la ley definir el concepto de manera más completa, recurriendo a la expresión *procedimiento administrativo*, que es en definitiva su naturaleza jurídica, también en el Derecho comparado²⁶. Corresponde al reglamento normar este tipo de procedimiento administrativo y el plazo en virtud del cual deberá tramitarse la evaluación (art. 7 ter LBGMA).
- *Autoridad competente*. La definición de la EAE ha consagrado la referencia a la autoridad competente en términos del *Ministerio sectorial respectivo* (art. 2 letra i bis) LBGMA). Sin embargo, la definición parece olvidar que existen materias respecto de las cuales no sólo deberá intervenir un Ministerio, sino que también otros órganos administrativos, como el Gobierno Regional y la Municipalidad (art. 7 bis inc. 2º LBGMA). En términos generales, puede afirmarse que las referencias acerca de la autoridad competente carecen de uniformidad en la regulación de la EAE. Así, reiterando el error del art. 2 i bis) LBGMA, el art. 7 quáter LBGMA se refiere al *Ministerio sectorial*. En cambio, el art. 70 s) LBGMA, referido a las funciones del Ministerio del Medio Ambiente, adopta un enfoque diverso y señala una referencia genérica —y sin em-

²⁴ Michael Kloepfer, *Umweltrecht*, op. cit., p. 355.

²⁵ Desde la perspectiva del SEIA, Brian D. Clark, Alcances y objetivos de la evaluación ambiental estratégica, *Revista de Estudios Públicos*, 65, Santiago, 1997, sostiene que la EAE *“consiste en aplicar los principios de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) a políticas gubernamentales (ambientales y no ambientales), planes (sectoriales y territoriales) y programas de acción, en ejecución o propuesto”*. Por otra parte, Daniella Ramírez Sfeir, Algunas reflexiones sobre la incorporación de la evaluación ambiental estratégica en el ejercicio de la función pública, en *Derecho ambiental en tiempos de reforma*, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 52, lo define como *“aquel instrumento de gestión ambiental que, a través de un proceso sistemático, tiene como objetivo evaluar los posibles impactos ambientales de una política, plan o programa, asegurando de esta manera la incorporación de las consideraciones ambientales desde las etapas más tempranas de la toma de decisión pública”*.

²⁶ Ulrich Meyerholt, *Umweltrecht*, op. cit., p. 105.

bargo, más precisa— a “participar en el procedimiento de evaluación ambiental estratégica de las políticas y planes que promuevan los diversos órganos de la Administración”²⁷.

- **Finalidad.** El procedimiento administrativo de la EAE posee una finalidad tasada: “que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general” (art. 2 i bis) LBGMA). La finalidad de la EAE, por ende, gira en torno a una *incorporación*. Desde la perspectiva del objeto a incorporar, la ley se refiere expresamente a “las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable”. Como se recordará, el concepto de desarrollo sustentable descansa sobre tres pilares, que comprenden aspectos ambientales, económicos y sociales (Ver C.I., 6.4). Sin embargo, el concepto de EAE escinde de la definición de desarrollo sustentable sólo las consideraciones ambientales, siendo aparentemente las únicas que deberían incorporarse en el procedimiento administrativo de evaluación. Ello permitiría excluir las variables sin trascendencia ambiental, como las circunstancias económicas y sociales, de las políticas y los planes de carácter normativo general sometidos al procedimiento en cuestión. La interrogante que surge aquí es si ello es posible. Evidentemente que no lo es, ya que la EAE al considerar sólo las variables ambientales se desfigura la aplicación de las consideraciones del desarrollo sustentable. La única interpretación posible será que las consideraciones sociales y económicas ya vienen incorporadas en el plan o política sectorial sometida a la EAE, restando sólo la consideración ambiental para completar el análisis.

En definitiva, las consideraciones ambientales aludidas caracterizan a la EAE como un instrumento de gestión ambiental propiamente tal. No obstante, las políticas y planes no pueden perder de vista los tres pilares del desarrollo sustentable, con lo que la EAE incorporará sólo las consideraciones ambientales, ya que las económicas y sociales ya deberán venir incorporadas. Esta conclusión es posible fundarla en otras disposiciones que aluden a los criterios de sustentabilidad (art. 71 b) LBGMA) o del desarrollo sustentable (art. 7 bis inc. 4º LBGMA)²⁸.

- **Objeto.** El objeto de la EAE ha sido consagrado en términos del “proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad” (art. 2 i bis) LBGMA). La EAE, por tanto, constituye un procedimiento

²⁷ En este sentido, *Daniella Ramirez Sfeir*, Algunas reflexiones sobre la incorporación de la evaluación ambiental estratégica en el ejercicio de la función pública, *op. cit.*, p. 61. Respecto de la importancia de la distinción, señala: “Esta discordancia es relevante por cuanto queda la duda de si en el caso de procedimientos a cargo de organismos distintos a un Ministerio la resolución con la que culmina el procedimiento debe ser dictada por un Ministerio, como lo contempla el artículo 7 quáter, lo que no parece lógico, ya que lo que corresponde es que el mismo organismo responsable de la política o plan evaluado y que ha tenido a su cargo el procedimiento, sea el que dicte esta resolución, que establece las consideraciones ambientales y de desarrollo sustentable que debe incorporar la política o plan, así como los criterios e indicadores de seguimiento y rediseño, ya enunciados”.

²⁸ Respecto de las propuestas de solución en torno a esta falta de sistematicidad por parte del legislador, *Daniella Ramirez Sfeir*, Algunas reflexiones sobre la incorporación de la evaluación ambiental estratégica en el ejercicio de la función pública, *op. cit.*, p. 61: “Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, que corresponderá definir, en el caso de los ‘criterios ambientales’, a los organismos encargados de la dictación de la respectiva política o plan con la colaboración del Ministerio del Medio Ambiente (artículo 70 letra e) y, por la otra, respecto de los ‘criterios de sustentabilidad’, al CMS, que deberá formular una propuesta en esta materia al Presidente de la República (artículo 71 b). Ello permitirá dar cierta uniformidad a la forma de concebir las consideraciones o criterios ambientales y de sustentabilidad que deben incorporarse en los instrumentos estratégicos”.

administrativo tramitado dentro de otro, de alcance mayor y objeto diverso, que consiste en la formulación de políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad. Al referirse a la *formulación* de las políticas y planes, el legislador, sin embargo, olvida que forman parte del procedimiento en estudio sus modificaciones sustanciales (art. 7 bis) LBGMA). Aquí se planteará un problema similar al del SEIA, en el sentido de determinar en qué casos una modificación es sustancial. Desde luego, no toda modificación de la política o plan de carácter normativo general deberá someterse a la EAE, y existirá un grupo de modificaciones de carácter no sustancial que no se someterán. Aunque no lo señala el art. 7 ter LBGMA, deberá ser el reglamento de la EAE el que defina los criterios que determinen que una política o plan sufre una modificación sustancial que debe someterse a la evaluación.

En resumen, el objeto o materia de la EAE recaerá sobre la formulación de las políticas y planes de carácter normativo general que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, así como sus modificaciones sustanciales. A propósito de la EAE, deberán ser incorporadas en tales instrumentos las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, referidas más arriba.

3.2 Actividades sometidas al procedimiento

El art. 7 bis LBGMA establece que es facultad del Presidente de la República, a proposición del CMS, señalar las políticas y los planes de carácter normativo general que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad que deberán someterse a EAE. Así, la Ley N° 20.417 ha establecido dos niveles de acción para la EAE: las políticas; y los planes de carácter normativo general²⁹. De esta definición debe considerarse lo siguiente:

- *Niveles de evaluación.* La técnica de incorporación de actividades a la EAE se diferencia de aquella seguida por otros ordenamientos comparados. En este sentido, los niveles han sido limitados a políticas y planes de carácter normativo general, sin considerar otras actividades, como los programas. En efecto, al establecer sólo dos niveles de acción, la LBGMA se aleja de los sistemas establecidos en otros países, como el caso de los Estados Unidos, que considera tres niveles de evaluación: de políticas, planes y programas; y, a su vez, del sistema seguido por la Unión Europea, que si bien excluye a las políticas, consagra el sometimiento de los planes, sin limitantes en torno a su carácter normativo, como también de los programas, los cuales han sido omitidos en la definición de EAE de la LBGMA³⁰.
- *Criterios para el sometimiento.* A diferencia de lo que sucede en otros instrumentos de gestión ambiental, donde el legislador ha seguido la opción de establecer un listado taxativo de activi-

²⁹ La posibilidad de sometimiento de los planes normativos de carácter general 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. *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.

³⁰ *Dominique Hervé Espejo*, *Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica*, *op. cit.*, p. 31.

dades sometidas al mecanismo de protección, unido a la producción efectiva de alteraciones negativas en el entorno (v.gr. SEIA), en materia de EAE la técnica de incorporación ha sido consagrada en términos mixtos. En efecto, el art 7 bis inc. 2º LBGMA dispone que *"En todo caso, siempre deberán someterse a evaluación ambiental estratégica los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen"*. En consecuencia, respecto de los instrumentos de planificación territorial señalados, el sometimiento es obligatorio, quedando la posibilidad de que el reglamento de la EAE pudiese indicar que otros instrumentos no mencionados expresamente deban también elaborar la EAE. Por el contrario, el criterio de sometimiento es flexible respecto de las políticas, ya que aquí dependerá de lo que proponga el CMS, en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 71 letra d) LBGMA³¹.

- *Discrecionalidad en el sometimiento.* El problema que plantea la técnica de sometimiento a la EAE respecto de las políticas públicas es doble. Por un parte, porque no siempre el Gobierno elabora políticas públicas sectoriales, y además porque no siempre se denominan de esa manera. Así por ejemplo, es común encontrar ámbitos sectoriales que no cuentan con una política definida explícitamente. Asimismo, es común encontrar directivas de gobierno en un determinado sector denominadas como *Estrategias*, las que no siempre se consagran en instrumentos formales, como un DS.

A ello se agrega que el sometimiento a la EAE de una política es discrecional en un doble sentido. En primer lugar porque, en ejercicio de la facultad del art. 71 letra d) LBGMA corresponde al CMS elevar la propuesta de sometimiento, teniendo como único elemento reglado, que la política cause un impacto al medio ambiente o a la sustentabilidad. Por su parte, el Presidente de la República tiene la decisión de sometimiento, sin que la ley entregue ningún otro elemento. Aquí debe entenderse que no se trata de una discrecionalidad total, ya que en la medida que se cumpla con los requisitos del art. 2 letra i bis), la política debe quedar sometida a la EAE.

Frente a estos problemas, una fijación en términos negativos hubiera resuelto esta situación, por ejemplo, que el legislador hubiera determinado que, por regla general, el gobierno no puede adoptar ni aplicar políticas y planes de carácter normativo general, salvo en la medida que evalúe sus impactos sobre el medio ambiente o la sustentabilidad³².

³¹ Refiriéndose a la obligatoriedad del sistema, Daniella Ramírez Sfeir, *Algunas reflexiones sobre la incorporación de la evaluación ambiental estratégica en el ejercicio de la función pública*, op. cit., pp. 58 y ss.: *"En cuanto a la imperatividad de la EAE, en un primer momento, fue concebida como meramente voluntaria para cada Ministerio, en el Mensaje Presidencial, siendo obligatoria sólo para los IPT que hasta entonces se encontraban sometidos al SEIA (...) Finalmente, se optó por un sistema mixto de sometimiento a la EAE, siendo, por una parte, obligatorio respecto de los IPT y demás instrumentos que señala el art. 7 bis, y por otra parte, en cuanto a las demás políticas y planes de carácter normativo general, se entrega al Presidente de la República la determinación de cuáles se someterán a EAE, a proposición del CMS"*.

³² En este sentido, Ralf Buckley, *Strategic environmental assessment of policies and plans: legislation and implementation*, Impact Assessment and Project Appraisal, Beech Tree Publishing, 18 (3), Reino Unido, 2000, p. 212.

3.2.1 Políticas

Como ya se ha señalado, el concepto de política no ha sido definido legalmente. La delimitación de la noción, por tanto, se presenta como el primer obstáculo para efectos de determinar las actividades que deberán someterse al procedimiento de la EAE³³.

Sin embargo, no debe olvidarse que, incluso en la medida en que el término en estudio fuera definido de manera completa y suficiente, existen una pluralidad de políticas que, la mayor parte de las veces, son adoptadas y aplicadas por parte de los órganos públicos, sin previa formalización de las mismas. Estas políticas constituyen un segundo obstáculo en la materia, toda vez que si ellas no se encuentran formalizadas, la determinación de su sometimiento a la EAE resulta complejo si no imposible, pese a la importancia o trascendencia que pueden revestir desde la perspectiva ambiental³⁴.

A partir de la indefinición del término *política* y, asimismo, dada la problemática que acarrea la existencia de una serie de políticas sin formalización, puede desprenderse un deber implícito para la actividad del Estado: escriturar y formalizar sus políticas, toda vez que sólo a partir de dicha constatación formal puede asegurarse una adecuada individualización de aquellas que, en los términos del legislador de la LBGMA, *“tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad”* (art. 7 bis LBGMA)³⁵.

3.2.2 Planes de carácter normativo general

Al igual que el término *políticas*, los planes de carácter normativo general no han sido definidos por el legislador de la LBGMA. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre respecto de aquéllas, el legislador ha enumerado una serie de instrumentos de planificación territorial que constituyen planes de sometimiento obligatorio a la EAE (art. 7 bis inc. 2º LBGMA). A partir de esta enumeración, es posible

³³ Para efectos de la EAE, la *política* había sido definida en términos de *“formulación de lineamientos y directrices para responder a una necesidad social o generar mejores estados de desarrollo, con principios, objetivos y metas precisas”*. Por su parte, el *plan* lo había sido como el *“instrumento de carácter técnico político en que de forma coordinada se encuentran lineamientos, prioridades, metas, directivas, criterios, disposiciones, estrategias de acción, financiamiento e instrumentos con el fin de alcanzar las metas y objetivos propuestos”*, Comisión Nacional del Medio Ambiente – Centro de Estudios del Desarrollo. Marco conceptual para la implementación de la EAE en Chile, Informe Final, 2010, p. 170.

³⁴ Ralf Buckley, Strategic environmental assessment of policies and plans: legislation and implementation, Impact Assessment and Project Appraisal, *op. cit.*, p. 211. Respecto de la materia, el autor señala: *“If policy EA is to be effective, it must include not only formal policy documents under that name, but also any instrument which gives effect to a policy, even if its title does not mention the term policy at all (...) if a narrower definition is adopted, governments will simply circumvent the SEA legislation by labelling their policies with another name. In its common meaning, a policy is simply anything a government intends to do, so a broad definition is perfectly reasonable”*.

³⁵ Por otra parte, se debe tener presente que en materia de funciones del CMS, el art. 71 d) LBGMA se limita a señalar que dicho órgano deberá proponerle al Presidente de la República políticas sectoriales, sin referencia alguna a otras políticas, ni a los planes de carácter normativo general. Respecto de esta situación Daniella Ramírez Sfeir, Algunas reflexiones sobre la incorporación de la evaluación ambiental estratégica en el ejercicio de la función pública, *op. cit.*, p. 61 señala *“una interpretación sistemática debe llevar a entender comprendidos a los planes en la atribución entregada a dicho órgano colegiado en el artículo 71”*. Esta conclusión es errónea, ya que claramente lo que hay tras la limitación de la propuesta del CMS a las políticas es el sistema de organización administrativa. En efecto, mientras los instrumentos de planificación territorial están entregados a órganos descentralizados (como los Gobiernos Regionales y las Municipalidades) respecto de los que los ministros y el Presidente de la República no tienen potestad jerárquica ni de mando, las políticas son de carácter ministerial, por lo que sólo respecto de ellas podría el ejecutivo disponer su sometimiento a la EAE. En consecuencia, no cabe la interpretación extensiva que propone la autora.

concluir que el legislador presume los impactos que conllevan estos instrumentos sobre el medio ambiente o la sustentabilidad. Tales instrumentos son los siguientes:

- Planes regionales de ordenamiento territorial;
- Planes reguladores intercomunales;
- Planes reguladores comunales;
- Planes seccionales;
- Planes regionales de desarrollo urbano;
- Zonificaciones del borde costero;
- Zonificaciones del territorio marítimo; y
- Manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen.

Como ya se ha señalado, todos estos instrumentos constituyen planes territoriales de sometimiento obligatorio a la EAE. El legislador se ha limitado a establecer esta lista con ocasión de los planes territoriales, sin extenderla a los restantes planes normativos. El problema acerca de su delimitación corresponde a un aspecto que podrá ser resuelto en virtud del ejercicio de la potestad reglamentaria. Sin embargo, el art. 7 ter LBGMA no ha previsto dentro del contenido del reglamento la referencia a las políticas y planes normativos que deben someterse³⁶. En todo caso, el Presidente de la República, en uso de su facultad permanente de ejecución de las leyes (art. 32 Nº 6 CPR), podría dictar una norma reglamentaria que incluyese otros planes normativos.

3.2.3 Criterios de sometimiento: impactos sobre el medio ambiente o la sustentabilidad

El sometimiento a la EAE de las políticas y los planes de carácter normativo general se condiciona a que estos deben tener *“impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad”* (art. 7 bis LBGMA). La consagración de esta referencia es confusa e impide determinar con claridad una limitación de los instrumentos que serán objeto del mecanismo en cuestión. El problema comprende ambas expresiones, toda vez que el sentido y alcance de cada una de ellas resulta ambiguo.

La referencia al *“impacto sobre el medio ambiente”* que consagra el art. 7 bis LBGMA, podría asimilarse al término *“impacto ambiental”*, definido en términos de *“la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”* (art. 2 k) LBGMA).

³⁶ En concreto, el art. 7 ter LBGMA establece que el Reglamento deberá considerar: *“a) Los aspectos básicos a considerar durante la etapa de diseño, incluida la forma de consulta y coordinación de los organismos del Estado que puedan vincularse con la política o plan objeto de evaluación; b) Los contenidos mínimos detallados para la elaboración de los Informes Ambientales de las políticas o planes; c) Forma de participación del público interesado, y d) Forma de publicidad de la política o plan, así como su reformulación posterior. Esta forma de publicidad deberá considerar una difusión masiva, completa y didáctica hacia los afectados y la comunidad en general, en lo referente a los contenidos, alcances y efectos de la política o plan, así como de su reformulación posterior”*.

No obstante, debe observarse que la definición resulta ajena al ámbito de aplicación de la EAE, toda vez que ha sido consagrada en relación a un instrumento de gestión ambiental diverso: el SEIA. Tal es así que la definición hace referencia a las alteraciones del medio ambiente derivadas de un proyecto o actividad, mas no de una política ni de un plan de carácter normativo general. En consecuencia, sólo podrá utilizarse como referencia –*mutatis mutandis*– la definición del citado art. 2 k).

Una segunda cuestión se aclara con este criterio de sometimiento: las políticas y los planes normativos pueden ocasionar impactos al medio ambiente. Lo que parece algo evidente, se debe destacar porque normalmente la defensa estatal frente a la impugnación de actuaciones formales de la Administración del Estado se basaba en que éstas no tenían la aptitud de impactar al medio ambiente.

Más confuso resulta aún la referencia a los impactos sobre la sustentabilidad, cuya definición no ha sido consagrada en parte alguna de la regulación en estudio. Si se pretende delimitar la noción de impacto sobre la sustentabilidad a partir del concepto de desarrollo sustentable (art. 2 g) LBGMA), deberemos concluir que, en definitiva, todo impacto sobre el medio ambiente constituye un impacto sobre la sustentabilidad, mas no a la inversa, dado que este último concepto no se limita a las alteraciones sobre el medio ambiente, sino que también comprende una serie de implicancias económicas y sociales derivadas de las políticas y los planes de carácter normativo general. No obstante, dicha interpretación estaría en armonía con las reiteradas referencias del legislador en orden a considerar la incorporación de criterios de sustentabilidad (art. 71 letra b) LBGMA) y del desarrollo sustentable al procedimiento de la EAE (art. 7 bis inc. 4º LBGMA).

A todo lo anterior debe agregarse la circunstancia que la ley se refiere simplemente a los “*impactos sobre el medio ambiente o la sustentabilidad*” (art. 2 i bis) LBGMA), sin comprender referencias acerca de la trascendencia que tales impactos deben causar. El criterio de trascendencia únicamente fue contemplado con ocasión de las modificaciones de políticas y planes normativos³⁷, pero no respecto de los impactos. Así, el legislador adopta un enfoque diverso –y erróneo, a nuestro juicio– acerca del concepto, toda vez que resulta difícil si no imposible determinar con exactitud qué políticas y planes de carácter normativo general se encuentran ausentes de todo impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad. En consecuencia, hubiere sido deseable seguir una técnica, como en el Derecho comparado, que incorporase una referencia a la trascendencia o importancia del impacto³⁸.

3.3 Etapas de la Evaluación Ambiental Estratégica

La EAE se define en términos de *procedimiento*. El detalle de las diversas fases o etapas que deberá contemplar este procedimiento, sin embargo, no ha sido establecido en la ley, dado que el art. 7 ter

³⁷ En efecto, el legislador ha expresado el criterio de la significancia respecto de las modificaciones sustanciales de políticas y planes normativos (art. 7 bis inc 1º LBGMA), pero no respecto del impacto ambiental que éstos ocasionen (arts. 2 i bis LBGMA).

³⁸ Así, en el Reino Unido, la adopción de la *Environmental Assessment of Plans and Programmes Regulations 2004* (EAP-PR/2004) ha establecido expresamente que los planes y programas, así como sus modificaciones, para ser sometidos al sistema, deben producir efectos *significativos* sobre el medio ambiente. Asimismo, en el caso que la autoridad competente estime que el plan o programa no produce efectos significativos y por tanto que queda fuera de la EAE, debe elaborar una declaración que haga públicos los motivos de dicha decisión. *Ximena Lazo Vitoria*, La evaluación ambiental estratégica de planes y programas en el Reino Unido y su aplicación al planeamiento urbanístico, *op. cit.*, p. 495.

LBGMA se remite a un reglamento, para efectos precisarlas, como así también para efectos de establecer el plazo dentro del cual deberá elaborarse la EAE³⁹.

El art. 7 bis inc. 3º LBGMA dispone que: *“La elaboración de las políticas y planes deberá contemplar las etapas de diseño y aprobación”*. A partir de esta referencia, es posible sostener que, pese a que el legislador ha remitido al reglamento la tarea de definir las etapas y plazos en materia de EAE, existen sin embargo dos etapas mínimas que, por ende, deberán ser consideradas por la potestad reglamentaria, a saber: el diseño y la aprobación de las políticas y planes de carácter normativos general.

Ambas fases, sin embargo, no podrían desarrollarse sin una etapa previa, consagrada implícitamente por las etapas establecidas a nivel legal. En efecto, el diseño y aprobación de los instrumentos sometidos a EAE presupone una fase anterior, en virtud de la cual se determinen las políticas y planes de carácter normativo general que, en concreto, deberán evaluarse ambientalmente desde una perspectiva estratégica y respecto de las cuales, por tanto, habrá de considerar las fases de diseño y aprobación.

3.3.1 Diseño

La etapa de diseño de la EAE ha sido consagrada en el art. 7 bis inc. 4º LBGMA. Durante esta etapa se aplica de manera concreta el enfoque de metodología estratégica que consagra el procedimiento de EAE⁴⁰. Para constatarlo, baste considerar las pautas establecidas por el legislador en esta fase:

- Considerar los objetivos y efectos ambientales del instrumento;
- Considerar los criterios de desarrollo sustentable de los mismos;
- Integrar a otros órganos de la Administración del Estado vinculados a las materias objeto de la política o plan;
- Integrar otros instrumentos relacionados con ellos.

En el caso de los instrumentos de planificación del art. 7 bis inc. 2º LBGMA, el legislador establece expresamente la necesidad de considerar *“los instrumentos relacionados con la capacidad vial elaborados por la autoridad competente”* (art. 7 bis inc. 4º LBGMA).

³⁹ No obstante, respecto de la vigencia de la regulación, el dictamen N° 78.815 de 2010, de la Contraloría General de la República, ha resuelto que *“la circunstancia de no haberse publicado el reglamento al cual se remite el artículo 7º ter de la ley N° 19.300, no debe impedir que se cumpla con la voluntad del legislador manifestada en sus artículos 2º, letra i bis) y 7º bis, en orden a que los planes reguladores comunales deben someterse a este procedimiento especial, resultando conveniente agregar en el presente acto, que con la aplicación supletoria de las normas pertinentes de la ley N° 19.880 en aquél, se evita que los planes normativos de carácter general que producen impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, como son los planes reguladores comunales, queden al margen de la normativa que los obliga a incorporar las consideraciones ambientales de desarrollo sustentable en su formulación o en sus modificaciones sustanciales. Atendido lo expuesto, los citados planes reguladores, sus modificaciones sustanciales y los instrumentos que los reemplacen o sistematicen, que no hayan ingresado al sistema de evaluación ambiental antes de la fecha de publicación de la ley N° 20.417, deben someterse a evaluación ambiental estratégica a partir de dicha data”*.

⁴⁰ En este sentido, Clemente Pérez Errázuriz, *Reforma de la Institucionalidad Ambiental y la Evaluación Ambiental Estratégica*, op. cit., p. 89.

3.3.2 Aprobación

La etapa de aprobación ha sido regulada en los artículos 7 bis inc. final y 7 quáter LBGMA. Esta etapa comprende la elaboración de *“un anteproyecto de política o plan que contendrá un informe ambiental, que será remitido al Ministerio del Medio Ambiente para sus observaciones, para luego ser sometido a consulta pública por parte del organismo responsable”* (art. 7 bis inc. final LBGMA). Por su parte, el art. 7 quáter LBGMA establece: *“la etapa de aprobación de la política o plan, culminará con una resolución del Ministerio sectorial”*. A partir de estas disposiciones, es posible dividir el análisis de la fase en elaboración del anteproyecto e informe de política o plan, consulta pública y resolución de aprobación. A ellas debe agregarse la fase de seguimiento.

Elaboración de anteproyecto de política o plan e informe ambiental

El procedimiento de EAE supone la elaboración de un anteproyecto o prediseño de la política o plan, como así también de un informe ambiental de dichos instrumentos⁴¹ (art. 7 bis inc. 4º LBGMA). Dichos documentos deberán ser remitidos al MMA para sus observaciones, para luego ser sometido a consulta pública por parte del organismo responsable (art. 7 inc. final LBGMA).

El contenido mínimo que deberá tener el informe ambiental no ha sido definido por el legislador, quien se ha limitado a establecer que el reglamento que regula este tipo de evaluaciones deberá considerar *“los contenidos mínimos detallados para la elaboración de los Informes ambientales de las políticas o planes”* (art. 7 ter letra b) LBGMA). La referencia al *contenido mínimo* por parte de legislador permite concluir que, en la práctica, el contenido de los informes ambientales podrá ser superior al establecido por el reglamento, dado que éste deberá limitarse a establecer los requisitos mínimos o básicos del informe.

Consulta pública

En materia de EAE, la consulta pública ha sido consagrada de manera expresa en el art. 7 bis inc. final LBGMA, la que debe llevarse a cabo por el Ministerio u órgano de la Administración del Estado que tramita el procedimiento de evaluación, y una vez que ha recibido las observaciones del MMA.

Los aspectos básicos acerca de la manera en la cual deberán materializarse estas consultas no han sido previstos por la LBGMA, que se ha limitado a disponer que corresponde al reglamento que regula la EAE consagrar la forma de publicidad de la política o plan, así como también la forma de participación del público interesado (art. 7 ter letras d) y c) LBGMA). En este sentido, la escasa densidad de la remisión impide determinar ciertos aspectos fundamentales, como el plazo dentro del cual deberá realizarse la consulta o los sujetos que, en concreto, deberán ser consultados.

Contenido de la resolución

El contenido de la resolución que aprueba la política o el plan de carácter normativo general sometido a EAE ha sido consagrada en el art. 7 quáter LBGMA. Dicho contenido comprende:

⁴¹ La calificación de informe ambiental es similar a la utilizada en el Reino Unido (*environmental report*) y se aleja de la adoptada en otros países, como en España, donde se prefiere la utilización del término *informe de sostenibilidad*.

- El proceso de elaboración de la política o plan desde su etapa de diseño;
- La participación de los demás organismos del Estado;
- La consulta pública realizada y la forma en que ha sido considerada;
- El contenido del informe ambiental;
- Las respectivas consideraciones ambientales y de desarrollo sustentable que debe incorporar la política o plan para su dictación;
- Los criterios e indicadores de seguimiento destinados a controlar la eficacia del plan o política; y
- Los criterios e indicadores de rediseño que se deberán considerar para la reformulación de dicho plan o política en el mediano o largo plazo.

El contenido de la resolución en virtud de la cual culmina el procedimiento de EAE, por tanto, supone la constatación o el registro de las diversas fases o etapas del mismo, así también como el establecimiento de los criterios o indicadores que permitirán verificar su efectividad, pudiendo ser eventualmente rediseñada en conformidad con los criterios y parámetros definidos de antemano en la resolución. A partir del art. 7 quáter LBGMA, pueden desprenderse las diversas etapas y contenido de la resolución de la EAE que, necesariamente, deberán ser consagradas por el reglamento a que se refiere el art. 7 ter LBGMA.

Seguimiento posterior

El art. 7 quáter establece, como requisito de la resolución del Ministerio sectorial que aprueba la política o el plan sometido a la EAE, el consagrar *“los criterios e indicadores de seguimiento destinados a controlar la eficacia del plan o política, y los criterios e indicadores de rediseño que se deberán considerar para la reformulación de dicho plan o política en el mediano o largo plazo”*.

Por ello, una vez aprobado la política o el plan, el órgano de la Administración que corresponda deberá efectuar un seguimiento de las actividades que señaló la EAE. Para estos efectos, el legislador se refiere expresamente a la necesidad de contemplar *criterios de seguimiento*, los cuales permitirán apreciar si, en los hechos, los efectos sobre el medio ambiente o la sustentabilidad guardan relación con los resultados de la EAE.

Pese a que el legislador simplemente se limita a consagrar la necesidad de establecer criterios de seguimiento, es posible sostener que estos criterios deberán comprender todos los efectos que la política o el plan de carácter normativo general producen sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, sean positivos o negativos, y que sólo un resultado ambientalmente adverso permitirá modificar la política o plan, siguiendo para estos efectos las pautas establecidas en los criterios de rediseño que deberán consagrarse en la resolución aprobatoria de tales actividades (art. 7 quáter inc. final LBGMA).

4. NORMAS DE CALIDAD AMBIENTAL

Las normas de calidad ambiental, también conocidas como normas de inmisión⁴², 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. Esta clase de normas son utilizadas normalmente en relación con la contaminación atmosférica (por ejemplo PM10, PM2,5, SO2, NOx, Pb, O3, entre otros); los olores; y el ruido. La regulación específica de cada uno de los contaminantes forma parte del Derecho ambiental especial⁴³, y debe ser estudiada en conjunto con las normas de emisión u otros instrumentos que regulen dicho elemento. Mediante 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*)⁴⁴. 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, para material particulado fino respirable MP2,5, o la que fija los valores para la contaminación atmosférica por plomo, por ozono, NOx, etc.

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. Dicho concepto, según la definición del art. 2 m) LBGMA, atiende a las concentraciones y niveles de contaminación en el entorno. En consecuencia, existirá una relación directa entre normas de calidad ambiental y medio ambiente libre de contaminación, pues en la medida en que no se alcancen los niveles que establecen las primeras, se estará asegurando el segundo. De ahí se sigue, además, la importancia que tiene la fijación del estándar concreto de calidad ambiental. Dado que no es posible, en la práctica, alcanzar un nivel de contaminación *cero*, y tampoco es un imperativo jurídico (Ver C.II, 2.4), el nivel adecuado de contaminación será fijado en una de estas normas, siendo mejor o peor la calidad de vida de la población, dependiendo del estándar adoptado.

La opción de la LBGMA estuvo en fijar dos clases de normas de calidad ambiental: las primarias y secundarias. 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.

4.1 Norma primaria de calidad ambiental

La norma primaria de calidad ambiental se encuentra definida en el art. 2 letra n) LBGMA como *“aquella que establece los valores de las concentraciones y periodos 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

⁴² Tal es la denominación que reciben, en general, en el Derecho comparado, en particular en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho ambiental alemán. Sin embargo, en este último caso se refieren específicamente a las inmisiones al aire que afectan a la salud de las personas y al medio ambiente, excluyendo la regulación del cambio climático. Ulrich Meyerholt, Umweltrecht, *op. cit.*, pp. 223-224.

⁴³ Ulrich Meyerholt, Umweltrecht, *op. cit.*, pp. 223.

⁴⁴ Stuart Bell, Environmental Law, Blackstone Press, 4ª edición, Londres 1997, p.101.

ambiental es aquella que establece los niveles de contaminación⁴⁵ sobre los cuales se entiende que hay un riesgo para la vida o salud de la población.

Sin perjuicio de lo dicho, esta definición plantea una contradicción con la definición de contaminante (art. 2 letra d) ya que en ésta se dispone que el contaminante no debe constituir un riesgo para la salud de las *personas*, en cambio en el caso de la definición de norma primaria de calidad ambiental se refiere a la vida o la salud de la *población*. Aunque parezca curioso a primera vista, en uno y otro caso el sujeto que se considera como referencia para fijar el estándar es distinto. En el primero es la persona, pudiendo bastar con un sólo individuo de la especie humana para entender que un determinado elemento es contaminante, en cambio en el segundo el nivel de contaminación no debe afectar a la vida o salud del conjunto de personas, la población. Por lo tanto, al fijar el nivel de contaminación en la norma primaria de calidad ambiental, la ley admite que el nivel de contaminación que se fije pueda afectar a individuos que forman parte de la población, lo que normalmente se denomina como *población de riesgo*⁴⁶. A ello se agrega una segunda contradicción entre las definiciones de norma primaria de calidad ambiental (art. 2 letra n) y contaminante (art. 2 letra d). En efecto, mientras la primera atiende como objetivo al riesgo para la vida o salud de la población, en la segunda el objetivo es evitar un riesgo para la salud de las personas y *"a la calidad de vida de la población"*. Como ya ha sido dicho (Ver C.I. 6.3 y 6.5) ambos objetivos implican niveles de protección distintos, siendo el segundo (calidad de vida) mucho más estricto que el de vida o salud.

En efecto, 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 norma primaria de calidad ambiental, ni tan siquiera se 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 la *"calidad de vida"*. 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, culta, etc., en definitiva una vida con calidad. Ese mínimo existencial la ley lo señala respecto de la población, pero no respecto de cada una de las personas que la componen, lo que admite un estándar aun más laxo.

⁴⁵ En la definición transcrita, el legislador incurre en una impropiedad del tipo *reiterativo* en la técnica legislativa empleada, en cuanto en el propio art. 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 art. 2 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 periodos 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.

⁴⁶ Si esta disposición vulnera lo dispuesto en la CPR en los arts. 1 inc. 1º (las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos) y 19 Nº 1 (derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona), es una interrogante que por ahora debe quedar abierta.

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 del medio ambiente, hace referencia a una norma de *salud pública*, en cuanto considera como bienes jurídicos protegidos a la vida (el mínimo existencial) y la salud (ausencia de enfermedad), que son los objetos protegidos por dicha clase de normas. La única diferencia con éstas 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 podrá fijar 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 entonces las definiciones del art. 2 letras d) y 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 contaminación⁴⁷. Cabe preguntarse, si de no existir el art. 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 art. 19 N° 1 y N° 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* que no puede ser traspasado⁴⁸. En efecto, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona provocan un efecto reflejo en la protección ambiental, la que es necesaria para garantizar dichos derechos⁴⁹.

4.2 Norma secundaria de calidad ambiental

Esta se define en el art. 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 asegure el desarrollo sustentable (C.I., 6.3 y 6.5). Respecto de este bien jurídico, la definición de norma secundaria de calidad ambiental se encuentra en consonancia con el 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 ambiente⁵⁰. Ya se ha visto que el concepto de protección del medio ambiente supone mejora,

⁴⁷ Sin embargo, y como en la Constitución no existe ninguna disposición superflua, y mucho menos una relativa a un derecho constitucional, la cuestión que surgirá es respecto de la constitucionalidad de las definiciones estudiadas.

⁴⁸ Bettina Bock, *Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin 1989, p. 232.

⁴⁹ Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht Band II*, Ed. Beck, Munich, 2010, p. 170.

⁵⁰ Se trata de un nuevo problema de técnica legislativa, ahora de falta de coherencia interna y coordinación del catálogo de definiciones del art. 2 LBGMA.

prevención y control del deterioro del entorno (art. 2 letra q) (C.I. 6.6). 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. Lo que llevaría a la conclusión inaceptable de que cualquier uso que se realice podría ser amparado por la norma secundaria de calidad ambiental.

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 el Derecho ambiental. Sin embargo, a ella conduce forzosamente la literalidad de las normas citadas de la LBGMA⁵¹.

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* o existencia sea de calidad. Por el contrario, es posible que unos niveles de contaminación no aseguren calidad de vida, pero sí la vida o la salud, el *mínimo existencial ecológico*. Por su parte, en relación con la norma secundaria, la interpretación sólo puede salvarse si se acepta que conservación del patrimonio ambiental (que admite una 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 el desarrollo sustentable, que subyace en el concepto de conservación del patrimonio ambiental, está presente en las normas secundarias de calidad ambiental.

A lo anterior, se agrega un nuevo problema. Resulta criticable la utilización del concepto de preservación de la naturaleza en materia de normas secundarias de calidad ambiental. Ello, debido a que, en estricto rigor, este concepto consagra una noción ajena a las técnicas de lucha contra la contaminación, constituyendo, en realidad, un concepto vinculado a los instrumentos de limitación al uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Así lo demuestra su definición legal, que consagra de manera expresa su finalidad: "*asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país*" (art. 2 letra p) LBGMA)⁵².

⁵¹ Con esto se pone de manifiesto la falta de coherencia y errónea técnica legislativa que en ocasiones presenta el catálogo de definiciones de la LBGMA.

⁵² En relación con los objetivos de la protección ambiental (preservación de la biodiversidad y lucha contra la contami-

La finalidad del concepto de preservación de la naturaleza (limitar el uso y aprovechamiento de los recursos naturales) es, por tanto, diversa al objetivo de las normas de calidad ambiental o de inmisión (establecer los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos, permisibles de contaminantes en el ambiente)⁵³. El problema, por lo demás, acarrea profundos efectos prácticos. A diferencia de las nociones de vida y salud, la remisión a los conceptos de preservación de la naturaleza y protección o conservación del medio ambiente impiden determinar con claridad el estándar que deberán respetar estas normas, debido a que, en el primer caso, su noción ha sido enfocada desde una perspectiva diversa (de limitación de usos y aprovechamientos), y en el segundo, no resulta claro su concepto, debido a su indefinición legal expuesta. La falta de determinación del parámetro en relación al cual deberá contrastarse la legalidad de fondo de las normas secundarias de calidad ambiental, conllevará, necesariamente, la dificultad práctica de impugnarlas en base al art. 2 ñ) LBGMA. La utilización de estos conceptos es, por tanto, errada, no sólo desde los puntos de vista dogmático y de técnica legislativa, sino, sobre todo, en la medida que constituyen estándares complejos de definir en una sede como la judicial, lo que dificulta mantener la vigencia de la tutela judicial efectiva en la materia.

4.3 Características

La distinción entre norma primaria y secundaria de calidad ambiental representa una nota propia del Derecho ambiental chileno⁵⁴. 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:

4.3.1 Distinción basada en la presencia de personas

Tal como está recogida en el catálogo de definiciones del art. 2 LBGMA, en las letras n) y ñ), el elemento distintivo entre una y otra clase de norma será la incidencia en del estándar o nivel de contaminación fijado, ya sea en la persona humana o en el medio ambiente natural. Sin embargo, dicho

nación), Mercedes Ortiz García, La Conservación de la Biodiversidad Marina: las Áreas Marinas Protegidas, Ed. Ecorama, Granada, 2002, p. 158, sostiene: *"cabe señalar que la protección del ambiente se configura como una función pública que abarca no sólo la protección de los sistemas naturales (parte abiótica del ambiente), sino también la protección de la naturaleza (parte biótica del ambiente); es decir, la preservación, control y lucha contra la contaminación –aspecto consolidado del Derecho ambiental– y la protección de la biodiversidad, –que cada día adquiere mayor importancia–, respectivamente"*.

⁵³ La referencia a los ámbitos sobre los cuales la Administración puede actuar en relación con el ambiente han sido señalados por Demetrio Loperena Rota, Los principios del Derecho ambiental, IVAP Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 79, al sostener: *"por un lado, la Administración actúa directamente sobre el medio (atmósfera, aguas, suelo o biodiversidad) y, por el otro, actúa sobre las causas de su degradación (productos tóxicos, agricultura, residuos, biotecnología o radioactividad)"*.

⁵⁴ 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 (Bundesimmissionsschutzgesetz, BImSchG). En efecto, el Parágrafo §3 (2) BImSchG, define la inmisión como *"Immissionen im Sinne dieses Gesetzes sind auf Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur- und sonstige Sachgüter einwirkende Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme, Strahlen und ähnliche Umwelteinwirkungen"*. Inmisión en el sentido de esta ley son la contaminación del aire, olores, vibraciones, luz, calor, radiación y otros con efectos ambientales similares que influyen en las personas, los animales y plantas, el suelo, el agua, la atmósfera, los bienes culturales y otros bienes materiales (traducción del autor).

elemento resulta ser un criterio artificial de distinción cuando se habla de protección ambiental, dada la orientación antropocéntrica que tiene el Derecho ambiental y el hecho de que éste en su conjunto siempre incide sobre la existencia humana.

4.3.2 Diversidad de deberes constitucionales

Visto desde una perspectiva constitucional, se podría 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 art. 19 N° 8 inc. 1° CPR (C.II, 2.4 y 5). Las normas primarias de calidad ambiental, responden al deber del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente 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, que no incorpora una referencia a la calidad de vida como bien jurídico protegido, el que sí se encuentra dentro del ámbito de protección ofrecido por el art. 19 N° 8 inc. 1° CPR.

Ello plantea problemas de constitucionalidad respecto del art. 2 letra 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 provoca que el derecho del art. 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 art. 19 CPR.

4.3.3 Vigencia territorial

Las normas primarias son dictadas para todo el territorio nacional, tal como lo señala el art. 32 inc. 1° LBGMA, en cambio, y a pesar de que no lo señala expresamente el art. 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 (art. 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 calidad⁵⁵. 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.*

⁵⁵ 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 tales juicios 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.

Las razones que la fundamentan son:

- *Se contradice con el concepto de norma primaria.* Tal como se señaló, tanto la definición de norma primaria contenida en el art. 2 n) LBGMA, como el de contaminación que se le relaciona directamente (art. 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 art. 32 inc. 1° 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 ésta 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.

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” (C.III, 5.6.3), 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.

- *Ocasiona una discriminación inversa*⁵⁶. Lo señalado trae como resultado que una norma de

⁵⁶ Con esta expresión no se quiere aludir a las medidas destinadas a conseguir una mayor igualdad de grupos (en especial de las mujeres) que están en una situación discriminada o de desigualdad de oportunidades. Por el contrario, se refiere a la situación discriminada en que pueden llegar a encontrarse algunos ciudadanos, frente a la posición privilegiada de otros, producto de las circunstancias aparentemente más desventajosas en que estos últimos 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

calidad ambiental de alcance nacional produzca una discriminación inversa entre los ciudadanos de la República. Al establecer un nivel de calidad ambiental nacional, el Estado no sólo se descarga indebidamente de sus obligaciones ambientales, sino que discrimina negativamente al resto de la población. En efecto, al fijarse una norma de calidad con alcance nacional se está tratando a todos por igual, sin consideración a las particularidades que cada medio ambiente presenta. Está claro que la no discriminación no es igual a la uniformidad, sino el reconocimiento de las diferencias, y las medidas normativas necesarias para su superación. Entonces, cuando el art. 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 corresponda⁵⁷.

4.3.4 Definen niveles que originan situaciones de emergencia

Las normas primarias fijan los niveles de contaminación a partir de los cuales se originan las situaciones de emergencia ambiental (art. 32 inc. 1° CPR), que por lo demás es la única situación que prevé la ley (no se refiere a alerta ni a preemergencia ambiental⁵⁸). 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.

4.3.5 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 en que se encuentran los contaminantes en los denominados *medios ambientales*, es decir, agua, aire y suelo⁵⁹. Así, habrá normas de calidad que midan la contaminación atmosférica, la de las aguas superficiales, la calidad del suelo, etc. Confirma lo señalado la disposición del art. 33 inc. 1° LBGMA, que dispone: *"El Ministerio del Medio Ambiente administrará la información de los 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"*.

4.3.6 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

ciudad, desatendiendo otras necesidades del resto de la población que se encontraba en ambientes en que la norma no se había superado, pero que no necesariamente gozan de una buena calidad ambiental.

⁵⁷ 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.).

⁵⁸ Lo que debe llevar a plantearse la legalidad de la distinción que hace alerta, preemergencia y emergencia ambiental el DS N° 59/98 del MINSEGPRES que establece la norma de calidad primaria (sic) para material particulado respirable MP10, en especial de los valores que definen situaciones de emergencia.

⁵⁹ 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.

libre de contaminación y si se afecta o no el bien jurídico protegido por la norma, el denominado *target standard*.

4.3.7 Dictadas a través de un Decreto Supremo

Las normas primarias de calidad ambiental son dictadas a través de un DS conjunto emanado del Ministerio del Medio Ambiente 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 (art. 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 técnica⁶⁰.

El art. 32 inc. 1° LBGMA contempla la facultad del Ministerio de Salud para *“solicitar fundadamente al Ministerio del Medio Ambiente la dictación de una norma primaria de calidad, la que deberá dictarse dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco años, a menos que dentro de tal plazo indique las razones técnicas para no acoger la solicitud”*. No existe un poder semejante para los ministerios sectoriales que concurren en la dictación de las normas secundarias de calidad ambiental. Esta norma resulta de gran trascendencia, ya que en cumplimiento de sus deberes legales el Ministerio de Salud pudiese entender que es necesaria la regulación de un determinado contaminante a través de una norma primaria de calidad ambiental, por afectar éste, a la salud y vida de la población. Frente a ello, el MMA no tiene una facultad discrecional, sino que sólo podrá denegar la dictación si señala razones técnicas para ello. Por lo pronto, dichas razones podrían ser sólo de dos clases: porque el elemento no resulta necesario de regularse (no es contaminante) o bien porque ya se ha logrado la misma finalidad a través de otros medios.

Corresponde preguntarse respecto de la naturaleza jurídica que tiene esta clase de normas, ya que no estaba claro si los DS en que se contienen detentaban o no un carácter reglamentario, a pesar de que la ley entregaba una vigencia nacional a las normas primarias de calidad ambiental, y a pesar de que ambas clases de normas permanecen por un largo período de tiempo. 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 (art. 32 inc. 4° LBGMA).

De acuerdo a la práctica administrativa⁶¹ y la jurisprudencia del TC, puede afirmarse que ellas son normas de naturaleza reglamentaria. Así se lo ha dicho expresamente el TC al afirmar que *“el Decreto Supremo impugnado es propio de la potestad reglamentaria de ejecución y no se advierte que haya regulado materia de ley alguna”*⁶².

⁶⁰ Monika Böhm, Der Normmensch: Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltsachstoffen, Ed. J.C.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996 p. 146.

⁶¹ No se conocen dictámenes específicos sobre la materia, sin embargo, la Contraloría General de la República lo da por entendido en su dictamen N° 26816/2007.

⁶² Sentencia rol N° 577/2006, considerando 22°, aunque en este caso el análisis se refería a la constitucionalidad de una norma de emisión, la conclusión es extrapolable a las normas de calidad ambiental.

4.3.8 Revisión periódica

Así lo dispone el art. 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 reglamento⁶³. El mandato legal de revisión corresponde a una manifestación del objetivo de gradualidad presente en la LBGMA, el cual implica avanzar en la protección ambiental paulatinamente.

Asimismo, el MMA es responsable de coordinar el proceso de generación de las normas de calidad ambiental, y la determinación de los programas y plazos de cumplimiento de las mismas.

4.4 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, suele entenderse que vinculan a todos los ciudadanos e incluso representan una restricción a derechos constitucionales⁶⁴. Más aún, porque ello encuentra una confirmación de rango legal, en el art. 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*” (C.IV, 4.1), y obviamente, sólo puede infringir una norma quien se encuentra obligado a su cumplimiento.

Esta atribución de responsabilidad en el cumplimiento respecto de los particulares pareciera reiterarse en el art. 32 inc. final, cuando se dispone que corresponde al MMA “*la determinación de los programas y plazos de cumplimiento*” de las normas de calidad ambiental. Sin embargo, dicha norma debe ser interpretada como obligación del ministerio en la fijación de los programas y plazos que el Estado se ha dado, para alcanzar los estándares establecidos en las normas de calidad ambiental.

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 o elemento en particular), y no en la chimenea o ducto de la fábrica, ya que 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 ni una sola fuente emisora, sino todos aquellos que realizan una actividad contaminante. En ese sentido, las

⁶³ 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.

⁶⁴ 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 y lo da por sobreentendido.

normas de calidad representan valores de *contaminación acumulativa*. Piénsese simplemente en el caso del MP10 o MP2,5 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 otoño⁶⁵.

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 una sola fuente emisora, podría determinarse que hay incumplimiento de la norma de calidad ambiental⁶⁶ ¿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 (C.III, 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 (C.III, 7).

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 norma⁶⁷. En tal sentido, los DS que fijan esta clase de normas tendrán un efecto *ad intra* de la Administración, ella será la única destinataria⁶⁸. De allí la obligación que deben cumplir los órganos administrativos con competencias

⁶⁵ Albin Eser, *Derecho Ecológico*, Revista de Derecho Público (España), N° 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”.

⁶⁶ En ese caso hipotético de un solo contaminante y un solo contaminador, la norma de calidad ambiental haría superflua a la norma de emisión.

⁶⁷ En torno a una incidencia indirecta de las normas de calidad ambiental, Romina Chávez Fica e Ignacio Soto López, *Efectos sinérgicos y acumulativos de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: reconocimiento legal y propuesta para una adecuada aplicación*, en *Derecho ambiental en Tiempos de Reforma*, Actas de las V Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 526, refiriéndose a los requisitos en materia de línea de base de EIA (art. 12 b LBGMA), señalan que “se deben contemplar los demás proyectos que cuenten con RCA en el área de influencia, que constituyen antecedentes suficientes que permiten a la autoridad determinar si los impactos acumulativos entre proyectos diversos, sobre los componentes ambientales afectados, no sobrepasan determinados límites máximos o mínimos, más allá de los cuales no se permite la afectación de un componente ambiental relevante, considerando para estos efectos, por ejemplo, si se ajustan a las normas de calidad y a los planes de prevención o descontaminación según corresponda. En este sentido, en el Plan de Cumplimiento de la legislación ambiental aplicable al proyecto, el titular debe incluir estos antecedentes, más allá de la discusión acerca de si las normas de calidad constituyen normas aplicables a los particulares”.

⁶⁸ El resultado expuesto tiene además apoyo en el Derecho comparado. Tal es el caso de la ley federal alemana sobre protección contra inmisiones (*Bundesimmissionsschutzgesetz*, *BlmSchG*) en el § 48. Cfr. *Hans Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar*, Ed. Beck, 3ª edición, Munich, 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 inmisión y emisión alemanes al Derecho comunitario europeo. Cfr. *Christian Bönker*, *Die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Umweltstandards*

ambientales en el desarrollo de programas de medición y control de la calidad ambiental de aire, agua y suelo (C.III, 10). El único sujeto capaz de incumplir una norma es su destinatario. Dicho incumplimiento comienza desde el momento en que ha transcurrido un plazo más que razonable para la dictación de la norma y la autoridad no ha iniciado el estudio para la elaboración de la misma. En el caso de las normas de calidad ambiental, el destinatario de la obligación es la Administración del Estado. Lo que además tiene lógica constitucional, toda vez que es a la Administración del Estado a quien en primer lugar le corresponde velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado.

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 ellos, sólo aquellos más importantes deberían ser objeto de regulación (MP10, MP2,5, 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 o lleve a cabo programas de medición de todos ellos, ya que el mandato del art. 33 LBGMA es genérico y no opera exclusivamente sobre la base de la medición de los contaminantes regulados en las normas de calidad ambiental.

4.5 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 a continuación se hace una referencia a las normas procedimentales establecidas para su dictación⁹⁹. El art. 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;
- Fijación de los plazos y formalidades para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 32 LBGMA y;
- Fijación de los criterios para revisar las normas vigentes.

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

in Verwaltungsvorschriften, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1992, pp. 804 y ss. Reinhard Hendler, *Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis*, en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1998, pp. 481 y ss, en especial pp. 488-490.

⁹⁹ Este tema se puede ver en Eduardo Astorga Jorquera, *Derecho ambiental chileno, parte general*, op. cit., pp. 235 a 246.

4.6 Estudio de caso: el material particulado respirable MP10

El DS N° 59/98 MINSEGPRES, modificado por el DS N° 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 emergencia⁷⁰. 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 igual o inferior a 10 micrones⁷¹. Con la entrada en vigor de una normativa especial para el material particulado fino, igual o inferior a 2,5 micrones de diámetro, la regulación contenida en el DS N° 59/98 del MINSEGPRES resulta sólo aplicable para el material particulado grueso, a saber: aquél que resulte superior a 2,5 e igual o inferior a 10 micrones de diámetro.

Este material puede 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 pueden ingresar 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. 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. Así, 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. En consecuencia, no sólo la contaminación, sino también las condiciones geográficas y climáticas jugarán un papel determinante en la concentración de los contaminantes.

La norma primaria de calidad ambiental contenida en el DS N° 59/98 MINSEGPRES 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 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, en principio, se deberían determinar las

⁷⁰ Nótese que el DS fija una norma de calidad primaria, y no una norma primaria de calidad ambiental, como las denomina la LBGMA.

⁷¹ El art. 1 DS N° 59/98, lo define como: Material particulado respirable MP10: material particulado con diámetro aerodinámico menor o igual que 10 micrones.

situaciones de emergencia⁷², 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* (C.III, 5.6.3), 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 muchas de sus respuestas son 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 de calidad 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 calidad⁷³.

En segundo término, habría que preguntarse si la norma de calidad ambiental chilena pudiere haber asumido el estándar internacional en materia de MP10. Tanto el legislador, al establecer el carácter nacional de las normas primarias, como el poder ejecutivo al dictar el DS N° 59/98 y 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 a combustión interna tuviere restricciones totales o parciales de circulación. Aun así, es probable que el estándar internacional no se alcanzase.

Igualmente desoladora es la conclusión del MP10 como concentración anual, el que se ha fijado en 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ ⁷⁴. En el Derecho comparado ambiental, las normas anuales son todavía más estrictas (40 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ la Unión Europea⁷⁵, 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.

⁷² 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 $\mu\text{g}/\text{m}^3$.

⁷³ La misma comparación es válida para muchas de las ciudades medianas y grandes del país.

⁷⁴ Rodrigo Pizarro y Paola Vasconi, Estudios Fundación Terram, Análisis de Políticas Públicas N° 3, septiembre 2001, p. 7 señalaban: "Si bien Chile no cuenta con una norma anual para PM 10 –dada la estacionalidad del fenómeno no se justificaria– 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 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ ".

⁷⁵ El índice de 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ diario se estableció en la Directiva 1999/30/CE. Actualmente esta normativa ha sido refundida en la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo: "Ambient Air Quality and Cleaner Air for Europe". En ella se mantuvo el nivel diario de 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ y se fijó un nivel anual de 40 $\mu\text{g}/\text{m}^3$.

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 MINSEGPRES, éste establece una escala de situaciones de emergencia ambiental. El art. 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 (µg/m3N) en 24 horas

Nivel 1º 195 - 239

Nivel 2º 240 - 329

Nivel 3º 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”.

Dicha disposición puede esquematizarse en la siguiente tabla:

TABLA N° 2

MP10 µg/m³ 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 µg/m3 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 µg/m3. Este aspecto del DS N° 59/98 MINSEGPRES presenta algunos problemas. El art. 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 art. 3 del DS N° 59/98 MINSEGPRES, dichos niveles comienzan a partir de los 195 µg/m3⁷⁶. Sin embargo, el art. 1 del mismo DS había fijado como valor

⁷⁶Si las situaciones de emergencia ambiental comienzan a operar a partir del nivel 195 µg/m3 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 µg/m3, y sigue estando muy lejos de los valores internacionalmente aceptados.

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 arts. 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 prevención o descontaminación) y las situaciones de emergencia ambiental, cosa que no entendió así el DS N° 59/98.

El MP10 en el Derecho comparado

Tal como se señaló, la norma para MP10 analizada contiene un estándar para la media de 24 horas, el que origina situaciones de emergencia a partir de 195 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ y como media anual de 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$. Algunos ejemplos ilustrativos que permiten comparar la norma chilena, se contienen en la siguiente tabla:

TABLA N° 3

País/Estado	Niveles máximos permitidos	Media 24 hrs./ Media anual
EE.UU.	150 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	24 hrs.
	50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	Media anual (derogada en 2006)
California	50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	24 hrs.
	20 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	Media anual, desde 1983
Noruega	70 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	24 hrs.
	40 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	Media semestral, desde 1992
Suiza	50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	24 hrs.
	20 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	Media anual
Unión Europea	50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	24 hrs.
	40 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	Media anual
México	120 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	24 hrs.
	50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$	Media anual

La Tabla corresponde a un espectro bastante representativo de la situación de los valores para MP10 en países miembros de la OCDE. 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. Por su parte, nada obsta a que los países miembros de la Unión Europea establezcan estándares más estrictos a la hora de transponer las disposiciones comunitarias nivel nacional, para dar cumplimiento de manera anticipada a las metas establecidas en ellas.

En el caso de los valores establecidos en la Unión Europea, estos han sido fijados por la Directiva 2008/50/CE, de 21 de mayo de 2008. La Directiva prevé un estándar de 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ como media diaria y de 40 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ de media anual, reiterando los criterios establecidos en la Directiva anterior. No obstante, las metas fijadas prevén una reducción del índice anual a 20 $\mu\text{g}/\text{m}^3$. Además, cabe señalar que la principal innovación de dicha Directiva, en relación a la Directiva 1999/30/CE, ha sido el establecimiento de diferentes niveles de tolerancia para el material particulado fino y el grueso, siguiendo la regulación de los Estados Unidos, vigente desde 1997, y estableciendo metas progresivas para su cumplimiento.

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 EEUU, la que sirve de débil justificación dado que los Estados introducen normas más exigentes. 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.

4.7 Estudio de caso: norma primaria de calidad ambiental para MP2,5

La norma primaria de calidad ambiental para el material particulado fino respirable ha sido establecida por el DS N° 12/2011 del MMA, D.O. de fecha 9 de mayo de 2011. A partir de la entrada en vigor de esta regulación⁷⁷, es posible dividir el material particulado respirable en una fracción gruesa, mayor a 2,5 e igual o inferior a 10 micrones de diámetro y una fina, igual o inferior a 2,5 micrones de diámetro (art. 2 a) y b) DS 12/2011). La fracción fina del material particulado se diferencia de la gruesa, principalmente, en cuanto a los impactos que su inhalación genera sobre la salud, identificándose los siguientes efectos: mortalidad y admisiones hospitalarias en pacientes con enfermedad pulmonar obstructiva crónica y con enfermedad cardiovascular, exacerbación de los síntomas e incremento del asma, aumento de riesgo de infartos al miocardio, inflamación pulmonar, inflamación sistémica, disfunciones endoteliales y vasculares, desarrollo de aterosclerosis, incremento en la incidencia de infecciones cáncer respiratorio.

La creciente evidencia acerca de su mayor peligrosidad respecto del MP10, ha llevado a establecer un régimen especial respecto de sus concentraciones y períodos máximos tolerables, toda vez que, al no existir un nivel seguro conocido, las normas ambientales deben tender a los niveles más bajos posibles⁷⁸.

En efecto, ya desde la época de dictación del DS N° 59/98 MINSEGPRES, relativo a la norma primaria de calidad ambiental para el material particulado respirable MP10, la literatura especializada daba cuenta de la mayor peligrosidad del material particulado fino⁷⁹. Ello debido a su mayor tiempo de

⁷⁷ El art. 14 del DS N° 12/2011 del Ministerio del Medio Ambiente establece: “El presente decreto entrará en vigencia el 1° de enero de 2012”.

⁷⁸ Luis Abdón Cifuentes, Informe sobre relación de la norma de calidad primaria MP2,5 con la norma de calidad primaria de MP 10, s/n, Santiago, 2010, p. 104.

⁷⁹ “En resumen, este estudio demuestra que la contaminación determinada por material particulado fino (MP 2,5) y grueso (MP 10) tiene un efecto deletéreo en pacientes con IC [insuficiencia cardíaca], asociándose a un incremento en el riesgo de hospitalización por descompensación de la IC. Este efecto es significativo en un subgrupo de pacientes vulnerables, en particular hombres de menos de 74 años con antecedentes de hipertensión arterial, pacientes diabéticos añosos

permanencia en la atmósfera y a su alta capacidad de transporte. A ello se agrega que, por su tamaño, ingresa con mayor facilidad al sistema respiratorio, llegando con más facilidad hasta los alvéolos y los pulmones, a diferencia del material particulado grueso. Por ello, la regulación de la contaminación atmosférica en los Estados Unidos, ya desde 1997, diferenciaba dichas sustancias del régimen jurídico aplicable en general al material particulado, estableciendo una normativa más exigente a nivel federal⁸⁰.

Esta regulación era indiferenciada hasta el DS N° 12/2011 MMA. En efecto, desde la dictación del DS 59/98 MINSEGPRES, la regulación del material particulado había sido indiferenciada, siendo aplicable tanto para el material respirable grueso como para el fino, con las consiguientes afectaciones que ello supone para la salud. La situación ha sido particularmente grave, considerando las altas concentraciones tolerables que, como se ha visto, fueron fijadas por la norma primaria de calidad ambiental para MP10.

El art. 3 del DS N° 12/2011 MMA ha establecido las limitaciones para MP2,5. Esta disposición señala: *"La norma primaria de calidad del aire para material particulado fino es veinte microgramos por metro cúbico (20 µg/m³), como concentración anual, y cincuenta microgramos por metro cúbico (50 µg/m³), como concentración de 24 horas"*. Dado que se trata de una norma primaria de calidad ambiental, resultarán aplicables todos los cuestionamientos ya formulados acerca de la idoneidad de la técnica de protección, toda vez que, al igual que en materia de MP10, se trata de un índice de tutela que recibirá aplicación en todo el territorio de la República, desconociendo la disparidad de la realidad ambiental existente (C.III, 4.3.3).

La regulación contenida en el DS 12/2011 MMA tiene dos clases de reparos: su vinculación con la norma primaria para MP10 y la formulación del estándar de protección ambiental. En relación con el primer reparo, el art. 2 inc. 4° del DS N° 59/98 MINSEGPRES dispone: *"A contar del día 1° de enero del año 2012, la norma primaria de calidad del aire para el contaminante Material Particulado Respirable MP10, será de ciento veinte microgramos por metro cúbico normal (120 µg/m³N) como concentración de 24 horas, salvo que a dicha fecha haya entrado en vigencia una norma de calidad ambiental para Material Particulado Fino MP2,5, en cuyo caso se mantendrá el valor de la norma establecido en el inciso primero"*. Pues bien, el art. 14 del DS N° 12/2011 MMA ha establecido que la norma primaria de calidad ambiental para el material particulado fino *"entrará en vigencia el 1° de enero de 2012"*. Así, si bien la entrada en vigor de una regulación especial para el material particulado fino supone un avance desde la perspectiva de la gradualidad en la mejora y precisión de las normas ambientales, este avance no es del todo completo, debido a que, con la entrada en vigor de la regulación para MP2,5, se ha impedido que tuviera lugar el aumento del estándar de protección ambiental respecto del material particulado grueso. De no haberse previsto la vigencia de la norma primaria de calidad ambiental para

y pacientes con ambas comorbilidades (diabéticos e hipertensos). En general, el efecto de la contaminación en este grupo vulnerable se hace manifiesto luego de alrededor de una semana postmáxima exposición". Pablo Castro, Jeanette Vera, Luis Cifuentes, Gregory Wellenius, Hugo Verdejo, Luis Sepúlveda, José Luis Vukasovic, y Silvana Llevaneras, *Polución por material particulado fino (PM 2,5) incrementa las hospitalizaciones por insuficiencia cardíaca*, en *Revista Chilena de Cardiología*, Vol N° 29 N° 3, 2010, p. 312.

⁸⁰ En este sentido, además de Estados Unidos y California, hoy en día existen regulaciones especiales para el material particulado fino en Australia, Canadá, México y Ecuador. Informe Dictuc, *Análisis de antecedentes para evaluación de escenarios en la elaboración de la norma de calidad primaria de MP2,5*, s/n, Santiago, 2008, p. 5.

el MP2,5 en la fecha ya señalada, el estándar para el contaminante MP10 –y, por tanto, para el MP2,5, por quedar comprendido dentro de la definición de MP10, a falta de una definición en particular–, se habría entendido reducida de ciento cincuenta a ciento veinte microgramos por metro cúbico normal, por aplicación del art. 2 inc. 4º del DS Nº 59/98 MINSEGPRES.

Desde la perspectiva de la formulación de la norma de calidad ambiental para MP2,5, (20 µg/m³ concentración anual y 50 µg/m³ concentración de 24 horas) se trata de una *norma de compromiso*, que al igual que para con el MP10, se aleja de los estándares internacionales aplicables en la materia. Su establecimiento, unido al procedimiento que ha llevado a la dictación de estas normas, permiten observar los siguientes aspectos:

- La consagración de un índice de 50 µg/m³ ha supuesto una reducción inicial del umbral tolerable para la concentración del material particulado fino. En efecto, el anteproyecto contemplaba una regulación que iniciaba el año 2012 con una concentración de 63 µg/m³ diaria; este nivel posteriormente se reducía a 50 µg/m³ al día para el año 2022; y, finalmente, se fijaba una meta diaria de 25 µg/m³ para el año 2032. La regulación final adopta un enfoque diverso desde una perspectiva doble. Por una parte, establece de manera inmediata el estándar de protección ambiental contemplado para el año 2022, lo que evidentemente es positivo. Sin embargo, a reglón seguido, excluye la gradualidad de la protección ambiental, al no incorporar niveles progresivamente más estrictos para los años siguientes, lo que obligará a someter a la norma a un proceso de revisión constante, que debería tender a su reducción a partir del año quinto (art. 32 inc. 4º LBGMA).

La regulación se aparta de la tendencia comparada en que se establecen normas crecientemente más estrictas en el tiempo. Una manifestación de la gradualidad en el cumplimiento de estas metas lo demuestra el establecimiento de estándares ambientales para el MP2,5 en la Unión Europea. En este sentido, la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, establece un sistema de dos fases, contemplando un estándar anual de 25 µg/m³ al 1 de enero de 2015. Este nivel se reduce a 20 µg/m³ al 1 de enero de 2020. Por su parte, la OMS ha fijado un nivel diario de 25 µg/m³, que puede ser alcanzado a través de objetivos intermedios que permitan, gradualmente, llegar a este estándar recomendado.

- La situación se agrava si se consideran los niveles de concentración de contaminantes permitidos por la norma calidad ambiental en estudio. Así, si bien el estándar de MP10 resulta compatible, en principio, con el nivel establecido en los Estados Unidos, la concentración de material particulado fino en análisis se aleja incluso de este modelo, debido a que, a nivel federal, en los Estados Unidos estas concentraciones se limitan a los 35 µg/m³ como concentración diaria y 15 µg/m³ como concentración anual. Por lo demás, el nivel establecido por el DS Nº 12/2011 MMA constituye el doble del estándar guía señalado por la OMS, que se limita a la concentración a 25 µg/m³ por día, sin que la regulación prevea, como ya se ha señalado, mecanismos para alcanzar este nivel en un futuro próximo⁸¹.

⁸¹ Informe Dictuc, *op. cit.*, p. 15.

TABLA N° 4

Pais/Estado	Niveles maximos permitidos	Media 24 hrs / Media anual
Argentina	35 µg m3	24 hrs
	15 µg m3	Media anual
Brasil	35 µg m3	24 hrs
	12 µg m3	Media anual
Canada	25 µg m3	24 hrs
	8 µg m3	Media anual
Estados Unidos	65 µg m3	24 hrs
	15 µg m3	Media anual
Union Europea	No aplica	24 hrs
	25 µg/m3	Media anual
Chile	20 µg/m3	A partir del 01.01.2020
	50 µg/m3	24 hrs.
Chile	20 µg/m3	Media anual

A todo lo anterior, debe añadirse la circunstancia que, al igual que la norma para MP10, el DS N° 12/2011 MMA reproduce el margen de tolerancia entre la superación del estándar de calidad ambiental y la adopción de las medidas previstas para operar durante los episodios de contaminación⁸². En efecto, el art. 5 del DS N° 12/2011 MMA estructura los niveles de alerta, preemergencia y emergencia ambiental conforme al siguiente esquema:

TABLA N° 5

Nivel	Concentración 24 horas MP 2,5 (µg/m³)
1 Alerta	80-109
2 Preemergencia	110-169
3 Emergencia	170 o superior

En consecuencia, a partir de la superación del nivel de contaminación de 50 µg/m3 al día no se producirá la consecuencia de dar origen a un episodio de emergencia ambiental (art. 32 inc. 1º LBGMA). Por el contrario, desde 0 hasta 79 µg/m³, no se producirá episodio alguno. Entonces, al igual que respecto

⁸² Por su parte, las condiciones de superación de la norma han sido establecidas en el art. 4 del DS N° 12/2011 MMA, que establece: “se considerará sobrepasada la norma primaria de calidad del aire para material particulado fino respirable MP 2,5, en los siguientes casos: a) Cuando el percentil 98 de los promedios diarios registrados durante un año, sea mayor a 50 (µg/m3), en cualquier estación monitora calificada como EMRP; o b) Cuando el promedio tri-anual de las concentraciones anuales sea mayor a 20 (µg/m3), en cualquier estación monitora calificada como EMRP. Si el periodo de medición en una estación monitora no comenzare el 1º de Enero, se considerarán los tres primeros periodos de 12 meses a partir de tres meses de inicio de las mediciones, hasta disponer de tres años calendario sucesivos de mediciones”.

de la regulación aplicable al MP10, la regulación del material particulado fino prevé la aplicabilidad de las medidas para episodios de contaminación una vez rebasado en $30 \mu\text{g}/\text{m}^3$ los $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$ que son necesarios como norma primaria. Ello importa que, para llegar a un nivel de emergencia ambiental, deberá superarse un umbral equivalente a más de siete veces el nivel recomendado por la OMS y cercano a cinco veces del que resulta aplicable en los Estados Unidos, a nivel federal, sin perjuicio de la ya referida facultad de los Estados para establecer estándares de protección ambientales más estrictos.

Por su parte, según el art. 4 del DS N° 12/2011 MMA: *“se considerará sobrepasada la norma primaria de calidad del aire para material particulado fino respirable MP2,5, en los siguientes casos:*

- a) Cuando el percentil 98 de los promedios diarios registrados durante un año, sea mayor a $50 (\mu\text{g}/\text{m}^3)$, en cualquier estación monitora calificada como EMRP; o
- b) Cuando el promedio trianual de las concentraciones anuales sea mayor a $20 (\mu\text{g}/\text{m}^3)$, en cualquier estación monitora calificada como EMRP.

Si el periodo de medición en una estación monitora no comenzare el 1° de enero, se considerarán los tres primeros periodos de 12 meses a partir del mes de inicio de las mediciones, hasta disponer de tres años calendario sucesivos de mediciones”.

Nuevamente, puede apreciarse aquí que la norma fija un nivel de concentración anual de $20 \mu\text{g}/\text{m}^3$, sin embargo, se trata sólo de un valor de referencia, ya que sólo si es superior en un año a $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$, o en tres años el promedio es superior a $20 \mu\text{g}/\text{m}^3$, podrá declararse como zona latente o saturada, según corresponda. Por tanto, en realidad la media anual en la norma chilena es de $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$, y la norma trianual promedio es $20 \mu\text{g}/\text{m}^3$.

5. NORMAS DE EMISIÓN

Las normas de emisión establecen los niveles de contaminación admisible en relación con cada fuente contaminante⁸³. Ellas apuntan al control durante la ejecución de las actividades contaminantes y hacen posible el monitoreo continuo en la fuente de emisión. 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, 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 la decisión política y los recursos necesarios para verificar su cumplimiento.

⁸³ Jorge Agudo González, El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental, Ed. Montecorvo, Madrid, 2004, p. 161.

5.1 Concepto

El art. 2 o) LBGMA define a las normas de emisión como *“las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora”*.

Como puede apreciarse, de la definición legal se desprende que la norma de emisión sólo se refiere a la determinación de una cantidad de contaminante, la cual debe ser medida o valorada en el efluente de la fuente emisora. Al respecto debe tenerse en cuenta que la LBGMA no utiliza la expresión “efluente” en su sentido natural, es decir como *“líquido que procede de una planta industrial”* (definición del Diccionario de la RAE). Sino que la expresión “efluente”, que utiliza la definición legal, debe ser entendida en un sentido amplio, esto es como el lugar o punto desde el cual fluye, emana o se emite el contaminante, el cual puede presentarse en cualquier estado. En este punto, además, debe tenerse en cuenta que el concepto de contaminante de la LBGMA es amplio, así se desprende del art. 2 d) *“Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o periodos 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”*. Por lo tanto, un contaminante será un elemento que puede presentarse en cualquier forma o estado y siempre que constituya un riesgo para alguno de los bienes jurídicos que la propia norma señala.

Si el efluente es considerado en forma amplia, dado el concepto de contaminación, lo mismo deberá entenderse respecto de la forma de medición de la contaminación. En efecto, comúnmente se asocia a las normas de emisión con la medición directa de la cantidad de contaminante, tomada a través de muestras o instrumentos en el efluente. Sin embargo, existen múltiples formas de calcular un nivel de emisión, por ejemplo, a través del cálculo del consumo de insumos o de combustible, asociado a nivel o cantidad de producto, o tiempo de uso.

5.2 Clases

Las normas de emisión pueden ser diversas, en función del criterio clasificador que se adopte en cada caso. Una norma de emisión basada en el tipo de fuente emisora es aquella que fija estándares de contaminación según la clase de instalación o artefacto del cual emana el contaminante. Las normas de emisión podrían ser referidas también al tipo de producto, al tipo o al estado del contaminante y al medio o elemento del medio ambiente en que se realiza el vertido o emisión. En tal sentido, pueden distinguirse las siguientes perspectivas:

- **Normas de emisión para fuentes de carácter fijo:** corresponden a aquellas fuentes emisoras de contaminantes consistentes en instalaciones fijas o no movibles, tales como fábricas, centrales térmicas, talleres, incineradoras, tranques de relaves, 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.
- **Normas de emisión para fuentes de carácter móvil:** por oposición a las anteriores corresponden a aquellas provenientes de vehículos, sean estos de transporte público o privado, terres-

tre, 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.

- *Normas que fijan estándares para productos:* se trata de aquellas normas que fijan niveles permisibles de los contaminantes que pueden emitirse en un proceso de fabricación o en la utilización de un determinado producto, de manera que este no afecte al medio ambiente o a la salud de las personas. Esta clase de normas hoy día son utilizadas para medir las denominadas “huellas”, es decir, la traza o consumo de un determinado elemento, por ejemplo, huella de agua; o un determinado nivel de contaminación, por ejemplo, huella de carbono.
- *Normas de emisión, según el tipo de contaminante que regulan:* la norma de emisión puede basarse en la forma en que se realiza el vertido o emisión y la composición o contenido del contaminante que ella regula. En tal sentido podría tratarse de normas que fijen estándares para emisiones de carácter gaseoso, lumínico, líquido, etc. Asimismo, en cada uno de estos casos la norma señalará un estándar para un contaminante específico, por ejemplo, para CO₂, NO_x, S, Cu, Mb, ph, etc.
- *Normas de emisión, según el elemento ambiental en que se vierte:* 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 N° 609/1998 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.

En definitiva, las normas de emisión se caracterizan por corresponder a un típico instrumento de comando y control. Asimismo, esta clase de instrumentos de gestión ambiental han sido definidos en el ordenamiento jurídico ambiental chileno de una manera amplia, puesto que se refiere a cualquier tipo de efluente contaminante, no sólo los líquidos, y remitiendo tácitamente la determinación de lo que debe entenderse por fuente emisora a lo que se disponga en la norma de emisión en particular.

5.3 Dictación de las normas de emisión

La dictación de las normas de emisión, en su aspecto formal, corresponde a un DS, por lo que en general no se ha discutido su naturaleza, atribuyéndosele un carácter reglamentario⁸⁴. Al respecto, el art. 40 LBGMA dispone que *“Las normas de emisión se establecerán mediante decreto supremo que llevará las firmas del Ministro del Medio Ambiente y del ministro competente, según la materia de que se trate, el que señalará su ámbito territorial de aplicación”*. De dicha disposición se desprenden al menos tres conclusiones:

- El MMA no es soberano para la dictación de esta clase de normas, toda vez que para expedir

⁸⁴ TC sentencia rol N° 577/2006 considerando 22°.

el respectivo DS tendrá siempre que contar con la anuencia –manifestada en la firma– del ministerio competente, según la materia. Lo mismo ocurre en la dictación de las normas de calidad ambiental, en relación con el Ministerio de Salud (art. 32 inc. 1º LBGMA), sin embargo, puede existir una diferencia en el enfoque político de la autoridad. Mientras la autoridad de salud estará centrada en el bienestar de la población, un ministerio sectorial lo estará en la productividad de su sector. La herramienta con que contará el MMA para contrarrestar esta situación será a través de su participación en la EAE (C.III, 3)

- Existe una impropiedad en el art. 40 inc. 1º, ya que las normas de emisión no regulan materias sino contaminantes. Con lo que aquí se produce una incoherencia entre las disposiciones de los art. 2 letras d) y o) y art. 40 LBGMA.
- Podrán existir normas de emisión de carácter específico para determinados espacios o ámbitos territoriales, las que podrían ser diversas a una eventual norma general de emisión. Sin embargo, dicho trato diferenciado debe ser justificado, de manera de cumplir con el estándar del art. 19 Nº 2 inc. 2º CPR. Este trato diferenciado puede apreciarse, por ejemplo, en materia de RILES. Por un lado está la norma general, el DS Nº 90/2000 MINSEGPRES, que aprueba la Norma de Emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales; frente al DS Nº 80/2006 MINSEGPRES, que aprueba Norma de Emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al Estero Carén.

5.4 Carácter progresivo o mejoramiento gradual de las normas de emisión

El art. 32 inc. 4º LBGMA dispone que *“Toda norma de calidad ambiental será revisada por el Ministerio del Medio Ambiente a lo menos cada cinco años”*. Evidentemente la norma obliga a la revisión de las normas de calidad, y no existe una norma similar para las de emisión. Sin embargo, la incardinación que existe entre los diversos instrumentos de gestión ambiental (norma de calidad –plan de prevención o descontaminación– norma de emisión) conlleva, necesariamente, a que una vez revisada la norma de calidad también debería someterse a revisión la norma de emisión, de manera que no vuelva a producirse una situación de declaración de zona latente o saturada (Ver C.III, 6). Aunque la norma legal no lo dice, la revisión de la norma de emisión debe ser con el objetivo de afinar o volver más estrictos los estándares ambientales y nunca en el sentido inverso⁸⁵. En el caso del DS Nº 90 de RILES citado, atendido que entró en vigencia plena recién en 2006, es poco probable que en el primer proceso de revisión sufra una alteración en los parámetros de contaminación.

Sin perjuicio del problema de la revisión temporal de tales normas, conviene detenerse en una de las innovaciones introducidas por la Ley Nº 20.417 respecto de las normas de emisión. Al respecto el art. 40 inc. 2º dispuso que *“Corresponderá al Ministerio del Medio Ambiente proponer, facilitar y coordinar la dictación de normas de emisión, para lo cual deberá sujetarse a las etapas señaladas en el artículo 32, inciso tercero, y en el respectivo reglamento, en lo que fueren procedentes, considerando las condiciones y características ambientales propias de la zona en que se aplicarán, pudiendo utilizar*

⁸⁵ Lo que implica un respeto al principio de no regresión en materia ambiental (Ver C.I, 5.5).

las mejores técnicas disponibles, como criterio para determinar los valores o parámetros exigibles en la norma, cuando corresponda”.

La primera parte entrega argumentos para la revisión temporal de las normas de emisión, pero además incorpora que la norma puede “*utilizar las mejores técnicas disponibles como criterio para determinar los valores o parámetros exigibles en la norma*”. En realidad esta disposición plantea una duda respecto de su alcance ya que de su tenor literal se desprende que el MMA, al elaborar la norma de emisión, podrá usar las mejores técnicas disponibles para establecer o fijar el valor o parámetro de contaminación. En tal sentido se trataría de una orden a la autoridad reguladora y no a la fuente emisora. Si esa es la interpretación literal, habría que concluir que se trata de una disposición inoficiosa, toda vez que el regulador siempre puede establecer como parámetro o valor de contaminación el que arroje la mejor tecnología disponible. Por el contrario, si lo que el legislador quiso disponer es que en las normas de emisión se pueden incorporar cláusulas BAT (por la sigla en inglés de *best available technology*)⁸⁶, se estaría aludiendo, entonces, a una cláusula flexible susceptible de ser exigida a determinadas actividades o establecimientos contaminantes, que por su nivel de contaminación o de riesgo ambiental o para la salud de la población, deberá operar siempre con la mejor tecnología existente⁸⁷. Dichas cláusulas son comunes en el Derecho ambiental comparado (como el norteamericano, o el alemán, los cuales las incorporan en materia de aguas, emisiones a la atmósfera, radiación nuclear, biotecnología, etc.).

5.5 Estudio de caso: residuos líquidos industriales en aguas superficiales

En este punto se analizará el caso de la norma para residuos líquidos industriales aplicable a la actividad minera. El DS N° 90/2000 MINSEGPRES, aprobó la Norma de Emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales. El numeral 1 del DS N° 90, en lo pertinente, dispone: “*La presente norma tiene como objetivo de protección ambiental prevenir la contaminación de las aguas marinas y continentales superficiales de la República, mediante el control de contaminantes asociados a los residuos líquidos que se descargan a estos cuerpos receptores*”.

Tal como su nombre lo indica, el DS N° 90 tiene por objeto determinar los estándares o niveles de contaminantes aceptables que pueden ser contenidos en las descargas de residuos líquidos vertidos en aguas marinas o en aguas continentales superficiales dentro del territorio nacional. Se trata de una norma de alcance nacional, por lo que todos los vertidos de RILES en cuerpos de aguas superficiales quedan vinculados por la norma de emisión, con dos excepciones: aquellos contaminantes que no fueron expresamente incluidos dentro de la tabla del DS N° 90; y aquéllos que estándolo, fueron regulados específicamente para las descargas desde tranques de relaves en el estero Carén, en virtud del DS N° 80/2006 MINSEGPRES. En efecto, si bien el DS N° 90 es general en cuanto a su ámbito espacial y de contaminantes regulados, el DS N° 80 2006 estableció la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén. Es decir, se trata de una

⁸⁶ Richard Lazarus, *The making of environmental law*, The University of Chicago Press, 2004, p. 197.

⁸⁷ Cfr. Arndt Schmehl, *Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt zwischen Stabilität und Flexibilität*, Ed. Nomos, Baden Baden, 1998.

norma de emisión específica y con valores diversos a los del DS N° 90, para los RILES provenientes de tranques de relaves al estero Carén en la Región de O'Higgins⁸⁸.

5.5.1 Definiciones

Dentro del listado de definiciones que se contienen en el numeral 3 del DS N° 90, conviene detenerse en algunas de aquellas que resultan de trascendencia para los efectos del presente capítulo. Al respecto, se deben considerar las siguientes:

"3.6 Descargas de residuos líquidos: es la evacuación o vertimiento de residuos líquidos a un cuerpo de agua receptor, como resultado de un proceso, actividad o servicio de una fuente emisora";

"3.7 Fuente emisora: es 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 de los parámetros indicados en la siguiente tabla"; y,

"3.10 Residuos líquidos, aguas residuales o efluentes: Son aquellas aguas que se descargan desde una fuente emisora, a un cuerpo receptor".

Como se verá más adelante, estas definiciones que entrega la norma de emisión plantean dificultades interpretativas, las que se traducirán en problemas en la aplicación de dichos parámetros de emisión.

Residuo Líquido Industrial

En la definición del art. 2 d) LBGMA se caracteriza a los contaminantes en términos amplios, es decir, como *"todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental"*. No obstante la amplitud de la definición legal citada, para el caso del DS N° 90, no todos los elementos contaminantes en estado líquido que provengan desde un establecimiento industrial o desde una faena minera deben ser considerados como RILES. Tal como se desprende de las definiciones de los numerales transcritos, para que se pueda considerar como RILES deben reunirse los siguientes requisitos:

- *Evacuación o vertimiento del contaminante:* la primera exigencia del DS N° 90 es que la emisión precisamente se produzca, esto es, que el elemento contaminante salga desde el establecimiento. *A contrario sensu*, no puede ser considerado como contaminante si tales elementos permanecen en el establecimiento, por ejemplo, en un sistema de circuito cerrado y sin que ingresen o se incorporen en un elemento ambiental.
- *Evacuación hacia o en un cuerpo de agua receptor:* es decir, que el elemento contaminante

⁸⁸ Dicho DS N° 80/2006 fue objeto de examen de constitucionalidad a requerimiento de un grupo de parlamentarios ante el TC, el que por sentencia de 26.04.07 rol N° 577 declaró la constitucionalidad de la norma.

líquido sea derramado o vaciado en una masa, cuerpo o extensión de agua. El numeral 3.4 del DS N° 90 define al cuerpo de agua receptor como *“el curso o volumen de agua natural o artificial, marino o continental superficial, que recibe la descarga de residuos líquidos. No se comprenden en esta definición los cuerpos de agua artificiales que contengan, almacenen o traten relaves y/o aguas lluvias o desechos líquidos provenientes de un proceso industrial o minero”*. En consecuencia, para la aplicación del DS N° 90, dicho cuerpo de agua deberá ser continental (río, cauce, estero, lago, laguna, etc.) y además superficial (por oposición a los vertidos en aguas subterráneas). Por su parte, quedarán excluidos de la aplicación de la norma las descargas que dentro de la faena se produzcan al relave o piscina de residuos que se ubica dentro de una determinada actividad.

- *El residuo o contaminante debe ser líquido*: el DS N° 90 regula algunos de los contaminantes que se manifiestan en estado líquido o que son emitidos, evacuados o vertidos en dicho estado. Por el contrario, si dentro del proceso de saneamiento o control de la contaminación desde un establecimiento industrial, el contaminante es extraído desde su estado líquido, por ejemplo, a través de su decantación, retirándolo en forma de lodo, en tal caso el residuo ya no calificará como residuo líquido. En tal supuesto, resultará aplicable la regulación pertinente sobre residuos sólidos industriales, conocidos por la sigla RISES. Tal es la conclusión a que llega el numeral 4.1.2 del DS N° 90 el cual dispone: *“Los sedimentos, lodos y/o sustancias sólidas provenientes de sistemas de tratamiento de residuos líquidos no deben disponerse en cuerpos receptores y su disposición final debe cumplir con la normas legales vigentes en materia de residuos sólidos, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 3.11 de esta norma”*.
- *Resultado de una actividad*: el contaminante es consecuencia o resultado de un proceso, actividad o servicio realizado en una fuente emisora. Por el contrario, el DS N° 90 no resultaría aplicable a los contaminantes —incluso líquidos provenientes de un establecimiento— que no tengan relación con la actividad, proceso o servicio que sea llevado a cabo por el establecimiento. Así por ejemplo, el agua de lluvia o las aguas provenientes de una inundación que puedan provenir desde un establecimiento o faena no podrían ser considerados como RILES. Este punto es central para determinar la aplicabilidad del DS N° 90 a actividades industriales específicas, como las faenas mineras, puesto que para responder si las “aguas de contacto” que en ellas se producen son o no RILES, se debe responder la pregunta previa acerca de si sin la realización de la actividad se hubiere alterado la composición natural de las aguas y por tanto hubiere resultado aplicable la norma.

Fuente Emisora

La definición de fuente emisora del DS N° 90 contenida en el numeral 3.7 exige dos elementos para que un determinado establecimiento pueda ser calificado como fuente emisora, y por tanto, que le resulte aplicable alguna de las tablas contenidas en la norma de emisión:

- *La fuente debe emitir un residuo líquido*, en los términos ya vistos en el numeral anterior.
- *El residuo líquido emitido por la fuente debe contener una carga contaminante superior a la dispuesta en las tablas*. Para la calificación de fuente emisora es necesario que la media diaria

o de valor característico de los contaminantes sea superior en uno o más de los parámetros indicados en la tabla que se contiene en el propio numeral 3.7. Por el contrario, no se consideran fuente emisora las fuentes que emitan por debajo de los parámetros señalados en dicha tabla, por tanto no quedan sujetos a los requerimientos que impone el DS N° 90 para las fuentes emisoras. Este segundo requisito pone de manifiesto la distinción entre lo que ocurre en la realidad práctica, en que cualquier actividad industrial que emite contaminantes es una fuente emisora, aunque lo sea en una mínima expresión, y la realidad normativa, que toma sólo una parte de dicha realidad para someterla a un determinado orden jurídico, en la especie, la fuente emisora definida en el DS N° 90.

Efluente

La contaminación proveniente desde un establecimiento debe tener el carácter de *efluente* para que le resulten aplicables los estándares de nivel de contaminación que la respectiva norma establezca. Es decir, que el elemento contaminante proviene efectivamente del establecimiento. En consecuencia, determinar que el residuo que proviene de un establecimiento es o no un efluente se traduce en un aspecto fundamental de la regulación aplicable al problema propuesto.

Punto de descarga

En principio, para el caso de la contaminación líquida, el efluente puede ser entendido como el punto por el cual se produce la descarga. Por lo tanto, para el caso de los RILES, corresponderá al caño, ducto, canal o tubería por el cual sale la contaminación e ingresa en el medio acuático. En consecuencia, el efluente será el residuo líquido, esto es, el contaminante contenido en un medio líquido, que proviene de un establecimiento y que desde un punto de emisión o de descarga pasa a incorporarse a un cuerpo de agua continental superficial.

No obstante lo anterior, la definición del antes citado numeral 3.10 del DS N° 90 no incorpora el elemento relativo al punto de descarga, esto es, el ducto, caño o canal. Por el contrario, simplemente se refiere a que el contaminante líquido se descarga desde la fuente emisora a un cuerpo receptor. Dicha disposición debe ser complementada con lo establecido en el numeral 6.2 inc. 5° del DS N° 90, el cual dispone que: *"El monitoreo se debe efectuar en cada una de las descargas de la fuente emisora. El lugar de toma de muestra debe considerar una cámara o dispositivo, de fácil acceso, especialmente habilitada para tal efecto, que no sea afectada por el cuerpo receptor"*. Así, el efluente puede coincidir con un punto específico desde el cual emana o se emite el contaminante líquido, pero también puede consistir en un lugar o espacio no necesariamente una obra, en la que se produce la descarga.

En consecuencia, el efluente puede coincidir con una construcción, ducto, caño, canal, construido con la finalidad de evacuar el residuo líquido. Y también puede ser un lugar o espacio en que se produce la descarga, no necesariamente una obra específica para tal efecto. La amplitud del concepto de efluente traerá como consecuencia que una descarga difusa pueda entenderse como un residuo líquido industrial. En efecto, la consideración de una emisión difusa como susceptible de ser incluida dentro del ámbito de aplicación de una norma de emisión es técnicamente posible, atendidas las metodologías de cálculo de la contaminación. Ello es ampliamente aceptado en el Derecho comparado, por ejemplo

respecto de estructuras que contienen recursos vivos en cultivo, tales como las balsas jaula utilizadas en el cultivo de peces⁸⁹.

Intencionalidad en la descarga

Los conceptos de efluente y de residuo líquido industrial dan a entender que sólo deberían considerarse como descargas aquellas que se realizan por el industrial de forma intencional. Es decir, la descarga corresponderá a una emisión líquida que se produce por un proceso industrial y que ha sido considerada como parte del mismo. Por el contrario, una descarga accidental queda fuera del concepto de residuo líquido industrial y, por consiguiente, de la aplicación del DS N° 90. Sin embargo, a los dos supuestos anteriores se debe agregar el caso de las descargas que formando parte del proceso industrial no fueron consideradas originalmente y que se producen de forma casual, en cuyo caso se estará frente a un impacto no previsto.

En efecto, una lectura algo más extensiva de las disposiciones del DS N° 90 permite sostener que una descarga es también aquella realizada en forma no intencional o casual, cuando ella supone introducir alguno de los elementos contaminantes listados en el DS N° 90 en un cuerpo de agua superficial que originalmente no los tenía. Evidentemente, deben quedar fuera de este supuesto las introducciones o descargas de contaminantes de carácter accidental, las cuales traerán otra clase de consecuencias jurídicas, por ejemplo la sanción administrativa o eventual responsabilidad por el daño ambiental. Por el contrario, las descargas casuales, incluso aquellas no intencionales y que responden a impactos no previstos en el proyecto, conllevan la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el DS N° 90.

La conclusión anterior también encuentra su apoyo en el Derecho comparado. Así se ha considerado como una descarga, para los efectos de la Directiva Europea 76/464 sobre Sustancias Peligrosas en el Agua, a las sustancias contenidas en los preservantes de madera con los que se impregnan los postes usados para reforzar las riberas de los ríos (Sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea caso C-232/97) y también el vapor contaminado que precipita en un cuerpo de agua fue considerado como una descarga (Caso C-231/97). En ambos casos, los titulares de las actividades no consideraron tales emisiones como RILES provenientes de sus procesos o actividades, sin embargo, en las dos situaciones hubo un cambio en la composición natural del cuerpo de agua como consecuencia de la introducción de tales elementos⁹⁰.

De todo lo anterior se sigue que, más importante que el punto de descarga, sea que éste corresponda a una construcción realizada al efecto o no, y a la intencionalidad o no con que el vertido se efectúa; lo relevante para la aplicación de esta norma de emisión radica en que lo emitido se encuentre en el listado de sustancias contaminantes, que esté por sobre los niveles que contempla la norma de emisión y que sea consecuencia de la actividad o faena.

⁸⁹ Jeremy Firestone y Robert Barber, "Fish as Pollutants: Limitation and Crosscurrents in Law, Science, Management and Policy", Washington Law Review, Vol. 78, 2003, pp. 693-756.

⁹⁰ Stuart Bell y Donald McGillivray, Environmental Law, Oxford University Press, 6a edición, Oxford, 2006, pp. 723-724.

5.5.2 Consecuencias jurídicas de la aplicación de las normas de emisión

La aplicación del DS N° 90 trae aparejadas una serie de consecuencias jurídicas que deben ser tenidas en cuenta por los establecimientos calificados como fuente emisora. Dichas consecuencias son las siguientes:

Caracterización de RILES

La primera obligación de los titulares de establecimientos que, potencialmente, pueden ser calificados como fuente emisora, radica en la caracterización de los residuos líquidos que se vierten o emanan desde aquél. El numeral 5.2 del DS N° 90 dispone que *“Desde la entrada en vigencia del presente decreto, las fuentes existentes deberán caracterizar e informar todos sus residuos líquidos, mediante los procedimientos de medición y control establecidos en la presente norma y entregar toda otra información relativa al vertimiento de residuos líquidos que la autoridad competente determine conforme a la normativa vigente sobre la materia. Aquellas fuentes emisoras que pretendan valerse del contenido natural y/o de captación acorde con lo previsto en el punto 4.1.3, deberán informar dichos contenidos a la autoridad competente”*.

Una vez efectuada la caracterización de los RILES, la autoridad debe calificar al establecimiento como fuente emisora y, en consecuencia, aplicarle la tabla correspondiente, de entre aquellas contenidas en el DS N° 90. De lo anterior se desprende que el proceso de caracterización de RILES constituye un procedimiento administrativo reglado, en cuanto la Administración Pública ambiental no cuenta con un margen de apreciación o discrecionalidad para categorizar o no a una fuente emisora como tal. Por el contrario, encontrándose dentro de los parámetros previstos, la autoridad ambiental no podrá sino caracterizarla como fuente emisora.

Monitoreo

Una vez caracterizados los residuos líquidos y determinado que se trata de una fuente emisora, surgirá la obligación para los titulares de fuentes emisoras de monitorear sus RILES. Esta obligación se debe cumplir de acuerdo con lo que dispone el numeral 6 *“Procedimientos de Medición y Control”* del DS N° 90. En la práctica, el cumplimiento de esta obligación se traduce en la presentación de un programa de monitoreo, el cual hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417 era aprobado por una resolución de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)⁹¹.

El monitoreo del cumplimiento del DS N° 90 se basa en el “autocontrol” que ejerce la propia fuente emisora. No obstante, dicho autocontrol debe llevarse de acuerdo con los parámetros y exigencias que la autoridad ambiental ha señalado. En particular, se deben observar las siguientes condiciones:

- Los laboratorios deben ser acreditados para cada parámetro según un Convenio SISS-Instituto Nacional de Normalización (INN);

⁹¹ La Resolución de Programa de Monitoreo (RPM) *“es la herramienta de fiscalización de la SISS mediante el cual se determina las condiciones técnicas para que la fuente emisora ejecute un monitoreo de autocontrol con el objeto de evaluar el cumplimiento de la norma de emisión aplicable. En ella se establecen los parámetros y la frecuencia de medición, entre otras materias”*. www.siss.cl.

- El muestreo debe cumplir con la NCh 411/10-2005; y
- Los resultados de los Monitoreos deben ser ingresados al sitio de Internet de la SISS (www.siss.cl) en forma mensual a través de una clave y código particular para cada fuente emisora, el cual es entregado por la SISS⁹².

Sistema de tratamiento de RILES

La principal obligación de una fuente emisora es mantener sus residuos líquidos dentro de los parámetros que, según el caso, se han dispuesto en las tablas contenidas en el DS N° 90. Para ello, la fuente emisora debe contar con sistemas de tratamiento de sus residuos, de manera que su efluente ingrese al cuerpo de agua con una concentración de contaminantes inferior a lo que establece la respectiva tabla.

Cumplimiento de los estándares

El DS N° 90 dispone los estándares obligatorios para los contaminantes listados en las diversas tablas contenidos en la norma. En tal sentido el numeral 2 dispone que *“La presente norma de emisión establece la concentración máxima de contaminantes permitida para residuos líquidos descargados por las fuentes emisoras, a los cuerpos de agua marinos y continentales superficiales de la República de Chile. La presente norma se aplicará en todo el territorio nacional”*.

En aplicación de un principio de gradualidad, el DS N° 90 además efectúa una distinción entre fuente emisora nueva y existente. En el caso de la primera, la norma rige *in actum*, así lo dispone el numeral 5.1 *“A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, los límites máximos permitidos establecidos en él, serán obligatorios para toda fuente nueva”*.

Por el contrario, para las fuentes existentes se dispone de dos plazos para su aplicación, dependiendo si se contempla o no un cronograma de inversiones para la construcción de sistemas de tratamiento de RILES. Así, el numeral 5.3 dispone: *“Las fuentes emisoras existentes deberán cumplir con los límites máximos permitidos, a contar del quinto año de la entrada en vigencia del presente decreto, salvo aquellas que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, tengan aprobado por la autoridad competente y conforme a la legislación vigente, un cronograma de inversiones para la construcción de un sistema de tratamiento de aguas residuales, en cuyo caso el plazo de cumplimiento de esta norma será el que se encuentre previsto para el término de dicha construcción”*.

Fiscalización y Sanción

La fiscalización del DS N° 90 está entregada, según el numeral 7 a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, a la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante y a los Servicios de

⁹² El artículo noveno de la Ley N° 20.417 modificó el art. 2 de la Ley N° 18.902 orgánica de la SISS, en el sentido de acotar su competencia a la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y *“el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias”*. En consecuencia, la fiscalización de los demás establecimientos industriales es llevada a cabo por la SMA.

Salud, según corresponda. En relación a estos últimos, debe entenderse dicha remisión a la Autoridad Sanitaria, representada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud, la que a partir de la reforma introducida por la Ley N° 19.937 asumió las competencias de fiscalización y sanción de dicho sector⁹³.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417, en cuyo artículo segundo se contiene la LOSMA, se debe entender que dicha disposición se encuentra tácitamente derogada, ya que el art. 3 n), dentro de las funciones y atribuciones de la Superintendencia, incluye *"fiscalizar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales"*. Ello se confirma en relación con la SISS, ya que su competencia se acotó sólo respecto de los residuos líquidos industriales provenientes de empresas sanitarias (art. 2 Ley N° 18.902, orgánica de la SISS).

5.6 Relaciones entre las normas de emisión y de calidad ambiental

Existe una relación evidente entre una norma de emisión y una de calidad. Las primeras serán menos estrictas, dado que consideran el nivel de contaminación en el efluente mismo, en cambio, las segundas atienden a los valores que hacen posible alcanzar los objetivos de protección ambiental. En este apartado se examinarán las relaciones que existen entre ellas, incluyéndose sus diferencias, la situación de ausencia de norma y el carácter de normas de compromiso que ellas comportan.

5.6.1 Diferencias

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

- **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 de todo o parte de la República (art. 40 inc. 1° LBGMA). En cambio, las normas primarias de calidad ambiental se refieren a la totalidad de éste (C.III, 4.3.3).

⁹³ El art. 5 del Código Sanitario, introducido por la ley 19.937, dispone: *"Cada vez que el presente Código, la ley o el reglamento aluda a la autoridad sanitaria, deberá entenderse por ella al Ministro de Salud, en las materias que son de competencia de dicha Secretaría de Estado; a los Secretarios Regionales Ministeriales de Salud, como sucesores legales de los Servicios de Salud y del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, respecto de las atribuciones y funciones que este Código, la ley o el reglamento radica en dichas autoridades y que ejercerá dentro del territorio regional de que se trate; y al Director del Instituto de Salud Pública, en relación con las facultades que legalmente le corresponden respecto de las materias sanitarias que este Código, la ley o el reglamento regula, sin perjuicio de los funcionarios en quienes estas autoridades hayan delegado válidamente sus atribuciones"*.

- *Destinatarios.* Los destinatarios de las normas de emisión son los titulares de las actividades consideradas como efluentes o emitentes de contaminantes. El Estado, a través de su Administración fiscalizadora será responsable de la fiscalización de las fuentes emisoras. Por su parte, el destinatario de las normas de calidad ambiental, tanto en su monitoreo como cumplimiento es el Estado.
- *Efectos del incumplimiento.* El incumplimiento de las normas de emisión hace presumir la responsabilidad por el daño ambiental. A pesar de que el art. 52 LBGMA también incluye a las normas de calidad ambiental, éstas no son aptas para dicho fin (C.III, 4.4 y C.IV, 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, protección o 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, éstas nacen a la vida jurídica en forma de DS con la firma del MMA y el Ministro de la materia de que se trate. En el caso de las normas de calidad, ello dependerá de la norma de que se trate, debiendo siempre intervenir el MMA y, cuando corresponda, el de Salud o el Ministerio respectivo (según se dicte una norma primaria y secundaria, respectivamente).

5.6.2 Ausencia de normas

En cumplimiento de su deber constitucional ambiental el MMA deberá coordinar el proceso de generación de normas de calidad ambiental y de emisión (arts. 32 inc. final y 70 n). Por su parte, las 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 art. 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 EIA por encontrarse en una de las situaciones de las letras a) o b) del art. 11 inc. 1° LBGMA, deberá considerar como ella impacta en el cumplimiento de los estándares de la norma de calidad y si ella misma cumple con los parámetros fijados por las normas de 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 (RSEIA), contenido en el DS N° 40 de 30 de octubre de 2012, MMA. El art. 11 RSEIA 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, Canadá, Reino de España, Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Reino de los Países Bajos, República Italiana, 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, lo que será justificado razonablemente por el proponente.

Cuando el proponente señale las normas de referencia extranjeras que utiliza deberá acompañar un ejemplar íntegro y vigente de dicha norma”.

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 y mantenida en el RSEIA. 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”*⁹⁴.

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 o Länder. 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 misma⁹⁵.

Finalmente, el legislador se puso en la situación de laguna absoluta. En efecto, el art. 12 letra d) LBGMA ha incorporado un antecedente adicional en los EIA, respecto de la predicción y evaluación del impacto, en la medida que no existiera norma primaria de calidad o de emisión en Chile o en los Estados de referencia que señale el Reglamento. En tales casos: *“el proponente deberá considerar un capítulo específico relativo a los potenciales riesgos que el proyecto podría generar en la salud de las personas”*. La disposición corresponde a lo que la doctrina ha denominado estudio o evaluación de riesgos⁹⁶.

⁹⁴ El subrayado es del autor.

⁹⁵ Beatrice Wagner Pfeifer, *Umweltrecht I*, Ed. Schulthess, Zürich, 1999, p. 23. A igual conclusión se llega, por ejemplo, respecto de las normas del Derecho alemán.

⁹⁶ Eduardo Astorga Jorquera, *Derecho ambiental chileno: parte general*, op. cit., p. 32.

5.6.3 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 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, atendidos los fines que impone la función pública de protección ambiental, dentro del marco dado por la CPR y la LBGMA. 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 tan 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 actividades económicas.

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 el 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, lo que estará representado por la participación ciudadana en la generación de la misma⁹⁷. 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 (C.VI, 3.1).

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 (C.I, 5.1) y por otra, por 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 protege⁹⁸.

⁹⁷ Camilo Mirosevic Verdugo, *Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2013, pp. 64 y 283-289.

⁹⁸ Cfr. Monika Böhm, *Der Normmensch*, 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 art. 2 letra 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 art. 2 letra u) LBGMA define zona saturada como “aquella en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas”.

Entre las características más destacadas de estos instrumentos de gestión ambiental 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.
- **Son actos administrativos.** 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 art. 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 administrativa³⁹. Sin embargo, esta definición de acto administrativo no cubre todos los supuestos legales, por ello, más adelante, el mismo art. 3 LBPA en su inc. 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, los DS declaratorios de zonas latentes o saturadas, al 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, tienen el carácter de acto administrativo.
- **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 declaración de zona latente alude 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

³⁹ 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.

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 (art. 2 g)¹⁰⁰.

- *Supone el sometimiento de los proyectos o las actividades al SEIA.* El art. 10 letra h) LBGMA, modificado por la Ley N° 20.417, establece el sometimiento al SEIA de los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases, consistentes en *"Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas"*. Y que fue particularizado y limitado en el art. 3 letra h) RSEIA. Una de las dudas que surgen de la modificación legal consiste en la limitación del ámbito de aplicación para la disposición en estudio. Para estos efectos, debe considerarse que no todo proyecto o actividad ejecutado en zonas latentes o saturadas supondrá un sometimiento al SEIA, sino sólo aquellos de naturaleza industrial o inmobiliaria. Por otra parte, debe considerarse la utilización de la preposición *"en"*, esto es, *dentro de*, situación que podría llevar a excluir del análisis aquellos proyectos industriales o inmobiliarios ejecutados de manera próxima a las zonas declaradas latentes o saturadas, pero que igualmente tengan efecto sobre ellas producto de sus emisiones. Finalmente, se debe considerar que, debido al contexto de contaminación en que estos proyectos industriales o inmobiliarios serán ejecutados, resulta razonable prever que, las más de las veces, se estará en alguna de las hipótesis previstas en las letras a) y b) del art. 11 LBGMA, por lo que su sometimiento será a través de un EIA, no bastando una mera DIA.
- *Monitoreo continuo.* A pesar de que los conceptos no lo señalan, la utilización de estos instrumentos de certificación 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 art. 43 inc. final LBGMA dispone que *"Esta declaración tendrá como fundamento las mediciones, realizadas o certificadas por los organismos públicos competentes, en las que conste haberse verificado la condición que la hace procedente. El procedimiento estará a cargo de la Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente. Si la zona objeto de la declaración estuviere situada en distintas regiones, el procedimiento estará a cargo del Ministerio del Medio Ambiente"*. Las mediciones exigidas deberán basarse en una metodología científicamente probada, la que, por regla general, se establece en la norma de calidad ambiental¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cfr. Jorge Bermúdez Soto, Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, *op. cit.*

¹⁰¹ La aplicación de unas determinadas metodologías de medición de los niveles de contaminación constituyen 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

- *Se declaran a través de DS.* Formalmente, también nacen a la vida jurídica como DS que llevará la firma del Ministro del Medio Ambiente 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. Asimismo, son las mismas autoridades las que deben firmar el DS en virtud del cual se deje sin efecto la declaración de zona latente o saturada, cuando no se cumplan las condiciones que hicieron procedente su declaración (art. 43, inc. 2º LBGMA).
- *Se dictan previo procedimiento administrativo.* El procedimiento para su dictación se lleva adelante por la SEREMI del Medio Ambiente¹⁰², salvo que la zona objeto de la declaración estuviere situada en distintas regiones, en cuyo caso el procedimiento estará a cargo del Ministerio del Medio Ambiente (art. 43 inc. final LBGMA).
- *Ámbito 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 (C.III, 4.3.3).
- *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. Precisamente por esta razón es que la autoridad es reticente a su utilización, ya que si bien podría discutirse si tiene una potestad discrecional para declarar una zona latente o saturada, según corresponda, no existirá duda alguna de que, efectuada la declaración, es obligatoria la elaboración y puesta en práctica de los respectivos planes de prevención o descontaminación.

7. PLANES DE PREVENCIÓN Y DE DESCONTAMINACIÓN

A diferencia de los instrumentos anteriores, el art. 2 LBGMA no contiene definición alguna que se refiera a los planes de prevención o descontaminación. No obstante, el DS N° 94/95 MINSEGPRES que fija el procedimiento y etapas para establecer planes de prevención y descontaminación¹⁰³, los define en su art. 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.

estimó que excedía los límites de la potestad reglamentaria, ocasionando la consecuente declaratoria de inconstitucionalidad por parte del TC (sentencia de 09.04.03, rol N° 370).

¹⁰² Con lo que se trata de una competencia entregada por la ley de manera "exclusiva" a la SEREMI de Medio Ambiente, rompiéndose respecto de ella el vínculo jerárquico con el MMA (art. 34 LBGAE°).

¹⁰³ En este numeral las referencias a dicho reglamento se harán sólo por su número y año.

Estos planes son 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 citado DS N° 94/95, el cual en su art. 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 decretos supremos que llevan la firma del Ministro del Medio Ambiente y del Ministro sectorial que corresponda (44 LBGMA). Son de aplicación territorial, que debe ser coincidente con el decreto que declara la zona saturada o latente que se pretende descontaminar o en la que se velará por evitar la superación de la norma, respectivamente, aunque ello no se señala expresamente en el art. 44 inc. 1° LBGMA.

La elaboración de los proyectos de planes de prevención y descontaminación corresponde al MMA, previo informe de la Secretaría Regional Ministerial respectiva (art. 44, inc. 2° LBGMA). 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 (art. 44 inc. 2° LBGMA).

7.1 Elementos

De acuerdo con lo que dispone el art. 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 éstas, la norma de calidad ambiental primaria o secundaria, es que se trabaja sobre la base de volúmenes totales de contaminantes (emisiones totales en un elemento ambiental), 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, naturaleza de las fuentes emisoras, 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* que se desprende de la LBGMA, 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 económi-

cos (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 (art. 44 inc. 1° LBGMA).
- *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.

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 debe contener la “*identificación de las autoridades a cargo de la fiscalización*”. Por su parte, el art. 3 b) LOSMA dispone que corresponde a la SMA “*velar por el cumplimiento de las medidas e instrumentos establecidos en los planes de prevención y, o de descontaminación ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen*”. Para ello, el plan de prevención o de descontaminación deberá ser incluido en un programa de fiscalización para la región en que opere (art. 16 letra c) LOSMA), asimismo, deberá elaborarse un subprograma en que se identifican las actividades de fiscalización de dichos planes para cada servicio u organismo sectorial competente (art. 16 letra d) LOSMA). En consecuencia, la designación que se efectúe en el DS que aprueba el plan, deberá tener en cuenta que ésta deberá ser lo suficientemente amplia como para entregar un margen de maniobra a la SMA al momento de formular el subprograma de 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 art. 47 LBGMA, entre los que se cuentan: normas de emisión; permisos de emisión transables (que deben ser regulados por ley, art. 48); impuestos de emisión o tarifas a los usuarios; otros instrumentos de estímulo o instrumentos de mejoramiento y reparación ambientales (*infra* 7.2). De la enumeración del art. 47 LBGMA se desprende que los de la letra d) “*otros instrumentos de estímulo a acciones de mejoramiento y reparación ambientales*”, son los únicos que podrían ser creados directamente por el plan. Los demás instrumentos (normas de emisión, permisos de emisión transable, impuestos, etc.) requerirán de un DS o de una ley para su creación.
- *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 el mismo establezca. Dado

que esta reducción supone una carga, sólo podrá imponerse observando el principio de igualdad ante las cargas públicas. Ello no quiere decir, necesariamente, que la reducción deba ser igual para cada fuente emisora, pero las diferencias deberán ser justificadas y no arbitrarias.

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 protegidas (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 Santiago¹⁰⁴.

7.2 Instrumentos

Según lo dispuesto en el art. 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 (C.III, 5). Entre los segundos, incluye los permisos de emisión transables (C.III, 12); impuestos a las emisiones o tarifas a los 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 ambiental.

El valor de la enumeración de instrumentos contenida en el art. 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 hecho¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. Milagros Palacios y Carlos Chávez, Programa de Compensación de Emisiones, Evaluación del diseño de fiscalización y su cumplimiento, en Estudios Públicos, N° 88 año 2002 pp. 97 a 126.

¹⁰⁵ En este mismo sentido, aunque más crítico, Eduardo Soto Kloss, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996, p. 76.

Así las cosas, los únicos instrumentos que utilizan los planes son aquellos que se basan en el artículo 47 letra 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 art. 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 art. 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 Superintendencia del Medio Ambiente"*. Por su parte, en el art. 15 k) del DS N° 94/95 se dispone que entre los contenidos del plan de descontaminación se encuentran las condiciones que se 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 (art. 52 inc. 1° LBGMA) (Ver C.IV, 4.1), y que pueda ser fiscalizado y sancionado administrativamente por la SMA (arts. 3 letra b) y 35 letra c) LOSMA).

7.4 Problemas de constitucionalidad

El establecimiento de un plan de prevención y/o descontaminación produce como efecto que se cambien las reglas para una determinada actividad económica, por ejemplo, obligando a suspender la actividad productiva por un determinado periodo, 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"* (art. 46 1°

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 (C.II, 4). En segundo término, se debe considerar que los actos administrativos con contenido favorable o autorizatorio (permisos, autorizaciones, concesiones), constituyen actos que habilitan al desarrollo de una actividad, ya que remueven un obstáculo normativo que existía para hacerlo¹⁰⁶. Pero al hacerlo (al autorizar) lo hacen de manera flexible o condicionada¹⁰⁷. 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 imponía¹⁰⁸. 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 aquél, 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 actividades económicas (C.II, 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 art. 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 concretos¹⁰⁹. 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: la reducción de emisiones.

¹⁰⁶ 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 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.

¹⁰⁷ Sobre ambos temas se puede ver: *Arndt Schmehl*, *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.

¹⁰⁸ Ello no supone, evidentemente, una disponibilidad absoluta del acto favorable por parte de la Administración. Esta debiera siempre motivar la modificación, la que deberá ser racional, razonable, proporcional y legal.

¹⁰⁹ En contra, *Julia Lavín*, *Legislación Restrictiva de Derechos*, *op. cit.*, pp. 196-197.

7.5 Estudio de caso: plan de descontaminación del complejo industrial Las Ventanas

El plan de descontaminación del complejo industrial Las Ventanas (DS N° 252 de 1992 del Ministerio de Minería, Hacienda, Salud, Agricultura y Economía) resulta aplicable a la zona saturada por anhídrido sulfuroso y material particulado en el área circundante a dicho complejo industrial, declaración realizada el 9 de diciembre, mediante la dictación del DS N° 346 de 1993 del Ministerio de Agricultura. El plan presenta una serie de características de interés, entre otras:

- *Supuso unas normas de calidad vigentes con anterioridad a la LBGMA.* En efecto, las normas de calidad relacionadas han sido dictadas en virtud del DS N° 185 de 1992 del Ministerio de Minería. Estas normas reiteran los estándares ya establecidos en la Resolución N° 1215 de 1978 del Ministerio de Salud. En el caso del material particulado, el nivel alcanza los ciento cincuenta microgramos por metro cúbico normal (150 ug/ Nm³) como concentración anual. Respecto del anhídrido sulfuroso, corresponde a ochenta (80 ug/Nm³) y trescientos sesenta y cinco microgramos por metro cúbico normal (365 ug/Nm³) como concentración anual y diaria, respectivamente.
- *Su elaboración no ha supuesto la aplicación del DS N° 94 de 1995 MINSEGPRES.* La fecha de dictación del plan es de 1992. Por ello, su elaboración ha estado al margen del reglamento que establece el procedimiento para la dictación de planes de descontaminación, consagrado en el DS N° 94 de 1995 MINSEGPRES. Como se verá, esta característica implica una protección ambiental incompleta, toda vez que, a partir de la regulación de la LBGMA, los planes de descontaminación regulan las fuentes emisoras, a partir de criterios generales. Distinto es el caso del DS N° 185 de 1992 del Ministerio de Minería, donde los planes de descontaminación fueron elaborados respecto de las actividades que se desarrollaban en el lugar al momento de su dictación, referidas fundamentalmente a faenas mineras, y de generación eléctrica, por tanto, obligatorios sólo para ellas.

Los principales aspectos del plan de descontaminación han sido los siguientes:

- *Relación entre emisión y contaminantes a regular.* El plan de descontaminación del complejo industrial Las Ventanas ha sido aprobado con fecha 30 de diciembre de 1992, siendo publicado el 2 de marzo de 1993, mediante la dictación del DS N° 252 del Ministerio de Minería. No obstante lo anterior, la declaración de la zona saturada sólo ha tenido lugar el 3 de febrero de 1994, mediante la dictación del DS N° 346 del Ministerio de Agricultura¹¹⁰.

Así, en los hechos y pese a verificarse las hipótesis de superación de estándares, el plan ha estado vigente en una zona (jurídicamente) no saturada, prácticamente durante todo un año calendario. Ello explica la no consideración de la relación entre emisión y contaminantes a

¹¹⁰ En rigor, esto puede observarse incluso en los considerandos de la declaración de la zona como saturada, que cita el plan de descontaminación ya en vigor, al señalar: "Que el Complejo Industrial Ventanas, compuesto por las empresas antes referidas, ha presentado un Plan de Descontaminación, el que fue aprobado por Decreto Supremo N° 252 de 1993, del Ministerio de Minería, Hacienda, Salud, Agricultura y Economía, para cuya aplicación es urgente y necesario administrar ambientalmente la zona circundante, a fin de propender a una reducción constante y permanente de sus emisiones" (DS N° 346 de 1994 del Ministerio de Agricultura).

regular en la dictación del plan. Esta declaración tampoco ha sido señalada en la declaración de la zona como *saturada*.

- **Plazo para la reducción de emisiones.** El plazo ha sido establecido en los arts. 2 y 3 del DS Nº 252 de 1992. En concreto, se contemplan fechas de compromiso diversas para el anhídrido sulfuroso y el material particulado. En el primer caso, el plazo de cumplimiento ha sido establecido para el 30 de junio de 1999. Respecto del material particulado, el art. 3 del decreto dispone que el cumplimiento debe verificarse a más tardar el 1 de enero de 1995.

Las fechas de cumplimiento han vinculado por igual a las dos empresas contaminantes incluidas en el plan (originalmente, ENAMI y Chilgener S.A.). Para estos efectos, el cronograma gradual de metas ha sido establecido en el art. 4 de la citada resolución. Sin embargo, resulta insostenible que el plan y las normas de emisión no hayan sido revisada a más de quince años de la entrada en vigor de la LBGMA, tanto más considerando el deber implícito de revisión, derivado de la progresividad o gradualidad que suponen las normas de calidad ambiental, revisables cada cinco años.

- **Responsables y fiscalización.** Las entidades responsables han sido la Fundición Refinería y Las Ventanas, de la Empresa Nacional de Minería (hoy de propiedad de CODELCO División Ventanas), y la Planta Termoeléctrica de Chilgener S.A. (hoy AES GENER S.A.). Ellas son, por tanto, los sujetos vinculados por las hipótesis previstas en el art. 2 del DS Nº 185 de 1992 del Ministerio de Minería, al establecer que las normas de calidad relacionadas resultan aplicables a los establecimientos que emiten a la atmósfera cantidades mayores o iguales a 3 toneladas diarias de anhídrido sulfuroso o 1 tonelada diaria de material particulado.

Así las cosas y debido a que la zona saturada ha sido impactada por más de un establecimiento regulado, las metas de reducción han sido establecidas por el servicio. Por su parte, las empresas involucradas han presentado los planes de descontaminación conforme al art. 16 b) del DS Nº 185 de 1992 del Ministerio de Minería. Esta situación es cuestionable, a lo menos, considerando la diferencia de lo que ocurre a partir de la LBGMA, donde tales planes son elaborados y aprobados por la autoridad ambiental y no por sus destinatarios.

La fiscalización del cumplimiento del Plan de Descontaminación ha sido encomendado a la Comisión Conjunta del Servicio de Salud Viña del Mar – Quillota y al Servicio Agrícola y Ganadero de la V Región (art. 8 del DS Nº 252 de 1992). Dicha disposición debe entenderse derogada tácitamente, ya que, transitoriamente, a partir de la Ley Nº 20.473, se reservó la competencia sancionadora a la Comisión del art. 86 LBGMA. Las que hoy día corresponden a la SMA (arts. 3 letra b) y 35 letra c) LOSMA).

- **Paliativos ante la ausencia de limitaciones generales de usos.** El problema práctico que plantea esta situación radica en que, en estricto rigor, cualquier nueva actividad que se lleve a cabo en el sector de Ventanas, comuna de Puchuncaví, carece de un plan de prevención o descontaminación que indique la forma en que la actividad debe ejecutarse en cumplimiento de la regulación de la emisión de contaminantes. Entonces, cabe preguntarse, cómo es que un conjunto de nuevos proyectos se han llevado a cabo en el sector, sin que el plan se hubiere actualizado. La solución ha sido casuística y por lo mismo, discutible. En efecto, todo nuevo proyecto que

se ejecute en dicho sector ha debido pasar previamente por el SEIA (art. 10 letra h) LBGMA), y es en la RCA donde se han dispuesto, para cada caso, las medidas de reducción y compensación de emisiones. Asimismo, en aquellos casos en que el nuevo proyecto incorpore nuevas emisiones, la autoridad ambiental lo ha calificado favorablemente si entre los antecedentes se exhibe un contrato o acuerdo con una fuente emisora ya instalada y funcionando, en que se compromete a disminuir sus emisiones. Con ello, el nuevo proyecto podrá emitir en la medida que obtenga una reducción de otra instalación, lo que ha dado lugar a un verdadero e informal mercado de permisos de emisión transable.

Este vacío plantea dos problemas jurídicos. En primer término, porque nada obliga a la Comisión de Evaluación de la Región de Valparaíso —salvo la protección de la confianza legítima— a exigir similares medidas en proyectos comparables. Y en segundo término, porque la inexistencia de un plan de descontaminación actualizado impide saber el real estado del medio ambiente para dicho sector. Este último elemento, ha redundado en una alta litigiosidad respecto de todo nuevo proyecto aprobado en el sector¹¹¹.

De manera reciente y debido al crecimiento del complejo industrial Las Ventanas, se ha dado inicio al proceso de revisión, reformulación y actualización del Plan de Descontaminación Atmosférico contenido en el DS N° 252 de 1992 del Ministerio de Minería, mediante la dictación de la Resolución N° 862 de 2011 del Ministerio del Medio Ambiente¹¹².

8. PLANES DE MANEJO

Dentro de la clasificación de los instrumentos de gestión ambiental, los planes de manejo se ubican entre aquellos que son de tipo económico. En efecto, a diferencia de los instrumentos normativos y de los autorizatorios provenientes del Derecho administrativo de policía, los instrumentos de planificación dicen relación directa con la forma en que puede ser utilizado un recurso ambiental, obteniendo su mejor rendimiento y asegurando su uso sustentable¹¹³. Los planes constituyen un instrumento genérico que puede recaer sobre diversos elementos: el suelo, el bosque, los peces, el paisaje, etc. En este sentido sería posible considerar dentro de esta categoría ambiental a los instrumentos de planificación territorial, como el plan regulador comunal, donde el elemento ambiental objeto de la

¹¹¹ Thomas Yaksic Beckdorf, La justicia ambiental en los planes de descontaminación, en Jorge Bermúdez Soto y Dominique Hervé Espejo (editores), Justicia Ambiental, Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero, Ed. LOM, Santiago, 2013, pp. 170-173.

¹¹² En dicha resolución señala expresamente que *"el parque industrial en la zona saturada de Ventanas ha experimentado un crecimiento significativo, incorporando nuevos proyectos de generación termoelectrónica, con un aumento de más de un 300% de la potencia instalada respecto al año 1993, proyectos de almacenamiento de combustibles, aumento de las operaciones portuarias en la bahía de Quintero, entre otros"*.

Esta sola circunstancia es demostrativa de la necesidad de actualizar el plan objeto de estudio, y explica la gran cantidad de episodios de contaminación atmosférica que han afectado a la población aledaña a dicho complejo industrial.

¹¹³ 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"*.

planificación es el suelo y sus diversas posibilidades de uso¹¹⁴. Por su parte, para los demás recursos naturales su objeto será la posibilidad de utilización racional.

En virtud de los planes de manejo se materializa el principio de desarrollo sustentable. Ello se consagra implícitamente en el art. 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 clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37”*¹¹⁵.

8.1 Contenido

De acuerdo con el art. 42 inc. 2° LBGMA los planes de manejo de recursos naturales deberán incluir las siguientes consideraciones ambientales: *“a) Mantenimiento de caudales de aguas y conservación de suelos; b) Mantenimiento del valor paisajístico; c) Protección de especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37 LBGMA”*. 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 considerado, supone una valoración económica del mismo, 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.

8.2 Destinatarios

El art. 42 inc. 1° LBGMA dispone que *“El Ministerio del Medio Ambiente conjuntamente con 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 los mismos, a fin de asegurar su conservación”*. En virtud de esta norma queda claro que el destinatario del plan de manejo es el ciudadano o particular 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 art. 42 inc. 1° LBGMA, sin embargo, se desprende de él cuando señala que el plan de manejo *se exigirá*, lo que implica una obligación que corresponde al administrado. Asimismo, en la práctica las resoluciones

¹¹⁴ Sobre las dificultades de esta categorización, Eduardo Cordero Quinzacara, Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras, op. cit., pp. 219-220. *“Si bien la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300 y su reglamentación incorporaron las consideraciones ambientales en la elaboración de los instrumentos de planificación territorial, en el sistema de evaluación de impacto ambiental ha primado una visión estrictamente legalista al momento de calificar ambientalmente un proyecto. En efecto, el elemento determinante para adoptar una decisión sobre la materia es que no exista una contravención de una norma legal o reglamentaria, sin que se considere el aspecto holístico propio del medio ambiente y la condición de las personas a la luz de las normas constitucionales. Esto incide necesariamente en aspectos de localización de actividades molestas y contaminantes, las cuales existen y se realizan a pesar de las previsiones de los instrumentos de planificación, estableciendo cargas ambientales que merman la calidad de vida de los habitantes de determinadas localidades”*.

¹¹⁵ Esta disposición reemplaza la clasificación, contemplada anteriormente por la LBGMA, que distinguía entre especies *“en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas”*.

autorizatorias deben contener siempre cláusulas que incorporen las condiciones del plan, sea expresamente, sea por remisión a los mismos.

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 (art. 42 inc. 3°). Esta exención tiene lógica, toda vez que se entiende que, cuando corresponda, la RCA favorable incorpora las consideraciones de explotación sustentable de los recursos naturales renovables. Por el contrario, todo proyecto o actividad no sometido al SEIA, que considere la utilización de tales recursos, debería contar con dicho plan de manejo. En la práctica esto no es así. En efecto, en la actualidad existe un déficit de ejecución de la normativa jurídico-ambiental, ya que las actividades no listadas en el art. 10 LBGMA sólo quedan sometidas a las autorizaciones sectoriales que sean procedentes, las cuales no necesariamente incorporan las variables de protección ambiental. Precisamente en el caso de la explotación de recursos naturales renovables esta exigencia se hace más apremiante, ya que es uno de los ámbitos en que el país ha demostrado peor desempeño histórico¹¹⁶.

8.3 Roles de la Administración Ambiental

Si el administrado es el encargado de elaborar y cumplir el plan de manejo, es la Administración del Estado, constituida por el MMA y el órgano o servicio público competente para la regulación del uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, la encargada de exigir dicho plan (art. 42 inc. 1° LBGMA). Por su parte, el cumplimiento del plan de manejo deberá ser fiscalizado por la SMA (art. 64 LBGMA y arts. 2 inc. 1° y 3 letra m) LOSMA).

El art. 42 inc. 1° LBGMA resulta de gran importancia, ya que, al referirse a los organismos públicos competentes, no señala que el organismo público deba estar habilitado para exigir el plan de manejo de acuerdo con 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. El art. 42 inc. 1° lo que implica, entonces, es que el MMA y el organismo sectorial, conjuntamente, exigirán el plan de manejo *"cuando corresponda"*. En consecuencia, debe dilucidarse en qué casos corresponderá exigirlos. El presupuesto básico será que una actividad o proyecto contemple la utilización de recursos naturales renovables (por ejemplo, recursos pesqueros, forestales, acuáticos, genéticos, suelos, etc.). Frente a ello, la única situación en que no corresponde exigirlo será en el supuesto ya visto, en que la actividad o proyecto que explota tales recursos se ha sometido al SEIA. Tampoco obstará a su exigencia, el hecho de que sectorialmente exista una regulación del plan de manejo. Con lo que, para todos los demás supuestos el art. 42 LBGMA habilita para exigir un plan de manejo, lo que deberá

¹¹⁶ La crítica a esta economía basada en la explotación de recursos naturales se refleja particularmente en el pensamiento del economista René Passet. En su obra *L'économie et le vivant*, Ed. Económica, Paris, 2ª edición, 1996, el autor se refiere a la producción, el intercambio y el consumo como una primera esfera de actividades humanas, que debe ser insertada dentro de una mayor. *"Existe todo un universo de inspiración, de la afectividad, de lo estético, de lo sagrado... en el que los hombres encuentran generalmente su razón para vivir"* (traducción del autor). Difícilmente una economía primaria podría satisfacer tales necesidades de la esfera humana y social. No obstante, la crítica va más allá de un modelo económico basado en la (sobre) explotación de recursos naturales, y se inserta en la necesidad de subordinar las exigencias de la esfera económica a las exigencias de la biosfera, que no se doblega ni tan sólo reconoce las leyes de aquella

hacerse conjuntamente entre el MMA y el “organismo público encargado por ley de regular el uso o aprovechamiento”.

En consecuencia, los planes de manejo a partir del art. 42 LBGMA, constituyen una exigencia genérica del Derecho ambiental chileno cuando se trata del uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables. Dicha exigencia es una manifestación del deber constitucional del Estado de velar por la preservación de la naturaleza (C.II, 5.2.2). Sin embargo, la práctica administrativa aparentemente no lo ha entendido así, quedando las normas de los arts. 41 y 42 LBGMA sin aplicación, siendo hoy día los planes de manejo de recursos naturales renovables simple letra muerta.

8.4 Planes de manejo contenidos en leyes especiales

El art. 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, la norma 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 siempre frente al uso y aprovechamiento racional de cualquier recurso natural, cuente o no con una regulación especial al respecto. En virtud de dichos planes generales se incorporarán las variables de sustentabilidad de explotación de los recursos naturales renovables. Dentro de los segundos se destacan los casos del plan de manejo forestal, regulado en la Ley N° 20.283 sobre recuperación del bosque nativo y 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 Reconstrucción¹¹⁷. En estos casos, el plan de manejo de la LBGMA podrá entrar siempre que incorpore una variable ambiental que no hubiere sido considerada en la explotación de esos recursos naturales renovables, de lo contrario, simplemente duplicaría los requerimientos. Esto podría ser válido en el caso del plan de manejo forestal, que es el instrumento que históricamente se ha utilizado en esta materia. Por el contrario, el plan de manejo de la legislación pesquera nunca ha sido puesto en práctica.

9. 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 contaminación¹¹⁸. 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 medidas relativas

¹¹⁷ En ambos casos se trata de instrumentos del Derecho ambiental especial, cuyo estudio, por razones metodológicas, no queda dentro del presente trabajo.

¹¹⁸ Actualmente, esta Directiva ha sido codificada, junto a sus modificaciones, en la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y el Consejo del 15 de enero de 2008.

a los residuos, con el fin de alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto, sin perjuicio de otras disposiciones comunitarias en la materia. En tal sentido, estos programas se relacionan con los planes de prevención y descontaminación (C.III, 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. En consecuencia, al operar sobre la totalidad de medios o elementos sobre los que se propaga la contaminación, el programa de control integrado evita que se produzcan las denominadas *emisiones fugitivas* que quedan fuera de aquéllas emisiones que normalmente ocasiona o vierte un determinado establecimiento y que se producen por pérdidas, fugas, filtraciones, venteo, etc. en una determinada planta industrial, maquinaria o establecimiento.
- *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 correspondientes¹¹⁹.
- *Consideración del medio ambiente en su conjunto*¹²⁰: el medio ambiente como concepto (art. 2 letra II) LBGMA) comprende una serie de elementos interdependientes (C.I, 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 (arts. 3 inc. 2° y 5 LBGAE*) alcanzando sus cometidos coordinadamente y propendiendo a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones (art. 5 inc. 2° LBGAE*).

En el Derecho ambiental chileno no se ha reconocido expresamente un sistema de control integrado, no obstante, puede considerarse como una referencia implícita, el SEIA en el cual la resolución de

¹¹⁹ Gerhard Feldhaus, *Integriertes Anlagenzulassungsrecht materiell- und verfahrensrechtliche Anforderungen nach neuem Recht*, en *Zeitschrift für Umweltrecht*, 2002, p. 2.

¹²⁰ 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".

calificación ambiental opera como autorización de funcionamiento, carácter que se vio reforzado por la modificación introducida por la Ley Nº 20.417 (C.III, 13.4 y 13.10).

10. PROGRAMAS DE MONITOREO CONTINUO

El art. 33 LBGMA dispone que:

“El Ministerio del Medio Ambiente administrará la información de los 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.

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 Nº 8 CPR (C.II, 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 art. 33 LBGMA se ha traducido en el monitoreo continuo del cumplimiento de la normativa ambiental, en particular de la calidad del aire a través del Sistema de Información Nacional de Calidad del Aire (SINCA)¹²¹. 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, en la práctica es el monitoreo continuo de la contaminación la herramienta que permite contar con información actualizada y controlar de manera permanente los niveles de contaminación, lo que dejará la percepción que *big brother is watching*, con el fin de obtener un cumplimiento voluntario de la normativa 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.

Es destacable que los programas de monitoreo del art. 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 redundaría 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 este trabajo (C.III, 4.3.3).

Se debe hacer presente que el art. 35 LBGMA sufrió una sutil, pero trascendental modificación con la dictación de la Ley Nº 20.417, ya que sustituyó en su primera frase la expresión “los organismos

¹²¹ El que puede revisarse en: www.sinca.mma.gob.cl

competentes del Estado desarrollarán programas de medición y control de la calidad del aire...” por la frase ya transcrita: “El Ministerio del Medio Ambiente administrará la información de los programas de medición”. Como se aprecia, existe una clara distinción entre desarrollar programas de medición y control, de la obligación de *administrar la información*. Dicha obligación se especifica en el art. 70 letra u) LBGMA, el que, a propósito de las competencias del MMA, dispone que a éste le corresponde “Administrar la información de los programas de monitoreo de calidad del aire, agua y suelo, proporcionada por los organismos competentes, cuando corresponda”. Se trata, entonces, de un deber menos intenso, pero con un destinatario conocido: el MMA; a diferencia de lo que ocurría antes, en que el deber de monitorear la contaminación era explícito, pero sin destinatario. El art. 35 LBGMA no necesariamente implica la obligación del MMA de llevar directamente una red de monitoreo de las emisiones de contaminantes, sino más bien de administrar y procesar la información proveniente del monitoreo que hubieren llevado a cabo los organismos públicos o privados. Esta distinción es compatible con la función ministerial, ya que ejecutar los programas de monitoreo corresponde a una labor de ejecución propia de un servicio público. La función ministerial será la de adoptar las decisiones políticas y normativas que sean necesarias a partir de la información recopilada (art. 22 LBGAE¹²²).

11. REGULACIÓN ESPECIAL DEL SUELO

El art. 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 sustentable, contenido en el art. 2 letra 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 federal¹²². 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 nivel¹²³. 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 corresponde preguntarse si vincula realmente el mandato del art. 39 LBGMA al Congreso Nacional? ¿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

¹²² Para una explicación certera en el Derecho español, Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional Sistema de Fuentes*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1995, pp. 278-283.

¹²³ 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.

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.

- *No puede entenderse que desplaza al reglamento.* La disposición del art. 39 no puede ser interpretada en el sentido de entender que el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria, no podría dictar una reglamento que normara el uso sustentable del suelo. ¿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, lo que sería, desde luego, metodológicamente incorrecto y desbordaría los márgenes de este trabajo. Un sólo dato conviene tener en cuenta, dicha potestad ha sido asignada de forma primaria por la Constitución en el art. 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 por la propia CPR.

Confirma lo anterior, la circunstancia que la propia LBGMA, producto de la modificación introducida por la Ley N° 20.417, admite que el MMA formule normas reglamentarias, en materia de suelos contaminados, la que debe contener medidas para evitar su contaminación. Dicha norma deberá ser propuesta por el CMS al Presidente de la República, para que sea expedida como DS reglamentario (art. 71 letra f LBGMA).

12. PERMISOS DE EMISIÓN TRANSABLE

La aplicación de los instrumentos de carácter económico en la protección ambiental ha ido ganando importancia y adhesión en todo el mundo. La relevancia del problema del cambio climático, ha provocado que el mercado de emisiones de dióxido de carbono equivalente (CO₂e), contemplado en el Protocolo de Kyoto, se transforme en el más relevante de esta clase de instrumentos. En el caso de Chile, es probable que esta clase de instrumentos adquiera una mayor importancia aún, desde la incorporación del país a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la que tiene como uno de sus principales instrumentos de gestión ambiental la formación de mercados de emisiones¹²⁴. No obstante, ya antes el Estado chileno había adquirido obligaciones internacionales en orden a promover el uso de instrumentos económicos para el cumplimiento de metas ambientales (art. 22 Acuerdo de Cooperación Ambiental, Chile-Canadá).

La denominación *permisos de emisión transable*, que utilizan los arts. 47 y 48 LBGMA¹²⁵ no es unívoca. Esta clase de actos administrativos ha recibido nombres diversos. En efecto, el proyecto de ley que existió en la materia los denominaba *bonos de descontaminación*, sin duda, de connotación mucho

¹²⁴ Cfr. The Economics of Climate Change Mitigation: Policies and Options for Global Action Beyond 2012, OECD, París, 2009

¹²⁵ Sobre el tema se pueden ver los trabajos: *Clemente Pérez Errázuriz*, 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 Bastidas*, 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, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 2004, Vol. XVI, pp. 131-145.

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 administrativos¹²⁶ 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 utilizada¹²⁷. 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 emisiones¹²⁸.

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 transables, 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 la Directiva 2003/87 del 13 de octubre de 2003. Esta Directiva establece el Sistema Europeo de Comercio de Emisiones, con el objeto de contribuir al cumplimiento de las metas establecidas en el marco del Protocolo de Kioto. En consecuencia se trata de un instrumento específico para los gases de efecto invernadero (GEI). El mercado entró en funcionamiento el 1 de enero de 2005 y prevé reducciones de derechos de emisión para todos los Estados a partir del año 2013. Estas reducciones se calculan en base a planes nacionales de reducción que hayan sido puestos en práctica entre los años 2008 y 2012, previa aceptación por parte del Consejo.

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 es la posibilidad de disponer en un mercado de emisiones de los remanentes de emisión permitidos, que una actividad contaminante no utilice o libere. Esto puede significar para el titular un beneficio económico y a la larga, para la protección ambiental 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.

¹²⁶ A pesar de que el proyecto de ley, hoy archivado, los denominaba 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 art. 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.

¹²⁷ Stuart Bell, *Environmental Law*, op. cit., p. 122: “these are methods of creating a market in the right to pollute”.

¹²⁸ El Protocolo del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático, conocido como Protocolo de Kioto, de 10 de diciembre de 1997, en su art. 16 dispone que el comercio de emisiones debe ser suplementario de las medidas nacionales.

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 MP10, Ozono, NOx, Plomo, CO2, 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 (C.III, 4).

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 señalado además que se tiene al menos la pretensión, o más bien dicho el derecho, a emitir precisamente hasta ese nivel de contaminación¹²⁹. 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. Es por ello que jurídicamente no puede ser considerada como contaminación esa emisión que se produce dentro de los parámetros fijados por la norma respectiva¹³⁰, sino como una emisión permitida.

En el ámbito internacional la determinación o inventario de emisiones también constituye el primer elemento de un mercado de emisiones transables. Así, el Protocolo de Kyoto cuantifica las emisiones de los gases que provocan el efecto invernadero con referencia a un año concreto (1990), con ello está señalando el nivel máximo de contaminación, pero también el derecho que los Estados obligados tienen a emitir contaminantes hasta un porcentaje que se considera a dicho punto de referencia.

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. En consecuencia, mientras más amplio sea el número de fuentes que se en-

¹²⁹ Astrid Epiney, Emissionshandel in der EU, en Deutsches Verwaltungsblatt, N° 9 2002, p. 579.

¹³⁰ Así lo ha entendido el TC en su sentencia rol N° 577/2006.

cuentren implicadas por el contaminante, mejores serán las perspectivas de que el mercado de emisiones funcione.

- *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, emisiones difusas, e incluso de fenómenos naturales. La aplicación de un sistema de mercado de emisiones supone determinar las actividades que obligatoriamente deben participar de él. Por ejemplo, que comprenda a las fuentes emisoras de más de una determinado número de toneladas por año.
- *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 (C.III, 6). La LBGMA en su art. 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 y su vinculación y convertibilidad en el ámbito internacional.

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 previo a la entrada en vigor de un mercado de emisiones. Para ello básicamente se plantean dos sistemas: atendiendo a las emisiones históricas (*grand fathering*); y el de licitación o remate de las unidades de emisión (*auctioning*).

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 que haga válido el funcionamiento, y por tanto que juridifique la emisión, 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 Perspectivas jurídicas de los mercados de emisiones

El art. 70 letra p) dispone que corresponde al MMA *“Administrar un Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes en el cual se registrará y sistematizará, por fuente o agrupación de fuentes de un mismo establecimiento, la naturaleza, caudal y concentración de emisiones de contaminantes que sean objeto de una norma de emisión, y la naturaleza, volumen y destino de los residuos sólidos generados que señale el reglamento”*¹³¹. Por su parte, el art. 48 dispone que *“Una ley establecerá la*

¹³¹ El art. 70 p) inc. 2º se pone en un supuesto distinto entregándole otras facultades al MMA. Dicha norma dispone *“Igualmente, en los casos y forma que establezca el reglamento, el registro sistematizará y estimará el tipo, caudal y concentración total y por tipo de fuente, de las emisiones que no sean materia de una norma de emisión vigente. Para tal efecto el Ministerio requerirá de los servicios y organismos estatales que corresponda, información general sobre*

*naturaleza y las formas de asignación, división, transferencia, duración y demás características de los permisos de emisión transables*¹³².

Ambas disposiciones, formalmente vigentes, pero de data distinta, son contradictorias. Parecería que el art. 48 pretendía evitar que el reglamento interviniese en un mercado de emisiones, y por eso le entregaba a la ley la determinación de su naturaleza, formas de asignación, división, etc. Sin embargo, el art. 70 letra p) da por supuesto que existe un registro de emisiones y transferencias de contaminantes. A ello se agrega que, según el art. 47 LBGMA los permisos de emisión transables constituyen uno de los instrumentos de tipo económico que puede ser utilizados por los planes de prevención y descontaminación. En consecuencia, es posible afirmar, que al menos respecto de las emisiones comprendidas en un plan de prevención y descontaminación, es el reglamento de ejecución el que debe regular todos los extremos del mercado de emisiones a que se refiere el art. 70 letra p), debiendo entenderse que respecto de esas materias el art. 48 se encuentra tácitamente derogado por una norma posterior. Todo ello, sin perjuicio de las dudas acerca de la constitucionalidad que siempre ha planteado el art. 48 LBGMA.

Sin perjuicio del problema jurídico expuesto, el proyecto de ley sobre bonos de descontaminación fue archivado en el Congreso Nacional, por lo que puede entenderse que, o bien, el mandato del art. 48 LBGMA es simple letra muerta, o que en realidad tácitamente el legislador admite que dicha materia ya fue entregada por el art. 70 letra p) a la potestad reglamentaria del MMA.

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 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"*.

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 ciudadanos donde ejerce su más poderosa influencia, precisamente porque viene a regular, asegurar y a la vez, limitar la libertad en materia económica (C.II, 4.3.2). Por el contrario, cuando se trata de la actividad del Estado, sea en la formulación de políticas o en la dictación de planes con carácter normativo de alcance general, será la EAE el instrumento

actividades productivas, materias primas, procesos productivos, tecnología, volúmenes de producción y cualquiera otra disponible y útil a los fines de la estimación. Las emisiones estimadas a que se refiere el presente inciso serán innominadas e indicarán la metodología de modelación utilizada".

¹³² Nuevamente el legislador ha reservado para sí la regulación de una institución, repitiéndose las dudas señaladas más arriba a propósito de la regulación especial del suelo (C.III. 11).

más adecuado para su revisión (C.III, 3). En definitiva, puede decirse que la técnica de la evaluación ambiental, sea de proyectos o actividades concretas; sea de planes, políticas, o medidas en general, constituye una técnica de carácter universal¹³³.

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. De la revisión del listado de actividades y proyectos del art. 10 LBGMA, se desprende que todos ellos constituyen una manifestación del ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, 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). La ley no distingue entre proyectos públicos y privados, y según el art. 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 art. 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 regirán por sus propias normativas, en el marco de los objetivos de la presente ley."*

La resolución del Servicio de Evaluación Ambiental 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". (Ver C.III, 13.6.2)

Como se sabe, el art. 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 lo 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 éste ha sido autorizado para entrar en ella debe someterse a las mismas reglas que los administrados¹³⁴. 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 art. 2 letra j) LBGMA define a la Evaluación de Impacto Ambiental en los términos siguientes: *"el procedimiento a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, 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 el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), y que con-

¹³³ Ximena Lazo Vitoria, La evaluación ambiental estratégica de planes y programas en el Reino Unido y su aplicación al planeamiento urbanístico, op. cit., p. 491.

¹³⁴ 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; Eduardo Niño Parada, La vigencia del principio de subsidiariedad del Estado, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2006.

cluye con un acto administrativo denominado *resolución de calificación ambiental* (RCA), con lo que claramente se trata de un *procedimiento administrativo*. Ello se confirma además con lo dispuesto en el art. 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, habida consideración que su instrumento más exitoso forma parte de dicha rama¹³⁵. A lo que se agrega que, en los hechos, por lo menos el 90% de la regulación que conforma el Derecho ambiental es Derecho administrativo. Las técnicas autorizatorias, los recursos, los procedimientos, las Administraciones competentes, etc., todos son demostrativos de ello. Este alcance tiene relevancia dogmática y metodológica. Dogmática, en cuanto el Derecho ambiental, para ser entendido, presupone una base jurídico pública. Y metodológica, en cuanto su ordenación, análisis y resultados, son explicable sólo con el instrumental propio del Derecho público¹³⁶.
- 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 desarrolla todo un procedimiento especial.
- Como consecuencia de los dos anteriores, se colige que la RCA 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:

13.2.1 Evaluación preventiva y precautoria

Aunque el art. 2 letra 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 art. 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 art. 9 inc. 2° dispone que

¹³⁵ Desde 1997 más de 10.000 proyectos se han aprobado a través del SEIA, “*lo que ha permitido que el país haya logrado un cambio sustancial en la forma de construir el futuro, al poder prevenir los impactos que puedan generar las inversiones públicas y privadas, o hacer que, cuando se generan impactos adversos significativos, exista una mitigación*”. (www.sea.gob.cl)

¹³⁶ Ejemplo de dicha inclusión, como Derecho administrativo especial, Rüdiger Breuer, *Umweltschutzrecht*, en *Besondere 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.

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 art. 10 LBGMA, se realiza sin someterse al SEIA, con posterioridad podrá ser obligado al sometimiento, a través del requerimiento de sometimiento y la sanción, que pueden ser solicitados o impuestas por la SMA (art. 3 letras i), j), k) y o); y art. 35 letra b) LOSMA). Sin embargo, en dicho EIA o DIA lo más relevante serán las medidas de mitigación y reparación que deberán adoptarse en la reparación del impacto, o más bien del daño ambiental causado con la ejecución del proyecto o actividad. En tal caso, el SEIA sólo será preventivo de los futuros impactos, pero no de los ya producidos.

La ausencia expresa del carácter anticipado o previo de la evaluación ambiental en la definición del citado art. 2 letra j) LBGMA tenía consecuencias no sólo para efectos dogmáticos, sino también prácticos. En efecto, uno de los vacíos más graves de que adolecía la LBGMA fue que no establecía sanción alguna para aquellos proyectos o actividades que, encontrándose en el listado del art. 10, se ejecutaban o se modificaban sin someterse al SEIA. Esto se soluciona con la Ley Nº 20.417. Por una parte, se rescata el carácter previo o anticipado del SEIA, al otorgarle la potestad sancionadora a la SMA para reprimir la *"ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella"* (art. 35 letra b) LOSMA). Y por otra, se distingue respecto de la gravedad de la omisión de sometimiento. En efecto, la calificación jurídica de la infracción dependerá del proyecto o de la actividad de que se trate. Así, el art. 36 Nº 1 letra f) LOSMA tipifica como infracción gravísima la omisión de sometimiento al SEIA, si se constata alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el art. 11 LBGMA. Por su parte, dicha omisión es simplemente grave *"si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior"* (art. 36 Nº 2 letra d) LOSMA). A ello se agrega la prohibición de fraccionar los proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al SEIA (art. 11 bis LBGMA).

En conclusión, se debe agregar que, desde esta perspectiva, el SEIA constituye un instrumento de protección ambiental que materializa al principio precautorio (C.I, 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 acarrear¹³⁷.

No obstante lo anterior, no debe desconocerse la situación práctica que se produce hasta hoy, en que un proyecto o actividad, no obstante generar un impacto ambiental considerable, por su antigüedad aun permanece sin evaluación, a pesar de que otros proyectos similares, pero posteriores a la entrada en vigor del SEIA, si debieron someterse al sistema. En efecto, existen múltiples obras y programas ejecutados con anterioridad a la entrada en vigor de la LBGMA o con posterioridad a la misma, pero al margen del SEIA, que actualmente se encuentran en funcionamiento. Se trata de una situación que no ha habido sido regulada hasta la dictación de la Ley Nº 20.417 y que, considerando los impactos directos y, sobre todo, los acumulativos y sinérgicos que pudieren derivar de otros proyectos o actividades sometidas al SEIA, debilitaban el carácter eminentemente preventivo del sistema. El art. 11 ter LBGMA soluciona en parte este problema, al disponer que *"En caso de modificarse un proyecto o*

¹³⁷ Cfr. Werner Hoppe, Martin Beckmann, Petra Kauch, Umweltrecht, 2ª edición, Ed. Beck, Munich, 2000, p. 187.

actividad, la calificación ambiental deberá recaer sobre dicha modificación y no sobre el proyecto o actividad existente, aunque la evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente para todos los fines legales pertinentes”.

Por ejemplo, puede mencionarse la evaluación de los impactos ambientales derivados de la central de energía eléctrica Bocamina II, en la Región del Biobío. En circunstancias que su antecesora (Bocamina I), no había sido sometida al SEIA, por haberse ejecutado con anterioridad a la entrada en vigor de la LBGMA. En tales casos, la Administración Ambiental necesariamente deberá tener en cuenta los efectos acumulativos del proyecto, en aplicación del art. 11 ter LBGMA¹³⁸.

13.2.2 Evaluación cooperativa

A través del SEIA se materializa también el principio de cooperación (C.I, 5.3). En efecto, el procedimiento administrativo por el que se lleva adelante el SEIA considera la participación y el 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 art. 14 letra 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 arts. 26 a 31 LBGMA se establece la forma en que podrá verificarse la participación de la comunidad en el procedimiento del SEIA, lo cual comprende, tanto a dichas organizaciones, como a cualquier persona natural o jurídica.

Otra manifestación del carácter cooperativo del SEIA se encuentra en la posibilidad de solicitar las aclaraciones, rectificaciones y enmiendas, conocidas como solicitudes de *Addenda* por parte de las Administraciones Públicas con competencia ambiental (art. 16 LBGMA; arts. 35 y 47 RSEIA). 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, suspendiéndose de pleno derecho, en el intertanto, el término que restare para finalizar el procedimiento de evaluación del respectivo estudio o de la declaración (arts. 16 y 19 LBGMA). Hoy en día esta suspensión considera también la participación ciudadana. En efecto, si el proyecto hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente sus impactos ambientales, deberá abrirse una nueva etapa de participación ciudadana, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación de la DIA o del EIA (arts. 29 inc. 2º y 30 bis inc. 2º LBGMA; art. 92 RSEIA). En definitiva, 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.

Por su parte, desde la perspectiva del titular del proyecto o actividad, constituyen una manifestación

¹³⁸ Con una interpretación distinta: Matías Guiloff, Dominique Hervé et al., Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Antecedentes y Fundamentos, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 121.

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. (art. 18 inc. 2° LBGMA). A ello se agrega que los titulares de proyectos o actividades que no se encuentran obligados por el art. 10 a someterse al SEIA, podrán hacerlo voluntariamente (art. 9 inc. 1°, 2ª frase LBGMA).

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 dentro del área de influencia del proyecto (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 en forma previa a la ejecución del proyecto. Dependiendo de sus características, los proyectos tienen centros de gravedad ambiental diversos. 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 disposición de los desechos (restos de alimento, peces muertos, materiales en desuso, etc.). Una constatación de esta característica se encuentra en las normas que disponen los contenidos mínimos tanto del EIA como de la DIA, arts. 18 y 19 RSEIA, respectivamente.

13.2.4 Evaluación comprensiva

Los proyectos o actividades que se someten al SEIA deben considerar todas las etapas que se desarrollarán. 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 art. 10 inc. 1°, en cuanto se trata de proyectos susceptibles de causar impacto ambiental *“en cualesquiera 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”*. Finalmente, el carácter comprensivo ha sido consagrado en el art. 11 ter LBGMA, ya citado, en cuanto la *“evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente para todos los fines legales pertinentes”*.

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, compensación y reparación, 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 significativo¹³⁹. Dicha situación es constitutiva de un pasivo ambiental cuando se realiza en condiciones de “abandono”¹⁴⁰, del que será difícil hacer a alguien responsable si durante la etapa de ejecución no se han tomado los resguardos legales necesarios.

13.2.5 Evaluación participativa

Uno de los aspectos que mayor discusión ha planteado el SEIA es el de la participación de la ciudadanía o participación ciudadana¹⁴¹. La participación ciudadana puede definirse como una forma de intervención de los ciudadanos, organizados o no, en el procedimiento administrativo de evaluación de proyectos o actividades que causan impacto ambiental, con el objeto de formular consultas y plantear las observaciones, críticas y aprensiones que los mismos les merezcan. La participación ciudadana es una manifestación del principio de cooperación (C.I, 5.3), atendido el rol activo y atento que le corresponde a la comunidad en la protección del medio ambiente¹⁴². La participación ciudadana en el SEIA “comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas” (art. 30 bis inc. final).

En la base de la participación está el derecho de acceso a la información ambiental (C.III, 15). Dicho derecho se establece en términos específicos respecto de los proyectos y actividades sometidos al SEIA en el art. 27 LBGMA, el cual dispone en lo pertinente: “Cualquier persona, natural o jurídica, podrá imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados”¹⁴³. Esta regla se reitera en el art. 30 bis inc. final, ya citado, el cual dispone que “La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas”. Dicha regla es reiterada en el art. 82 RSEIA.

A partir de dicha información, no cabe duda alguna que cualquier persona que, por aplicación de las reglas generales del procedimiento administrativo se considere interesado (art. 21 LBPA) podrá intervenir en el SEIA. Sin embargo, la LBGMA (arts. 26 y 27) y el RSEIA (art. 83) amplían el ámbito de la

¹³⁹ La entrada en vigor de la Ley N° 20.551 que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras, debería servir de marco legal para evitar esta situación. En tal sentido, su art. 2 define el objetivo de su instrumento más importante, el plan de cierre, disponiendo: “El objeto del plan de cierre de faenas mineras es la integración y ejecución del conjunto de medidas y acciones destinadas a mitigar los efectos que se derivan del desarrollo de la industria extractiva minera, en los lugares en que ésta se realice, de forma de asegurar la estabilidad física y química de los mismos, en conformidad a la normativa ambiental aplicable. La ejecución de las medidas y acciones de la manera antes señalada deberá otorgar el debido resguardo a la vida, salud, seguridad de las personas y medio ambiente, de acuerdo a la ley”.

¹⁴⁰ El art. 3 letra a) de la Ley N° 20.551 que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras, define Abandono en los siguientes términos: “El acto por el cual la empresa minera cesa las operaciones de una o más faenas o instalaciones mineras, sin cumplir con las obligaciones que le impone esta ley y su reglamento”.

¹⁴¹ Cfr. Camilo Mirosevic Verdugo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417, RDPUCV XXXVI (1), Valparaíso, 2011, pp. 281-323.

¹⁴² Camilo Mirosevic Verdugo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417, op. cit., pp. 281 y 287.

¹⁴³ El mismo art. 27 LBGMA establece una norma inédita en el Derecho administrativo chileno al disponer: “Con todo, el Servicio de Evaluación Ambiental mantendrá en reserva los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado, estimare necesario substraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables del proyecto o actividad presentado”. Con lo que dicha información no tendrá el carácter de pública y por tanto, quedará fuera del derecho de acceso a la información.

participación, al utilizar la expresión “comunidad”. La comunidad o los interesados podrán participar en el SEIA planteando sus observaciones, críticas y aprensiones. Sin embargo, dicha intervención no implica siempre una obligación correlativa para la autoridad que realiza la evaluación. En efecto, la importancia de la participación ciudadana en el SEIA se encuentra en el efecto jurídico que ésta produce, esto es, que la autoridad que evalúa se encuentre en el deber jurídico de considerar las observaciones que formularon los ciudadanos y luego hacerse cargo de ellas en la RCA (arts. 83 inc. 3º y 91 RSEIA). Ello no quiere decir que la decisión que se adopte en la RCA deba corresponder a lo que los miembros de la comunidad plantearon.

La LBGMA consagra la participación ciudadana en los siguientes casos:

- *Participación en la evaluación de un EIA*: la LBGMA ya en su versión original contemplaba la participación como instrumento de gestión ambiental en la evaluación de un EIA, lo que fue reforzado por la Ley Nº 20.417. Al respecto, el art. 29 inc. 1º dispone: *“Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto”*. Como se desprende de la norma transcrita, la participación en la evaluación del EIA no exige que el ciudadano tenga la calidad de interesado. Por el contrario, dada la trascendencia ambiental que normalmente tiene un proyecto o actividad sometido por la vía de un EIA, es que la ley entiende que cualquier persona natural o jurídica puede tener interés en el mismo y tiene derecho a plantear sus observaciones.

Durante el procedimiento administrativo de evaluación, el EIA puede ser objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, en tal caso *“el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días, periodo en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental”* (art. 29 inc. 2º, primera parte y art. 92 RSEIA). La incidencia sustantiva en el proyecto de las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones determinará la apertura de esta nueva etapa de participación, en tal caso *“El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos”* (art. 29 inc. 2º, segunda parte). Por su parte, el art. 92 inc. 2º RSEIA dispuso que *“Se entenderá que las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones afectan sustantivamente al proyecto o actividad o a los impactos ambientales, cuando incorporadas éstas en la Adenda, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero del artículo 39 del Reglamento, es posible apreciar una alteración significativa en la ubicación de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad que afecte a la comunidad o grupo humano, así como la generación de nuevos impactos significativos o aumento significativo en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales generados”*. En consecuencia, es posible sistematizar los casos de incidencia sustantiva de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones en los siguientes supuestos:

- i) alteración significativa en la ubicación de las partes, obras y acciones que afecta a la comunidad o grupo humano;
- ii) generación de nuevos impactos significativos;

- iii) aumento significativo en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales generados.

La participación ciudadana en la evaluación de los EIA trae como consecuencia que *“El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto”* (art. 29 inc. 3º LBGMA y 91 RSEIA). La disposición legal plantea dos aspectos: en primer lugar se explicita la obligación del SEA de considerar y pronunciarse fundadamente sobre todas las observaciones ciudadanas. Al considerar las observaciones el servicio deberá estudiarlas, valorarlas y concluir de qué manera éstas deben ser asumidas por la actividad o proyecto evaluado. Para ello la RCA deberá contemplar las correspondientes medidas de mitigación, compensación o reparación. En consecuencia, dicha consideración de las observaciones será parte de los fundamentos o motivos de la resolución. El segundo aspecto resulta más problemático, toda vez que el lugar en que el SEA debe hacer constar la consideración de las observaciones es, según dispone el citado art. 29 inc. 3º, *en su resolución*. La expresión utilizada por la ley es equívoca, ya que mueve a pensar que se trata de la RCA, sin embargo, el lugar en que se debe llevar a cabo dicha consideración de las observaciones es en el Informe Consolidado de Evaluación (art. 9 bis inc. 1º). De ello da cuenta el art. 91 inc. 1º RSEIA el cual dispone que las observaciones *“serán evaluadas técnicamente y consideradas en el Informe Consolidado de Evaluación”*. Más adelante, en el inc. 2º del art. 91 RSEIA, se dispone que las observaciones deben ser consideradas en los fundamentos de la RCA, pero de forma correcta, no le atribuye al SEA su dictación.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el derecho a reclamar administrativa y judicialmente que asiste a cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA (arts. 20 inc. 4º y 29 inc. final LBGMA y art. 17 Nº 5 LTAA) (Ver C.VI, 3.5).

- *Participación en la evaluación de una DIA.* El art. 93 RSEIA establece el deber para la SEA en cuanto administrador del SEIA de publicar mensualmente en el Diario Oficial y en un periódico de circulación regional o nacional, una lista de proyectos sometidos a evaluación por la vía de una DIA. Por su parte el art. 94 inc. 1º y 2º dispone: *“Derecho a la participación. Las personas podrán conocer el contenido de la Declaración de Impacto Ambiental y el tenor de los documentos acompañados, sin perjuicio de lo expresado en el artículo 22 del presente Reglamento, en cualquier etapa de tramitación del procedimiento. Los interesados en acceder al contenido de la Declaración de Impacto Ambiental podrán solicitar, a su costa, reproducciones parciales o totales, la que podrá ser entregada en medios magnéticos o electrónicos”*. En realidad, lo que consagra la norma no es en sentido estricto un derecho a participar, sino a acceder a la información que está siendo analizada en el SEIA. Dicho acceso podrá ejercerse de forma permanente a través de la plataforma de Internet del SEIA¹⁴⁴.
- *Participación en la evaluación de una DIA que genera cargas ambientales:* el art. 30 bis LBG-

¹⁴⁴ www.e-seia.cl

MA otorga la facultad a una Dirección Regional del SEA o al Director Ejecutivo para *"decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas"*. Por su parte, el art. 94 inc. 2º RSEIA establece que las comunidades próximas son *"aquellas ubicadas en el área donde se manifiestan los impactos ambientales del proyecto"*. La participación ciudadana en la evaluación de una DIA es excepcional y podrá tener lugar cuando se den las siguientes condiciones:

- i) Que el proyecto evaluado genere cargas ambientales: la ley en su art. 30 bis inc. 6º dispone que *"Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación"*. Por su parte, el art. 94 inc. 7º RSEIA acota el concepto, al disponer: *"Se considera que generan cargas ambientales únicamente los proyectos o actividades cuyas tipologías correspondan a las letras a.1, b), c), d), e), f), j), y o) del artículo 3 de este Reglamento o que contengan partes, obras o acciones a las que apliquen dichas tipologías, así como cualquier otro proyecto o actividad cuyo objetivo consista en satisfacer necesidades básicas de la comunidad, tales como proyectos de saneamiento, agua potable, energía, entre otros"*. En consecuencia, la carga ambiental plantea una doble faz, por una parte el beneficio social que el proyecto plantea. Así por ejemplo, el acceso o la seguridad en la prestación de un servicio de utilidad pública (Ej. el suministro eléctrico, de agua potable, alcantarillado, etc.) corresponderá al beneficio social que el proyecto genera. La externalidad ambiental negativa estará dada por los efectos molestos (Ej. de contaminación atmosférica) que el proyecto provoca para la comunidad, independientemente de si ésta se beneficia o no del mismo. Esta regla plantea una aplicación del principio de justicia ambiental (C.I, 5.4), desde la perspectiva procedimental, ya que en el supuesto de las cargas ambientales los ciudadanos podrán participar del procedimiento administrativo de evaluación.
- ii) Que sea solicitado por a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas (art. 30 bis inc. 1º segunda parte).
- iii) Que la solicitud se presente por escrito dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a DIA de que se trate (art. 30 bis inc. 1º segunda parte). Para tal efecto, el art. 30 inc. 1º dispone que *"Las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, en su caso, publicarán el primer día hábil de cada mes, en el Diario Oficial y en un periódico de circulación regional o nacional, según corresponda, una lista de los proyectos o actividades sujetos a Declaración de Impacto Ambiental que se hubieren presentado a tramitación en el mes inmediatamente anterior, con el objeto de mantener debidamente informada a la ciudadanía"*.

Tanto la ley como el reglamento establecen para las DIA una regla similar a la de los EIA, en cuanto a la apertura de un nuevo término de participación cuando la declaración hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto (art. 29 bis inc. 2º LBGMA y art. 96 RSEIA).

Asimismo, el SEA debe considerar las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página de Internet del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.

Finalmente, la ley establece que *“Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”* (art. 30 bis inc. 5 LBGMA).

- *Participación en la evaluación de una DIA sometida a evaluación de conformidad:* en tales casos, *el plazo para la realización del proceso de participación ciudadana será de diez días* (art. 30 bis inc. 3º). Dicha participación deberá llevarse a cabo dentro del procedimiento administrativo abreviado de 30 días (art. 18 ter inc. 1º) (C.III, 13.8), lo que evidentemente generará problemas prácticos para el cumplimiento de tan breves plazos. Atendido el contexto de la disposición del art. 30 bis inc. 3º LBGMA, se debe concluir que la participación ciudadana en este procedimiento especial de evaluación de la DIA sólo tendrá lugar cuando el proyecto genere cargas ambientales.
- *Participación en la evaluación de una DIA de una empresa de menor tamaño:* cumpliéndose los requisitos que establece el art. 18 quáter, deberá llevarse a cabo un periodo de participación ciudadana. El art. 18 quáter letra c) establece las condiciones para su realización:
 - a) Que el proyecto o actividad se localice en un área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes;
 - b) Que no genere cargas ambientales. Este segundo requisito plantea dos órdenes de problemas. En primer lugar, probablemente por un error de técnica legislativa, la disposición en comento no se remite a la definición de carga ambiental contenida en el art. 30 bis inc. 6º, la que define sólo *“para los efectos de este artículo”* el concepto de carga ambiental. En consecuencia, el SEA podría determinar que para estos casos carga ambiental es algo distinto. El segundo problema lo plantea la situación en que una empresa de menor tamaño sí genera una carga ambiental. No existe una norma en la ley o en el RSEIA que regule dicha situación, por lo que debería entenderse que aquí regirán las reglas que regulan la participación ciudadana en dicho supuesto de carga ambiental.
 - c) Que se cite a una audiencia especial a lo menos a tres organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica vigente, cuyo domicilio legal se encuentre en aquellas comunas en que el proyecto o actividad se emplazará.
 - d) Que se levante un acta por un ministro de fe en donde consten los compromisos con la comunidad.

Finalizada la etapa de participación, los compromisos con la comunidad formarán parte del registro de la DIA (art. 70 inc. final RSEIA), todo lo cual constituye una especie de RCA ficta (C.III, 13.9).

13.2.6 Evaluación consultiva

La consulta a las comunidades y grupos indígenas en el SEIA ha sido uno de los tópicos que mayor controversia ha planteado y cuya principal manifestación está en la impugnación judicial de la RCA¹⁴⁵. Al respecto se debe tener presente que el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, ratificado por Chile, contempla el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6.1); este derecho se establece también respecto de la situación específica de la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales de dominio público, o sobre los cuales el Estado tenga derechos, y que se encuentren en tierras indígenas (artículo 15.2)¹⁴⁶.

Para entender la consulta a comunidades y grupos indígenas en el contexto del SEIA se debe tener en cuenta, en primer término, que cuando un proyecto o actividad genera los efectos, características o circunstancias que se listan el art. 11 LBGMA, deberá ser evaluado por la vía de un EIA. Dentro de dichos efectos se encuentran los que pueden producirse sobre poblaciones protegidas, entendiéndose por tales *“a los pueblos indígenas, independientemente de su forma de organización”* (arts. 11 letra d) LBGMA, en relación con art. 8 inc. 3 RSEIA). En consecuencia, la incidencia de un proyecto en un pueblo indígena traerá dos consecuencias jurídicas: deberá someterse siempre al sistema por la vía del EIA; y deberá contemplarse en el procedimiento administrativo de evaluación la consulta indígena.

El art. 85 RSEIA regula la art. 85 en los términos siguientes: *“Consulta a Pueblos Indígenas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.*

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

¹⁴⁵ Jorge Bermúdez Soto y Dominique Hervé Espejo, La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas, en Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2013, p. 255.

¹⁴⁶ Las disposiciones citadas corresponden a las que el TC consideró como autoejecutables en su sentencia de Rol 309/2000, considerando 48º señaló: *“tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”*.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha, calidad según lo dispuesto en la normativa vigente”.

De la disposición en comento se desprende que los resultados de la consulta indígena, al igual que lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, no tienen el carácter de vinculante respecto de la autoridad ambiental. Sin embargo, debe tenerse en cuenta una creciente tendencia en instrumentos de *soft law* a exigir el consentimiento libre e informado previo de los pueblos indígenas¹⁴⁷ y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en el caso Saramaka con Surinam, de 2007, exige la consulta y el consentimiento previo del pueblo Saramaka¹⁴⁸.

En el caso que un proyecto implique el reasentamiento de un grupo humano, deberá buscarse el consentimiento del mismo, cuando se trate de un pueblo indígena. Así el art. 7 inc. 4º SEIA dispone que: *“Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.* Como se desprende de la norma, el consentimiento previo no es absoluto, ya que en los casos en que la legislación vigente habiliten a decretar el traslado o reubicación del grupo indígena, éste podrá llevarse a cabo aun sin su consentimiento. Sin embargo, para ello la norma agrega un requisito procedimental previo, el que debe ser adecuado, incluso realizando encuestas.

13.3 Finalidad

Tanto respecto de los EIA como de las DIA existen dos disposiciones que resultan claves y que permiten apreciar claramente la finalidad del procedimiento administrativo de evaluación. En efecto, en el SEIA el SEA, en cuanto administrador del sistema y órgano que lleva adelante el procedimiento administrativo de evaluación, deberá requerir los informes correspondientes (art. 9 inc. 4º). El art. 35 inc. 2º RSEIA a propósito del EIA dispone que: *“Dichos informes deberán pronunciarse exclusivamente en el ámbito de sus competencias, indicando fundadamente si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental, incluidos los permisos ambientales sectoriales, si corresponde, así como si las medidas propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental se hacen cargo adecuadamente de los efectos, características y circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley”.* Por su parte, respecto de la DIA el art. 47 inc. 2º RSEIA dispone que: *“Dichos informes deberán pronunciarse exclusivamente en el ámbito de sus competencias, indicando fundadamente si el proyecto o actividad cumple con la*

¹⁴⁷ César Rodríguez Garavito, Meghan Morris (dirs.), Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá. La consulta previa a pueblos indígenas, Los estándares del derecho internacional, en Justicia Global 2, Universidad de los Andes, Colombia, Facultad de Derecho Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Noviembre, 2010, pp. 77-80.

¹⁴⁸ La sentencia en el parágrafo 139 señala que la Corte *“además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”.*

normativa de carácter ambiental, incluidos los permisos ambientales sectoriales, si corresponde, así como si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la Ley". En consecuencia, el informe que emite un órgano de la Administración del Estado con competencia ambiental que participa de la evaluación deberá comprender, según los casos, lo siguiente:

- i) El pronunciamiento ambiental respecto del cumplimiento de la normativa ambiental sectorial.
- ii) El cumplimiento del proyecto o actividad con los requisitos ambientales del permiso ambiental sectorial (PAS).
- iii) Para el caso de los EIA, si el proyecto o actividad propone medidas que se hagan cargo adecuadamente de los efectos, características y circunstancias del art. 11 LBGMA.
- iv) Para el caso de las DIA, si el proyecto o actividad genera o no los efectos, características y circunstancias del art. 11 LBGMA.

En consecuencia, 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 sectoriales, 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, lo que conducirá a la calificación ambiental del proyecto. Evidentemente, ambos aspectos tienen su base en el ordenamiento jurídico y presuponen la atribución previa de facultades en la materia a los órganos de la Administración del Estado que participan en la evaluación. Sin embargo, por razones didácticas resulta adecuada la distinción para la presentación del tema.

13.3.1 Evaluación ambiental procedimental/legal: permisos ambientales sectoriales

Dentro de las definiciones del art. 2 LBGMA relativas a la DIA (letra f) y a la Evaluación de Impacto Ambiental (letra j) es posible apreciar que el SEIA tiene por finalidad el cumplimiento de la normativa ambiental por parte del proyecto o actividad, es decir, se una finalidad de carácter procedimental/ legal. Se trata del contraste que se deberá realizar entre el proyecto o actividad y la norma jurídica ambiental que lo regula, lo que corresponde a la clásica "subsunción". Si dicho proyecto supone un impacto que constituye una vulneración a dicha norma, esto es, un impacto jurídicamente intolerable, la Administración Ambiental deberá pronunciarse desfavorablemente respecto del proyecto.

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*" (art. 2 letras f, y j) LBGMA). Tales normas vigentes son aquellas que tienen incidencia ambiental y que están asociadas a un determinado permiso ambiental sectorial, que debe ser otorgado para el desarrollo de la actividad que se somete a la evaluación. Ello se desprende del art. 8 inc. 2º LBGMA, en cuanto ordena que todos los *pronunciamientos o permisos* ambientales sectoriales (PAS) señalados en la legislación vigente deben ser obtenidos a través del SEIA, lo que también es reiterado en el art. 107 inc. 1º RSEIA.

La obtención de los PAS en conjunto a través del SEIA es lo que se ha denominado como “ventanilla única ambiental”¹⁴⁹, ya que todas las autorizaciones administrativas deben solicitarse dentro del procedimiento del SEIA. Por su parte, el RSEIA (arts. 107 a 161) ha fijado un listado de permisos ambientales que deben ser obtenidos a través de éste procedimiento. La relevancia del listado de PAS radica en que los requisitos para su otorgamiento, así como los contenidos técnicos y formales para acreditar su cumplimiento sólo podrán ser los que dispone el Título VII del RSEIA (art. 107 inc. 2º). En consecuencia, el órgano de la Administración del Estado con competencia ambiental no podrá agregar nuevos requisitos o condiciones ambientales para el otorgamiento del PAS.

El RSEIA realiza una distinción entre PAS de contenidos únicamente ambientales y PAS mixtos:

- **PAS únicamente ambientales:** se encuentran regulados en los arts. 111 a 130 RSEIA. En este caso la RCA favorable dispondrá su otorgamiento por parte de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, bajo las condiciones o exigencias que en la misma se expresen (art. 108 inc. 2º RSEIA). Esto querrá decir que el contenido de este PAS quedará íntegramente determinado a partir de lo que ocurra en procedimiento de evaluación. Esto se demuestra con lo que la disposición agrega más adelante: *“Para estos efectos, bastará que el titular del proyecto o actividad exhiba la Resolución de Calificación Ambiental para que el organismo competente otorgue el permiso sin más trámite”*. Esta norma pretende reforzar el carácter de ventanilla única ambiental, ya que en esta clase de PAS, el órgano de la Administración del Estado con competencia ambiental sólo podrá formalizar el PAS en su resolución propia, pero no podrá iniciar un nuevo procedimiento administrativo, ni mucho menos agregar o quitar exigencias.
- **PAS mixtos:** regulado en los arts. 131 a 160 RSEIA. En el caso de RCA favorable, ésta certificará que se cumplen los requisitos ambientales de dichos PAS. El efecto de dicho cumplimiento será que: *“En tal caso, los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental no podrán denegar los correspondientes permisos en razón de los referidos requisitos, ni imponer nuevas condiciones o exigencias de carácter ambiental que no sean las establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental”* (art. 108 inc. 4º RSEIA). Sin embargo, lo que la disposición no dice, pero se desprende *a contrario sensu*, es que el órgano sectorial conserva sus competencias técnicas sectoriales. Por lo tanto, en el caso de los PAS mixtos, lo que se produce es una verdadera división del permiso. En cuanto PAS quedará supeditado a lo que ocurra en el SEIA, sin embargo, en cuanto permiso con contenido técnico o no ambiental, el órgano sectorial conservará sus competencias técnicas y podrá aprobar o rechazar el permiso fundado en las razones no ambientales, de carácter sectorial. Sin embargo, si la RCA es desfavorable *“dichos órganos quedarán obligados a denegar los correspondientes permisos, en razón de los requisitos ambientales, aunque se satisfagan los demás requisitos”* (art. 108 inc. 5º RSEIA). De

¹⁴⁹ Respecto a las modalidades de “ventanillas” en materia ambiental, Eduardo Astorga Jorquera, Derecho ambiental chileno: parte general, op. cit., p. 196: *“se ha intentado plasmar en la legislación, básicamente a través de dos vías —conocidas hasta ahora—: la primera de éstas consiste en anexas al Sistema y por tanto a la resolución final, una serie de permisos identificados como ambientales o ‘de relevancia ambiental’, los cuales, una vez calificados favorablemente el proyecto o actividad, deben acompañar a esta resolución”*. Posteriormente el mismo autor señala: *“la segunda de las alternativas es la del permiso ambiental global o permiso ambiental único, representado por la resolución calificatoria del proyecto o actividad sometido a Evaluación de Impacto Ambiental”* (p. 198).

lo que se desprende que el SEIA ejerce un efecto impeditivo en los permisos sectoriales en su vertiente técnica o no ambiental.

La finalidad procedimental/ legal también se aprecia al final de la evaluación ambiental. En efecto, el art. 9 bis) inc. 1º LBGMA dispone que: *“La Comisión a la cual se refiere el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente. En todo caso, dicho informe deberá contener, los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto”*.

En consecuencia, si el procedimiento administrativo se ha basado sólo aspectos reglados del proyecto, los que se plasmaron en los pronunciamientos ambientales sectoriales que luego contiene el ICE, la Comisión de Evaluación de la región respectiva o el Director Ejecutivo del SEA sólo podrán aprobar o rechazar el proyecto, en consonancia con el contenido del ICE. Esto es lógico, ya que si se trata de aspectos normados en la legislación ambiental, la calificación ambiental no podría ir en contra de lo que en ella se disponga. Así por ejemplo, en un supuesto teórico en que un proyecto o actividad requieren de un solo PAS que es únicamente ambiental, si el órgano de la Administración del Estado con competencia ambiental estima que se cumplen los requisitos y éstos son sólo reglados o normados, la calificación deberá ser siempre favorable, y viceversa.

En conclusión, el SEIA tiende a un cumplimiento de la legalidad ambiental, que se traduce en la obtención de unos permisos ambientales sectoriales contenidos en el RSEIA. En un sistema perfecto, todo impacto ambiental debería tener asociado un permiso ambiental (sea sectorial o no), por tanto, debería corresponder a una actividad que se encuentra bajo reserva de autorización. En tal caso, la densidad normativa debería ser máxima, lo que implica una mayor actividad legislativa, lo que redundaría en una mayor seguridad jurídica. La realidad no es así, existe una serie de actividades que generan impactos ambientales que no se encuentran asociadas específicamente a un permiso. Como se verá en el siguiente numeral, en tal caso, el pronunciamiento sectorial y en definitiva la calificación ambiental del proyecto quedarán como las formas de suplir dicha falta de regulación.

13.3.2 Evaluación ambiental material: pronunciamientos ambientales

La evaluación de los aspectos ambientales, considerados en sentido estricto, sin vinculación a un permiso específico también encuentran cabida en el SEIA. Ya el art. 2 letra i) LBGMA a propósito de la definición del EIA señala que dicho documento debe proporcionar información fundada que permita *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*. Es decir, el EIA debe considerar todos los impactos, y proponer las acciones que servirán para enfrentarlos (art. 12 letras d) y f) LBGMA).

Durante la tramitación del SEIA este aspecto de la evaluación se puede apreciar en los órganos que intervienen en ella. Así el art. 24 inc. 1º RSEIA dispone que: *“Los órganos de la Administración del Es-*

tado con competencia ambiental que participarán en la evaluación ambiental del proyecto o actividad serán aquellos que cuenten con atribuciones en materia de permisos o pronunciamientos ambientales sectoriales respecto del proyecto o actividad en particular". De lo que se desprende que la Administración sectorial podrá intervenir o bien, otorgando un PAS, o bien, emitiendo un pronunciamiento.

En el caso de los pronunciamientos ambientales que no están vinculados a un permiso específico, la autoridad ambiental con competencia material sobre el elemento ambiental, podrá pronunciarse e informar efectivamente sobre el impacto ambiental del proyecto, sin encontrarse atada a las exigencias propias de un permiso específico, sino a si el proyecto evaluado se ajusta a las exigencias generales por las que debe velar (arts. 12 bis letra d), 15 inc. 1º, 18 inc. 4º). Sin embargo, sólo podrá pronunciarse sobre el ámbito propio de su competencia (arts. 35 inc. 2º y 47 inc. 2º RSEIA). Por ejemplo, el pronunciamiento del Servicio Nacional de Pesca, respecto de los proyectos de desarrollo acuícola, sobre los que la autoridad pesquera (Subsecretaría de Pesca) otorga el permiso ambiental sectorial (art. 116 RSEIA), mientras que el antedicho Servicio podría emitir un pronunciamiento acerca de la sustentabilidad ambiental del proyecto.

Por su parte, y respecto de los instrumentos de carácter político a nivel regional y local, la evaluación ambiental/material implicará que se determine la forma en que el proyecto o actividad se ajusta a tales instrumentos. En primer lugar el titular del proyecto deberá *"describir la forma en que tales proyectos o actividades se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional, así como con los planes de desarrollo comunal"* (art. 9 ter inc. 1º LBGMA). Por su parte, tanto el Gobierno Regional, como las municipalidades del área de influencia del proyecto, deberán pronunciarse acerca de si *"el proyecto o actividad se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y con los planes de desarrollo comunal, respectivamente"* (art. 9 ter inc. 2º LBGMA). *"Para tal efecto, se deberá considerar si la tipología del proyecto o actividad se encuentra establecida en alguna de las definiciones estratégicas, objetivos generales u objetivos específicos de los referidos instrumentos. Asimismo, se deberá considerar si dichas definiciones y objetivos se ven favorecidos o perjudicados por el proyecto"* (art. 34 inc. 2º RSEIA).

13.4 Elementos de la Evaluación

El art. 2 letra j) LBGMA define la evaluación del impacto ambiental como *"el procedimiento (...) 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"*. 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.

El elemento que determina el sometimiento al SEIA es la inclusión o no del proyecto o actividad en los listados señalados en la ley (art. 10) y el reglamento (art. 3) y no el impacto ambiental que se prevé ocasionará aquél. No obstante, la real finalidad que subyace en el sistema, que incluso le da el nombre, es el examen o *evaluación del impacto ambiental*. Teóricamente podría verificarse una evaluación del impacto ambiental sin referencia a norma jurídica alguna, simplemente examinado 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 el proyecto se lleve a cabo.

Dicha solución implicaría una formulación del SEIA como una evaluación que se debe tener en cuenta en un procedimiento administrativo posterior¹⁵⁰, pero no como un procedimiento administrativo que concluye en una autorización de funcionamiento, como lo es la RCA.

El art. 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 la *alteración*, expresión neutra, que no fue usada en la definición de daño ambiental del art. 2 letra 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 (art. 10 letra 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, compensación 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, o impacto ambiental, que es jurídicamente tolerable.

Una demostración de lo anterior se encuentra en la prohibición de fraccionamiento de proyectos con el objeto de variar el instrumento de evaluación (EIA o DIA) o eludir el ingreso al SEIA (art. 11 bis LBGMA y 14 RSEIA). Asimismo, dentro de esta lógica puede entenderse la relación que existe entre una infracción ambiental y el plan de reparación. En efecto, el art. 35 letra b) LOSMA tipifica como infracción administrativa la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige la respectiva resolución de calificación ambiental, sin contar con ella. Una vez notificada la resolución que pone término al procedimiento administrativo sancionador, el infractor puede presentar un plan de reparación (art. 43 LOSMA), el que producirá como efecto que se extinga la acción ambiental en el caso en que sea ejecutado correctamente (art. 53 inc. 2ª LBGMA). Esta relación entre instrumentos de sanción y reparación son demostrativos del aserto anterior. En la medida que una actividad se someta y califique favorablemente en el SEIA lo que en un sentido *lego* era daño ambiental se juridifica, haciéndose lícito, y por tanto, pasa a ser impacto ambiental. Por el contrario, si la actividad se realiza

¹⁵⁰ Ulrich Ramsauer, *Allgemeines Umweltverwaltungsrecht*, en *Umweltrecht*, Hans Joachim Koch editor, Ed. Vahlen, München, 2010 p. 111.

sin el tamiz del SEIA, es legalmente un daño ambiental, que genera consecuencias infraccionales y de responsabilidad.

13.4.2 Evaluación de impactos ambientales

La evaluación del impacto ambiental supone que se determinen cuáles son las alteraciones directas e indirectas que se prevé producirá una actividad en el medio ambiente (art. 2 letra k) LBGMA). En el caso de los impactos directos, estos 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. En este caso, la elaboración acabada de la línea de base del proyecto jugará un rol clave en la distinción de impactos del proyecto de aquéllos provenientes de otras fuentes o causas.

Complementariamente, con la modificación introducida por la Ley N° 20.417 se deberán tener en cuenta, además, otros impactos, como los de carácter sinérgico. En efecto, el art. 2 letra h bis) LBGMA define el *“Efecto Sinérgico: aquel que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente”*. La definición legal atiende al efecto aumentado que produce la suma de agentes que inciden en el medio ambiente. La definición es neutra, ya que el efecto sinérgico podrá tener una incidencia positiva en el medio ambiente, podrá ser constitutiva de un impacto ambiental o incluso de un daño ambiental. El impacto sinérgico, en cuanto impacto ambiental que se potencia por su adición con otros impactos, debe ser considerado en la elaboración del EIA. En efecto, el art. 18 letra f) inc. final RSEIA da por sobreentendido que el EIA debe considerar el impacto sinérgico en la evaluación del proyecto o actividad. En particular dispone que: *“Para la evaluación de impactos sinérgicos se deberán considerar los proyectos o actividades que cuenten con calificación ambiental vigente de acuerdo a lo indicado en el literal e.11 anterior”*. Por su parte, esta disposición exige que el EIA se refiera a los proyectos o actividades que cuenten con RCA, estén operando o no. Nuevamente deber reiterarse aquí la importancia de la línea de base del proyecto, ya que como aparece evidente de las normas, los impactos sinérgicos sólo implican la consideración de las actividades y proyectos que cuentan con RCA y no los impactos ambientales reales que existen en el lugar en que se emplace el nuevo proyecto. Por tanto, los nuevos impactos que se agreguen en el ambiente, perfectamente pueden tener un efecto sinérgico sobre contaminantes provenientes de fuentes no sometidas al SEIA.

La LBGMA no considera los impactos acumulativos, aunque si fueron consagrados en el art. 12 letra g) del antiguo RSEIA, en relación al contenido del EIA, que *“considerará, según corresponda, los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos”*. Sin embargo, dicha disposición, ni ninguna que se refiera expresamente a los impactos acumulativos, fue considerada en el actual RSEIA (DS N° 40/2012 MMA).

Finalmente debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 11 ter LBGMA (similar al art. 12 inc. 2º RSEIA), dicha norma se refiere a los casos de calificación ambiental de la modificación de un proyecto

o actividad, en que *“la calificación ambiental deberá recaer sobre dicha modificación y no sobre el proyecto o actividad existente, aunque la evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente para todos los fines legales pertinentes”*¹⁵¹. De la disposición citada se desprenden al menos dos conclusiones: i) sólo la modificación de proyecto se somete a evaluación, y no el proyecto original, el que quedará permanentemente sin evaluación; ii) en dicho supuesto, la modificación del proyecto deberá considerar la suma de impactos del antiguo proyecto y de su modificación. En esta segunda conclusión lo que se plantea es en realidad una evaluación del impacto acumulativo (de impactos de la instalación antigua y de su modificación), con lo que las medidas que se adopten deberán considerar la suma de dichos impactos.

13.4.3 Evaluación de todos los entornos

Sea que se trate de un impacto ambiental directo, indirecto, sinérgico o acumulativo, 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 país¹⁵². Tal es el caso, por ejemplo, del fenómeno de la lluvia ácida, del agujero en la capa de ozono, del cambio climático, o de la contaminación de ríos y mares. En consecuencia el EIA o la DIA (C.III, 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* (Ver C.I, 6.1).

El entorno en el que se manifiestan los impactos ambientales se traduce en el concepto de área de influencia, la que se define como *“el área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, o bien, para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias”* (art. 2 letra a) RSEIA). Más clara resulta la disposición del art. 18 letra d) RSEIA, la que en relación con el contenido del EIA exige: *“La determinación y justificación del área de influencia del proyecto o actividad, incluyendo una descripción general de la misma. El área de influencia se definirá y justificará para cada elemento afectado del medio ambiente, tomando en consideración los impactos ambientales potencialmente significativos sobre ellos, así como el espacio geográfico en el cual se emplazan las partes, obras y/o*

¹⁵¹ Esta disposición ya había sido consagrada en el art. 124 del derogado RSEIA, que establecía: *“Tratándose de modificaciones de proyectos o actividades, la calificación ambiental deberá recaer sobre aquéllas y no sobre los proyectos o actividades existentes, aunque la evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados por las modificaciones y los proyectos o actividades existentes”*. Respecto de su alcance, se ha sostenido que éste comprendería sólo los proyectos o actividades iniciales y sus modificaciones, mas no los impactos acumulativos que, respecto de ellos, producen otras obras o programas diversos. En este sentido, Romina Chávez Fica e Ignacio Soto López, Efectos sinérgicos y acumulativos de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: reconocimiento legal y propuesta para una adecuada aplicación, *op. cit.*, p. 521.

¹⁵² Al respecto, ver sobre todo, Arndt Schmehl, Umweltverteilungsgerechtigkeit, Probleme und Prinzipien einer gerechten räumlichen Zuordnung von Umweltqualität und Umweltnutzungsoptionen, en Reinhard Hendler / Peter Marburger / Michael Reinhardt / Meinhard Schröder, editores, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2005, Berlin, 2005, pp. 91-113.

*acciones del proyecto o actividad*¹⁵³. En consecuencia, el impacto ambiental que se manifiesta en un elemento ambiental determinará cual es el área de influencia del proyecto, y en definitiva el entorno sobre el que debe recaer la evaluación.

13.4.4 Evaluación en relación con normas ambientales

Como se recordará, la evaluación de impacto ambiental en el art. 2 letra j) LBGMA, se define como *“el procedimiento (...) 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”*. 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 art. 10 LBGMA deben someterse al SEIA¹⁵⁴.

A pesar de la amplitud de la regulación ambiental en Chile, no toda ella tiene la misma densidad, con lo que en muchas ocasiones solamente será posible una evaluación en que el contraste entre el proyecto y la norma permitan una apreciación parcial del mismo. Como se ha dicho, este problema se ha resuelto en parte a propósito de los efectos, características y circunstancias que determinan el sometimiento por la vía de un EIA al sistema (C.III, 13.5.1), ya que al no existir norma en el ordenamiento jurídico chileno podrán ser aplicadas como normas de referencia las de los Estados que se mencionan en el art. 11 RSEIA.

Asimismo, no debe perderse de vista la posibilidad de pronunciamiento sobre el proyecto que realizan los organismos con competencias ambientales materiales, los que, sin otorgar un permiso, sí pueden pronunciarse sobre aquéllos atendido lo dispuesto en la legislación sectorial respectiva, la que normalmente les entrega un deber de tutela general sobre algún elemento ambiental. Sin embargo, con el objeto de limitar la amplitud del pronunciamiento ambiental sectorial el art. 9 inc. final LBGMA dispone que: *“Los pronunciamientos de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, deberán ser fundados y formulados dentro de las esferas de sus respectivas competencias”*.

13.4.5 Evaluación de compatibilidad

Las modificaciones que experimenta la DIA con la Ley Nº 20.417 expresan una tendencia del legislador a dotar de mayores requisitos a éstas, acercándolas en sus exigencias al EIA. Ello se aprecia en algunas condiciones comunes de compatibilidad con otros instrumentos, que es exigida para ambas formas de ingreso al SEIA.

Tanto en la evaluación de un EIA como de una DIA, se deberá evaluar su compatibilidad con los siguientes instrumentos:

- *Compatibilidad territorial*: de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8 inc. 3º LBGMA, respecto de todo proyecto o actividad sometido al SEIA *“siempre se requerirá el informe del Gobierno*

¹⁵³ Esta exigencia también se establece respecto del contenido de la DIA, según dispone el art. 19 letra b.1) RSEIA.

¹⁵⁴ 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 Soto, Código de Medio Ambiente, Ed. LexisNexis, Santiago, 2007.

Regional, del Municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando correspon-da, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado". En este caso, se pondra en relación el EIA o la DIA con los respectivos instrumentos de planificación territorial. Así, por ejemplo, respecto de si la actividad propuesta es compatible con el uso del suelo dispuesto en un plan intercomunal o metropolitano, o bien, con un plan regulador comunal, en que deberá informar el Gobierno Regional o la Municipalidad. En el caso de la zonificación del uso del borde costero, el informe deberá ser emitido por la Dirección General del Territorio Marítimo y la Marina Mercante (DIRECTEMAR). Existe una diferencia de fondo entre ambas clases de informes. Los primeros tienen un carácter imperativo, en el sentido que si la actividad evaluada no es compatible con el uso del territorio dispuesto en el respectivo instrumento de planificación territorial, ésta no podrá llevarse a cabo. Esta conclusión se apoya en el carácter obligatorio de dichos instrumentos. Por el contrario, en el caso del informe sobre la compatibilidad territorial del proyecto con la zonificación del uso del borde costero, el informe será indicativo, dado el carácter no vinculante de dicho instrumento, salvo para el caso de las actividades de acuicultura¹⁵⁵.

El RSEIA en su art. 33 inc. 2º dispone una limitación para los órganos que realizan la evaluación de compatibilidad territorial, ya que *"Los órganos señalados deberán emitir su Informe sólo sobre la base de instrumentos de ordenación del territorio que se encuentren vigentes y respecto de los cuales sean competentes"*. Si bien la norma parece evidente, ella es una respuesta a la práctica que se había dado en el SEIA en que los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que intervenían emitían opinión sobre aspectos ajenos a su ámbito de competencia, lo que si bien no resultaba vinculante para la evaluación ambiental, introducía un elemento de incertidumbre y una valoración inoficiosa para la misma.

- *Compatibilidad con la EAE*: el art. 8 inc. 4º dispone que *"Los proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental deberán considerar siempre las políticas y planes evaluados estratégicamente, de conformidad a lo señalado en el Párrafo 1º bis de este título"*. A ello se agrega la obligación para el titular del EIA o la DIA de *"identificar las políticas y planes evaluados estratégicamente que sean atingentes, así como la compatibilidad del proyecto o actividad con el uso del territorio y los objetivos ambientales de tales políticas y planes"* (art. 15 inc. 2º RSEIA). Por su parte, se debe tener en cuenta que los instrumentos de planificación territorial que hubieren sido evaluados a través del SEIA, se entenderán evaluados estratégicamente, para efectos de realizar la evaluación de compatibilidad de los arts. 8 inc. 4º LBGMA y 15 RSEIA (art. 2º transitorio RSEIA).

La evaluación acerca de si el EIA o la DIA han tenido en consideración lo señalado en políticas y planes sometidos a la EAE queda entregado a lo que se indique en el Informe Consolidado de Evaluación. Dicho informe podría contener una recomendación negativa para el proyecto si es incompatible con la EAE de una política o plan. Lo anterior, porque dicha evaluación de una política o un plan corresponde a un aspecto normado en la legislación ambiental vigente, en que debe basarse el Informe Consolidado de Evaluación (art. 9 bis inc. 1º).

¹⁵⁵ Según lo dispuesto en el art. 67 incs. 5º, 8º y 11º Ley General de Pesca y Acuicultura.

- *Compatibilidad con los planes de desarrollo:* el art. 9 ter LBGMA dispone que: *“los proponentes de los proyectos o actividades, en sus Estudios o Declaraciones de Impacto Ambiental, deberán describir la forma en que tales proyectos o actividades se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional, así como con los planes de desarrollo comunal”*. Esta norma se reitera en el art. 13 inc. 1º RSEIA, sin embargo, agrega que dichos planes de desarrollo son los del área de influencia del proyecto, esto es, el de aquéllos lugares en que se producen los impactos ambientales.

Para efectos de llevar a cabo la evaluación de compatibilidad del proyecto o actividad con los planes de desarrollo *“el titular deberá indicar si la tipología del proyecto o actividad se encuentra reconocida en alguna de las definiciones estratégicas, objetivos generales u objetivos específicos de dichos instrumentos. Del mismo modo, deberá indicar cuáles de dichas definiciones y objetivos se ven favorecidos o perjudicados por el proyecto”* (art. 13 inc. 2º RSEIA).

Nuevamente aquí la eficacia de la norma queda entregada a lo que se contenga en el Informe Consolidado de Evaluación. Si el proponente o titular omite poner en relación su actividad o proyecto con dichos planes o programas, o si dicha puesta en relación arroja una incompatibilidad insuperable o es sencillamente erróneo su planteamiento, el mencionado informe deberá consignarlo. Esta puesta en relación, al tratarse de un aspecto normado, podrá fundar una propuesta de rechazo del proyecto o actividad.

13.4.6 Mitigación, compensación y reparación

El art. 16 inc. final LBGMA 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”*.

La ley ha establecido la obligación de presentar medidas de mitigación, compensación o reparación solamente respecto de los proyectos que se someten al SEIA por la vía de un EIA. Como consecuencia de ello el RSEIA en el art. 18 letra i) dispuso que dentro de las materias que se consideran como contenido mínimo del EIA se encuentra el Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación. En él se describirán las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación y/o compensación que se realizarán, cuando ello sea procedente.

Para tal efecto el RSEIA establece la obligación de elaborar un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación. Dependiendo de los casos, el plan podrá contener todos o algunas de las acciones señaladas. En el caso de las medidas de mitigación se entiende que ellas tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución (art. 98 RSEIA). Se expresarán en un Plan de Medidas de Mitigación que deberá considerar, a lo menos, una de las siguientes medidas:

"a) Las que impidan o eviten completamente el efecto adverso significativo, mediante la no ejecución de una obra o acción, o de alguna de sus partes"⁵⁶.

b) Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, mediante una adecuada limitación o reducción de la extensión, magnitud o duración de la obra o acción, o de alguna de sus partes.

c) Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo mediante medidas tecnológicas y/o de gestión consideradas en el diseño".

Por su parte, las medidas de reparación tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al impacto sobre dicho componente o elemento o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas. Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Reparación (art. 99 RSEIA). La definición reglamentaria se basa en el concepto de reparación que formula el art. 2 letra s) LBGMA, sin embargo, le quita el componente de ilegalidad o de daño injusto, toda vez que se refiere a los efectos ocasionados por el impacto ambiental y no por el daño.

Finalmente, las medidas de compensación ambiental tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar. Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación Ambiental, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función.

Los efectos de las medidas que se formulen en los planes de mitigación y compensación *"deberán producirse en las áreas o lugares en que se presenten o generen los impactos significativos sobre los elementos del medio ambiente"* (art. 101 inc. 1º RSEIA). Por su parte, *"las medidas de compensación se llevarán a cabo en las áreas o lugares en que los impactos significativos se presenten o generen o, si no fuera posible, en otras áreas o lugares en que resulten efectivas"* (art. 101 inc. 2º RSEIA).

Dado que las medidas que se propongan en el EIA determinarán no sólo su aceptación por parte de las autoridades que califican el proyecto o actividad, sino también implicarán un mayor o menor aceptación o por el contrario resistencia por parte de la comunidad, es que la ley establece la obligación a los proponentes de *"informar a la autoridad ambiental si han establecido, antes o durante el proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental. En el evento de existir tales acuerdos, éstos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto o actividad"* (art. 13 bis LBGMA y art. 17 RSEIA). El sentido de la norma es el de garantizar que las medidas del plan de mitigación o compensación tengan un contenido efectivamente ambiental. Por ello los acuerdos que pudieren haberse alcanzado no son vinculantes para la autoridad ambiental.

Un aspecto destacable de la disposición transcrita se encuentra en los destinatarios de las negociaciones, esto es, los *interesados*. En este caso se debe entender dicha expresión en los términos del art.

⁵⁶ Se debe tener en cuenta que esta disposición es probablemente la única que incorpora la "variable cero" dentro del SEIA, es decir, que atendido el impacto desproporcionado de una actividad o parte de ella la mejor alternativa a la misma sea su no realización.

21 LBPA, lo que tendrá incidencia para efectos de la impugnación de la RCA, a que se refiere el art. 20 LBGMA y arts. 17 N° 5 y 18 N° 5 LTAA (Ver C.III, 13.10.6 y C.VI, 3.3, 3.4 y 3.5).

13.4.7 Prevención de Riesgos y control de accidentes

También dentro de los elementos que deben considerar el EIA se encuentran las medidas de prevención de riesgos al medio ambiente, que puedan deducirse de la predicción y evaluación ambiental del proyecto o actividad. Para tal efecto, deben elaborarse dos clases de planes:

En el primer caso, el Plan de Prevención de Contingencias debe *“identificar las situaciones de riesgo o contingencia que puedan afectar el medio ambiente o la población y describir las acciones o medidas a implementar para evitar que éstas se produzcan o minimizar la probabilidad de ocurrencia”* (art. 103 RSEIA).

Por su parte, el Plan de Emergencias *“deberá describir las acciones a implementar en caso de que se produzca una emergencia. El objetivo de estas medidas es controlar la emergencia y/o minimizar sus efectos sobre el medio ambiente o la población. Asimismo, indicará la oportunidad y vías de comunicación a la Superintendencia de la activación de dicho Plan”* (art. 104 RSEIA).

13.4.8 Seguimiento de las variables ambientales

Dentro de los elementos que debe contener el EIA se encuentra el Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 105 RSEIA: *“El Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales tiene por finalidad asegurar que las variables ambientales relevantes que fueron objeto de evaluación ambiental, evolucionan según lo proyectado.”*

Dicho plan deberá ser elaborado de conformidad a las instrucciones generales que dicte la Superintendencia y deberá contener, cuando sea procedente, para cada fase del proyecto o actividad, el componente del medio ambiente que será objeto de medición y control; el impacto ambiental y la medida asociada; la ubicación de los puntos de control; los parámetros que serán utilizados para caracterizar el estado y evolución de dicho componente; los límites permitidos o comprometidos; la duración y frecuencia del plan de seguimiento para cada parámetro; el método o procedimiento de medición de cada parámetro; el plazo y frecuencia de entrega de los informes con la evaluación de los resultados y cualquier otro aspecto relevante”.

De la norma transcrita se desprenden, en primer término, que el objetivo del Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales es el de verificar que la predicción de los impactos ambientales ha sido correcta y que durante la ejecución del proyecto o actividad aquéllos se manifiestan según la proyección de los mismos contenida en el EIA. Dicha predicción de impactos deberá identificar y estimar o cuantificar las alteraciones directas e indirectas a los elementos del medio ambiente descritos en la línea de bases, derivadas de la ejecución del proyecto para cada fase (art. 18 letra f) inc. 2º RSEIA).

Un segundo aspecto del plan en cuestión, aparece como más problemático. En efecto, la elaboración de dicho plan debe sujetarse a lo instruido por la SMA. Esto tiene lógica, toda vez que es precisamente la Superintendencia el órgano que tiene como función esencial la fiscalización de la RCA (art. 2 y 3 letra a) LOSMA) y además cuenta con la potestad de instruir de modo general a los titulares de RCA

(art. 3 letra s) LOSMA). Sin embargo, la disposición sobreentiende que la SMA además debe intervenir en la evaluación ambiental, toda vez que sólo ella podrá emitir un pronunciamiento respecto de la idoneidad del Plan de Seguimiento de las Variables Ambientales.

13.4.9 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 alude al espacio de influencia directa e indirecta de la actividad¹⁵⁷. Deberá estarse al caso en concreto, es decir, el proyecto o actividad y sus características, para establecer cuál es esa área determinada. A ello se agrega 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 EIA 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, anticipadamente, el alcance del impacto. La línea de base se define en el art. 2 letra 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 determinarse 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", en la cual se describirán aquellos elementos del medio ambiente cuya afectación justifique la presentación del EIA, tomando en consideración los impactos ambientales potenciales relevantes sobre ellos (art. 18 letra e) inc. 2° 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 todos los elementos del medio ambiente que se encuentren en el área de influencia del proyecto o la actividad, y que dan origen a la necesidad de presentar un EIA, en consideración a los efectos, características o circunstancias a que se refiere el art. 11 LBGMA.

A partir del art. 18 letra e) inc. 3 RSEIA, se dispone que en la línea de base *"se deberán considerar los atributos relevantes de la misma, su situación actual y, si es procedente, su posible evolución sin considerar la ejecución o modificación del proyecto o actividad"*. Es decir, dentro de la línea de base debe también ser incorporada la alternativa sin proyecto, para efectos de determinar la evolución probable de los elementos del medio ambiente.

La descripción que debe contener la línea de base incluirá, dependiendo del tipo de proyecto, el

¹⁵⁷ 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 (C.II, 2.2.3).

medio físico; los ecosistemas terrestres; los ecosistemas acuáticos; los ecosistemas marinos; los elementos naturales y artificiales del patrimonio histórico, arqueológico, paleontológico y religioso; el paisaje; las áreas protegidas; los atractivos naturales o culturales; el uso del territorio; el medio humano, incluyendo a los grupos indígenas. Cada uno de estos elementos se encuentran detallados en sus contenidos en el art. 18 letra e) RSEIA.

Si bien la línea de base constituye un elemento esencial en el SEIA, algunas críticas pueden plantearse respecto de la forma en que se ha establecido la exigencia:

- 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. Es posible afirmar que bajo la actual LBGMA la información contenida en la línea de base, a pesar de su origen privado, tiene un carácter de pública. El art. 81 letra c) LBGMA dispone que corresponde al SEA “*Administrar un sistema de información de líneas de bases de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de acceso público y georreferenciado*”. La existencia de esta base de datos pública de líneas de base plantea, al menos, dos consecuencias: i) en primer lugar, cualquier titular de un proyecto podrá basar un EIA en una línea de base que hubiere sido elaborada con ocasión de un proyecto y titular distintos. Frente a ello surge la interrogante relativa a la constitucionalidad de disponer o *publicar*, por parte del Estado, una información que él no ha generado y que en principio, era de propiedad de un sujeto privado. ii) La existencia de esta base de datos permitirá contrastar líneas de base elaboradas sobre una misma porción del medio ambiente (por ejemplo, el fondo marino de una bahía). En caso de existir una disparidad entre todo o parte de los contenidos de las líneas de base (por ejemplo, en una se ellas se señala que el fondo marino es rocoso y en la otra es arenoso), se planteará una falta en la fundamentación de alguna de las dos resoluciones con que se concluyeron los procedimientos administrativos de evaluación. En tal caso, se tratará de un error en el fundamento o motivo de hecho, lo que dará lugar a la invalidación o anulación del acto administrativo respectivo.
- En paralelo con lo anterior, debe criticarse que se exija entregar una información que, en principio, el propio Estado debería conocer y tener a disposición de todos los particulares interesados. Esta situación no variará con la aplicación del art. 70 letra k) LBGMA, en que se entrega al MMA la competencia para “*elaborar los estudios necesarios y recopilar toda la información disponible para determinar la línea de base ambiental del país*”. Dicha línea de base ambiental del país podrá recoger la información proveniente de la línea de bases de los proyectos sometidos al SEIA (art. 81 letra c) LBGMA), sin embargo, su objetivo es distinto. En efecto, ella tiene por finalidad determinar el estado ambiental del país, lo que implicará un nivel de información más general que aquél que es necesario para formular la línea de base del área de influencia de un proyecto sometido al sistema por la vía de un EIA.
- Lo señalado en los dos puntos anteriores no debe llevar a la conclusión de que el SEIA deba ser gratuito para el solicitante, incluyendo la información sobre la línea de base. Por el contrario, el solo procedimiento administrativo tiene un costo que, en ocasiones, desborda la capacidad normal del SEA. A lo que se agrega 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 nuevo inconveniente se presenta ahora para la propia Administración Ambiental, la que al carecer de información propia o actualizada, deberá atenerse a lo que el propio titular le señale como línea de base. 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 el SEA, ha debido contratar a evaluadores externos, que colaboren con la evaluación ambiental del proyecto. Estas situaciones demuestran, en principio, 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 o actividad que generará una ganancia privada.
- El art. 18 letra e) del RSEIA que detalla los contenidos de la línea de base, no se hace cargo de los efectos indirectos del proyecto (aspecto que sí está presente en el concepto de impacto ambiental, art. 2 letra k) LBGMA) 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, es decir en el área de influencia (art. 2 letra a) RSEIA). 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*.
- Otro inconveniente, parcial, mas no totalmente superado es el relativo a qué impactos ambientales deberán considerarse dentro de la línea de base. La Ley N° 20.417 ha incluido, como contenido de la misma, *“todos los proyectos que cuenten con resolución de calificación ambiental, aún cuando no se encuentren operando”* (art. 12 letra b) LBGMA y art. 18 letra e.11) RSEIA). En la práctica, ello debiera permitir considerar las relaciones acumulativas y sinérgicas que podrían producirse. Sin embargo, dichas relaciones, en la medida que provengan de otros proyectos o actividades diversas, las que generalmente no han sido consideradas por la Administración ambiental, que ha tendido a limitar las evaluaciones a las alteraciones directas producidas por las obras o programas y sus modificaciones¹⁵⁸.

13.5 Ingreso al SEIA

La opción dispuesta por la LBGMA, en orden a que según los casos, los proyectos o actividades del art. 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 a ambos tipos de presentaciones. En todo caso, el principal elemento

¹⁵⁸ En este sentido, Romina Chávez Fica e Ignacio Soto López, *Efectos sinérgicos y acumulativos de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: reconocimiento legal y propuesta para una adecuada aplicación*, op. cit., p. 521.

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 arts. 2 letras f) e i), 10 y 11 LBGMA.

El EIA y la DIA constituyen las formas de ingreso al sistema, lo que, desde la perspectiva jurídica, corresponde al inicio del procedimiento administrativo. En este caso, se tratará de un procedimiento administrativo que siempre será iniciado a petición del interesado, toda vez que se basa en antecedentes que éste debe aportar para la evaluación. No cambia esta conclusión lo dispuesto en el art 11 bis LBGMA¹⁵⁹. Dicha norma ha establecido una medida coercitiva para obtener el sometimiento en los casos de fraccionamiento de proyectos, quienes pueden ser requeridos para someterse al SEIA por parte de la SMA. En consecuencia, sin perjuicio de que el titular se encuentra en una situación de infracción, sancionable por la SMA, ésta sólo podrá exigirle que se someta, pero sólo él podrá hacerlo.

Como consecuencia del no sometimiento al SEIA, los titulares de actividades y proyectos de aquellos listados en el art. 10 LBGMA, complementado por el art. 3 RSEIA, podrán ser sancionados por la SMA (art. 35 letra b) LOSMA) y requeridos para su ingreso (art. 3 letras i) y j) LOSMA).

13.5.1 Estudio de Impacto Ambiental

El art. 2 letra i) LBGMA 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, pese a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417¹⁶⁰, ya a partir del concepto le da unas notas de mayor exigencia al EIA, sobre todo al requerir la mayor fundamentación de la predicción, identificación e interpretación del impacto ambiental, así como la exigencia de detallar expresamente las medidas de mitigación, compensación y reparación.

Para decidir cuáles de las actividades o proyectos que, encontrándose sometidos al SEIA, deberán hacerlo por la vía del Estudio, el art. 11 señala una serie de criterios, que denomina como *“efectos, características o circunstancias”*. Luego, estos han sido especificados en los arts. 5 a 10 RSEIA. Deberán presentarse bajo la forma de un EIA, 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 (art. 11 letra a) LBGMA y art. 5 RSEIA);

¹⁵⁹ Dicha norma dispone que: *“Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema”*.

¹⁶⁰ Por ejemplo, a partir de la participación ciudadana en materia de DIA, consagrada en el art. 30 bis LBGMA.

- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire (art. 11 letra b) LBGMA art. 6 RSEIA);
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (art. 11 letra c) LBGMA y art. 7 RSEIA);
- d) Localización en o próxima a poblaciones¹⁶¹, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar¹⁶² (art. 11 letra d) LBGMA y art. 8 RSEIA);
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de la zona¹⁶³ (art. 11 letra e) LBGMA y art. 9 RSEIA);
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (art. 11 letra f) LBGMA y art. 10 RSEIA).

Como puede apreciarse, los seis literales con los 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 la calidad de vida o 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 (C.III, 4.1).

Una situación que fue prevista por el legislador fue la de una falta o carencia de la normativa ambien-

¹⁶¹ El art. 8 inc. 3 RSEIA dispone que *"Se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización"*. Más adelante agrega que *"A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan"* (art. 8 inc. 8 RSEIA).

¹⁶² La consagración de la preposición *"en"* (esto es: *dentro de*) incorporada por el artículo primero, N° 8 de la Ley N° 20.417, que modifica el art. 11 d) LBGMA, ha alterado el panorama en favorables términos respecto de la restricción de usos en materia de áreas protegidas. De este modo, el legislador ha colmado el vacío legal, consistente en omitir referencia alguna acerca del requisito de EIA para los proyectos o las actividades ejecutadas al interior de estas áreas. En este sentido, la regulación (paradójicamente) limitaba su tipicidad —y por ende, la protección ambiental propia de la técnica de espacios naturales protegidos— a una localización *"próxima"* a ellas, pero no *"en"* ellas. El art. 9 c) del RSEIA, precisando esta proximidad, a partir de referencias a la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento, permitía concluir —erróneamente— que un proyecto o actividad, ejecutado al interior de un espacio protegido, podía ser evaluado ambientalmente sólo a partir de una mera DIA. La excepción consistía en los proyectos o las actividades que generaban o presentaban a lo menos alguno de los otros efectos, características o circunstancias que el RSEIA precisaba (en cuyo caso, se entendía requerir la elaboración de un EIA). Así lo señalaba la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes de la CGR N° 6.438 y 12.631 del año 2006 y 28.757 del año 2007. El actual art. 11 d) LBGAE, que se refiere a *"localización en o próxima"* a áreas protegidas, deberá concluirse que siempre dichos proyectos deberán someterse por la vía de un EIA. Lo anterior se ve corroborado por lo dispuesto en el art. 8 inc. 2° RSEIA en que *"Se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad"*.

¹⁶³ El art. 9 inc. 2 RSEIA señala que una zona tiene valor paisajístico cuando, siendo perceptible visualmente, posee atributos naturales que le otorgan una calidad que la hace única y representativa. Por su parte, se entenderá que tiene valor turístico cuando, teniendo valor paisajístico, cultural o patrimonial, atraiga flujos de visitantes o turistas hacia ella (art. 9 inc. 4° RSEIA).

tal¹⁶⁴. 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, estos deberán someterse bajo la forma de un Estudio de Impacto Ambiental. La referencia natural para la evaluación será a las 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 art. 11 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, Canadá, Reino de España, Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Reino de los Países Bajos, República Italiana, 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, lo que será justificado razonablemente por el proponente. Cuando el proponente señale las normas de referencia extranjeras que utiliza deberá acompañar un ejemplar íntegro y vigente de dicha norma”*.

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. A ello se suma la circunstancia que, esta técnica legislativa rompe la idea de norma de compromiso que tienen las normas ambientales en el Derecho chileno (C.III, 5.6.3). 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.

13.5.2 Declaración de Impacto Ambiental

La DIA se encuentra definida en el art. 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”*.

La importancia de la DIA viene dada porque constituye la regla general en materia de evaluaciones de impacto ambiental. En efecto, es posible sostener que cualquiera de las actividades a que se refiere el art. 10 LBGMA deberá presentar una DIA, en los términos de la definición legal, salvo que genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el art. 11 LBGMA, en cuyo caso deberá presentarse un EIA.

¹⁶⁴ La existencia de esta regulación ha sido también considerada como un criterio de ponderación de los impactos. En este sentido, Eduardo Astorga Jorquera, Derecho ambiental chileno: parte general, op. cit., p. 146, señala: *“como primera aproximación es posible afirmar que se considera que un proyecto no tiene impactos significativos, si sus principales impactos se encuentran normados. Esto es, existen normas de emisión y/o calidad que los regulan, lo cual implica que los niveles de riesgo que el proyecto genera se encuentran previstos por una norma técnica, ya sometida a un proceso de elaboración que prevé análisis técnicos y económicos”*.

A diferencia de lo que sucedía anteriormente, en que la regulación de los contenidos de la DIA tenían sólo consagración reglamentaria (actual art. 19 RSEIA), hoy en día la LBGMA toma dicha disposición y establece los elementos que deberán considerarse en esta clase de declaraciones. El art. 12 bis LBGMA dispone que dichas declaraciones considerarán las siguientes materias:

"a) Una descripción del proyecto o actividad;

b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental;

c) La indicación normativa ambiental aplicable, y la forma en la que se cumplirá; y

d) La indicación de los permisos ambientales sectoriales aplicables, y los antecedentes asociados a los requisitos y exigencias para el respectivo pronunciamiento".

La regulación del art. 12 bis LBGMA en relación con el art. 19 RSEIA plantea dos comentarios:

- Como se ha señalado, los requisitos de la DIA fueron establecidos, en primer lugar, por el reglamento, atendido que la ley —en su versión original— no disponía una regulación al respecto. Frente a ello nace la pregunta de si debía entenderse que dicha norma complementaba lo dispuesto en el arts. 2 letra f) (definición de DIA) o bien, que en esa parte se trataba de un verdadero reglamento autónomo¹⁶⁵. Hoy día la remisión normativa que se efectúa en el art. 13 LBGMA y que desarrolla además lo contenidos de la DIA previstos en el art. 12 bis) no deja lugar a dudas respecto del carácter de reglamento de ejecución del RSEIA, al menos en su art. 19, en que desarrolla y complementa los contenidos de la DIA.
- A partir del contenido actual en la LBGMA, no resulta claro si la legislación se aleja o no de la regulación de mínimos, consagrada en el art. 19 RSEIA, que posibilitaba la incorporación de contenidos diversos a los que dicho reglamento señalaba. Ello, ya que si bien el legislador omite la referencia a mínimos, tampoco establece una fórmula que permita desprender que el contenido de las DIA sólo deberá ser el que el art. 12 bis LBGMA precisa. A ello se agrega que el art. 19 inc. 2º RSEIA dispone que la DIA *"deberá contener, a lo menos, lo siguiente"*.

La atribución de un carácter taxativo para la enumeración, sin embargo, no debiera llevar a excluir a la colaboración reglamentaria en este aspecto. En este sentido, debe observarse que, como el legislador señala, la enumeración en estudio es de *materias*, mas no de *contenidos*. A partir de lo anterior, es posible afirmar la posibilidad de que las DIAs puedan extender su contenido, en la medida que encaillen dentro de alguna de las materias consagradas por ley. La atribución de un carácter taxativo para las materias, mas no para el contenido de las DIA, constituye un avance desde perspectivas diversas: i) Por una parte, los contenidos reglamentarios no comprendidos en la enumeración, y, sin embargo, necesarios, mantendrían su vigencia. Así, por ejemplo, la descripción del contenido de aquellos compro-

¹⁶⁵ Sobre la posibilidad de intervención del reglamento autónomo en los procedimientos administrativos Eduardo Cordero Quinzacara, El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria, en RDUCV, Nº 32, junio de 2009, pp. 421-424

misos ambientales voluntarios, no exigidos por la legislación vigente (art. 19 letra d) RSEIA), resultaría encasillable dentro del art. 12 bis letra c) LBGMA, relativo a la forma en que se cumplirá la legislación ambiental aplicable, en la medida que consiste en una forma más estricta de dar cumplimiento a dicha legislación; ii) El contenido taxativo para las materias, por otro lado, permitiría superar la situación anterior, que habilitaba, en los hechos, para incorporar en las DIAs variables económicas y sociales, tales como el número de empleos derivados del proyecto, el monto de las inversiones y las mejoras en infraestructura, con la finalidad de aprovechar los requisitos, la tramitación y los plazos que, en contraste con los EIA, las DIA suponen¹⁶⁶. En efecto, tanto en el EIA como en la DIA lo que la Administración evalúa es el impacto ambiental que ocasionará la ejecución de la actividad o del proyecto. Por ello, la presentación del proponente deberá estar circunscrito a dicho aspecto de la actividad, sin poder comprender variables intrascendentes desde la perspectiva ambiental.

13.5.3 Pertinencia de ingreso

Consiste en un procedimiento administrativo que se inicia con una consulta de un interesado en desarrollar un proyecto o actividad, que normalmente consiste en una modificación de una actividad ya existente, acerca de la necesidad de sometimiento del mismo al SEIA. Originalmente dicha consulta se dirigía a la extinta COREMA, la cual resolvía acerca de la “*pertinencia*” de sometimiento al sistema. Se trataba de una práctica administrativa no regulada en la LBGMA y que la modificación introducida por la Ley N° 20.417 tampoco reconoció expresamente.

El RSEIA en su art. 26 hoy en día la regula expresamente, refiriéndose a la “*Consulta de pertinencia de ingreso*” en los términos siguientes: “*Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia*”.

Este procedimiento administrativo de consulta previa carece de reglas especiales de tramitación, por lo que se le aplican las normas generales de la LBPA. La resolución con que concluye el procedimiento consistirá en un acto administrativo de declaración de juicio (art. 3 inc. 6° LBPA), ya que en él el órgano público (Director Regional o Director Ejecutivo del SEA) manifiesta su opinión respecto de la forma en que entiende se aplican los arts. 10 y 11 LBGMA al proyecto o actividad consultados. Como cualquier acto administrativo será impugnabile por la vía administrativa, siendo procedente aquí el recurso de reposición y eventualmente jerárquico del art. 59 LBPA y la vía contencioso administrativa, a través del art. 17 N° 8 LTAA.

La falta de regulación específica de la *pertinencia de ingreso* puede conducir a la situación paradójal

¹⁶⁶ Manifestación de lo dicho se encuentra en el art. 22 RSEIA, que permite al proponente solicitar a la 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 art. 22 inc. 4° RSEIA establece una limitación a la petición de confidencialidad, toda vez que no podrá referirse a los aspectos comprendidos en el art. 11 LBGMA y en el caso de las DIA, aquella información que se relacione con las cargas ambientales.

en que, no obstante entender el Director Regional o Director Ejecutivo del SEA que una actividad o proyecto no se somete al SEIA, la SMA estime lo contrario y que, por tanto, inicia un procedimiento administrativo sancionador porque la ley exige una RCA (art. 35 letra b) LOSMA). La falta de densidad de la regulación de la consulta de pertinencia de ingreso conlleva que el SEA no tenga la obligación de solicitar informe a la SMA respecto de la consulta que se le formula, sino simplemente de comunicar a ésta la respuesta a la consulta. Por el contrario, la SMA sí debe solicitar informe al SEA para requerir el sometimiento al SEIA (art. 3 letras i); j); y k) LOSMA). En consecuencia, por ahora, la única forma de evitar la paradoja será por la aplicación rigurosa de los principios de coordinación administrativa y de protección de la confianza legítima.

El RSEIA establece una segunda fórmula de consulta anticipada, en este caso cuando el proyecto o actividad pueda afectar a uno o más grupos pertenecientes a pueblos indígenas, o bien que existan dudas en relación con dicha afectación. En tal caso el proponente del proyecto o actividad *“podrá, de manera previa a su presentación, dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar para la presentación de su proyecto o actividad y su eventual proceso de consulta”* (art. 27 inc. 1º RSEIA). Para tal efecto, entonces, el SEA debe disponer de información respecto de los respectivos grupos o pueblos indígenas, de manera de entregarla al proponente para que la considere en su EIA. En este sentido el art. 27 inc. 2º RSEIA dispone que: *“el Servicio considerará los mecanismos de toma de decisiones propios de los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, así como las costumbres y estructuras organizativas pertinentes. Asimismo, el Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, con el objeto de recoger sus opiniones y considerarlas en su pronunciamiento”*.

13.5.4 Control de admisibilidad y término anticipado

La Ley Nº 20.417 incorporó dos mecanismos de control respecto de la información que el interesado deberá suministrar a la Administración, para efectos de tramitar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Estos mecanismos son: el control de admisibilidad del EIA o la DIA; y la terminación anticipada del procedimiento de evaluación ambiental por falta de información relevante o esencial.

Para comprender a cabalidad la justificación de estos mecanismos, debe considerarse la rigidez del sistema establecido por el legislador de la LBGMA. En efecto, los contenidos o las materias de los EIA y las DIA han sido establecidos de manera general y anticipada por la ley, sin comprender ámbitos de discrecionalidad que permitiesen a la Administración negociar su pertinencia¹⁶⁷. Por otro lado, es el mismo interesado quien, a partir de los arts. 10 y 11 LBGMA, escogerá la vía de evaluación (sea una DIA o un EIA), debiendo formular y dar a conocer la información necesaria para la tramitación del procedimiento.

En este mismo sentido, el RSEIA precisa que *“Una vez presentado el Estudio o Declaración de Impacto*

¹⁶⁷ Julio García Mann y Lorna Püschel Hoeneisen, *Modificaciones procedimentales al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental desde la óptica de la información necesaria para la evaluación ambiental*, en *Derecho ambiental en tiempos de reforma*. Actas de las V Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 500.

Ambiental, según corresponda, no se aceptará posteriormente la inclusión en éstos de partes, capítulos, anexos u otros antecedentes que hubieren quedado pendientes, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 16 y 19 de la Ley, según sea el caso” (art. 28 inc. 3º).

Control de admisibilidad o admisión a trámite

El art. 14 ter LBGMA establece un control de admisibilidad del EIA o de la DIA, según corresponda. Esta disposición señala: *“El procedimiento de evaluación de impacto ambiental se iniciará con una verificación rigurosa del tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir, con el objetivo de que no existan errores administrativos en el proceso de admisión a trámite de un proyecto”.*

El control de admisibilidad del EIA o la DIA no constituye, en sí mismo, una innovación en el ordenamiento ambiental, toda vez que ya estaba presente en el RSEIA. En su actual versión el art. 31 RSEIA dispone: *“El procedimiento de evaluación de impacto ambiental se iniciará con una verificación rigurosa del tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir, así como de los contenidos a que se refieren el Título III y los artículos 28 y 29 del presente Reglamento. Dentro del plazo de cinco días contados desde la presentación de los antecedentes, se deberá verificar que se cumplen los requisitos señalados en el inciso anterior, dictándose el acto administrativo que la admite a trámite. Si la presentación no cumple con alguna de las exigencias indicadas, se procederá a dictar la resolución de inadmisibilidad sin más trámite”.*

No obstante, el legislador no se ha limitado a elevar la jerarquía de la disposición reglamentaria. Por el contrario, ha incorporado una serie de elementos cuyo análisis resulta de interés.

- *Acto de inicio.* El legislador ha establecido que el procedimiento del SEIA *“se iniciará con una verificación rigurosa del tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir”* (art. 14 ter LBGMA y art. 31 inc. 1º RSEIA). Así las cosas, el control de admisibilidad del proyecto o actividad supone el primer trámite que deberá efectuar la Administración, de aquí la trascendencia del control de admisión a trámite y sus eventuales resultados. Esta regla debe ser relacionada con lo dispuesto en el art. 31 inc. 1º LBPA, que entrega en general este poder a los órganos de la Administración del Estado.
- *Tipo de proyecto.* El control de la indicación del tipo de proyecto supone verificar el encasillamiento del mismo dentro de alguna de las categorías consagradas por el art. 10 LBGMA. Las subtipologías del art. 3 RSEIA no han sido consideradas necesarias para satisfacer este requisito¹⁶⁸.
- *Vía de evaluación.* Se refiere a la opción que el interesado ha seguido, en orden a iniciar la tramitación del procedimiento vía EIA o DIA¹⁶⁹. En este sentido, debe recordarse que, ni la Administración tiene la discrecionalidad ni el administrado la libertad de elegir entre un instrumento u otro, debiendo conformarse con las pautas establecidas en el art. 11 LBGMA. En la práctica, este análisis será de importancia en materia de DIA, donde supondrá verificar que el

¹⁶⁸ Instructivo de Director Ejecutivo de CONAMA, ORD. N° 101958 de fecha 30 de junio de 2010.

¹⁶⁹ Instructivo de Director Ejecutivo de CONAMA, ORD. N° 101958 de fecha 30 de junio de 2010.

interesado ha dado cumplimiento íntegro al requisito de *“precisar los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental”* (art. 12 bis letra b) LBGMA y art. 19 letra b) RSEIA).

- *Contenidos del EIA y la DIA.* En el examen de admisión a trámite se debe verificar además que los respectivos EIA y DIA contemplen todos los contenidos a que se refieren los arts. 18 y 19, respectivamente. Esto quiere decir que los respectivos documentos no pueden omitir cada uno de los capítulos que exige para cada caso el reglamento. A ello se agregan los antecedentes formales que exige el art. 28 RSEIA y el número de copias suficientes, en los casos en que la tramitación no sea electrónica.
- *Finalidad.* El control de admisibilidad del art. 14 ter LBGMA ha señalado de manera expresa su objetivo: *“que no existan errores administrativos en el proceso de admisión a trámite de un proyecto”*. A través de los conceptos de *“errores administrativos”* y *“proceso de admisión a trámite”*, el legislador permite inferir que el control en esta etapa se limita a la verificación del contenido formal y la vía de evaluación escogida. En otros términos, si bien estamos ante un control que debe revestir caracteres de rigurosidad, ello no transforma al control de admisión en una evaluación del proyecto o actividad sometida al SEIA¹⁷⁰.

La declaración de inadmisibilidad no ha sido señalada en el art. 14 ter, esta disposición se limita a entregar el poder de *verificación rigurosa* del EIA o la DIA, al inicio de la tramitación. La decisión de no admitir a trámite el EIA o la DIA se apoyará en el ya citado art. 31 inc. 1º LBPA, que señala que al titular *se le tendrá por desistido de su petición*. Dicha disposición debe ser complementada con lo dispuesto en el art. 31 inc. 3º RSEIA, que establece que frente a la presentación del EIA o de la DIA que no cumpla con las exigencias indicadas *“se procederá a dictar la resolución de inadmisibilidad sin más trámite”*. Esta resolución debe ser fundada y al poner término al procedimiento administrativo, será impugnabile en los términos previstos en el art. 15 LBPA.

Término anticipado del procedimiento administrativo

Del mismo modo, el término anticipado del procedimiento de evaluación ambiental por falta de información relevante o esencial, constituye un mecanismo destinado a asegurar una cabal e íntegra entrega de la información requerida por la ley, para efectos de tramitar el procedimiento administrativo de evaluación. En este sentido, se ha establecido expresamente que si el EIA o la DIA carecen de información relevante o esencial para su evaluación, que no pudiere ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, la autoridad administrativa¹⁷¹ *“así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento”* (art. 15 bis inc. 1º y 18 bis inc. 1º).

¹⁷⁰ Cfr. Julio García Marín y Lorna Püschel Hoeneisen, *Modificaciones procedimentales al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental desde la óptica de la información necesaria para la evaluación ambiental*, op. cit., pp. 500 y 501.

¹⁷¹ La referencia a la autoridad administrativa que deberá emitir la resolución que declara la falta de información relevante o esencial no ha sido expresada en materia de DIA (art. 18 bis, inc. 2º LBGMA), sí lo hace el art. 48 RSEIA. En materia de EIA, el art. 15 bis inc. 2º LBGMA precisa que dicha autoridad corresponde al Director Regional o el Director Ejecutivo del SEA, según el caso, disposición que es reiterada en el art. 36 RSEIA.

El término anticipado por falta de información relevante o esencial, al igual que el control de admisibilidad del proyecto sometido al SEIA, ya había sido consagrado en el antiguo art. 24 RSEIA. Actualmente, el art. 36 inc. 1º RSEIA lo regula respecto del EIA en los siguientes términos: *“Recibidos los informes señalados en el artículo precedente, o cumplido el plazo para ello, si el Estudio carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiere ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, el Director Regional o el Director Ejecutivo, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento”*. En los mismo términos el art. 48 inc. 1º RSEIA se refiere a la DIA.

Para determinar si el EIA carece de información relevante o esencial, el art. 36 inc. 4º RSEIA permite distinguir los siguientes supuestos:

- No es posible evaluar la presencia o generación de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley;
- No es posible determinar si las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas son adecuadas;
- No es posible determinar la efectividad del plan de seguimiento.

Por el contrario, si el proyecto se sometió como EIA, sin que en realidad se presentasen algunas de las condiciones que prevé el art. 11 LBGMA, el SEA no se encuentra obligado a modificar el procedimiento administrativo, rebajándolo al de la DIA. Esta omisión se justifica en pos de la protección ambiental, debiendo entenderse que se trata de un sometimiento voluntario por la vía del EIA.

Por su parte, la DIA carece de información relevante o esencial para su evaluación, según el art. 48 inc. 4º RSEIA, *“cuando sobre la base de los antecedentes presentados, no es posible determinar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley”*. En consecuencia, la verificación de la información de la DIA, sólo se refiere básicamente a la forma de sometimiento al SEIA, en los casos en que el proyecto requiere de un EIA. Sin embargo, cualquier otra omisión que no hubiere sido detectada en el examen de admisibilidad sólo podrá ser determinada en la RCA con que finaliza el procedimiento administrativo de evaluación.

Para llevar a cabo el examen de información relevante o esencial, el SEA deberá contar con los informes sectoriales de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participan de la evaluación (arts. 36 inc. 1º y 48 inc. 1º RSEIA). De ello se sigue que la resolución de término anticipado será fundada en un doble aspecto. En primer lugar porque el órgano habilitado para su dictación deberá fundar qué información relevante o esencial es la que falta. Pero además, dicha decisión deberá apoyarse en lo que hubieren informado los órganos sectoriales.

Tanto el art. 15 bis inc. final, como 18 bis inc. final LBGMA disponen que en contra de la resolución de término anticipado *“sólo podrá deducirse recurso de reposición dentro del plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación”*. Con dichas disposiciones se excluye la posibilidad de otras vías de impugnación por la vía administrativa. Lo anterior no excluye la posibilidad de ejercer las vías jurisdiccionales. Sin embargo, la LTAA no establece una acción específica para este caso, lo que conlleva

a que la impugnación sólo podrá realizarse por la vía del contencioso administrativo general o por la vía del recurso de protección.

Diferencias entre examen de admisibilidad y término anticipado

El control de la admisibilidad y el término anticipado del procedimiento por falta de información relevante o esencial constituyen dos mecanismos diferenciados, aunque con un objetivo común. Ambos están destinados a evitar, desde el inicio de la tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, errores derivados de la falta de información entregada por el proponente. Al igual como ocurre normalmente en los procedimientos administrativos, para que la Administración pueda resolver correcta y fundadamente, debe contar con la información necesaria¹⁷². En el caso del SEIA dicha información se referirá a las alteraciones que la ejecución del proyecto o la actividad sometido al sistema causarán sobre el medio ambiente, así como la idoneidad de la vía de sometimiento a través de la cual la Administración deberá ponderar dichos efectos, características o circunstancias. No obstante, ambos mecanismos presentan algunas diferencias de interés:

- *Momento en que se efectúa uno y otro.* El art. 31 inc. 2º RSEIA subsana la omisión del art. 14 ter LBGMA, que no señala un plazo para el examen de admisibilidad. Dicho examen se debe realizar dentro de los cinco días desde el ingreso de la presentación del EIA o la DIA. Por su parte, la etapa de verificación, que conlleva la terminación anticipada del procedimiento administrativo por falta de información relevante o esencial, se llevará a cabo en un plazo de cuarenta o treinta días desde la época de la presentación del EIA o la DIA, respectivamente. Dentro de dichos plazo la Administración deberá verificar esta circunstancia y declararlo formalmente (arts. 15 bis inc. 2º y 18 bis inc. 2º LBGMA).
- *Contenido de la verificación.* El objeto de la verificación por parte de la Administración será diverso en uno y otro caso. En el examen de admisibilidad a trámite, la ley y el reglamento lo ha señalado expresamente. Estos corresponden al “*tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir*” (art. 14 ter LBGMA) y el cumplimiento de los contenidos del EIA y la DIA, los requisitos formales del art. 28 y las copias necesarias que exige el art. 29 (art. 31 RSEIA). En materia de término anticipado por falta de información *relevante o esencial*, en cambio, el legislador no ha señalado expresamente qué se debe entender por tal. Si lo hace el reglamento, que, como se vio, corresponde a toda aquella información necesaria para evaluar la presencia o generación de efectos, características o circunstancias del art. 11 de la ley y determinar las correspondientes medidas, en el caso del EIA; o que no es posible determinar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del art. 11 de la ley.
- *Órgano que interviene en la verificación.* En el caso del examen de admisibilidad, la verificación la realiza el SEA, sin necesidad de intervención de otros órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental. Por el contrario, para poder determinar si falta o no información relevante o esencial, el SEA deberá necesariamente contar con los informes sectoriales de los órganos que participan de la evaluación.

¹⁷² Cfr. Jorge Bermúdez Soto, *Función y tipología del procedimiento administrativo*, en “Acto y Procedimiento Administrativo”, Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Ed. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.

13.5.5 Prohibición de fraccionamiento

Una forma de fraude a la ley en materia de SEIA se produce en aquellos casos en que el titular de un proyecto o actividad lo fracciona a sabiendas, con el objeto de situarlo bajo los umbrales de sometimiento por la vía de un EIA, o bien, para no someterlo en absoluto. El art. 11 bis) inc. 1º LBGMA constituye una reacción frente a ello al disponer que: *“Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema”*. Si la SMA constata la situación de fraccionamiento, deberá requerir al titular que se someta al SEIA adecuadamente. El incumplimiento de dicho requerimiento es constitutivo de infracción administrativa, de conformidad con el art. 35 letra b) LOSMA.

El art. 11 bis inc. 2º dispone que: *“No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas”*. Por su parte, el inc. 3º del art. 14 RSEIA dispone que: *“Los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental deberán indicar expresamente si sus proyectos o actividades se desarrollarán por etapas. En tal caso, deberá incluirse una descripción somera de tales etapas, indicando para cada una de ellas el objetivo y las razones o circunstancias de que dependen, así como las obras o acciones asociadas y su duración estimada”*.

En consecuencia, para que opere la excepción, consistente en una especie de excusa legal absolutoria, deberá el proponente indicar que su proyecto se realiza por etapas. De lo contrario, podrá entenderse que el proyecto se fraccionó a sabiendas, lo que haría surgir la responsabilidad administrativa, que persigue la SMA.

Finalmente, deberá tenerse en cuenta, en los proyectos por etapas que constituyen modificaciones de otros anteriores, lo dispuesto en el art. 11 ter LBGMA.

13.5.6 SEIA Electrónico

Bajo la sola vigencia de la LBGMA se diseñó una plataforma en Internet con el objeto de llevar adelante el SEIA respecto de las DIAs¹⁷³. Con la incorporación del art. 14 bis se profundiza dicho sistema, incluyendo a los EIA. Confirma este aserto el art. 20 RSEIA sobre procedimiento electrónico, establecido como una norma común a ambos procedimientos administrativos.

Asimismo, respecto de las organizaciones ciudadanas se admite que las observaciones que formularen, así como las de las personas naturales que intervengan en el procedimiento administrativo *“podrán expresarse a través de medios electrónicos, conforme a las normas generales”* (art. 14 bis inc. 3º).

La utilización de los medios electrónicos en el SEIA, tanto para los titulares de los proyectos, como para las organizaciones y personas naturales que intervengan en él formulando observaciones y para

¹⁷³ www.e-seia.cl

los funcionarios de la Administración del Estado que intervengan en la evaluación, deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma y su reglamento.

La ley se pone en el caso en que los sistemas virtuales fallen garantizando que *“no se considerarán faltas u omisiones del titular aquellas actuaciones que por fallas del medio electrónico no puedan ejecutarse o acreditarse oportunamente dentro del procedimiento, debiendo adoptarse las medidas necesarias por el Servicio de Evaluación Ambiental para solucionar prontamente dichas fallas sin perjuicio para el titular”* (art. 14 bis inc. 1° 2ª frase).

No es obligatorio que los usuarios o titulares de proyectos que se someten al SEIA deban hacer uso de los medios electrónicos. En tal sentido el art. 14 bis inc. 2° dispone que: *“Se entenderá que el titular de un proyecto acepta la utilización de técnicas y medios electrónicos en todas las actuaciones del procedimiento que le afecten, desde que ingrese su Estudio o Declaración, salvo que expresamente solicite lo contrario”*.

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 art. 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 art. 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 libertate*, en cuanto ello permite una mejor vigencia del derecho a realizar actividades económicas. En contra de esta interpretación juega el art. 8 inc. 1° LGBMA: *“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, en la que la autoridad sólo se limita a verificar si el proyecto se encuentra o no en el listado.

13.6.1 Listado de actividades sometidas

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 LBGMA, *“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:*

a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;

- b) Líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones;*
- c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW;*
- d) Reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas;*
- e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas;*
- f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos;*
- g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis;*
- h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas;*
- i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda;*
- j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos;*
- k) Instalaciones fabriles, tales como metalúrgicas, químicas, textiles, productoras de materiales para la construcción, de equipos y productos metálicos y curtiembres, de dimensiones industriales;*
- l) Agroindustrias, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales, de dimensiones industriales;*
- m) Proyectos de desarrollo o explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales;*
- n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos;*
- ñ) Producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas;*
- o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos;*
- p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita;*
- q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectada, y*

r) Proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas. El reglamento podrá definir una lista de especies de organismos genéticamente modificados que, como consecuencia de su comprobado bajo riesgo ambiental, estarán excluidos de esta exigencia. El mismo reglamento establecerá el procedimiento para declarar áreas como libres de organismos genéticamente modificados”.

La lista del art. 10 LBGMA, a su vez, es desarrollada y acotada en algunos casos en el art. 3 del RSEIA. Por su parte, todos aquellos proyectos o actividades que se encuentren fuera de las enumeraciones legales y reglamentarias quedarán eximidos del SEIA, independientemente del impacto 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 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 comportar 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.

Basándonos en esta circunstancia puede explicarse que, en algunos casos, la jurisprudencia le haya otorgado una interpretación extensiva al art. 10 LBGMA. Así, el año 2011, la CA de Temuco, en causa caratulada “Zúñiga Astudillo con Entel Telecomunicaciones”, respecto de la instalación de una antena de telefonía móvil (no sometidas al SEIA) en una zona de interés turístico (no señaladas expresamente como una categoría de protección oficial), luego de disponer el retiro de la antena, *“ordena que la recurrida deberá para instalar la Antena someterse (...) a los procedimientos específicos que señalan la ley 19.300 y su Reglamento para zonas como la comuna de Villarrica”*. En el mismo sentido, la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013, rol 3918-2012, en que la Corte Suprema, a propósito de un reclamo de ilegalidad municipal, anula el permiso de construcción de un hotel que se emplazaría en el borde costero de la comuna de Concón, y señala en la sentencia de casación que a propósito de los impactos ambientales: *“Que no es posible obviar los antecedentes antes descritos dada la envergadura de la obra de que se trata, el entorno de naturaleza donde se emplaza y los eventuales riesgos que conlleva, por lo que la ausencia de la evaluación ambiental de este proyecto no resulta razonable ni coherente para esta Corte, infringiendo claramente la institucionalidad ambiental, pilar de nuestro desarrollo sustentable como país. En efecto, se trata de la ejecución de una obra dentro de un área, como es el borde costero, que se halla especialmente protegida, circunstancia que hacía necesario su ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental pues además presenta o genera de manera evidente alguna de las características que describe el artículo 11 de la Ley N° 19.300, que tornan exigible un Estudio de Impacto Ambiental, tales como su localización en un área cuyo valor ambiental es susceptible de ser afectado y la alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona”* (considerando 19º). Del considerando transcrito se desprenden al menos dos elementos del razonamiento de la CS: por una parte estima que se trata de un impacto intolerable al medio ambiente, y que como tal debe someterse al SEIA; el problema es que no indica bajo qué literal del art. 10 LBGMA queda sometido a la evaluación ambiental. Y por la otra, estima que como el proyecto se emplaza en el borde costero,

que es un área “*que se encuentra especialmente protegida*”, debe someterse por la vía de un EIA; sin embargo, nuevamente aquí se omite por la CS señalar cual es el literal del art. 11 LBGMA que conlleva el sometimiento como EIA, ya que el borde costero como tal, no constituye un área protegida, no al menos en los términos del art. 11 letra p) LBGMA¹⁷⁴. Por su parte, en la sentencia de reemplazo señala en su considerando 6º: “*Que es por ello relevante, necesario e imprescindible como medida de salvaguarda de nuestro ecosistema someter este proyecto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, con la única finalidad que a partir del estudio que de él se realice, puedan adoptarse las medidas o, en su caso, imponer las condiciones que garanticen el desarrollo sustentable de esa zona costera*”. El considerando citado reitera la necesidad de someter la construcción del hotel al SEIA, pero además pone de manifiesto las luces y sombras de los instrumentos de gestión ambiental en el Derecho ambiental chileno. Luces, porque se estima que es a través del SEIA donde se pueden imponer las medidas necesarias como para que el proyecto se pueda llevar a cabo de manera sustentable. Sombras, porque es el único instrumento capaz de hacerlo. En efecto, cualquier proyecto o actividad que no se encuentra sometido al SEIA igualmente debe ejecutarse de manera sustentable y en armonía con el medio ambiente, lo que debe reflejarse en las condiciones que se le impongan en los permisos sectoriales que requieran. Sin embargo, en el sistema chileno el SEIA ha provocado una suerte de monopolio del examen de sustentabilidad de los proyectos; quedando toda otra autorización o permiso relegado a lo técnico y sectorial, pero no a lo ambiental, aunque el ordenamiento jurídico hubiere previsto otra cosa¹⁷⁵.

Teniendo a la vista la crítica al sistema de *numeros clausus*, 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 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 art. 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*”.

Normalmente, cuando se establece un sistema basado en el impacto ambiental, y no en una lista, la definición es complementada 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.

13.6.2 Sometimiento de proyectos del sector público

Los proyectos o actividades que realice el Estado también deberán someterse al SEIA. El art. 22 inc. 1º primera parte LBGMA dispone que: “*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 exi-*

¹⁷⁴ La forma de salvar la interpretación que hace la CS en este caso es entendiendo que dada la proximidad a un área protegida (el monumento natural “Roca Oceánica”) el proyecto debe someterse al SEIA y que debe hacerlo por la vía de un EIA, al alterar de forma significativa el valor paisajístico de la zona (art. 11 letra e) LBGMA).

¹⁷⁵ Este fenómeno se ha denominado como “seisación” de la gestión ambiental, en que todo gira en torno al SEIA.

gencias técnicas, requerimientos y criterios de carácter ambiental aplicables al sector privado". Esta disposición constituye una reiteración de algo que es evidente, como es el sometimiento al principio de legalidad, toda vez que la única forma de entender una excepción para los órganos públicos que lleven a cabo actividades sometidas al sistema, es que la ley lo señale expresamente. A ello se agrega que el sometimiento al SEIA no sólo debe entenderse respecto de actividades que realicen los órganos de la Administración del Estado, sino del Estado en general, ya que la expresión que utiliza la norma *sector público*, es comprensiva, además, de los órganos del poder judicial y legislativo.

Una situación especial se plantea respecto de las instalaciones militares de uso bélico, las que se encuentran excepcionadas de someterse al SEIA, rigiéndose por sus propias normativas. Esta regla de excepción debe ser interpretada en términos restrictivos, quedando comprendidas sólo las actividades realizadas en instalaciones que tienen un uso bélico directo. Por el contrario, no quedan comprendidas las actividades y proyectos que no digan relación con el uso bélico. Así por ejemplo, una explotación forestal, la construcción de un conjunto de viviendas de veraneo, una explotación minera, la extracción de áridos, etc. constituyen todas actividades que deben someterse al SEIA, aunque se lleven a cabo en predios fiscales cuya administración corresponda a alguna institución de las Fuerzas Armadas. Finalmente, respecto de las actividades y proyectos excepcionados, la ley exige que su impacto ambiental sea evaluado conforme a la normativa propia de cada institución de las Fuerzas Armadas en el marco de los objetivos de la LBGMA. En consecuencia, cada institución deberá contar con sus propias normativas, las que en concordancia con la LBGMA, permitan evaluar el impacto ambiental de las actividades excepcionadas del SEIA.

Por último, en relación con los proyectos del sector público, el art. 22 inc. 2º LBGMA —reiterado en el art. 60 inc. final RSEIA—, dispone que *"La resolución del Servicio de Evaluación Ambiental 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"*. Sólo cabe hacer presente aquí la impropiedad en que incurre la norma, ya que la RCA emana de la Comisión de Evaluación del art. 86, y no del SEA.

13.6.3 Sometimiento y compromisos voluntarios

El titular de un proyecto tiene la posibilidad de someterse voluntariamente al SEIA. Se entenderá que hay un sometimiento voluntario cuando: el proyecto o actividad no se encuentre incluido en el catálogo del art. 10 LBGMA; o bien que estándolo, por las exclusiones y limitaciones que incorpora el art. 3 RSEIA, ha quedado fuera del sistema. El art. 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 una Declaración. En tal sentido, el art. 164 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.

Paralelamente, existe la posibilidad para los proyectos sometidos al SEIA de asumir voluntariamente compromisos que van más allá de las condicionantes legales. El art. 18 inc. 2º LBGMA en relación con la DIA, dispone al respecto que *“No obstante lo anterior, la Declaración de Impacto Ambiental podrá contemplar compromisos ambientales voluntarios, no exigidos por la ley. En tal caso, el titular estará obligado a cumplirlos”*. Esta posibilidad que la ley establece para la DIA, el RSEIA la contempla también para el EIA, así el art. 18 letra m) dispone entre los contenidos de aquél: *“La descripción del contenido de aquellos compromisos ambientales voluntarios, no exigidos por la legislación vigente, que el titular del proyecto o actividad contemple realizar, con la indicación precisa del lugar y momento en que se verificarán, así como los indicadores de cumplimiento, si corresponde. Entre dichos compromisos, se podrá considerar los que se hacen cargo de los impactos no significativos y los asociados a verificar que no se generan impactos significativos”*. En el mismo sentido, el art. 19 letra d) RSEIA lo dispone en relación con la DIA.

La importancia de los compromisos ambientales voluntarios radica en que ellos luego quedarán plasmados en el ICE y en la RCA, con lo que pasarán a ser obligatorios, fiscalizables y sancionables por parte de la SMA en caso de incumplimiento. Sin embargo, el compromiso voluntario tiene una naturaleza distinta de las medidas que la autoridad ambiental, en particular la que califica el proyecto –la Comisión de Evaluación de la región, o Director Ejecutivo, según corresponda–. En efecto, la medida importa la imposición de una condición para la realización del proyecto, consistente en una obra, actividad, uso de una tecnología, nivel de producción, etc. que lo hace sustentable desde la perspectiva del órgano público. El compromiso voluntario corresponde a actividades a que el propio titular se somete con el objeto de hacerse cargo de, fundamentalmente, los impactos no significativos o tendientes a verificar que no se generan impactos significativos.

En ambos casos expuestos, tanto el sometimiento voluntario, como los compromisos voluntarios, constituyen, además, una manifestación del principio de cooperación (C.I, 5.3).

13.7 Procedimiento de urgencia

La duración del procedimiento de SEIA puede ser más o menos extensa, dependiendo de varios factores: si se trata de un EIA o una DIA; si hubo suspensiones o no; si se solicitaron Addenda; y además (aunque no forman parte del procedimiento administrativo) las eventuales impugnaciones administrativas y judiciales que pueden darse durante la tramitación administrativa. La hipótesis de mayor prolongación temporal viene dada por el sometimiento al sistema a partir de un EIA, caso en el cual el legislador prevé una duración de 120 días (art. 15 LBGMA). No obstante, pueden existir situaciones de calamidades o necesidades públicas urgentes en las cuales estos plazos no resultan apropiados.

La reducción de los tiempos de tramitación del procedimiento no había sido originalmente prevista por el legislador. El actual inc. final del art. 15 LBGMA establece un procedimiento de urgencia: *“Cuando el Estudio de Impacto Ambiental se refiera a proyectos o actividades que deben ser implementados de manera urgente para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, así como a servicios que no pueden paralizarse sin serio perjuicio para el país, el plazo de evaluación se reducirá a la mitad, ordenándose todos los trámites proporcionalmente a ese nuevo plazo. La calificación de urgencia para la evaluación será realizada por el Director Ejecutivo a petición del interesado.*

El reglamento determinará los requisitos, formas y condiciones necesarios para la solicitud, la aprobación y su debida publicidad”.

Se trata de un procedimiento de urgencia especial, en relación al establecido en el art. 63 LBPA. Al igual que el procedimiento de urgencia ambiental, la urgencia del procedimiento administrativo general establece la posibilidad de reducir los plazos legales a la mitad. No obstante, existen entre ambos algunas diferencias de interés:

- **Hipótesis de procedencia.** El procedimiento del art. 63 LBPA procede cuando las *“razones de interés público lo aconsejen”* (art. 63, inc. 1º). La situación descrita en la LBGMA es más específica, dado que se refiere a *“proyectos o actividades que deben ser implementados de manera urgente para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, así como a servicios que no pueden paralizarse sin serio perjuicio para el país”* (art. 15, inc. final LBGMA). Evidentemente, dichas situaciones pueden ser encasilladas dentro de las razones de interés público referidas en la legislación general, sin embargo no se agota en aquéllas.
- **Ámbito de aplicación.** El art. 63 LBPA no establece excepciones para la procedencia del procedimiento de urgencia. En cambio, el procedimiento de urgencia de la LBGMA sólo resulta aplicable a las evaluaciones sometidas por la vía de un EIA.
- **Actuación de oficio o a petición de parte.** La regulación de la urgencia general consagrada en el art. 63 LBPA es más amplia que aquella contenida en la LBGMA, también respecto de la determinación de quienes, en concreto, tienen la iniciativa de someter a urgencia el procedimiento en cuestión. Así, el inc. del art. 63 LBPA precisa que este procedimiento *“se podrá ordenar, de oficio o a petición del interesado”*. En cambio, la LBGMA dispone: *“La calificación de urgencia para la evaluación será realizada por el Director Ejecutivo a petición del interesado”* (art. 15, inc. final), sin establecer de manera expresa la posibilidad de resolver la aplicación de un procedimiento de urgencia de oficio.
- **Amplitud de la tramitación de urgencia.** Los efectos derivados de la declaración de urgencia son similares en ambos casos, ya que en sede general y ambiental los plazos se reducen a la mitad. Sin embargo su extensión es diversa. En efecto, sólo la LBPA consagra la excepción relativa a los plazos para la presentación de solicitudes y recursos. En la LBGMA no se hace esta precisión y sólo se señala que se ordenan todos los trámites proporcionalmente al nuevo plazo. En consecuencia, para definir cuál será el plazo de la presentación de solicitudes o recursos en el procedimiento ambiental de urgencia, habrá que determinar si quedan comprendidos dentro de la expresión *“trámite”*.

El art. 15 inc. final LBGMA se remite al reglamento para determinar los requisitos, formas y condiciones necesarios para la solicitud de procedimiento de urgencia, su aprobación y publicidad. Por su parte el art. 67 RSEIA regula dichos extremos.

En relación con los requisitos de la solicitud el reglamento exige que el proponente explique *“La vinculación del proyecto o actividad con las actividades que se deben desarrollar para atender necesidades urgentes derivadas de calamidad pública, o bien, la prestación de servicios que no se pueden paralizar sin serio perjuicio para el país”* (art. 67 inc. 2º letra b) RSEIA). Para poder resolver la calificación del

procedimiento de urgencia el Director Ejecutivo del SEA debe solicitar informe a los órganos sectoriales que participan en la evaluación, sin embargo, puede prescindir de ellos si se hubiere dictado un Decreto de Emergencia Económica, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 N° 20 CRR; o si se hubiese decretado un estado de catástrofe de conformidad a lo establecido en el art. 41 de la Constitución o a las normas de la Ley N° 16.282 (art. 67 inc. 3° RSEIA).

Finalmente, en relación con la publicidad el art. 67 inc. final RSEIA dispone que: *“Al realizar la publicación del extracto a que se refiere el artículo 29 de la Ley, se indicará expresamente que el proyecto o actividad ha sido objeto de una calificación de urgencia y que el plazo para formular observaciones se reduce a la mitad”*.

13.8 DIA sujeta a evaluación y certificación de conformidad

Se ha denominado de esta manera a los casos en que un proyecto o actividad se somete al SEIA por la vía de una DIA, en la que el titular incluye a su costo un compromiso de *“someterse a un proceso de evaluación y certificación de conformidad, respecto del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y de las condiciones sobre las cuales se califique favorablemente el proyecto o actividad. En este caso, dicha Declaración deberá ser calificada en un plazo máximo de treinta días”* (art. 18 ter inc. 1°).

El procedimiento abreviado de evaluación de una DIA operará cada vez que el titular ofrezca en su presentación que se somete a su costo a un proceso de evaluación y certificación de conformidad. Para poder cumplir con el plazo acotado a 30 días que señala la ley, el art. 68 RSEIA realiza los ajustes de plazo y procedimiento administrativo de evaluación; el que culmina con el ICE, que debe estar disponible al menos con cinco días de anticipación a la sesión de la Comisión de Evaluación de la región respectiva.

Aunque no lo define la ley ni el reglamento, el proceso de evaluación y certificación de conformidad opera en una doble fase. En primer lugar, de la manera ya vista, es decir, como una especie de procedimiento administrativo abreviado en que la evaluación de la DIA debe realizarse en el plazo de 30 días. Luego la segunda fase corresponde a la de cumplimiento de la normativa ambiental. En efecto, el procedimiento de evaluación y certificación de conformidad opera a costo del proponente a través de empresas, previamente acreditadas ante la SMA, que deben realizar estas evaluaciones y certificaciones. Es decir, implica incorporarse voluntariamente a un sistema en que la verificación tanto de las condiciones normativas, como de aquéllas incorporadas en la RCA, serán verificadas por empresas privadas. Asimismo, le corresponde otorgar un certificado que dé cuenta de dicho cumplimiento, el que será prueba suficiente del cumplimiento de la normativa específica de que se trata y de los hechos vinculados (art. 27 inc. 3° LOSMA). Dicha empresa de evaluación de conformidad y certificación, no podrá realizar labores de consultoría ambiental para la elaboración de EIA y DIA y, como se dijo, deberá estar previamente acreditada ante la SMA (art. 3 letra p) LOSMA).

13.9 DIA de empresas de menor tamaño: registro

Una de las innovaciones introducidas por la Ley N° 20.417 la constituye la regulación especial para la evaluación de los proyectos o actividades sometidas al SEIA que desarrollen empresas que califiquen como de menor tamaño, de conformidad con la Ley N° 20.416.

El art. 18 quáter LBGMA dispone que las empresas de menor tamaño pueden optar por someterse, a su costo, a un sistema de evaluación y certificación de conformidad (ver *supra*). En tal caso, en el procedimiento administrativo de evaluación de la DIA se seguirán las siguientes reglas:

- a. *Verificación de que se trate de una empresa de menor tamaño.* Para tal efecto se estará a lo dispuesto en el art. 2 de la ley N° 20.416.
- b. *Verificación de si el proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, en el plazo de 10 días contado desde la presentación de la Declaración.* En caso que la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del SEA determine la aplicación del art. 11 LBGMA y que por tanto el proyecto requiere de un EIA, el procedimiento administrativo concluirá con una resolución que así lo deberá indicar. No existe para este caso una regla específica de impugnación, no obstante resultará aplicable lo dispuesto en el inc. 2º art. 15 LBPA, en relación con la impugnación con los actos trámite que ponen fin al procedimiento administrativo.
- c. *Si el proyecto se encuentre localizado en un área regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genere cargas ambientales.* “El registro consistirá en la anotación del proyecto o actividad, en el que debe constar el lugar de emplazamiento, la caracterización de la actividad, tiempo de ejecución, de las obras y el proyecto, indicadores de cumplimiento de la certificación de conformidad y compromisos asumidos por el proponente con la comunidad” (art. 69 inc. 5 RSEIA). Realizado el registro, una copia de la DIA será visada por el SEA y hará las veces de acto administrativo o RCA, para todos los efectos legales (art. 69 inc. 6º RSEIA).
- d. *Si el proyecto genera cargas ambientales y se encuentre localizado en un área regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes.* En tal caso deberá someterse al procedimiento de evaluación y certificación de conformidad, es decir el procedimiento administrativo abreviado del art. 68 RSEIA.
- e. *Si el proyecto o actividad se localiza en un área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genera cargas ambientales, abrirá un período de participación ciudadana, en el que citará a una audiencia especial a lo menos a tres organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica vigente, cuyo domicilio legal se encuentre en aquellas comunas en que el proyecto o actividad se emplazará. Dicho período no se extenderá más de 10 días, debiendo levantarse un acta por un ministro de fe en donde consten los compromisos con la comunidad. Finalizada dicha etapa, procederá a su registro* (art. 70 RSEIA) (Ver C.III, 13.2.5).
- f. *Registro del proyecto o actividad.* Aunque la disposición no lo señala, corresponderá al SEA llevar dicho registro, en virtud de sus facultades generales de administración del SEIA (art. 81 letra a) LBGMA).
- g. *La DIA, que contendrá las observaciones de la ciudadanía, cuando correspondiere, será visada por el Servicio de Evaluación Ambiental y hará las veces de Resolución de Calificación Ambiental para todos los efectos legales.* En consecuencia, la ley consagra una

nueva forma ficta de acto administrativo. En este caso, la DIA, incluidas las observaciones ciudadanas y la visación del SEA, harán las veces de RCA. No obstante, ello plantea dudas respecto de la impugnación de dicha RCA ficta, como asimismo respecto del alcance que tienen las observaciones ciudadanas.

13.10 Resolución de Calificación Ambiental

El procedimiento de evaluación del impacto ambiental concluye con una resolución, denominada resolución de calificación ambiental (RCA), 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 (art. 24 inc. 2° LBGMA). Además, aunque la norma legal no lo señala, el reglamento agrega que en el caso de los EIA, la RCA contendrá todas las medidas de mitigación, compensación y reparación (art. 60 letra d.3) RSEIA).

La RCA es adoptada por la Comisión de Evaluación establecida en el art. 86 LBGMA o por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según se trate de proyectos de efectos regionales o transregionales (art. 9 inc. 2° LBGMA).

La RCA es un acto administrativo parcialmente reglado, ya que en relación con la aplicación del ordenamiento jurídico ambiental al proyecto o actividad, no admite espacio para la apreciación discrecional; en cambio, respecto de las medidas que se propongan para mitigar, reparar y compensar los efectos, características y circunstancias, la Administración ambiental que resuelve sobre la calificación ambiental de un proyecto o actividad tendrá un margen de apreciación¹⁷⁶.

El carácter reglado de la RCA se desprende de las siguientes disposiciones de la LBGMA:

- El art. 2 letra j) que, a propósito de la definición de Evaluación de Impacto Ambiental, dispone que a través de ésta se *"determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes"*;
- El art. 16 inc. 4° que dispone que *"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 anterior, respecto de las DIAs, el art. 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 establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, tendrá un plazo de 60 días para pronunciarse sobre la Declaración de Impacto Ambiental"*.

¹⁷⁶ Eduardo Astorga Jorquera, Derecho ambiental chileno: parte general, op. cit., p. 234, al respecto señala que: *"para el modelo chileno, las Declaraciones de Impacto Ambiental, dado que representan un chequeo contra norma objetiva, no debiera requerir de un margen de discrecionalidad alguna (...) una situación muy diversa es la que se verifica respecto de los Estudios de Impacto Ambiental, en cuyos contenidos incluso se debe considerar el nivel de conflictividad social que genera el proyecto"*.

- El art. 24 inc. 2° dispone que la en los casos en que la resolución de calificación ambiental sea favorable *"certificará que cumple con todos los requisitos ambientales aplicables"*.
- Finalmente, el art. 59 inc. 4º RSEIA dispone que: *"Respecto al cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo, en su caso, deberán aprobar o rechazar un proyecto o actividad sólo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación, en lo que dice relación con los aspectos normados en la legislación ambiental vigente"*. Entendiéndose por aspectos normados *"aquellas materias regladas en sus supuestos y resultados, de manera que exista una sola consecuencia jurídica"*.

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 (C.III, 13.4), es decir, determinar si superan el límite de aceptabilidad del impacto que ha fijado el ordenamiento jurídico ambiental nacional¹⁷⁷. Si se trata de una resolución reglada, esto es, si se trata de apreciar la legalidad del impacto que una actividad genera, no podría existir margen de apreciación para la autoridad, el impacto será permitido o no, será legal o no, y conforme a ello deberá resolverse. Incluso más, 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 (C.III, 13.4.4 y 13.5.1).

Por su parte, el aspecto discrecional de la RCA puede apreciarse en las siguientes disposiciones:

- El mismo art. 16 inc. 4º LBGMA dispone que el EIA será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental, pero además, si se hace cargo *"de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11"*; y además, si *"propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado"*.
- En el mismo sentido anterior, dentro del contenido mínimo de la RCA se encuentran *"Las condiciones o exigencias que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad en todas sus fases y aquellas bajo las cuales se otorgarán los permisos ambientales sectoriales que, de acuerdo con la legislación, deben emitir los órganos de la Administración del Estado"* (art. 60 letra d.2) RSEIA). Las condiciones o exigencias para ejecutar el proyecto y para los permisos sectoriales podrán estar regladas en el ordenamiento jurídico, sin embargo, nada impide que durante el procedimiento de evaluación puedan ser impuestas condiciones específicas para el proyecto, atendidas sus características.
- Complementario de la anterior serán las medidas de mitigación, compensación y reparación, cuando corresponda, en los casos de los EIA, las que deben señalarse en la RCA (art. 60 letra d.3 RSEIA), las cuales responden específicamente al proyecto o actividad evaluados, pero que no vienen establecidas en el ordenamiento jurídico, sino sólo la posibilidad de imponerlas.

En consecuencia, cuando en la RCA se incorporan una serie de condiciones y medidas para la ejecu-

¹⁷⁷ Con la expresión límite de aceptabilidad se alude al margen de tolerancia para un impacto ambiental que es permitido por la legislación ambiental. Jorge Bermúdez Soto, Principios e Instrumentos de gestión ambiental..., op. cit., pp 427-430.

ción del proyecto o actividad, éstas serán específicas para aquél, existiendo un margen de apreciación o discrecionalidad para la Administración que califica. El alcance, contenido específico, duración, intensidad, etc. de dichas medidas será una cuestión de carácter técnico que quedará entregado a la competencia de la Administración ambiental.

13.10.1 Características

Entre las notas características de la RCA es posible mencionar las siguientes:

- *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 mismo. 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 (art. 25 inc. 1º LBGMA y 60 letra d.2) RSEIA). Dichas condiciones o exigencias *“deberán responder a criterios técnicos solicitados por los servicios públicos que hubiesen participado en el proceso de evaluación”* (art. 25, inc. 2º LBGMA). Dichas condiciones son fiscalizables, y su incumplimiento constituye una infracción administrativa, sancionable por la SMA (arts. 3 letra a); y 35 letra a) LOSMA). Asimismo, el incumplimiento grave de tales condiciones es considerado una infracción grave (art. 36 Nº 2 letra e LOSMA), susceptible de ser sancionado con la revocación de la RCA, clausura o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales (C.V, 3.5).
- *Vinculante para la Administración Pública.* Tanto en los casos de aprobación como de rechazo del EIA o la DIA, los órganos de la Administración Pública con competencia ambiental son notificados del acto administrativo y quedarán vinculados por la RCA (art. 24 inc. 1º LBGMA). En el caso de una resolución favorable, ningún organismo del Estado podrá negar los permisos sectoriales ambientales pertinentes (art. 24 inc. 2º LBGMA). En el caso de resolución 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”* (art. 24 inc. 3º LBGMA).

La vinculatoriedad de la RCA respecto de la Administración ambiental se explica, en primer término, en la eficacia subjetiva del acto administrativo, que alcanza tanto a su destinatario, como también a los órganos públicos encargados de su cumplimiento¹⁷⁸. Asimismo, constituye una aplicación del principio de coordinación administrativa (art. 5 inc. 2º LBGAE⁹) y de la idea de *ventanilla única*, presente en el SEIA.

- *No causa estado.* En efecto, la resolución de contenido negativo no impide que el titular de un proyecto o actividad pueda volver a someterlo al SEIA. Sin embargo, no podrá hacerlo sino una vez resueltos los recursos administrativos o, en su caso, quede ejecutoriada la sentencia que se pronuncie respecto del recurso contencioso administrativo que se interpusiere en contra de la resolución, si en el caso concreto ello ha ocurrido (art. 21 LBGMA y art. 65 RSEIA). Aun-

¹⁷⁸ Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, *op. cit.*, p. 126.

que 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 art. 19 bis de la LBGMA dispone expresamente: “*Transcurridos los plazos a que se refieren los artículos 15, 18 y 18 ter sin que la Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo se hubieren pronunciado sobre un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, y cumplidos los requisitos del artículo 64 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, dicho Estudio o Declaración, con sus aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, si las hubiere, se entenderá aprobado.*” De esta manera, el legislador ha puesto fin a la discusión en torno a la aplicabilidad supletoria del silencio administrativo positivo de la LBPA respecto de las declaraciones de impacto ambiental. A partir de la referencia al art. 18 LBGMA, debe entenderse que el silencio administrativo se aplica expresamente a las DIAs. En consecuencia, el silencio administrativo positivo resulta aplicable en materia de EIA, DIA (arts. 15 y 18 LBGMA), y además se agrega la hipótesis de silencio positivo en materia de DIA sujeta al compromiso de someterse a un proceso de evaluación y certificación de conformidad (art. 18 ter LBGMA).

El silencio administrativo positivo del art. 64 LBPA es aplicable frente a la omisión en la dictación de la resolución final. En este sentido, la referencia a “*los plazos a que se refieren los artículos 15, 18 y 18 ter*”, por una parte, y a “*la Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo*”, por la otra, limitan el efecto del silencio administrativo positivo, en cuanto no es predicable para las actuaciones intermedias que se producen en el marco del SEIA, sino sólo respecto de la falta de dictación del acto administrativo decisorio y terminal, esto es, la RCA.

Debe asimismo notarse que, a diferencia de la regulación anterior a la Ley N° 20.417, la legislación actualmente señala que la aprobación comprenderá las “*aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, si las hubiere*”. Por su parte, el art. 19 bis inc. 2° LBGMA señala que la autoridad competente para certificar el silencio corresponde al Director Regional o al Director Ejecutivo, quien deberá individualizar los documentos sobre los cuales recae la aprobación.

Una vez que opera el silencio administrativo, corresponderá expedir un certificado por parte del Director Regional o el Director Ejecutivo, según el caso, en el se señalará que el EIA o la DIA “*no fue evaluado dentro del plazo legal, [e] individualizará el o los documentos sobre los que recae la aprobación a que se refiere este artículo*” (art. 66 inc. 2° RSEIA).

- *Impugnable por vías especiales.* Tal como se verá más adelante (C.III,13.10.6 y C.VI, 3.3), la RCA de contenido desfavorable, sea debido a que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, es recurrible tanto por la vía administrativa como contencioso-administrativa ante el Tribunal Ambiental.
- *Sujeta a caducidad.* La limitación de la vigencia de la RCA ha sido establecida a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 20.417. Así, no sólo la pasividad administrativa y su silencio producen efectos jurídicos; también la del administrado quien, luego de obtener la calificación favorable del proyecto o actividad, no inicia su ejecución en los plazos que la LBGMA define. En este sentido, el art. 25 ter dispone: “*La resolución que califique favorablemente un proyecto o actividad caducará cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se*

haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada, contado desde su notificación". Debe notarse que la limitación no ha contemplado reglas relativas a la suspensión o interrupción del plazo de caducidad. En la práctica, el problema deberá plantearse en la medida que, notificada la resolución, el administrado no inicie la ejecución del proyecto o la actividad de manera justificada, por ejemplo, a la espera de la sentencia que ponga término al conflicto contencioso administrativo derivado de las obras. En todos estos casos, la definición de lo que debe entenderse por "*inicio de la ejecución*" será de importancia a la hora de apreciar los efectos jurídicos derivados del vacío legal expuesto. La ley encomienda al reglamento precisar las gestiones, actos o faenas mínimas que, según el tipo de proyecto o actividad, permitirán constatar el inicio de la ejecución del mismo (art. 25 ter inc. 2º). En tal sentido el art. 73 incs. 2º y 3º RSEIA dispone que: "*Se entenderá que se ha dado inicio a la ejecución del proyecto o actividad, cuando se realice la ejecución de gestiones, actos u obras, de modo sistemático, ininterrumpido y permanente destinado al desarrollo de la etapa de construcción del proyecto o actividad. En caso que la Resolución de Calificación Ambiental se pronuncie exclusivamente sobre la fase de cierre de un proyecto o actividad, se entenderá que se ha dado inicio a su ejecución cuando haya comenzado la ejecución del proyecto o actividad de cierre*".

La ley no dispone ni el procedimiento administrativo ni la autoridad competente para declarar la caducidad. En relación con el primer aspecto, corresponderá, entonces, la aplicación supletoria del procedimiento administrativo general de la LBPA. En relación con la facultad para adoptar la resolución de caducidad, la respuesta natural será que la autoridad que dictó la RCA, es decir la Comisión de Evaluación del art. 86 LBGMA o el Director Ejecutivo, según el caso, sea competente para declarar la caducidad. Sin embargo, esta conclusión no es evidente, ya que la competencia que dicha norma le entrega es para *calificar* el proyecto o actividad, siendo dudoso que dentro de dicha facultad pueda entenderse incorporada la de caducar. Por su parte, el art. 81 LBGMA entrega al SEA la facultad de *administración* del SEIA, que corresponde a una voz más genérica y por tanto, comprensiva de dicho poder. A ello se suma que el requerimiento lo realiza la SMA al SEA y no a la comisión de Evaluación, en virtud de lo dispuesto en el art. 3 letra l) LOSMA. Como consecuencia de ello, es que el art. 73 inc. 1º parte final RSEIA haya dispuesto que corresponde a la SMA constatar el inicio de la ejecución del proyecto o actividad, la que requerirá al SEA para que declare la caducidad.

- *Puede ser revisada de manera excepcional*. Así lo dispone el art. 25 quinquies LBGMA: "*La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones*". A partir de esta disposición, es posible afirmar que el legislador ha consagrado una situación particular que, unida a las instituciones de la invalidación y revocación, consagradas en la LBPA, reafirman la inexistencia de inmutabilidades o estabildades perpetuas derivadas de las resoluciones de calificación ambiental. Esta facultad corresponde a una manifestación de un principio de flexibilidad de la RCA, la que antes de extinguirse por decaimiento, puede ser revisada, adaptándose a las nuevas circunstancias de hecho. Para la

revisión “se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880”. El acto administrativo de revisión puede ser reclamado ante el Director Ejecutivo del SEA o ante el Comité de Ministros del art. 20 LBGMA, según se trate de una DIA o un EIA, respectivamente (art. 25 quinquies inc. 2° y 3° LBGMA)”.

- *Susceptible de fijarse en un texto refundido, coordinado y sistematizado.* De acuerdo con lo dispuesto en el art. 25 sexies “Cuando una resolución de calificación ambiental sea modificada por una o más resoluciones, el Servicio de oficio o a petición del proponente, podrá establecer el texto refundido, coordinado y sistematizado de dicha resolución”. El texto transcrito implica que la RCA sea modificada a posteriori, de manera expresa o tácita por otras resoluciones de la misma especie. Por el contrario, no implica los cambios normativos de que pueda ser objeto el proyecto o actividad autorizado por la RCA, los cuales desde luego son aplicables a aquél. Ahora bien, en ejercicio de esta facultad el SEA “podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance” (art. 25 sexies inc. 2°). Un factor crucial en el ejercicio de esta facultad estará dado por los casos de conflicto o contradicción de dos o más RCA. En tales casos el SEA deberá aplicar la regla de temporalidad, en el sentido derogatorio del contenido de la resolución contradictoria anterior.
- *Interpretable por el SEA.* El art. 81 letra g) LBGMA en relación con el art. 76 RSEIA, dispone que corresponde al SEA interpretar administrativamente la RCA (C.I, 7.3.1.2).

13.10.2 Informe Consolidado de Evaluación como antecedente de la resolución

La RCA de un proyecto o actividad se basa en un documento denominado Informe Consolidado de Evaluación (ICE). El ICE deberá contener “los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto” (art. 9 bis LBGMA y arts. 44 y 56 RSEIA).

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 un pronunciamiento ambiental, sea indicando que otorgará o no el permiso ambiental sectorial (PAS) respectivo. 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. Materialmente, el pronunciamiento ambiental y el PAS se pronunciarán sobre el EIA o la DIA, y además sobre las Adenda que se hubieren producido durante la tramitación del proyecto. Es decir, la primera Adenda y Adenda complementaria (arts. 38 a 43 y 50 a 55 RSEIA).

Con el Informe Consolidado de Evaluación concluye la evaluación del impacto ambiental propiamente tal y por tanto, la resolución de trámite que lo contiene es el antecedente directo para la calificación del proyecto por parte de la Comisión de Evaluación de la región o por el Director Ejecutivo. Así lo

establece el art. 9 bis inc. 2º LBGMA, disposición que consagra, de antemano y de manera general, que el incumplimiento a lo dispuesto en el inc. 1º constituye un vicio esencial del procedimiento de evaluación. Esta calificación jurídica permite afirmar que, dentro de la evaluación del impacto ambiental, una calificación sin informe, así como un informe carente de alguno de los requisitos previstos por ley, afectará la validez de la RCA, en los términos del art. 13 inc. 2º LBPA, lo que dará lugar a su invalidación o nulidad.

El contenido del ICE se regula específicamente para el EIA (art. 44 RSEIA) y para la DIA (art. 56 RSEIA). Básicamente dicho contenido será:

- Los antecedentes generales del proyecto o actividad.
- 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. Aquí se deben incorporar además los informes de compatibilidad territorial de los Gobiernos Regionales, Municipalidad y Autoridad Marítima.
- En el caso de los EIA, los impactos ambientales, los efectos característicos y circunstancias del art. 11 LBGMA y de las medidas de mitigación, reparación y compensación del proyecto o actividad presentadas por su titular. En el caso de las DIA, los antecedentes que justifiquen que no requiere la presentación de un EIA.
- Los PAS y sus condiciones y los pronunciamientos sectoriales.
- Sistematización y evaluación técnica de la observaciones de la comunidad.
- La recomendación de fundada de aprobación o rechazo del proyecto o actividad, con indicación expresa de los aspectos normados aplicables.

13.10.3 Adopción de la resolución

La regulación del SEIA, introducida por la Ley Nº 20.417, no ha especificado la forma en que debe dictarse la RCA. Este aspecto tampoco ha quedado comprendido dentro del art. 83 LBGMA, que detalla las funciones del Director Ejecutivo del Servicio, autoridad a quien le corresponde recibir las DIAs y EIAs de los proyectos y las actividades de efectos transregionales (art. 9 inc. 2º LBGMA). Respecto de los proyectos calificados por la Comisión de Evaluación (art. 86 LBGMA), esto es, aquellos de impacto regional, la regulación se limita a señalar los aspectos orgánicos de la misma, sin referencias al procedimiento de acuerdo y votación y sin tan sólo consagrar el quórum necesario para sesionar y, en su caso, aprobar los proyectos y actividades sometidos a evaluación de impacto ambiental. Este problema ya presentaba en la regulación anterior, situación que era parcialmente superada, de manera indirecta, a partir del RSEIA, cuya regulación consagraba referencias implícitas a la necesidad de acuerdos de mayoría simple para la aprobación de los proyectos presentados a evaluación ambiental¹⁷⁹.

¹⁷⁹ En efecto, para el caso de los proyectos transregionales, se consagraba la facultad del Director Ejecutivo de la CONAMA de dictar una resolución fundada que calificara el proyecto (antiguo art. 35 RSEIA). Por su parte, respecto de los proyectos regionales, esto es, los resueltos por la COREMA, existían dos disposiciones aplicables. En primer término,

A pesar de la falta de densidad normativa en este punto, en los hechos quien resuelve el SEIA será la Comisión de Evaluación establecida en el art. 86 LBGMA o el Director Ejecutivo del SEA, según se trate de proyectos de efectos regionales o transregionales, respectivamente. En el caso de la Comisión de Evaluación, ella estará presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del SEA, quien actuará como secretario (art. 86 LBGMA).

Reunida la Comisión de Evaluación se deberá levantar un acta, en la que se consigna: *"la fecha y lugar de reunión, el nombre de los asistentes, la reseña sucinta de lo tratado en ella, los acuerdos adoptados, los votos y sus fundamentos. Dicha acta la levantará el Secretario de la Comisión, quien hará de ministro de fe respecto de lo que ella contemple"* (art. 59 inc. 2º RSEIA). De la disposición transcrita se desprende que el acuerdo de calificación que adopte la Comisión de Evaluación supone votación y por tanto, su adopción por mayoría.

La Comisión de Evaluación calificará el proyecto favorable o desfavorablemente, a continuación el acuerdo de calificación se formalizará a través de una resolución suscrita por el intendente y el director regional del SEA, en calidad de secretario¹⁰⁰. La resolución deberá ser dictada dentro de los diez días siguientes de calificado el proyecto o actividad (art. 59 inc. final RSEIA).

La resolución de calificación ambiental tiene como antecedente directo, como se ha dicho, el Informe Consolidado de Evaluación. 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 del SEA o la Comisión de Evaluación establecida en el art. 86 LBGMA, simplemente deberían proceder a ratificar lo obrado en el ámbito técnico y dictar la resolución que resulte de dicha aplicación del ordenamiento jurídico. Ello 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. 2º 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 resolución de calificación ambiental no opera de forma automática, como se verá en el numeral siguiente.

el art. 36 letra b) RSEIA disponía que en el acta de la sesión en que se adopte la resolución de calificación ambiental, debía consignarse *"las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la resolución"*. Y la disposición del art. 34 inc. 2º que establecía 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 decía que los acuerdos se adoptaran por decisión de mayoría, sino que daba por supuesto que ello sería así, ya que lo único que dicha norma establecía era que debe dejarse constancia en acta de la sesión del resultado de la votación y sus fundamentos.

¹⁰⁰ Esta forma de proceder es una aplicación de lo dispuesto en el art. 3 inc. 7 LBPA (*"Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente"*).

13.10.4 Problemas del sistema de acuerdo

La calificación ambiental del proyecto o actividad a través de una votación que se produce en el seno de la Comisión de Evaluación de cada región, plantea una serie de dudas y problemas, los que se pasan a exponer en las siguientes reflexiones:

- *Autonomía decisional, o falta de ella.* Debe recordarse que la Comisión de Evaluación se integra por el Intendente y por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del SEA, quien actúa como secretario. Todos son funcionarios públicos que forman parte de la Administración Pública centralizada, que se desconcentra territorialmente en las regiones (Intendente, Secretarios Regionales Ministeriales), salvo el Director Regional, quien representa al SEA y es nombrado por el Director Ejecutivo, mediante el Sistema de Alta Dirección Pública (art. 84, inc. 2º LBGMA). 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. 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 de Evaluación, que es lo que examina la Comisión de Evaluación, y la RCA, existirá una correspondencia total. Por el contrario, si el informe rechaza total o parcialmente un proyecto y la Comisión establecida en el art. 86 LBGMA en definitiva decide aprobarlo, querrá decir que alguien, (la Administración Pública sectorial que emitió su pronunciamiento o la Comisión de Evaluación) 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.

El ámbito donde la ley y el reglamento reconocen implícitamente un poder discrecional a la Comisión de Evaluación es respecto de aquellos aspectos no reglados de la evaluación. Ello se traduce en la posibilidad de aceptar o rechazar las medidas de mitigación, compensación y reparación y además de aplicar condiciones a la ejecución del proyecto o actividad, siempre que estas últimas no estuvieren regladas.

- *Excepción a la jerarquía.* La composición de la Comisión de Evaluación 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 Comisión. Tal es el caso, por ejemplo, de los pronunciamientos provenientes de las Subsecretarías, o de organismos autónomos. Por ejemplo, respecto de los informes del Gobierno Regional, del Municipio respectivo y de la Autoridad Marítima competente, cuando corres-

ponda, sobre la compatibilidad territorial de los proyectos presentados (art. 8 ter LBGMA)¹⁴¹. 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 decisiones¹⁴². Ello se encuentra regulado expresamente en el art. 24 LBGMA el cual dispone en los incs. 2° y 3° que *"Si la resolución es favorable, certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, 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".

13.10.5 Falta de resolución de calificación ambiental

Hasta la entrada en vigor de la Ley N° 20.417 la ejecución de un proyecto o actividad que debía someterse al SEIA, sin la respectiva RCA no constituía una infracción administrativa, por lo que la ejecución del mismo sólo podía ser sancionada sectorialmente, si es que adolecía de un permiso o bien, podía ser objeto de responsabilidad por el daño ambiental, si es que efectivamente éste ocurría. Este vacío legal se subsana con la modificación a la LBGMA a través de los siguientes mecanismos:

- **Infracción administrativa.** La falta de sometimiento al SEIA es sancionable por la SMA, en virtud de lo dispuesto en los arts. 3 letra i) y 35 letra b) LOSMA.
- **Prohibición de fraccionamiento.** De acuerdo con lo dispuesto en el art. 11 bis inc. 1° LBGMA (C.III,13.5.5).
- **Prohibición de otorgamiento de recepción definitiva de obras.** Al respecto el art. 25 bis dispone que: *"Las Direcciones de Obras Municipales no podrán otorgar la recepción definitiva si los proyectos o actividades a los que se refiere el artículo 10 no acreditan haber obtenido una resolución de calificación ambiental favorable"* (en el mismo sentido el art. 72 RSEIA). La disposición transcrita intenta evitar la situación de descoordinación administrativa en que un proyecto o actividad que requiere de una RCA de manera anticipada realiza las obras de construcción, obteniendo la recepción definitiva de las mismas, por parte de la respectiva Dirección de Obras. La clave para la operatividad de esta disposición se encuentra en la información necesaria con que debe contar la Dirección de Obras Municipales respecto de la necesidad de sometimiento al SEIA de las obras que recepciona. En consecuencia, antes del acto de recepción, deberá consultar respecto de la pertinencia de ingreso. El problema que plantea esta exigencia radica en la forma de controlar su cumplimiento por parte de las Direcciones de

¹⁴¹ En este sentido, los proyectos también requieren de una descripción de la compatibilidad de las actividades con las políticas, planes y programas de desarrollo regional, así como con los planes de desarrollo comunal, situación que debe ser señalada por los proponentes (art. 9 ter LBGMA).

¹⁴² 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 (art. 31 LBGA).

Obras municipales. Atendido el carácter autónomo de las municipalidades, el SEA no podría dirigir una orden a la Dirección de Obras Municipales para que se abstuviese de recepcionar una obra no sometida al SEIA. Sin embargo, dicha actuación municipal adolecería de un vicio de ilegalidad, lo que habilitaría a su impugnación judicial.

13.10.6 Impugnación de la resolución

La RCA al igual que cualquier acto administrativo, se rige por los principios generales del Derecho administrativo, entre los que se destaca el de impugnabilidad (arts. 2 LBGAE¹⁸³ y 15 LBPA). Dicho principio no es sino una manifestación de la tutela judicial efectiva, garantizada a nivel constitucional en el art. 38 inc. 2º CPR. El análisis de las vías de impugnación de esta clase de actos puede clasificarse dependiendo del legitimado activo para el ejercicio de la acción o recuso administrativo correspondiente.

Impugnación por el titular del proyecto o actividad

El art. 20 LBGMA dispone la procedencia de un recurso administrativo en contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una DIA y, asimismo, en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un EIA. Por su parte el art. 77 RSEIA desarrolla este recurso administrativo. El 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 dejada sin efecto en sede administrativa.

- **Recurso administrativo.** El art. 20 inc. 1º, primera parte, dispone “*En contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo*”. 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 art. 10 LBGAE establece y que han sido desarrollados en el art. 59 LBPA¹⁸³. Es claro que la categorización de este recurso, en materia de DIA de proyectos o actividades de impactos transregionales, hoy en día, corresponderá al de reposición, dado que deberá resolverse por la misma autoridad que ha dictado la resolución recurrida, a saber: el Director Ejecutivo del SEA. No obstante, para el caso de DIA de proyectos de impactos ambientales regionales, así como en materia de EIA, no es clara la naturaleza jurídica del recurso. En efecto, en el caso de la DIA de proyectos con impactos ambientales regionales, el recurso administrativo deberá interponerse ante el Director Ejecutivo del Servicio. Este funcionario, sin embargo, no se encuentra jerárquicamente vinculado a la Comisión de Evaluación establecida en el art. 86 LBGMA. Por su parte, en el caso del recurso administrativo interpuesto en contra de las resoluciones que rechazan o establecen exigencias en materia de EIA, deberá resolver un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Este comité tampoco representa un ente jerárquico del Director Ejecutivo del Servicio o de la Comisión de Evaluación establecida en el art. 86

¹⁸³ 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.

LBGMA, pese a que algunos de los Ministros de Estado que lo integran corresponden a los superiores jerárquicos de los Secretarios Regionales Ministeriales de esta Comisión.

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 art. 59 LBPA; que agota la vía administrativa; y que consiste en la revisión, por razones de legalidad y/ u oportunidad de la resolución de calificación ambiental¹⁸⁴.

Cabe finalmente agregar que en todos los casos el recurso administrativo deberá ser interpuesto por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida. La autoridad correspondiente deberá resolver mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contados desde la interposición del recurso, según se trate de una DIA o de un EIA, respectivamente (art. 20 inc. 1º LBGMA).

- *Recurso contencioso administrativo*. Una vez agotada la vía administrativa, se abre la posibilidad de una revisión jurisdiccional de lo resuelto. El art. 20 inc. 4º 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 Tribunal Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley”*.

La referencia al art. 60 LBGMA es comprensible, en la medida que dicha disposición consagra la facultad jurisdiccional general de los Tribunales Ambientales para conocer de las causas que se promuevan por infracción a la LBGMA. Por su parte, el art. 17 N° 5 LTAA consagra la competencia del Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto para conocer de dicha reclamación. En contra de la sentencia definitiva procede el recurso de casación de fondo, en conformidad a lo dispuesto en el art. 767 CPC. La casación de forma tiene lugar en conformidad a lo dispuesto en el art. 768 CPC sólo por las causales establecidas en los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo (art. 26, incs. 3º y 4º LTAA) (C.VI, 3.3).

Impugnación por cualquier persona natural o jurídica que hubiere participado en el SEIA

El art. 29 inc. 4º LBGMA dispone un recurso administrativo especial a favor de cualquier persona natural o jurídica¹⁸⁵ que hubiere participado del SEIA respecto de un EIA y que considere que sus observa-

¹⁸⁴ Debe hacerse la prevención que el recurso de revisión ha sido regulado expresamente en el art. 60 LBPA, como un recurso extraordinario ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la misma autoridad.

¹⁸⁵ Resultan aplicables a este respecto las definiciones contenidas en el Instructivo del Director Ejecutivo del SEA, ORD. N° 100142, del 15 de noviembre de 2010 sobre Admisibilidad de las Observaciones Ciudadanas en el Marco del SEIA. En él se establece el sentido y alcance de la expresión persona jurídica, señalando que ésta comprende *“una entidad a la cual la ley atribuye personalidad propia e independiente de quien o quienes la conforman. Estas pueden ser de derecho público o derecho privado, y pueden o no perseguir fines de lucro”*.

ciones no fueron debidamente consideradas en la resolución de calificación ambiental. En los mismos términos, se concede el recurso a las personas que participaron del procedimiento administrativo de evaluación de una DIA que genera cargas ambientales (art. 30 bis inc. 5º LBGMA). En ambos casos el recurso administrativo especial se concede en los términos del art. 20 LBGMA, sin suspender los efectos de la resolución recurrida. La referencia expresa al art. 20 LBGMA hace aplicables, a este respecto, todas las consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de los recursos, plazos y autoridades que deberán resolverlos, más arriba señalados¹⁸⁶.

En su versión original el objeto de este recurso administrativo no era la nulidad de la RCA, sino que su simple enmienda, en el sentido de la debida consideración o ponderación de las observaciones provenientes de la participación ciudadana¹⁸⁷. Hoy día, con la modificación introducida a la LBGMA y la nueva versión del RSEIA, es posible afirmar que la falta de consideración de las observaciones ciudadanas afectarán los fundamentos o motivos de la RCA, por lo que de acogerse éste, la resolución deberá ser invalidada total o parcialmente.

Por su parte, en contra de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo, resulta asimismo procedente el recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Ambiental, según lo dispuesto en el art. 20 inc. 4º LBGMA¹⁸⁸ (C.VI, 3.5).

Impugnación por terceros

La LBGMA no establece un recurso administrativo ni contencioso-administrativo de manera explícita a favor de los ciudadanos que se vean afectados en sus derechos o intereses por una RCA. Ello no obsta a que ella sea impugnada por las vías ordinarias administrativas, esto es, recursos administrativos de la LBPA, o acciones contencioso-administrativas y el recurso de protección, cuando ello sea procedente¹⁸⁹. Sin perjuicio de ello, debe considerarse que la RCA corresponde a un acto administrativo

¹⁸⁶ Dado que el recurso procede en el plazo de treinta días desde la notificación de la RCA, se ha estimado implícito el deber de notificar dicha resolución a los participantes. En este sentido, *Camilo Mirosevic Verdugo*, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, *op. cit.*, p. 307.

¹⁸⁷ En contra de esta limitación se manifestaba *Camilo Mirosevic Verdugo*, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, *op. cit.*, p. 307: "Como señalaba la doctrina y el propio RSEIA, en caso de acogerse el recurso el efecto no era su anulación, sino la modificación de la 'rca.' en el sentido de la debida consideración de las observaciones. Sin embargo, en mi opinión, si producto de no haberse considerado todas las observaciones en el procedimiento de evaluación, la autoridad que resuelve el recurso (director ejecutivo del SEA o Comité de Ministros) advierte que producto de tales observaciones resulta necesario alterar la calificación del proyecto, se encuentra plenamente facultada para modificar la resolución, ya sea estableciendo nuevas medidas para hacer frente a los impactos del proyecto o, incluso, para disponer la calificación negativa del proyecto o actividad".

¹⁸⁸ Una valoración positiva de esta modificación puede encontrarse en: *Eduardo Astorga Jorquera*, Derecho ambiental chileno: parte general, *op. cit.*, p. 237: "las diferencias que corrigió la Ley Nº 20.417 entre titular y ciudadanía eran evidentes. Plazo, instancia resolutoria, etc., agravando esta situación la circunstancia de que tratándose del recurso correspondiente a la participación ciudadana no se contemplaba la reclamación judicial, lo que generaba en muchos casos la interposición de un Recurso de Protección".

¹⁸⁹ La no incorporación de esta participación mediante acciones especiales ha sido criticada por *Camilo Mirosevic Verdugo*, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, *op. cit.*, p. 316: "En este aspecto no hubo ningún avance, de modo que se mantiene a la ciudadanía e incluso a los interesados que pueden ser afectados con el proyecto, sin la posibilidad de impugnar la 'rca' mediante el recurso especial de reclamación. En mi opinión, esta situación resulta contraria al principio de contradictoriedad e igualdad de las partes ante el procedimiento, dado que el solicitante es un interesado al igual como lo son aquellos que se verán afectados con la resolución final. Además, la

de carácter ambiental. Según lo dispone el art. 17 N° 8 inc. 2° LTAA, cualquier persona que tenga el carácter de interesado, según el art. 21 LBPA, podrá solicitar la invalidación de la RCA que estime contraria a Derecho (art. 53 LBPA), pudiendo impugnar la resolución que resuelve dicha invalidación ante el tribunal ambiental, en los términos del art. 17 N° 8 LTAA. (Ver C.VI, 3.7)

13.11 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, lo que no será necesariamente coincidente con un análisis de la sustentabilidad ambiental del mismo. No puede desconocerse que lo que los órganos de la Administración del Estado 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 ambiental 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", 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"* (art. 2 letra j) LBGMA), 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 de impacto ambiental, con la que concluye el procedimiento administrativo que constituye el SEIA, aprobará el Estudio o Declaración del impacto ambiental, si este cumple con la normativa ambiental vigente. Cuando la normativa ambiental que debe aplicarse no es suficiente, los elementos no reglados de la RCA cobrarán mayor relevancia, tal será el caso de las medidas de mitigación, compensación y reparación y de las condiciones que se puedan imponer a la realización del proyecto o actividad.

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

inexistencia de recurso especial de reclamación fuerza la judicialización -normalmente mediante el ejercicio de la acción de protección- con los inconvenientes que para todas las partes ello supone". En este mismo sentido y desde una perspectiva más amplia, Dominique Hervé y Matias Guiloff, en carta de réplica a un Editorial del Diario La Tercera sobre el capítulo de Medio Ambiente del Informe Anual de Derechos Humanos 2011: "que la justicia ambiental demanda en todo proceso de aprobación de proyectos de inversión es que la participación ciudadana sea algo más que un formalismo, y que las decisiones sustantivas se encuentren bien fundamentadas, haciéndose cargo de la distribución equitativa de las cargas y riesgos ambientales; es decir, que unas y otros no queden por default de cargo de aquellos sectores más vulnerables.

Cumplíndose con estos requerimientos que no parecen nada descabellados para una sociedad decente, independiente de cual sea la decisión sustantiva que finalmente se adopte o de las preferencias personales, habrá de estimarse que las exigencias de la justicia ambiental han sido satisfechas".

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 cooperación¹⁹⁰ (C.I., 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 suspender el 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 estatal es denominado acreditación, a pesar de que el legislador en algunas ocasiones lo confunde con la certificación misma. En Chile ella se lleva a cabo por el Instituto Nacional de Normalización (INN), sin perjuicio de que algunos órganos de la Administración del Estado han asumido ellos mismos 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, el Servicio Nacional de Pesca y la Superintendencia del Medio Ambiente.

14.1 Concepto de certificación

La certificación consiste en la declaración contenida en un documento en la que se señala que un determinado producto o que una determinada empresa o establecimiento cumple con los requisitos o exigencias definidos por una norma técnica determinada¹⁹¹. 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 cumplimiento de la normativa ambiental y el carácter sustentable o menos dañoso para el medio ambiente que poseen el producto, proceso o establecimiento¹⁹².

14.2 Certificación voluntaria y obligatoria

Hasta ahora los diversos esquemas de certificación que es posible encontrar en el Derecho comparado corresponden a mecanismos voluntarios de verificación de las cualidades ambientales o sustenta-

¹⁹⁰ Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, op. cit., p. 100.

¹⁹¹ Cfr. Vicente Álvarez García, *La normalización industrial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 444.

¹⁹² Nicolien van der Grijp y Luke Brander, *Multi-Sector and Sector-Specific Schemes*, en *Sustainability, Labelling and Certification*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, p. 76.

bilidad de un producto, proceso o establecimiento¹⁹³. 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 mercado¹⁹⁴, 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 aplicable¹⁹⁵. Tal es el caso del registro de la DIA, para el caso de las empresas de menor tamaño que se hubieren sometido a un proceso de evaluación y certificación de conformidad, respecto del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al proyecto o actividad (art. 18 quáter LBGMA) (C.III, 13.9).

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 casos de certificación obligatoria. Por ejemplo el sistema de certificación de productos eléctricos y combustibles¹⁹⁶. 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. 64 E LGPA dispone que *"Los titulares de cualquier instrumento que autorice a la extracción de la fracción industrial de la cuota global o de las autorizaciones de pesca, así como los armadores artesanales de embarcaciones de una eslora igual o superior a 12 metros y los titulares de embarcaciones transportadoras deberán entregar al Servicio la información de desembarque por viaje de pesca a que se refiere el artículo 63 de esta ley, certificada por una entidad auditora acreditada por el Servicio"*¹⁹⁷.

¹⁹³ 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.

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ Contenido en el Reglamento para la certificación de productos eléctricos y combustibles, DS N° 298 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Publicado en el D.O. el 1 de febrero de 2006.

¹⁹⁷ El sistema de certificación de desembarques de capturas pesqueras encuentra su origen en la aplicación de la medida de administración pesquera denominada *límite máximo de captura por armador*, introducida por la ley N° 19.713. Bajo a actual vigencia de la LGPA, dicho sistema se cambia por uno de "licencias transables de pesca". Un sistema de licencias transables se basa en la participación de un coeficiente dentro de la cuota global de captura asignada al sector industrial. 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.

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”*¹⁹⁸. 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”*¹⁹⁹. 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 Programas de Evaluación y Certificación de Conformidad

Los instrumentos de protección ambiental presentan deficiencias de diversa índole, no obstante lo cual, el principal problema dice relación con las dificultades materiales que enfrenta los órganos de la Administración del Estado 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 sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento”*²⁰⁰.

Frente a dicho diagnóstico, y dada la experiencia con los sistemas de certificación obligatoria, es que el legislador reconoció la posibilidad de obligar al sometimiento a programas de evaluación y certificación de conformidad respecto de aquellos establecimientos y actividades sujetas a la fiscalización de la SMA. Dentro de las funciones y atribuciones de la Superintendencia le corresponde *“Administrar un mecanismo de evaluación y certificación de conformidad, respecto de la normativa ambiental aplicable y del cumplimiento de las condiciones de una autorización de funcionamiento ambiental”* (art. 3 letra p) inc. 1º LOSMA). Por labores de evaluación y certificación de conformidad se entienden los procesos documentados y sistemáticos ejecutados en un intervalo de tiempo para determinar el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable o de las condiciones de una autorización de funcionamiento o de la normativa específica asociada a procesos de uno o más proyectos, actividades o fuentes, según corresponda²⁰¹. El DS Nº 39/2013 MMA reglamento sobre entidades técnicas de

¹⁹⁸ *Maria Teresa Oyarzún*, Sellos de Calidad en Productos Alimenticios Agroindustriales, FODEPAL-FAO, 2005, p. 4.

¹⁹⁹ www.salmonchile.cl

²⁰⁰ OCDE/CEPAL, Evaluaciones de Desempeño Ambiental, Chile 2005, p.18.

²⁰¹ El DS Nº 38 de 2013 del MMA aprueba el Reglamento para la Autorización y Control de las Entidades Técnicas de la Superintendencia del Medio Ambiente (D.O. de 18.03.14). Por su parte, el DS Nº 39 de 2013 aprueba el reglamento de entidades técnicas de certificación ambiental de la Superintendencia del Medio Ambiente (D.O. de 18.03.14).

certificación ambiental de la SMA, define la evaluación de conformidad ambiental como: *“Conjunto de procedimientos técnicos por medio de los cuales un Evaluador de Conformidad Ambiental autorizado, evalúa el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y/o de las condiciones de una autorización de funcionamiento ambiental de un sujeto regulado”* (art. 1 letra g). Y certificación de conformidad ambiental como: *“Declaración de conformidad del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y/o de las condiciones de una autorización de funcionamiento ambiental de un sujeto regulado, a través de la emisión de un certificado de conformidad ambiental otorgado por una Entidad Técnica de Certificación Ambiental”* (art. 1 letra h).

De la regulación del este mecanismo es posible desprender las siguientes características:

- a) *Objeto*: por regla general, por medio de la evaluación y certificación de conformidad, se verificará el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable; y de las condiciones de una autorización de funcionamiento ambiental. El DS N° 39/2013 MMA reglamento sobre entidades técnicas de certificación ambiental de la SMA, dispone que la extensión de la evaluación y certificación de conformidad estará determinada por *“el alcance de la autorización que le ha otorgado la Superintendencia de acuerdo a las normas de este reglamento, y a las instrucciones de carácter general y obligatorio que dicte al efecto”* (art. 1 letra d).

En consecuencia, tanto las normas positivas como aquellas condiciones que se incorporan en los actos administrativos de autorización ambiental serán objeto de verificación por parte de un certificador privado. Esto tiene gran trascendencia respecto de la RCA, la que como se ha dicho se erige en un verdadero ordenamiento jurídico particular para el titular del proyecto o actividad (C.III, 13.10).

- b) *Sujetos pasivos*: los destinatarios o sujetos pasivos de los programas de evaluación y certificación de conformidad son: i) quienes se someten al SEIA y se someten voluntariamente al proceso de evaluación y certificación de conformidad, según lo dispuesto en los arts. 18 ter y 18 quáter LBGMA (C.III, 13.8); ii) los titulares de RCA que se sometan voluntariamente a un proceso de evaluación y certificación de conformidad en la fase de ejecución de sus proyectos; iii) los titulares de RCA en que se establezca como condición un proceso de evaluación y certificación de conformidad para la verificación de su cumplimiento; iv) quienes estuvieren obligados para la verificación del cumplimiento de un plan de prevención o de descontaminación o de una norma de emisión; v) los obligados según los arts. 42 y 43 LOSMA; vi) quienes hubieren sido obligados a someterse por la SMA, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 LOSMA.
- c) *Certificación privada*: al igual que en los demás sistemas de certificación, el programa de evaluación y certificación de conformidad implica la intervención de una empresa privada especializada en las tareas inspectivas y de evaluación y certificación de conformidad. Podrá ser una entidad técnica de certificación (persona natural o jurídica) o un evaluador de conformidad (persona natural). Una vez efectuado el proceso de evaluación y certificación de conformidad, la empresa auditora o entidad certificadora de conformidad entregará un certificado que dará cuenta del cumplimiento de la normativa ambiental que le resulte aplicable.

- d) *Autorización previa*: las empresas auditoras (entidades técnicas de certificación o evaluadores de conformidad) que realizan las tareas de evaluación y certificación de conformidad deberán ser autorizadas previamente por la SMA²⁰². Para ello se deberá acreditar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en el reglamento. Tales empresas deberán cumplir con requisitos mínimos de conocimiento; experiencia calificada, de a lo menos 3 años, en materias relacionadas; los procedimientos de examen o verificación de antecedentes; personal idóneo e infraestructura y equipamiento suficiente para desarrollar las labores solicitadas.
- e) *Incompatibilidad absoluta*: existe incompatibilidad absoluta entre el ejercicio de labores de evaluación y certificación y las de consultoría para la elaboración de Declaraciones o Estudios de Impacto Ambiental. Esta incompatibilidad afecta a las entidades técnicas, así como a su personal dependiente y a las personas relacionadas, según lo previsto en la ley N° 18.045 de Mercado de Valores.
- f) *Fiscalización y sanción*: las empresas auditoras ambientales o entidades certificadoras quedan sometidas estrictamente a la potestad de fiscalización por parte de la SMA, generándose respecto de ésta un vínculo de sujeción especial. Ello justifica la potestad fiscalizadora sobre las mismas, y la posibilidad de imposición de las sanciones administrativas contempladas en el Título III LOSMA.

De forma paralela al mecanismo establecido para la realización de labores para la evaluación y certificación de conformidad de RCA y autorizaciones de funcionamiento ambiental, la LOSMA contempla la posibilidad de establecer un “programa de evaluación y certificación de conformidad”. Éste tiene por objeto evaluar y certificar el cumplimiento de la normativa específica que establece la forma para llevar a cabo un proceso de uno o más proyectos, actividades o fuentes, tales como aquellos referidos a los sistemas productivos o los sistemas de control, de conformidad con lo dispuesto en el respectivo instrumento de carácter ambiental. Estos programas son aplicables cuando lo ha establecido una norma ambiental general o bien, cuando la SMA lo ordene para un caso concreto (art. 27 inc. 4º LOSMA).

En virtud de estos programas la SMA podrá revisar las instalaciones de las empresas, industrias o proyectos con el objeto de verificar los sistemas productivos y los sistemas de control (art. 27 inc. 1º LOSMA). El titular del proyecto o fuente que se encuentra obligado por el programa deberá asumir los costos de los informes periódicos requeridos, incluidos los respectivos muestreos y análisis de laboratorios, los que deberán ser realizados por entidades debidamente registradas en el Sistema Nacional de Acreditación.

El resultado de la aplicación del programa es un certificado, el que tiene como efecto que “constituirá prueba suficiente de cumplimiento de la normativa específica de que se trata y de los hechos vincu-

²⁰² Al menos esa es la expresión que utiliza el Reglamento de Entidades Técnicas de Certificación Ambiental (DS N° 39/2013 MMA), a pesar de que el art. 3 letra p) inc. 2º LOSMA, señala que la SMA administrará un sistema de *acreditación* de personas naturales y jurídicas que realicen estas evaluaciones y certificaciones, pero por una omisión no dice expresamente que deban ser autorizadas. Sin embargo, un sistema de certificación y evaluación sólo podrá operar si las entidades que realizan la actividad son previamente autorizadas y luego controladas en el ejercicio de su actividad.

lados a ella que fueron evaluados por los certificadores, por lo que no podrá iniciarse procedimiento sancionatorio por los hechos objeto de la certificación" (art. 27 inc. 3º LOSMA).

15. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL

El acceso a la información fortalece y hace efectivo el principio democrático. Por el contrario, es en un Estado dictatorial y totalitario donde la información se conserva fuera del alcance de los ciudadanos. Los avances que ha experimentado el Derecho administrativo chileno en materia de acceso a la información son evidentes y la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, no hace sino confirmar que el desarrollo del Estado de Derecho pasa por la disponibilidad de información por parte de los ciudadanos.

No obstante el carácter general que plantea para el Derecho administrativo, el acceso a la información pública en realidad tiene un origen que se identifica con el Derecho ambiental, y específicamente con el acceso a la información ambiental. Así, desde la perspectiva metodológica es posible sostener como tesis que una institución como el derecho de acceso a la información pública tiene su origen en una rama del Derecho administrativo especial, como lo es el Derecho ambiental. Esta tesis, que claramente es válida para el Derecho administrativo comparado, también lo será en el caso nacional cuando consideramos tanto la consagración normativa inicial del acceso a la información pública y la participación ciudadana, como también los casos en que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la materia²⁰³.

15.1 Antecedentes

¿Por qué es necesario conocer la información ambiental? O bien ¿qué tiene de distinto dicha información frente a la información administrativa en general? La respuesta deja de ser jurídica y es más bien sociológica. El ser humano actual adolece de un desconocimiento del entorno real en que vive. Nunca en la historia de la humanidad el ser humano había vivido más desconectado de su entorno y por lo mismo, éste nunca le había sido tan lejano, desconocido y ajeno. La comprobación fáctica de este fenómeno se encuentra en que hoy día la inmensa mayoría de la población vive en ciudades, esto es, en un entorno artificial y construido. El problema de esta situación radica en que la base de la existencia humana sigue siendo el entorno natural. Por tanto, si el medio ambiente no sigue prestando sus servicios ambientales, si éste pierde su capacidad de resiliencia, la especie humana, simplemente, desaparecerá de la faz de la tierra²⁰⁴.

²⁰³ Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Marcel Claude y otros v. Chile", al interpretar el artículo 13 de la Convención americana de derechos humanos, ha expresado que el derecho a la libertad de información incluye el derecho colectivo a recibir información de que disponen otros.

²⁰⁴ La afirmación encuentra incluso un fundamento constitucional en el Derecho comparado, así el artículo 20 A de la Ley Fundamental de Bonn dispone: "Protección de los fundamentos naturales de la vida. El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial". Nótese que el constituyente alemán no hace referencia a un derecho subjetivo constitucional al medio ambiente, sino que dispone de un principio que vincula a los poderes públicos con el objeto de proteger los fundamentos naturales de la existencia humana, es decir, el medio ambiente natural o naturaleza en la que ella se asienta.

En la actualidad nuestra civilización adolece de un desconocimiento ambiental por partida doble: por una parte, porque como sociedad desconocemos la importancia, funcionamiento y composición del medio ambiente natural. Si bien como civilización hemos alcanzado niveles de cultura y desarrollo insospechados hasta hace poco, paralelamente hemos olvidado cómo funcionan aquellos ciclos naturales sobre los que precisamente se asienta la existencia humana. Así, hoy día nos parece algo evidente que tengamos agua potable o que podamos adquirir alimentos, vestuario y en general, servicios de mejor o peor calidad, dependiendo solamente de nuestra capacidad económica. Sin embargo, no reparamos en que para la producción y transporte de dichos bienes y servicios hubo, antes que todo, un proceso natural o un servicio ambiental que lo permitió.

Un segundo aspecto del estado de desconocimiento ambiental lo plantea la ignorancia que tenemos respecto del estado del entorno en que vivimos²⁰⁵. Efectivamente, el medio ambiente artificial, esto es, las ciudades que habitamos, presenta problemas ambientales, normalmente de contaminación, que ponen en riesgo la salud y la calidad de vida de la población. No viene al caso volver en detalle sobre el tan manido tema de la contaminación atmosférica de la capital chilena y de otras ciudades, ni del erróneo diseño legal de las normas primarias de calidad ambiental (C.III, 4.3.3). Sin embargo, es precisamente la calidad del aire que se respira el factor fundamental en la salud y expectativas de vida de la población.

El acceso a la información ambiental se transforma, entonces, ya no en una garantía para que las organizaciones ambientalistas puedan ejercer sus actividades, sino en una verdadera necesidad de supervivencia para la especie humana. En primer término, porque el estado de desconocimiento de la naturaleza por parte de nuestra sociedad –que denominaría como una verdadera “desaprensión ambiental”– es la que ha llevado a múltiples problemas ambientales locales y globales, como por ejemplo la situación de cambio climático, que amenaza los fundamentos naturales mismos de la existencia humana²⁰⁶. Y en segundo término, porque el desconocimiento del estado ambiental del lugar en que se habita –que denominaría “estado de ignorancia ambiental”– conlleva la adopción de decisiones erróneas involuntarias y no deseadas, las que inciden directamente en la salud y calidad de vida de la población²⁰⁷.

15.2 Instrumentos internacionales que establecen la información ambiental

En el Derecho internacional del medio ambiente, el derecho de acceso a la información ambiental se encuentra ampliamente desarrollado²⁰⁸. Uno de los primeros antecedentes lo constituye la Declaración de Río de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo (1992), la cual en su principio 10º dispone:

²⁰⁵ En este sentido, un autor lo denomina como “una menesterosidad existencial que tiene entre sus manifestaciones más angustiosas el desconocimiento real en el que vive”. Ángel Moreno, *Derecho comunitario del medio ambiente*, marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 240.

²⁰⁶ Desde luego, si conociéramos los reales efectos que nuestras conductas cotidianas ocasionan en el elemento ambiental natural, como el clima, seguramente la “desaprensión” por el problema del cambio climático sería menor.

²⁰⁷ Probablemente nuestras decisiones cotidianas y de vida se revisarían si hubiéramos tenido la información ambiental necesaria, por ejemplo, la adquisición de una vivienda, que luego nos damos cuenta está situada cerca o bajo la influencia de una fuente de emisión de olores pestilentes, de ruidos que impiden conciliar el sueño o de radiación electromagnética.

²⁰⁸ Cfr. Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 826-868.

"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Como se sabe, la Declaración de Río no es vinculante, sin embargo, ha tenido una gran incidencia en el desarrollo de las legislaciones ambientales en los ámbitos internacional y nacional²⁰⁹. Básicamente, lo que el principio 10 citado busca es que los ciudadanos puedan acceder a la información ambiental, para que luego y de manera informada, ejerzan su derecho de participación, sea por la vía de intervenir en el procedimiento administrativo destinado a la toma de decisiones ambientales, sea por la vía del ejercicio de acciones destinadas a la revisión judicial de las mismas.

Por su parte, en el ámbito de los instrumentos internacionales vinculantes, el acceso a la información ambiental se establece, normalmente, de tres maneras, a saber: como un deber para el Estado parte de disponer de información o de su intercambio con otros Estados parte del mismo instrumento; como un deber para el Estado parte de poner a disposición la información ambiental en un organismo internacional; o bien, como un derecho subjetivo a favor de los ciudadanos. Evidentemente, estas formas de disponer de la información ambiental no son excluyentes, no obstante, la clasificación permite describir la consagración del derecho o deber de información ambiental en el ámbito internacional.

15.2.1 Información ambiental como deber entre Estados

Existen múltiples acuerdos ambientales que dan cuenta de esta situación, así por ejemplo, la Convención sobre la Diversidad Biológica (DS N° 1963 de 1994 del Ministerio de Relaciones Exteriores), la que en su artículo 17 dispone: *"Intercambio de Información. 1. Las Partes Contratantes facilitarán el intercambio de información de todas las fuentes públicamente disponibles pertinente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo. 2. Ese intercambio de información incluirá el intercambio de los resultados de las investigaciones técnicas, científicas y socioeconómicas, así como información sobre programas de capacitación y de estudio, conocimientos especializados, conocimientos autóctonos y tradicionales, por sí solos y en combinación con las tecnologías mencionadas en el párrafo 1 del artículo 16. También incluirá, cuando sea viable, la repatriación de la información".*

15.2.2 Información ambiental como deber respecto de un órgano internacional

En este caso, el Estado parte de un convenio internacional ambiental tiene el deber de proporcionar información para con el órgano que ha sido creado por la convención con el objeto de administrarla y eventualmente, velar por su cumplimiento. Así por ejemplo, el Convenio de Basilea sobre el control

²⁰⁹ E. Loutch, *International Environmental Law, fairness, effectiveness and World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 25 y 32.

de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos (DS N° 685/1992, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 13 de octubre de 1992). En dicho Convenio se establece que es obligación de los Estados parte informar a la Secretaría del Convenio acerca de las sustancias definidas o consideradas como desechos peligrosos en virtud de su legislación nacional y sobre cualquier requisito relativo a los procedimientos de movimiento transfronterizo aplicables a tales desechos (art. 3).

15.2.3 Información ambiental como un derecho subjetivo

Por su parte, los instrumentos que disponen de un derecho a favor de los ciudadanos para recavar directamente la información pública son la excepción. Una de sus principales manifestaciones la constituye la Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Dinamarca, 25 de junio de 1998), la que no ha sido ratificada por Chile²¹⁰. La Convención de Aarhus se basa en los denominados tres pilares para promover la participación pública y la información ambiental. Los tres pilares constituyen además los objetivos de la convención y son: i) derecho de acceso a la información administrativa ambiental; ii) derecho a participar en la toma de decisiones ambientales; y iii) derecho a obtener la revisión judicial de la decisión ambiental.

Los tres pilares operan conjuntamente, y por tanto, la existencia de cualquiera de ellos incide en la eficacia del conjunto. Sin embargo, para los efectos del presente trabajo será analizado sólo el primero de ellos, con el objeto de contrastar su regulación con lo que ocurre en el Derecho ambiental chileno.

15.3 Alcance de la información ambiental

El Convenio de Aarhus en su art. 2 numeral 3 entrega una definición concreta de lo que debe entenderse por información sobre el medio ambiente o información ambiental, la cual se resume en tres grandes grupos de información: información relativa al estado del medio ambiente y de sus elementos; información relativa a las emisiones e inmisiones; e información relativa a la salud de las personas en función de la calidad del medio ambiente²¹¹. Dicha disposición fue utilizada como base para la definición introducida por la Ley N° 20.417 en el nuevo art. 31 bis LBGMA, la cual dispone: “*Toda*

²¹⁰ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.3 del “Convenio de Aarhus”, todo Estado no mencionado en el apartado 2 *supra* (es decir, los Estados que no formen parte de la Comisión Económica para Europa) que sea miembro de las Naciones Unidas podrá adherirse al Convenio con la aprobación de la Reunión de las Partes. Sobre este punto, véase: “Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009” (Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales), p. 388, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-de-derechos-humanos-en-chile-2009/>.

²¹¹ El art. 2 N° 3 del “Convenio de Aarhus” dispone expresamente: “*Información(es) sobre el medio ambiente*” se entienden de toda información disponible en forma escrita, visual, oral o electrónica o en cualquier otro soporte material que se refiera a: a) El estado de los elementos del medio ambiente tales como el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, las tierras, el paisaje y los parajes naturales, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre estos elementos; b) Factores tales como las sustancias, la energía, el ruido y las radiaciones y las actividades o medidas, en particular las medidas administrativas, los acuerdos relativos al medio ambiente, las políticas, leyes, planes y programas que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente a que hace referencia el apartado 1 *supra* sobre el análisis de costos-beneficios y otros análisis e hipótesis económicos utilizados en la toma de decisiones en materia medioambiental; c) El estado de la salud, la seguridad y las condiciones de vida de los seres humanos, así como el estado de los emplazamientos culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alterados por el estado de los elementos del medio ambiente o, a través de estos elementos, por los factores, actividades o medidas a que hace referencia la letra b) *supra*”.

persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública./ Se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las siguientes cuestiones: a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos./ b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior./ c) Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento./ d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental./ e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c)./ f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c)./ g) Toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2° de la ley”.

La fijación de un contenido u objeto del derecho de acceso a la información ambiental como el expuesto plantea, al menos, dos clases de problemas. En primer término, es susceptible de una interpretación restrictiva, lo que quiere decir que todo aquello que no hubiere sido expresamente mencionado en la enumeración del art. 31 bis LBGMA, quedaría fuera del alcance del derecho. Sin embargo, esta interpretación llevaría a que el derecho a la información ambiental, en la práctica, tendría un alcance menor al derecho de acceso a la información administrativa general, regulado en la Ley N° 20.285.

Frente a esta posible interpretación restrictiva asoma como solución la remisión del literal g) del mismo artículo, cuando incorpora como objeto del derecho toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el art. 2 II) LBGMA. En efecto, al relacionar el objeto sobre el que recae el derecho de acceso a la información ambiental con el concepto que, para todos los efectos legales, se ha dado de medio ambiente, se produce un efecto de expansión del objeto del derecho a todo aquello que se entienda comprendido dentro del medio ambiente, incluyendo, incluso el medio ambiente cultural y artificial.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que hoy día, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, toda información que se encuentre en poder de la Administración del Estado tiene el carácter de pública y por tanto, es susceptible de ser requerida por los ciudadanos en ejercicio de su derecho. Por tanto, cabe preguntarse si el art. 31 bis LBGMA en comento realmente significa un deber para la Administración ambiental distinto o más profundo que aquél que ya se había establecido para cualquier otra Administración Pública. La respuesta hubiere sido afirmativa si respecto de cada uno de los elementos que forman parte de lo que se entiende por información ambiental, según enumera el art. 31 bis, se hubiere establecido el correlativo deber para la Administración ambiental de elaborar dicha información. Ello no es así, encontrándose la obligación

de entregar la información sólo respecto de aquella con que cuente efectivamente la Administración y limitándose el deber de elaborar información ambiental a lo previsto en los arts. 31 ter letra b) y 70 LBGMA. Es decir, la elaboración de la información ambiental se limita a los informes sobre el estado del medio ambiente. En cualquier caso, esta conclusión es justificada toda vez que si respecto de cualquier elemento ambiental la Administración se viere obligada a elaborar la correspondiente información, ello conduciría a una paralización de la actividad administrativa, la que se vería abocada sólo a elaborar dichos informes.

Un segundo orden de problemas dice relación con el origen y contenido de la información ambiental. Buena parte de dicha información, a pesar de encontrarse en poder de la Administración del Estado, ha sido elaborada y entregada a aquélla por particulares. El caso más claro a este respecto dice relación con los informes de emisiones de contaminantes que deben entregar las fuentes emisoras (por ejemplo, el informe de emisiones de residuos líquidos industriales, entregado en el marco del monitoreo a que se refiere el DS Nº 90/2000 sobre emisión de contaminantes asociados a descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales). Frente a esta situación, el Derecho administrativo general entrega como solución la del art. 21 inciso 2º de la Ley Nº 20.285, es decir, que opere la causal de reserva consistente en que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecte los derechos de las personas, particularmente sus derechos de carácter económico o comercial. Esta solución, de probable excepción de entrega de la información ambiental basada en una norma general, debe ser cuestionada:

- En primer lugar, porque debemos tener en cuenta que dicha información dirá relación con las emisiones o inmisiones existentes en un medio ambiente determinado. El medio ambiente como bien de titularidad colectiva puede y debe ser protegido por todos los miembros de la sociedad y no sólo por el Estado, y para ello es necesario contar con la correspondiente información;
- Seguidamente, porque en la medida que el causante de la emisión se sirve del medio ambiente para efectuar el vertido estará haciendo uso de un servicio ambiental que le pertenece a toda la comunidad, con lo que en principio cualquier persona tendrá interés suficiente en conocer el estado ambiental de aquello que al menos en una parte infinitesimal le pertenece —ello aunque la Ley Nº 20.285 no exige demostrar interés alguno para ejercer el derecho de acceso a la información—; y
- Finalmente, y éste es el argumento de texto, porque dicha información ambiental consistente en datos sobre emisiones o inmisiones no se encuentra amparada por reglas de protección comercial, propiedad industrial o intelectual, en cuyo caso sí sería procedente la excepción. En consecuencia, respecto de la información ambiental consistente en datos o informes sobre emisiones o inmisiones que se encuentren en poder de la Administración Pública, regirá una regla consistente en que cada vez que el tercero debía entregar dicha información a la autoridad ambiental, la información deberá ser pública. El razonamiento antes expuesto, encuentra su apoyo en el Derecho ambiental comparado. Por ejemplo, en la ley alemana de acceso a la información ambiental en su parágrafo 8 inciso 2º se excluye expresamente de la posibilidad de excepción al acceso el caso de los datos sobre emisiones.

15.4 Sistemas de información ambiental

La protección ambiental está marcada por un déficit crónico de aplicación y fiscalización del cumplimiento de la normativa destinada a proteger la naturaleza y evitar la contaminación. Sin embargo, la protección ambiental no sólo es una función pública, sino también es una preocupación de la sociedad en su conjunto. Una de las formas en que puede colaborarse de mejor modo para cumplir con dicho deber es a partir del acceso a la información ambiental, de modo que ésta permita el control de la omisión y la desidia estatal, como también la fiscalización de las actividades que pueden impactar negativamente en el medio ambiente. Es por ello que puede afirmarse que el acceso a la información ambiental ha adquirido un rol fundamental²¹².

Las disposiciones generales sobre derecho de acceso a la información pública contenidas en la Ley Nº 20.285 son aplicables, desde luego, a la información ambiental. Sin embargo, ya desde antes de la entrada en vigencia de dicha ley, y de que los administrativistas se solazaran con este avance, el Derecho ambiental, incluso el chileno, contaba con mecanismos de acceso a la información ambiental específicos y en algunos casos más refinados que los del Derecho administrativo general. Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley Nº 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, profundiza mucho más en el alcance del derecho de acceso a la información ambiental, por la vía de la creación de una serie de sistemas particulares de información.

15.4.1 Sistema Nacional de Información Ambiental

El Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA) constituyó uno de los aportes a la información ambiental de la LBGMA. Bajo su sola vigencia, el fundamento legal se encontraba en el art. 70 letra d), el cual disponía que corresponde a la Comisión Nacional del Medio Ambiente: *"d) Mantener un sistema nacional de información ambiental, desglosada regionalmente, de carácter público"*. Con la entrada en vigor de la Ley Nº 20.417, el SINIA se consagra detalladamente en el art. 31 ter en los términos siguientes: *"El Ministerio del Medio Ambiente administrará un Sistema Nacional de Información Ambiental, desglosada regionalmente, en el cual se indicará: / a) Los textos de tratados, convenios y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y demás actos administrativos sobre medio ambiente o relacionados con él. / b) Los informes sobre el estado del medio ambiente, señalados en la letra ñ) del artículo 70. / c) Los datos o resúmenes de los informes señalados en el número anterior, derivados del seguimiento de las actividades que afecten o puedan afectar al medio ambiente. / d) Las autorizaciones administrativas asociadas a actividades que pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente, o en su defecto la indicación precisa de la autoridad que dispone de tal información. / e) La lista de las autoridades públicas que disponen de información de contenido ambiental y que debe ser públicamente accesible. / f) Los dictámenes de la Contraloría General de la República recaídos en materias ambientales. / g) Las sentencias definitivas de los Tribunales de Justicia recaídas en juicios de carácter ambiental. / h) Toda otra decisión o resolución de carácter general emanada de autoridad recaída en asuntos ambientales"*.

²¹² Cfr. *Reiner Schmidt y Kahl Wolfgang*, *Umweltrecht*, 7ª edición, Munich, Beck, 2006, pp. 38-40.

La denominación de “sistema de información” no tiene una definición legal, y atendido el tenor del art. 31 ter LBGMA, es posible afirmar que el SINIA se establece como una suerte de extensión del deber de transparencia activa a que se refiere el art. 7 de la Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. A diferencia de lo dispuesto en la Ley Nº 20.285, el art. 31 ter LBGMA no exige que el SINIA tenga un soporte informático o un sitio de Internet. Sin embargo, en la práctica el sistema desde su origen ha operado bajo una modalidad electrónica²¹³.

15.4.2 Sistema de información de cumplimiento y aplicación de normativa

El art. 70 letra q) LBGMA dispone, dentro de las facultades del Ministerio del Medio Ambiente, la de: *“Establecer un sistema de información pública sobre el cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental de carácter general vigente, incluyendo un catastro completo y actualizado de dicha normativa, el que deberá ser de libre acceso y disponible por medios electrónicos”*. Es probable que en la práctica tanto el SINIA como este nuevo sistema de información se unifiquen bajo un solo sitio de Internet. Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre uno y otro. Mientras que bajo el SINIA la ley obliga al MMA a mantener la información, que no necesariamente se ha elaborado en el seno del mismo, sino que ha sido recopilada por éste (por ejemplo, las sentencias de los tribunales de justicia recaídas en materias ambientales o los dictámenes de la Contraloría General de la República), el sistema de información de cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental implica que la autoridad ambiental deberá, primero, recopilar los datos relativos al grado de cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental y, con ellos, elaborar dicha información para alimentar el sistema. Dicho sistema deberá incluir la información relativa al cumplimiento de la normativa ambiental tanto por parte de los sujetos privados, como de la Administración del Estado.

15.4.3 Sistema de información sobre permisos y autorizaciones ambientales

El art. 81 LBGMA, a propósito de las competencias del Servicio de Evaluación Ambiental, dispone que le corresponderá: *“b) Administrar un sistema de información sobre permisos y autorizaciones de contenido ambiental, el que deberá estar abierto al público en el sitio web del Servicio”*. Este sistema de información sobre permisos y autorizaciones ambientales constituye una obligación que complementa a aquellas de transparencia activa a que se refiere el art. 7 de la Ley Nº 20.285 sobre acceso a la información pública. Sin embargo, se trata de una obligación que va más allá de las resoluciones de calificación ambiental que emiten las Comisiones de Evaluación, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) que administra el propio SEA. En efecto, el sistema de información de permisos y autorizaciones ambientales deberá incluir todos los permisos ambientales sectoriales asociados a proyectos sometidos a la SEIA —esto es los PAS—, e incluso aquellos permisos que, estando asociados a un proyecto y no obstante su carácter ambiental, se encuentran fuera del sistema. Finalmente, cabe preguntarse si este sistema de información incluirá a aquellos permisos y autorizaciones de carácter ambiental que recaen en actividades y proyectos que quedan fuera del SEIA, por no haber sido consideradas dentro del listado a que se refiere el art. 10 LBGMA. Atendido que el ámbito de competencias del SEA se encuentra acotado a la administración del SEIA, y aplicando la regla de interpretación lógica, hay que concluir que este sistema de información comprenderá sólo a los permisos

²¹³ Al respecto, véase: www.sinia.cl.

y autorizaciones de proyectos y actividades sometidos al SEIA. A lo anterior se agrega que el SEA carece de potestades para exigirle a otra Administración Pública que le remita la información relativa a permisos y autorizaciones sectoriales no vinculados al SEIA. No obstante lo anterior, no existiría impedimento legal para que el sistema incorporase otra clase de actos administrativos ambientales, por ejemplo, si por la vía de convenios interadministrativos se acuerda la publicación en este sistema de todos los permisos ambientales expedidos por otra Administración Pública con competencias ambientales.

15.4.4 Sistema de información de líneas de bases

Nuevamente, a propósito de las competencias del Servicio de Evaluación Ambiental, se dispone que a éste corresponde: *"Administrar un sistema de información de líneas de bases de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de acceso público y georeferenciado"* (art. 81 letra c) LBGMA). Para entender el alcance de este sistema se debe tener en cuenta que la línea de base es *"la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución"* (art. 2 I LBGMA) (C.III, 13.4.9). La línea de base constituye uno de los elementos esenciales del Estudio de Impacto Ambiental, la que además *"deberá considerar todos los proyectos que cuenten con resolución de calificación ambiental, aun cuando no se encuentren operando"* (art. 12 b) LBGMA).

El presente sistema plantea la ventaja que permitirá a los particulares conocer, directamente, el estado ambiental del área de influencia del proyecto. Asimismo, la obligación incorporada en la letra b) del art. 12, permitirá conocer los demás proyectos que se ejecutarán en la misma área de impacto, lo que tendrá incidencia en la evaluación del efecto sinérgico de los proyectos en un lugar²¹⁴. No obstante lo anterior, no debe olvidarse que la línea de base es elaborada por el titular de un proyecto, con lo que corresponde a un conjunto de datos e información respecto de los que la Administración del Estado con competencia ambiental no siempre posee los elementos para verificar su exactitud, completitud y veracidad. Ello ha llevado a que en la práctica se hubieren presentado líneas de base erróneas o incluso contradictorias. En consecuencia, un sistema de información de líneas de base puede resultar de gran utilidad, tanto para la Administración que evalúa un proyecto, como para el seguimiento de los elementos ambientales que resulten impactados por un proyecto o un conjunto de éstos. Pero no significará un avance mientras el SEA no pueda garantizar la exactitud de la información que se incorpore en el sistema.

15.4.5 Sistema nacional de información de fiscalización ambiental

Los arts. 31 a 34 LOSMA (artículo 2 de la Ley N° 20.417), desarrollan de manera detallada un sistema de información pública que comprende todas las actuaciones relacionadas con la fiscalización en materia ambiental²¹⁵. Como se verá más adelante, la regulación del sistema tendrá importancia

²¹⁴ El art. 2 h bis) LBGMA define el efecto sinérgico como: *"aquel que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente"*.

²¹⁵ Es más, la propia ley habilita al presidente de la República para que a través del Ministerio del Medio Ambiente regule el sistema de información, sin perjuicio de las instrucciones que imparte la propia Superintendencia. En tal sentido el art. 32 inciso 3° dispone: *"El Reglamento establecerá el procedimiento y la forma en la cual operará dicho sistema de información, sin perjuicio de las instrucciones que imparta la Superintendencia"*.

respecto de las facilidades para la revisión de las actuaciones de los particulares en cumplimiento del ordenamiento jurídico ambiental²¹⁶, lo que en definitiva redundará en alcanzar un mayor nivel de justicia ambiental.

En particular, el art. 31 dispone que: *"La Superintendencia administrará un Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, de acceso público, que se conformará con los siguientes antecedentes y datos: / a) Las Resoluciones de Calificación Ambiental y la totalidad de sus antecedentes; los permisos ambientales sectoriales asociados a cada una de ellas; las acciones de fiscalización desarrolladas a su respecto y sus resultados, y las mediciones, análisis y demás datos que los titulares deban proporcionar de conformidad a las exigencias establecidas por dichas Resoluciones. / b) Los Planes de Prevención y, o de Descontaminación y la totalidad de sus antecedentes; las acciones de fiscalización desarrolladas a su respecto y sus resultados, y las mediciones, análisis y demás datos que conforme a las medidas de cada Plan, deban proporcionarse por los sujetos fiscalizados o por los organismos sectoriales competentes. / c) Los procesos sancionatorios incoados respecto de cada actividad, proyecto y sujeto fiscalizado y sus resultados. / d) Los procesos de fiscalización de las Normas de Emisión, de Calidad Ambiental y de las demás normas ambientales que no sean de control y fiscalización de otros órganos del Estado. / e) Los dictámenes de la Contraloría General de la República recaídos en materias ambientales. / f) Las sentencias definitivas de los Tribunales de Justicia recaídas en juicios de carácter ambiental. / g) Toda otra decisión o resolución de carácter general emanada de autoridad recaída en asuntos ambientales"*.

A diferencia de lo que ocurre con los sistemas de información del SEA, en que básicamente se referirán a información que posee el Servicio, la Superintendencia para cumplir con su cometido deberá recabar una serie de antecedentes que se encuentran en poder de otros órganos de la Administración del Estado o incluso en manos de particulares. Para ello el art. 32 de la ley le confiere la potestad para exigir dicha información y la correlativa obligación para el Servicio de Evaluación Ambiental, los organismos sectoriales con competencia ambiental, los titulares de las Resoluciones de Calificación Ambiental y los demás sujetos sometidos a fiscalización, para proporcionar a la Superintendencia los siguientes antecedentes e informaciones: *"a) Las Resoluciones de Calificación Ambiental dictadas y que se dicten, incluidos todos sus antecedentes y las modificaciones y aclaraciones de que sean objeto. / b) Los Planes de Prevención y, o de Descontaminación que se determine aplicar, incluidos todos sus antecedentes y las modificaciones y aclaraciones de que sean objeto. / c) Los permisos ambientales sectoriales que se otorguen. / d) Los resultados de los procesos de fiscalización ambiental que desarrollen los organismos sectoriales con competencia ambiental. / e) Los resultados de las mediciones, muestreos y análisis que, de acuerdo a lo previsto en los Planes de Prevención y, o de Descontaminación, se deban realizar. / f) Los antecedentes y datos sobre mediciones, análisis y pruebas que los titulares de proyectos o actividades deban realizar conforme a sus respectivas Resoluciones de Calificación Ambiental. / g) Los antecedentes y datos sobre mediciones, análisis y pruebas que se deban realizar de*

²¹⁶ El artículo 32 en los incisos 5º y 6º desarrolla el carácter público del sistema de información y el acceso electrónico, libre y gratuito, en los términos siguientes: *"El Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental será público, debiendo la Superintendencia mantener actualizada en su página web la información que lo integra para un acceso expedito por parte de la comunidad. / Asimismo, deberá permitir el acceso digital directo y gratuito a toda persona respecto de la información que en ella se consigne"*.

conformidad a las normas de calidad./ h) Los antecedentes y datos sobre mediciones, análisis y pruebas que los titulares de las fuentes deban realizar de conformidad a las normas de emisión”.

Para evitar la repetición innecesaria de actuaciones burocráticas de requerimiento de información, el legislador impuso un deber a los sujetos pasivos, para que éstos remitan la información sin necesidad de que ésta sea requerida²¹⁷. Asimismo, para garantizar la integridad del sistema *“la Superintendencia podrá requerir las informaciones y antecedentes adicionales que estimen necesarios para la conformación y mantención del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental”* (art. 32 inc. 4º LOSMA).

En el contexto de una fiscalización moderna, que se sirva de instrumentos efectivos que den cuenta del cumplimiento del ordenamiento jurídico ambiental, la ley ordena la forma en que deberá operar el sistema. En tal sentido el art. 33 LOSMA dispone que: *“La Superintendencia contará con una plataforma electrónica que le permita la adecuada administración del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental y su aplicación útil para la detección temprana de desviaciones o irregularidades y la consecuente adopción oportuna de las medidas o acciones que correspondan./ Dicha plataforma deberá permitir, además, mantener un historial sistematizado y actualizado de las acciones de fiscalización realizadas respecto de cada sujeto fiscalizado y sus resultados, así como de los procesos sancionatorios de que sean objeto y los resultados de ambos, que permita obtener información útil para la priorización de futuras fiscalizaciones y para la resolución de futuros procedimientos sancionatorios”.*

15.5 Reserva y secreto en el acceso a la información ambiental

El derecho de acceso a la información pública implica que las personas pueden obtener información que se encuentra en poder de la Administración del Estado. El reconocimiento de este derecho se encuentra consagrado en el art. 10 de la Ley Nº 20.285 en términos muy amplios, así la norma dispone: *“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”.* La consagración de este derecho público subjetivo vino a dotar de eficacia a los principios de transparencia y publicidad reconocidos a nivel constitucional. En efecto, la Constitución Política en su art. 8 inc. 2º sólo consagró la transparencia y la publicidad como principios que rigen la actuación de los órganos del Estado, en el que se debe entender implícito el derecho público subjetivo a acceder a la información²¹⁸. Asimismo, la misma norma constitucional reconoce que parte de la información pública puede quedar excluida del ejercicio del derecho cuando se encuentra en una causal de reserva o secreto. Para ello es necesario que una ley de quórum calificado establezca la reserva o secreto cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o

²¹⁷ El art. 32 inc. 2º LOSMA dispone: *“Las informaciones mencionadas deberán remitirse directamente a la Superintendencia sin necesidad de requerimiento alguno, en la forma y modo que para estos efectos se establezca en las instrucciones de carácter general que dicte la Superintendencia en las que deberán consignarse plazos razonables para su entrega, los modos de envío de la información, que deberán privilegiar los medios electrónicos”.*

²¹⁸ El TC en su sentencia Rol Nº 634-2006, al respecto señala: *“[...] el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental —aunque no de forma explícita— como un mecanismo esencial para la vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”.*

el interés nacional. Tales causales fueron desarrolladas por el art. 21 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la información pública²¹⁹.

Atendida la amplitud con la que se consagra el derecho público subjetivo a acceder a la información administrativa, resultará interesante determinar en qué casos la autoridad no podrá entregar dicha información. El supuesto genérico será en los casos en que aquella información de carácter ambiental de la que se dispone se encuentra en un supuesto de reserva o secreto. En primer lugar, se debe tener en cuenta que los casos en que la información ambiental se encuentre en una causal de reserva o secreto implicará que los particulares no puedan ejercer respecto de ella su derecho de acceso. Sin embargo, dicha cualidad de la información no obstará a que ella deba ser entregada a la autoridad ambiental y específicamente a la Superintendencia del Medio Ambiente. En efecto, el art. 34 LOSMA dispone que: *“Las normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstarán a que se proporcione a la Superintendencia la información o antecedente que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva o secreto”*. Esta norma habilita, entonces, a la Superintendencia a obtener cualquier clase de información, aunque se encuentre en una causal de reserva o secreto, empero con un sólo objetivo, esto es, para ejercer la fiscalización ambiental. A *contrario sensu*, no podría disponerse de dicha información para efectos de desarrollar una nueva normativa ambiental, por ejemplo, por parte del Ministerio del Medio Ambiente.

El RSEIA (DS N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente) reconoce la posibilidad de que parte de la información que deba ser entregada por un titular de un proyecto sometido al sistema pueda ser clasificada como reservada. Así, el art. 22 inc. 1° dispone que: *“El expediente de evaluación ambiental será público, a excepción de los documentos o piezas que contengan los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado, se estimare necesario sustraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables del proyecto o actividad a que se refiere el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental”*. Más adelante la propia norma establece una limitación, cuando dispone que: *“En ningún caso se podrá mantener en reserva la información relacionada con los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley y, en el caso de las Declaraciones, aquella información que se relaciona con las cargas ambientales”* (art. 22 inc. final RSEIA).

²¹⁹ El artículo citado dispone: *“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. b) Antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas. c) Requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales. 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico. 3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública. 4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país. 5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”*.

La información que contiene un EIA o una DIA constituye el antecedente en el cual se funda el acto administrativo que autoriza o por el que rechaza el proyecto o actividad, es decir, forma parte del fundamento o motivo de la RCA. En consecuencia, se trata de una información que es pública por mandato constitucional. Dicha información sólo podrá clasificarse como reservada o secreta si se encuentra en alguno de los supuestos establecidos en una ley de quórum calificado (art. 8 inc. 2º CPR). La ley en cuestión será la Nº 20.285 sobre acceso a la información pública y las únicas causales de reserva o secreto por las que se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información pública son las del art. 21 de dicha ley. En consecuencia, la información ambiental pública que se produce a partir del SEIA no tiene un tratamiento diverso al que se le da a la información pública en general. Por tanto, no sólo los antecedentes técnicos y financieros podrían quedar o no dentro de la excepción, dependiendo de la calificación de reservado o secreto que se haga, sino que cualquier clase de información que funde el EIA o la DIA. La calificación de reserva o secreto de la información deberá ser caso a caso y, en principio, incluso podría estimarse que dicha información no se encuentra amparada por ninguna de las causales de reserva o secreto del art. 21 de la Ley Nº 20.285, mientras no se declare así expresamente por el Consejo para la Transparencia.

Sin embargo, la LBGMA opta por una solución distinta, ya que permite que el proponente del proyecto o actividad puedan solicitar anticipadamente la declaración de confidencialidad de aquella Información que *"estimare necesario substraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables del proyecto o actividad presentado"* (art. 27 LBGMA). Sin embargo, debe recordarse que la CPR en su art. 8 no admite otras causales de exclusión de la Información salvo las que queden comprendidas en reserva o secreto, por tanto, dicha causal será válida en la medida que pueda estimarse, por ejemplo, que la información afecta a los derechos de las personas (en este caso, del proponente del proyecto o actividad).

Existe otro elemento de discrepancia entre la regulación general y la ambiental en la materia. La CPR y la Ley Nº 20.285 se refieren a causales de reserva o secreto, en cambio la LBGMA utiliza la expresión *"confidencialidad"* de la información. La única explicación viable es temporal, porque la LBGMA viene utilizando la expresión desde 1994, en que se dicta la LBGMA, en cambio la norma constitucional es de 2005. Por eso el RSEIA en su art. 22 tuvo que entender que confidencial y reserva son sinónimos ya que, al parecer, utiliza ambas expresiones indistintamente.

Debe destacarse que el sistema de declaración previa de reserva o confidencialidad de información comercial o industrial o para proteger las invenciones o procedimientos patentables implica que el proponente lo solicite previamente al Director Regional o al Director Ejecutivo del SEA (art. 22 inc. 2º RSEIA) y que los *"antecedentes respecto de los cuales se solicite la reserva deberán acompañarse en documento anexo al Estudio o Declaración de Impacto Ambiental o a la Adenda en su caso, y se archivarán en la forma indicada en el artículo precedente"* (art. 22 inc. 3º LBGMA). En consecuencia, la declaración de reserva que realice la autoridad del SEA implicará, en la práctica, que partes del expediente de evaluación queden excluidos del acceso público. Esto se explica, porque a diferencia de lo que ocurre con la generalidad de los procedimientos administrativos, en que no existe obligación de mantenerlos a disposición permanente del público; en el caso del SEIA sí existen normas que establecen dicha obligación y que se ven reforzadas por la plataforma de Internet en que se mantiene de forma electrónica el expediente de evaluación. Así el art. 21 inc. 4º RSEIA dispone que: *"El expediente*

se mantendrá disponible en el sitio web del Servicio de Evaluación Ambiental o en la oficina del Director Regional o del Director Ejecutivo del Servicio, según sea el caso, donde podrá ser consultado”.

Finalmente, debe plantearse la pregunta respecto de la forma en que los terceros o la comunidad pueden discrepar de la declaración del reserva de la información en el EIA o DIA. En tal caso, se deberá estar a lo dispuesto en el 31 quáter LBGMA, que dispone que: *“Cualquier persona que se considere lesionada en su derecho a acceder a la información ambiental, podrá recurrir ante la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública”.* Es decir, podrá ejercer el amparo que dicha ley dispone, ante el Consejo para la Transparencia.

15.6 Información ambiental como condición de la justicia ambiental

La disponibilidad de la información ambiental no es neutra o con un objetivo indiferente, es decir, quien solicita la información ambiental lo hace para lograr algo, que no necesariamente será una finalidad de protección ambiental (por ejemplo, un competidor que desea conocer los proyectos de otra empresa). Sin embargo, independientemente del uso que se dé a la información ambiental, desde una perspectiva de los valores, la disponibilidad y utilización de ella permitirá alcanzar una finalidad de justicia ambiental. Y ello porque la existencia de estos dos estados de desaprensión e ignorancia ambiental a que se hacía referencia en 15.1 *supra*, inciden de manera inversamente proporcional en alcanzar niveles de distribución equitativa de los servicios y cargas ambientales. Es decir, mientras mayor sea la información ambiental los ciudadanos estarán en una mejor posición para participar o exigir la distribución que creen justa de los servicios que el medio ambiente otorga y para evitar las cargas que consideran inequitativas (C.I, 5.4).

En consecuencia, la información ambiental cobra importancia, además, durante el procedimiento administrativo para alcanzar la decisión que hace posible la justicia ambiental. Es por ello que también la información juega un importante papel como precursora de la justicia ambiental procedimental, que es la vía para alcanzar la justicia ambiental material.

En el Derecho ambiental chileno es posible encontrar algunos supuestos en que la información ambiental es condicionante para una justicia procedimental, que a su vez incidirán en la decisión ambientalmente justa. Tales supuestos pueden identificarse, en general, con los casos en que se permite la participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo ambiental o en que se les legitima para obtener la revisión de la decisión que hace posible la justicia ambiental.

15.6.1 Derecho a participar en la toma de decisiones ambientales

El acceso a la información pública no supone tomar parte de la actividad de gobierno, pues el flujo de información es unidireccional y no existe posibilidad de retroalimentación²²⁰. Sin embargo, la información pública constituye el presupuesto base para el ejercicio de toda participación en la cosa pública. En este sentido, se ha señalado que una de las condiciones de la participación ciudadana corresponde a la existencia de un gobierno abierto y transparente y con un flujo de información consistente desde

²²⁰ Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Participación Ciudadana en la Gestión de Gobiernos Regionales y Municipios: Diagnostico Situación Actual, Santiago, 2004, p. 12.

el gobierno hacia los ciudadanos y viceversa²²¹. En tanto que la ausencia de información inhibe el proceso de participación ciudadana o la reduce a la trivialidad²²², pues resta fundamento a dicha actividad. Lo dicho en general para la participación, es válido con mayor razón para la participación en la toma de decisiones ambientales. En efecto, para poder participar es necesario contar con información ambiental, con lo que la información constituye un presupuesto de la participación de las decisiones ambientales. En este punto el Derecho ambiental le lleva la delantera al Derecho administrativo general, ya que este último al regular en términos generales el derecho de acceso a la información pública no estructuró mecanismos amplios de participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos²²³. Ello no quiere decir que en algunos procedimientos administrativos especiales no se encuentre prevista la participación, por ejemplo en la formulación de un plan regulador comunal, pero ello sigue siendo la excepción. Por el contrario, la LBGMA ha dispuesto etapas de participación ciudadana en los procedimientos administrativos más importantes regulados a su amparo. Los ejemplos más claros son los siguientes:

- **Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental:** Contempla la participación ciudadana a propósito de la evaluación de proyectos sometidos como EIA (art. 29 LBGMA) y, eventualmente, en las DIA, siempre que se trate de proyectos que generen cargas para las SEA considerará las observaciones que formule cualquier persona natural o jurídica como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas (art. 29 inc. 3º LBGMA). Asimismo, para el caso de las empresas de menor tamaño que se someten a un proceso de evaluación y certificación de conformidad para la evaluación de la DIA, se abre un periodo de participación ciudadana *“si el proyecto o actividad se localiza en un área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genera cargas ambientales”*. Para ello el SEA abrirá un período de participación ciudadana, en el que citará a una audiencia especial a lo menos a tres organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica vigente, cuyo domicilio legal se encuentre en aquellas comunas en que el proyecto o actividad se emplazará. Dicho período no se extenderá más de 10 días, debiendo levantarse un acta por un ministro de fe en donde consten los compromisos con la comunidad. Finalizada dicha etapa, procederá a su registro (art. 18 quáter letra c) LBGMA) (C.III, 13.8).

Las organizaciones ciudadanas y personas naturales que participan en el SEIA pueden formular sus observaciones a través de medios electrónicos (art. 14 bis inc. 3º LBGMA).

- **Procedimiento para la emisión de normas de calidad ambiental y de emisión (DS N° 93/1995 Minseges).** En dicho procedimiento administrativo de emisión de normas se contempla una

²²¹ *María Gonzáles de Asís*, Participación Cívica en la Gobernabilidad Local, s.l., 2002, p. 5.

²²² *Carmen Celedón y Renato Orellana*, Gobernancia y participación ciudadana en la reforma de salud en Chile, ponencia presentada en el Tercer Foro Interamericano Subregional de Liderazgo en Salud, s.l., 2003, p. 11.

²²³ De hecho, la LBPA no establece un trámite o un momento dentro del procedimiento administrativo que disponga la participación, sino que lo denomina como Información Pública (art. 39). No obstante lo anterior, se debe hacer presente que si bien no existe formalmente una etapa de participación ciudadana, esto se suple a través de una concepción amplia de la calidad de interesado, la cual incluso comprende a los titulares de derechos o intereses individuales o colectivos (art. 21). Los interesados gozan de amplios derechos en el procedimiento administrativo común, desde su iniciación, hasta la posibilidad de conocer su estado de tramitación en todo momento, de acompañar documentos y pruebas, impugnar la decisión, etc.

etapa de consulta a organismos públicos y privados. Se trata de una etapa obligatoria dentro del procedimiento administrativo y se encuentra abierto a la participación de cualquier persona natural o jurídica, para que pueda formular observaciones al contenido del anteproyecto de norma. Las observaciones deberán presentarse por escrito y acompañar los antecedentes en los que se sustentan, en particular los de carácter científico, técnico, social, económico y jurídico. Dichas observaciones deben ser analizadas posteriormente por la autoridad, para luego, formular el proyecto definitivo de norma.

- *Procedimiento para establecer planes de prevención y descontaminación (DS. N° 94/1995 Minseges).* El procedimiento de participación es similar al anterior, aunque para este caso el reglamento exige que las observaciones sean fundadas.
- *Participación en el Consejo Consultivo.* La LBGMA reconoce dos clases de consejos consultivos, el nacional y los regionales, los que tienen una composición mixta, incluyendo a representantes del Gobierno, el empresariado, los trabajadores, las organizaciones no gubernamentales, etc. (arts. 76 y 78 LBGMA). En ambos casos su labor se traduce en la emisión de una opinión técnica y la consecuente obligatoriedad de oírla en los procedimientos administrativos en los que se ha previsto su intervención. En el caso del Consejo Consultivo Nacional, el art. 77 dispone que: “Corresponderá al Consejo Consultivo absolver las consultas que le formule el Ministerio del Medio Ambiente y el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, emitir opiniones sobre los anteproyectos de ley y decretos supremos que fijen normas de calidad ambiental, de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental, planes de prevención y de descontaminación, regulaciones especiales de emisiones y normas de emisión que les sean sometidos a su conocimiento. Asimismo, podrá pronunciarse, de oficio, sobre temas ambientales de interés general y ejercer todas las demás funciones que le encomiende el Ministerio y la ley”. Por su parte, le corresponde al Consejo Consultivo Regional “absolver las consultas que le formulen el Intendente, el Gobierno Regional y el Secretario Regional Ministerial del Medio Ambiente. Asimismo, podrá pronunciarse, de oficio, sobre temas ambientales de interés general y ejercer todas las demás funciones que le encomiende el Ministerio y la ley” (art. 78 inc. final LBGMA).

15.6.2 Derecho a obtener la revisión judicial de la decisión ambiental

La segunda manifestación de la justicia procedimental, a través de la cual se hace posible la justicia ambiental, se encuentra en la posibilidad de accionar la revisión de la decisión ambiental ante un órgano independiente e imparcial. En principio dicho órgano debe corresponder a un tribunal, sin embargo, la complejidad de los asuntos ambientales permite imaginar y proponer otra clase de soluciones más adecuadas al carácter técnico y multidisciplinario de la cuestión ambiental. Algunas manifestaciones de esta vía son:

- *Contenciosos ambientales.* Ya sean de revisión de normas, actos administrativos ambientales, planes o de revisión de la resolución de calificación ambiental, etc. (C.VI, 3).
- *Recurso de protección ambiental.* Sobre todo respecto de aquellas actuaciones que no pueden ser impugnadas por la vía anterior por haberse excluido la legitimación activa (C.II, 3).

- *Acción de responsabilidad por el daño ambiental.* Tanto la de la LBGMA como la de otras leyes especiales, como así también de la ley de navegación y de la ley de seguridad nuclear (C.IV, 1).
- *Peticiones por la no aplicación de la legislación ambiental.* Por ejemplo, las peticiones que se presentan ante una comisión de cuatro expertos en el marco del Acuerdo de Cooperación ambiental Chile-Canadá.

La creación de los Tribunales Ambientales cambia la situación de la participación ciudadana por la vía de la impugnación judicial de las decisiones ambientales. En efecto, la ley que crea dichos órganos jurisdiccionales contiene novedades desde el punto de vista de su integración, al incorporar la participación de jueces legos, pero expertos en economía y ciencias ambientales; desde la perspectiva de las acciones (por ejemplo, al considerar la impugnación de un amplio espectro de actuaciones administrativas y en particular las del SEA y la SMA); y desde la perspectiva de la legitimación activa (al remitirse al concepto de interesado del art. 21 LBPA (C.VI).

15.7 Conclusiones

La información ambiental constituye una piedra fundamental en la construcción del Estado de Derecho. La sociedad para salir de su estado de ignorancia y desaprensión ambiental debe contar con la información y los datos suficientes y de calidad de aquello que le afecta cada día en su calidad y expectativas de vida. Por el contrario, la falta de información ambiental no sólo es peligrosa, sino que fomenta la ineficacia y el déficit de cumplimiento de la normativa ambiental. Esto vale tanto para la Administración del Estado con competencias ambientales, como también para los particulares destinatarios del ordenamiento jurídico ambiental.

El derecho de acceso a la información ambiental plantea ciertas particularidades y problemas que no encuentran una solución totalmente satisfactoria en la aplicación de las vías de acceso previstas en el Derecho administrativo general. En efecto, mucha de la información ambiental proviene de la actividad de los propios particulares, los que, por la vía del sometimiento al SEIA, o por la vía de la fiscalización ambiental han debido reunir datos y elaborar información. Dicha información recae en un bien de titularidad colectiva, como es el medio ambiente, por lo que en principio cualquier persona tiene derecho a conocerla. Sin embargo, ella además puede contener elementos que suponen una ventaja o un conocimiento especial para quien elaboró la información, lo que le perjudicará si ésta es conocida por sus competidores.

Finalmente, se debe destacar que el acceso a la información ambiental es un presupuesto *sine qua non* para el logro de la justicia ambiental. En tal sentido, el cúmulo de sistemas de información ambiental que introduce la Ley N° 20.417 constituyen un aporte real para alcanzar una distribución equitativa de servicios y cargas ambientales. En efecto, los ciudadanos requieren hoy día, en primer lugar, conocer y estar informados respecto de los elementos que conforman el medio ambiente, su estado de conservación y sobre todo el efecto que producirán sobre ellos la realización de una determinada actividad. Por el contrario, el acceso a la información ambiental no quiere decir que se paralice o se deje de tomar una decisión ambiental, ya que el solo hecho que se haya tenido la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo o que la decisión pueda ser revisada, dotan de una legitimidad a la decisión de distribución de cargas y servicios ambientales que antes no tenía.

16. RÉGIMEN DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS

16.1 Obligaciones de protección

Como ya se ha señalado, el Estado es destinatario de deberes constitucionales y legales en materia de protección ambiental (C.II, 5). En su mayor parte, ellos integran una perspectiva amplia de tutela, comprensiva de los diferentes fines de protección del entorno. Esta perspectiva general, sin distinción de fines, permite integrar los diferentes instrumentos de protección, de manera directa o indirecta, apoderando la intervención pública ambiental en sus diversas manifestaciones²²⁴. Es labor de legislador y, asimismo, de la Administración del Estado, desarrollar su configuración desde la perspectiva legal y reglamentaria, permitiendo su aplicación conforme lo determinen las necesidades de interés general.

Entendidas así las cosas, el establecimiento y la gestión de las áreas protegidas puede ser considerado como parte del cumplimiento de deberes ambientales generales. La función pública de protección ambiental, además de los instrumentos de lucha contra la contaminación, comprende también mecanismos de protección de la diversidad biológica. Como veremos, la técnica de creación de áreas protegidas se orienta principalmente a esta segunda finalidad.

En efecto, la biodiversidad se tutela, principalmente, mediante mecanismos de protección *in situ*. Uno de los principales mecanismos corresponde al régimen de áreas protegidas. Si consideramos que las declaratorias de áreas se determinan y gestionan, precisamente, por la biodiversidad presente en ellas, podremos caracterizar a estos regímenes como una manifestación clásica de protección de biodiversidad. Por ello, las relaciones vendrán dadas principalmente con deberes especiales de protección del entorno, como lo es el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza (art. 19 N° 8 CPR). Los vínculos entre dicho deber y la técnica de creación de áreas o espacios protegidos son diversos:

- **Amenazas.** El deber estatal se consagra para efectos de velar por la tutela de la preservación de la naturaleza. En tales términos, no se discriminan las posibles amenazas o afectaciones que, en concreto, deberán estimarse para justificar la intervención pública. Quedan comprendidas, en este sentido, no sólo la contaminación, tutelada constitucionalmente de manera independiente, sino también otras hipótesis, como el agotamiento de los recursos naturales²²⁵. Al igual que el deber estatal, estas declaraciones no suelen discriminar las amenazas, dada su consideración global de los recursos presentes y usos posibles²²⁶.

²²⁴ La principal apertura de deberes se consagra en el Derecho ambiental internacional. Sin embargo, existen disposiciones domésticas especialmente amplias. Así, por ejemplo, cabe citar el art. 4 inc. 2° LBGMA, al disponer: “*Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

²²⁵ Respecto del deber de tutela, Lorna Püschel Hoeneisen, Deberes constitucionales estatales en materia ambiental, *op. cit.*, p. 132.

²²⁶ Mercedes Ortiz García, La Conservación de la Biodiversidad Marina: las Áreas Marinas Protegidas, Ecorama, Granada, 2002, p. 141.

- *Participación y cooperación.* El deber se atribuye al Estado, como destinatario final de las acciones de protección. Sin embargo, debe considerarse que, formalmente, el deber corresponde a “*velar por la tutela*”, mas no necesariamente tutelar de manera directa²²⁷. Esta distinción permite integrar los principios de participación y cooperación (Ver C.I, 5.3 y 5.4) respecto del instrumento en estudio.

En materia de áreas protegidas, ello se manifiesta en la formulación de planes de manejo, destinados a gestionar los diferentes tipos de espacios protegidos. Legalmente, la integración de particulares podrá concretarse mediante ciertas herramientas, como la Ley Nº 18.803, que autoriza a los servicios públicos para contratar acciones de apoyo a las funciones que no correspondan al ejercicio mismo de sus potestades. Estos aspectos han sido desarrollados por otros cuerpos legales, como la Ley Nº 20.423, del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo, al disponer que “*las Áreas Silvestres Protegidas del Estado no podrán ser intervenidas ni concesionadas al sector privado sin contar con los respectivos planes de manejo*” (art. 18 inc. 4º). En este sentido, “*velar por la tutela*” habilita para desarrollar tales fórmulas, sin perjuicio de la indisponibilidad que suponen las potestades públicas y, en definitiva, la permanencia de la responsabilidad estatal en la protección ambiental.

- *Objeto.* Las acciones de tutela pueden concretarse a través de diferentes fórmulas. Una de ellas consiste en la aplicación de herramientas de protección *in situ*, dentro de las cuales se integran las áreas protegidas. En este sentido, los fines de protección de las áreas protegidas – destinadas a salvaguardar los componentes de la diversidad biológica– se comprenden dentro del concepto de *naturaleza*, consagrado en el art. 19 Nº 8 CPR.

Desde esta perspectiva, el mandato del art. 19 Nº 8 CPR posee una extensión mayor. Primero, porque su alcance viene dado por el concepto de naturaleza y no de una parcela de ella, como lo es la biodiversidad. Segundo, debido a que la tutela de diversidad biológica se comprende también en otras medidas de protección, como lo son las fórmulas *ex situ*. Y tercero, ya que dentro de las fórmulas *in situ*, existen categorías no equiparables jurídicamente a los espacios protegidos, como se verá más adelante. Entendidas así las cosas, la aplicación de técnicas de áreas protegidas, desarrolla, pero no agota el mandato de tutela previsto en el art. 19 Nº 8 CPR.

Por otro lado, debe considerarse que el establecimiento de áreas protegidas no sólo desarrolla legalmente el deber de tutela del art. 19 Nº 8 CPR. Existen también deberes en el ámbito internacional, que establecen verdaderas obligaciones de resultado en materia de áreas protegidas. Este es el caso de los Convenios sobre la Diversidad Biológica de 1992 (CDB); Washington sobre Bellezas Escénicas Naturales de 1940; Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional de 1971; así como del Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje de 1979; y la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos de 1982. Cada uno de estos cuerpos legales desarrolla aspectos específicos del deber de tutela en materia de áreas protegidas, imponiendo en ocasiones lineamientos de protección, en plazos determinados.

²²⁷ Como Puschel Hoenersen, Deberes constitucionales estatales en materia ambiental, op. cit., p. 130.

No obstante, en el ámbito internacional, el Derecho común de las áreas protegidas deriva del CDB, por corresponder al cuerpo legal general, que —siendo destinado a la protección de la biodiversidad— regula sus diversos aspectos, con independencia de la categoría de protección de que se trate. El CDB requiere el desarrollo de estrategias para la protección de la diversidad biológica. Recientemente, ello ha supuesto el establecimiento del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011 – 2020, aprobado en Nagoya (COP 11), mediante la Decisión X/8, que incorpora veinte metas de protección, conocidas tradicionalmente como *metas de Aichi para el año 2020*²²⁸. El plan anterior consideró proteger el diez por ciento del territorio bajo alguna categoría oficial para el año 2010. Para el 2020, la nueva estrategia mantiene el porcentaje en el medio marino, ante el incumplimiento de las metas anteriores. Sin embargo, estos porcentajes se aumentan al diecisiete por ciento en el ecosistema terrestre²²⁹.

La política de biodiversidad de nuestro país se fundamenta, precisamente, en estos lineamientos de protección ambiental. En este sentido, las áreas protegidas han sido consideradas como uno de los principales instrumentos de protección por la Estrategia Nacional de Biodiversidad (C.I, 2.2). Esta estrategia constituye el marco de política ambiental diseñado para implementar las metas de protección del Convenio. Su aplicación regional ha permitido identificar 68 sitios prioritarios para la conservación. Algunos de estos sitios prioritarios ya han sido declarados formalmente, mediante categorías de protección específicas (parques nacionales, reservas naturales, de biósfera, etc.).

16.2 LBGMA y áreas protegidas

La regulación de los instrumentos de protección ambiental no es uniforme desde el punto de vista de su jerarquía. Si bien los mecanismos poseen un fundamento legal compartido, la densidad de regulación reglamentaria varía en cada caso²³⁰. Una situación particular se produce respecto de las áreas protegidas. En general, no todas poseen un reconocimiento legal, con las dificultades que ello supone. En otros casos, este reconocimiento, si bien es legal, se consagra en disposiciones internacionales, carentes de ejecutabilidad directa. Estos aspectos pudieron haber sido previstos por el legislador de bases. No obstante, la regulación de la LBGMA es escueta en materia de áreas protegidas, comprendiendo sólo disposiciones dispersas, a saber:

- *Normas sobre el reconocimiento del SNASPE.* Forman parte de estas disposiciones los arts. 34 y siguientes de la LBGMA. El art. 34 establece: “El Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegu-

²²⁸ El primer Plan Estratégico fue adoptado el año 2002 y proponía metas de cumplimiento para el año 2010. Su objetivo era “aplicar de modo más eficaz y coherente los tres objetivos del Convenio y lograr para el año 2010 una reducción significativa del ritmo actual de pérdida de la diversidad biológica, a nivel mundial, regional y nacional, como contribución a la mitigación de la pobreza y en beneficio de todas las formas de vida en la Tierra”. La meta no fue alcanzada.

²²⁹ La distinción constata la desprotección general del medio marino. El Informe Proteger el Planeta 2012, de PNUMA, señala que cerca del cincuenta por ciento de las zonas de mayor riqueza de biodiversidad carecen de protección.

²³⁰ El principal instrumento regulado por disposiciones legales corresponde al Régimen de Responsabilidad por el Daño Ambiental: la regulación se contiene íntegramente en este dominio, principalmente en la LBGMA y, en lo no previsto, en el Código Civil (C.IV, 13.1), mediante su aplicación supletoria. La participación legal es también alta en el caso del SEIA, sin perjuicio de la colaboración reglamentaria a través del RSEIA. Sin embargo, la densidad descende en otros procedimientos, como en la EAE, regulada legalmente sólo desde los arts. 7 bis al quáter LBGMA, así como en otros mecanismos de protección, tales como las normas de calidad y de emisión, los planes de manejo, de prevención y de descontaminación, regulados principalmente a través de disposiciones reglamentarias.

rar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental. La administración y supervisión del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado corresponderá al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas". Como es sabido, la Ley N° 18.362 que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres protegidas del Estado (SNASPE) hace depender su vigencia de la entrada en vigor de la Ley N° 18.348, que crea la CONAF Pública, pendiente mientras no se dicte el decreto de disolución previsto en su art. 19. En consecuencia, la administración del sistema contenido en el art. 34 LBGMA, en principio, no produciría efectos jurídicos, toda vez que la Ley N° 18.362, que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres protegidas del Estado (SNASPE), aún no ha entrado en vigor^{231 232}. No obstante ello, la Contraloría en Dictamen N° 38429 de 2013 ha interpretado la vigencia del SNASPE a través de la Conaf, en la medida que la Ley de Presupuestos le ha asignado recursos *"para la administración coordinada de las áreas protegidas puestas bajo su tuición, entendiendo que estas forman parte del sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado"*.

- *Incidental.* La LBGMA también contempla preceptos en materia de áreas protegidas con ocasión de otro instrumento de protección ambiental, de naturaleza sectorial. Este es el caso de los arts. 10 letra p) y 11 letra d) LBGMA, en relación al SEIA. Conforme al art. 10 letra p) LBGMA, se somete a evaluación la *"ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales (...) o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita"*. Por su parte, el art. 11 letra d) LBGMA agrega el requisito de un EIA, en la medida que exista una *"localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar"*. Como se verá, ambas disposiciones generan problemas interpretativos entre sí y en relación a los diferentes regímenes de áreas protegidas.

Las áreas protegidas han sido también integradas en otros instrumentos, como ocurre en materia de acceso a la información ambiental. En concreto, el art. 31 bis letra a) LBGMA define la información ambiental comprendiendo también *"el estado de (...) las áreas protegidas"*.

- *Competencias.* La LBGMA contempla otorgamientos de competencias administrativas, tanto para la planificación de espacios protegidos, como para su gestión. Forma parte de las primeras disposiciones el art. 71 letra c) LBGMA, al consagrar la función del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad de *"proponer al Presidente de la República la creación de las Áreas*

²³¹ 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.

²³² El fallo del Tribunal Constitucional, rol: 1024-2008, con ocasión del control de la constitucionalidad del proyecto de ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, refiriéndose a la situación aquí descrita, ha señalando: *"esta declaración exige a esta Magistratura hacer presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N 18.348, publicado el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado"* (considerando 24º).

Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza y de las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos". Por su parte, se atribuye la competencia al MMA para planificar y supervigilar el SNASPE y, asimismo, el manejo de áreas protegidas privadas (art. 70 letra b) LBGMA). La letra c) de la misma disposición le atribuye competencias respecto de una tipología carente de consagración legal expresa, a saber: las áreas marino costeras protegidas de múltiples usos (AMCP-MU). Finalmente, debe tenerse presente que el art. 34 entrega la administración y supervisión del SNASPE al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, sin embargo el proyecto de ley que lo crea se encuentra en tramitación ante el Congreso Nacional (Boletín N° 7487-12).

En este sentido, las críticas ya planteadas a la regulación de la LBGMA son aun más justificadas. Como se ha visto, conforme a su art. 1: *"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"*. No obstante, el *"sin perjuicio"* constituye la regla en materia de áreas protegidas, por ser reguladas en múltiples cuerpos legales y, excepcionalmente, por parte del legislador de bases. El alcance de la LBGMA no permite resolver la mayor parte de los vacíos y ambigüedades de los regímenes, por el limitado alcance de sus disposiciones, muchas de las cuales carecen de vigencia. Todo ello pone en entredicho su carácter supletorio. El rol secundario de la regulación es uno de los elementos que determinan la dispersión y falta de sistematicidad del régimen jurídico. Algo similar sucede en materia de especies protegidas, donde la regulación de la LBGMA se limita a sus arts. 37 y 38, contemplando el Reglamento para la Clasificación de Especies Protegidas, así como deberes de inventarios de biodiversidad por parte de los órganos públicos (C.III, 17.2.1).

16.3 Elementos caracterizadores

Existen múltiples diferencias entre los regímenes de áreas protegidas y los restantes instrumentos de protección ambiental. Una descripción breve debe enfocarse tanto en su ámbito de aplicación, como en sus fuentes formales:

- **Ámbito de aplicación.** A diferencia de los otros instrumentos de gestión ambiental, las áreas protegidas se caracterizan por seguir un sistema territorial de protección. No se trata, por tanto, de instrumentos sectoriales, aplicables en general, en la medida que las hipótesis de procedencia lo determinen, sino únicamente en enclaves declarados formalmente como tales, atendiendo a la globalidad de los recursos presentes, con posterioridad al desarrollo de inventarios de biodiversidad y a la tramitación del procedimiento legal o reglamentario que permita hacer aplicable la categoría de protección.

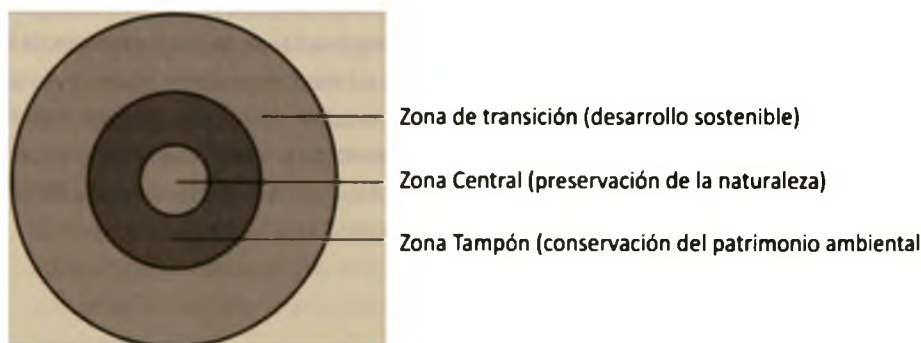
Asimismo, las diferentes tipologías pueden abordar esta territorialidad de manera diversa. Así, conforme a un sistema uniforme de protección, el régimen de área protegida será homogéneo en toda su proyección territorial. Es, en general, el enfoque consagrado por los diferentes tipos de áreas protegidas establecidas en nuestro país.

Frente a este sistema, la práctica constata el desarrollo paulatino de un enfoque múltiple de protección, mediante el establecimiento de diferentes regímenes dentro de un mismo es-

pacio, a partir de una categoría única. En concreto, este sistema supone el establecimiento de anillos concéntricos de protección, distinguiendo diferentes sectores dentro del espacio declarado como tal:

- Un área principal, zona núcleo o espacio central, que corresponde al objetivo principal de protección del instrumento. Su regulación es estricta y, en general, se impide toda actividad que implique aprovechamientos económicos;
- Una zona de amortiguación, que rodea la zona núcleo, limitando los impactos ambientales provenientes del exterior y permitiendo, en general, un aprovechamiento sustentable de los recursos naturales presentes; y
- Una zona de transición, que admite la mayor actividad antrópica de los espacios protegidos, facilitando el tránsito desde el régimen del área protegida hasta espacios carentes de esta protección exorbitante.

En la práctica, el esquema puede graficarse conforme al siguiente recuadro:



- **Fuentes formales.** Como se ha señalado, a diferencia de los restantes instrumentos de protección ambiental, la regulación principal de las áreas protegidas no deriva de la LBGMA. Ella se limita a consagrar disposiciones programáticas e incidentales, agregando otras de naturaleza competencial, a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 20.417.

Esta es una de las principales complejidades del régimen, por carecer de un cuerpo legal claro y sistemático, que consagre sus características principales²³³. En la práctica, el régimen deriva de disposiciones nacionales e internacionales, consagradas en diferentes cuerpos legales, destinados a regular elementos ambientales con finalidades múltiples y no sólo de protección ambiental. Las disposiciones nacionales derivan, principalmente, de las legislaciones de caza, pesca y acuicultura, bosques, así como de la protección del patrimonio artístico e histórico²³⁴. Por su parte, algunos tratados internacionales en materia de áreas protegidas también poseen

²³³ Cfr. Eduardo Correa Martínez, Ejecución de proyectos en áreas protegidas. ¿Cuánta protección y cuánto desarrollo? IV Jornadas de Derecho Ambiental, Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 211

²³⁴ Esta última porque la legislación respectiva del patrimonio artístico e histórico también comprende tipologías destinadas a salvaguardar la naturaleza, como lo son los Santuarios de la Naturaleza, bajo la Ley N° 17.288, de Monumentos Nacionales.

una aplicación directa. En este sentido, cabe citar las Convenciones de Washington de 1940 y de Ramsar de 1971, por consagrar tipos especiales de áreas protegidas. Otros cuerpos legales no autoejecutables complementan el régimen internacional, principalmente, el CDB, de aplicación indiferenciada a las diferentes categorías.

16.4 Concepto de área protegida

La multiplicidad de cuerpos legales reguladores de las diversas áreas protegidas es, precisamente, uno de los factores que determinan la necesidad de precisar su concepto. Si bien su regulación se encuentra dispersa en diferentes fuentes, la generalidad de ellas consagran y regulan especies de áreas protegidas, mas no su género. En gran medida, la confusión deriva de los tratados internacionales, caracterizados por consagrar un marco normativo amplio de los espacios protegidos, describiendo escasamente su estructura, debido al margen que deben considerar, para efectos de ser transpuesto posteriormente en los diferentes sistemas nacionales, lo que en el caso chileno prácticamente no ha ocurrido. Esto genera problemas desde diferentes perspectivas:

- *Efectos jurídicos.* La calificación de un área como *protegida* produce efectos jurídicos. Al menos, considerando las limitaciones de usos, garantías y apoderamientos legales que conlleva el concepto. En materia de limitaciones, corresponde a la noción utilizada por el legislador de bases, al requerir estudios de impacto ambiental en el marco del SEIA (art. 11 letra d) LBGMA). Una noción relacionada (de *área colocada bajo protección oficial*) es utilizada por el art. 10 letra p) LBGMA, determinando el sometimiento de las actividades al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Sin embargo, el concepto no sólo limita derechos, también los otorga al ser utilizado en otros instrumentos, como ocurre respecto del acceso a la información ambiental (art. 31 bis letra a) LBGMA).
- *Régimen supletorio.* Otros aspectos problemáticos derivan del marco supletorio que rige a un tipo de espacio protegido, considerando que la regulación especial, sea internacional o doméstica, suele omitir aspectos básicos del régimen. Estos aspectos van desde sus formas de establecimiento, hasta su régimen de desafectación, comprendiendo también otros ámbitos, como los órganos de la Administración del Estado con competencias de declaración y gestión. Algunos de estos aspectos pueden solucionarse a partir de la LBGMA. Por ejemplo, si se consideran las facultades que el Consejo de Ministros posee conforme al art. 71 letra c); o las limitaciones de uso que conllevan los arts. 10 letra p) y 11 letra d), sin perjuicio de la comprensión de los espacios, conforme al art. 36.

Para superar estos problemas, el análisis debe centrarse en el único concepto de rango legal aplicable a las diferentes categorías de espacios protegidos. Este concepto se contiene en el art. 2 N° 2 del CDB, al delimitar el concepto de área protegida como *“un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”*. En este sentido, se trata de un concepto que consagra, indirectamente, las diferentes *piezas fundamentales* de los espacios protegidos, a saber: el elemento material de emplazamiento (*“un área definida geográficamente”*); el componente formal de declaración (*“que haya sido designada”*); el índice subjetivo de intervención administrativa (*“regulada y administrada”*) y la finalidad de protección propia del instrumento de gestión ambiental (*“a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”*). Sin em-

bargo, debe manifestarse un componente implícito en la noción: el elemento normativo de limitación de usos, dado que las conductas admitidas serán diversas —y más estrictas— que las permitidas en el resto del territorio.

- *Elemento material.* Las áreas protegidas deben precisar el espacio físico dentro del cual se sitúan. La definición del art. 2 N° 2 del CDB se refiere a este aspecto, al señalar que el área protegida está constituida por un “*área definida geográficamente*”. En general, la delimitación espacial caracteriza a los espacios protegidos dentro de los instrumentos de protección ambiental, por corresponder a un mecanismo de aplicación territorial. No obstante, la definición del CDB va más allá. Permite interpretar que la técnica debe, necesariamente, ser delimitada en su proyección espacial, para efectos de ser considerada como tal. En otras palabras, no es posible aceptar extensiones sin limitación espacial a modo de áreas protegidas. En este sentido, se excluye la tendencia por considerar *protegidos* ciertos hábitats o formas geográficas indefinidas²³⁵. Es el caso de los glaciares y humedales, en tanto espacios señalados de manera independiente del término *áreas protegidas*, en el art. 11 d) LBGMA.

El elemento material determina también otros aspectos, como la aplicación terrestre, marina o costera del régimen. En este sentido, existen figuras adaptadas a alguno de estos ecosistemas, o una parte de ellos (v.gr.: humedales), como también otras que no determinan de antemano el medio de emplazamiento. La localización en un ecosistema determinado generará efectos, tanto para el régimen de protección (v.gr.: control de contaminantes mediante determinadas normas de calidad y de emisión, así como de otros cuerpos legales destinados al mismo objeto), como en relación al órgano con competencias declaratorias y de gestión. Sin embargo, el régimen supletorio de la LBGMA no discrimina en función de la territorialidad, salvo para integrar determinados espacios del medio marino al SNASPE, pese a los conflictos que origina su falta de vigencia (art. 36 LBGMA).

- *Elemento formal.* Los espacios protegidos constituyen una declaración o figura declarativa²³⁶. Por ello, para que un área protegida sea tal, se requiere, de manera previa, una intervención de los poderes públicos.

La intervención pública estatal se concreta en fases diversas. Primero, mediante inventarios de biodiversidad, que determinan las zonas relevantes para ser protegidas²³⁷. Posteriormente, seleccionando la categoría susceptible de ser declarada. Esta declaración supondrá la tramitación de un procedimiento legal o reglamentario. Su acto terminal constituirá el hito mediante el cual el espacio se integrará dentro del régimen, resultando aplicable su legislación respectiva y, supletoriamente, las disposiciones de la LBGMA y de los restantes cuerpos legales de incidencia.

²³⁵ En este sentido, Lyle Glowka, et. al., Guía del CDB, 1ª edición, Cambridge, UICN, 1996, p. 18.

²³⁶ Mercedes Ortiz García, La Conservación de la Biodiversidad Marina: las Áreas Marinas Protegidas, op. cit., p. 120. En este sentido, señala: “podría decirse que un espacio protegido es una forma de intervención pública sobre el medio con estatuto jurídico propio; de este modo, las AMPs serían una forma de intervención sobre el medio marino con estatuto jurídico propio”.

²³⁷ En general, estos lineamientos se consagran en el CDB, al establecer la obligación de identificar los componentes de la diversidad biológica y seguir su estado de conservación, adoptando medidas de protección (arts. 7 y ss.).

La integración dentro del régimen puede determinarse a través de diferentes sistemas:

- *Genérico*. La declaración se produce *ipso iure*, a partir de la concurrencia de ciertas características, sin requerir una actividad formal posterior. Respecto del medio natural no existe aplicación de este sistema. Sin embargo, una situación particular se produce respecto de los monumentos arqueológicos. Conforme al art. 21 de la Ley Nº 17.288, de Monumentos Nacionales: “*por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antro-po-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional*”. Sin embargo, esta técnica presenta dificultades. En primer lugar, debido a que no orienta su protección en torno a la conservación de la diversidad biológica, razón por la cual su incorporación dentro del concepto del CDB resulta problemática. Asimismo, el sistema genérico supone dificultades con esta noción, que requiere la delimitación del área protegida ¿Cómo conocer exactamente los deslindes del espacio si la figura ha sido declarada a partir de la mera concurrencia de características determinadas de antemano?
- *Singular*. En este caso, la declaración no se produce por la sola concurrencia de características. Se requiere, además, de una potestad pública que singularice el espacio. El régimen del área protegida puede ser incorporado en la declaración o bien, si existe un cuerpo legal general, la declaración hará remisión a este régimen.

Corresponde a la regla general en materia de espacios protegidos. Es, en efecto, la Administración la que, habitualmente, declara los espacios, conforme a los regímenes generales contemplados en disposiciones de rango de ley.

El sistema de declaración presenta importancia también para determinar la desafectación del espacio. Los cuerpos legales no suelen contemplar disposiciones en este sentido. Siguiendo el adagio *las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen*, la desafectación procederá a través del mismo mecanismo de creación. Así, por ejemplo, respecto de los espacios declarados *ipso iure*, se requerirá una ley que elimine esta modalidad. En los restantes casos, la operación de reverso consistirá en la dictación del acto de contra imperio, considerando que la regla viene dada por la determinación administrativa del espacio. No obstante, esta regla se rompe en algunos casos, como respecto de las reservas de biósfera²³⁸. Asimismo, existen tipologías que consagran verdaderas cláusulas pétreas de desafectación. Es el conocido caso de los parques nacionales, que conforme a art. III de la Convención de Washington sólo pueden ser desafectados por “*un acto de autoridad legislativa competente*”, pese a ser declarados mediante textos infralegales.

- *Elemento normativo*. El elemento normativo de las áreas protegidas es aquél que importa un

²³⁸ Las reservas de biosfera son incluidas en la Red Mundial mediante una designación efectuada por el Consejo Internacional de Coordinación (CIC) del Programa MAB, con arreglo al procedimiento establecido en el art. 5 del Marco Estatutario. No obstante, el art. 9 Nº 8 del mismo cuerpo dispone: “*Si un Estado deseara retirar de la Red una reserva de biosfera que esté bajo su jurisdicción, lo notificará a la secretaria. La notificación será transmitida al CIC para su información. La zona dejará de ser reserva de biosfera considerada perteneciente a la Red*”.

régimen jurídico exorbitante de Derecho público, destinado a establecer mayores limitaciones de usos en relación a las conductas admitidas en los restantes espacios.

Se trata de limitaciones que poseen diferentes fuentes. En primer término, aquéllas derivadas de su propio régimen, conforme al marco jurídico especial de cada área. En segundo lugar, este marco debe complementarse con otros cuerpos legales, que se remiten expresamente a estas figuras, o a las áreas protegidas en general. Es lo que ocurre respecto de la LGPA, el Código de Minería y la LBGMA, al someter al SEIA determinadas actividades desarrolladas en estos espacios. Estos supuestos pueden dividirse en prohibiciones, por un lado, y limitaciones o condicionamientos al ejercicio de proyectos u obras en general, por el otro.

- *Prohibiciones.* Es posible interpretar que ciertas actividades se encuentran prohibidas dentro de determinadas áreas protegidas, mediante la aplicación de ciertos cuerpos legales, como la LGPA. Conforme a su art. 158: *"las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura"*. Cabe considerar que las categorías incluidas dentro del Sistema, conforme al art. 3 de la Ley N° 18.362, comprenden *"Reservas de Regiones Vírgenes, Parques Nacionales, Monumentos Naturales y a las Reservas Nacionales"*. Si bien la citada ley se encuentra suspendida, otros cuerpos legales han reconocido la existencia del SNASPE, a saber: el art. 34 LBGMA, arts. 158 y 159 LGPA y en diversas leyes de presupuestos en que se otorgan recursos a la Conaf para la administración del sistema, todo lo cual ha sido reconocido por la jurisprudencia administrativa²³⁹.
- *Limitaciones.* La incorporación de espacios protegidos en el SEIA puede ser considerada una limitación ambiental. En este sentido, el art. 10 letra p) LBGMA somete a evaluación la *"ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales (...) o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita"*. Por su parte, el art. 11 letra d) LBGMA requiere la elaboración de un EIA para proyectos que presenten la característica o circunstancia de una *"localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas"*. Sin embargo, estas limitaciones o condicionamientos son sólo parciales, debido a que algunas tipologías de espacios señaladas impiden usos conforme a su legislación respectiva. De aquí que se presenten dificultades de interpretación, como se verá más adelante.

Otra limitación viene dada por el Código de Minería, que requiere la autorización del Intendente Regional para ejecutar labores mineras en parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales (art. 17 N° 2). El art. 17 N° 6 del Código de Minería requiere la autorización del Presidente de la República, en caso que las labores se desarrollen en covaderas o lugares declarados de interés histórico o científico. Esta disposición es particularmente compleja, por admitir una interpretación *a contrario*, destinada a autorizar labores mineras en espacios sin usos, como los parques nacionales. Asimismo, debe cuestionarse la constitucionalidad de las normas citadas del Código de Minería si se contrastan

²³⁹ Dictamen: N° 38429-2013 (CGR).

con el deber del Estado de preservar la naturaleza (art. 18 Nº 8 CPR) y el alcance acotado que tiene la “preservación” de los elementos ambientales (C.II, 5.2).

- *Elemento subjetivo.* El Estado debe tutelar la preservación de la diversidad biológica, al ser comprendida dentro del concepto de *naturaleza*, a que se refiere el art. 19 Nº 8 CPR. Asimismo, la biodiversidad forma parte del *patrimonio ambiental*, por lo que su tutela se ampara legalmente mediante el deber de conservación de estos componentes (art. 2 letra b) LBGMA).

Así, constitucional y legalmente, el Estado es responsable de garantizar la protección de la biodiversidad²⁴⁰. En atención al sujeto destinatario, por tanto, se impone caracterizar a esta función como una función pública de protección ambiental, para la cual la Administración utilizará diferentes técnicas²⁴¹. Las áreas protegidas son una de ellas.

A partir de lo anterior, corresponde caracterizar al elemento subjetivo de las áreas protegidas como la necesaria intervención pública respecto de la técnica en cuestión. Esta intervención se manifiesta en sus múltiples etapas. Desde su previsión legislativa, hasta su desafectación, incluyendo la supervigilancia del espacio protegido. Las competencias distinguen entre actividades de planificación, constitución y gestión:

- *Planificación.* Recientemente, la Ley Nº 20.417 ha incorporado innovaciones respecto de la planificación en materia de áreas protegidas, otorgando competencias del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad de “proponer al Presidente de la República la creación de las Áreas Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza y de las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos” (art. 71 letra c) LBGMA).
- *Creación y gestión.* Se trata de aspectos generalmente resueltos en la medida que la tipología tenga por fuente una ley de origen interno. Respecto de las áreas protegidas creadas a partir de tratados internacionales, los órganos competentes de creación y gestión deberán ser determinados mediante disposiciones nacionales. Así, órganos como la Corporación Nacional Forestal, tienen un rol protagónico en diferentes clases de áreas. Sin embargo, la determinación no siempre es clara. Este es el caso de los Humedales Ramsar de Importancia Internacional, carentes durante largo tiempo de una administración de gestión. Algo similar ha sucedido a partir de la separación de funciones de custodia y autorización, respecto de los Santuarios de la Naturaleza, luego de la entrada en vigor de la Ley Nº 20.417, que modifica la Ley Nº 17.288, de Monumentos Nacionales. La custodia se le asigna al Ministerio del Medio Ambiente, derogando la gestión anterior, atribuida al Consejo de Monumentos Nacionales. Sin embargo, el inciso siguiente agrega que la autorización para desarrollar determinadas actividades deberá ser otorgada por el servicio, sin especificar cuál de los servicios públicos ambientales se trata. En el contexto de la ley, ello lleva a suponer una atribución de competencias a favor del Servicio de Biodiversidad y

²⁴⁰ Cfr. *Manuela Mora Ruiz*, La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, Ed. Lex Nova, España, 2007, p. 27.

²⁴¹ Cfr. *Blanca Lozano Carranda*, Derecho Ambiental Administrativo, 9ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 106

Áreas Protegidas, en actual tramitación. Dada la inexistencia del órgano remitido, la Contraloría General de la República ha debido interpretar la supervivencia de las competencias del Consejo de Monumentos Nacionales (Dictamen N° 26.190 de 2012).

En general, la legislación se refiere a las competencias administrativas a partir de términos diversos. Así, por ejemplo, la LBGMA alude a la *supervigilancia*. Conforme al art. 70 letras b) y c) LBGMA le corresponde especialmente al Ministerio del Medio Ambiente *supervigilar* el SNASPE y las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos. En el marco de la legislación pesquera, el legislador alude a la *tuición*. Así, conforme al art. 3 letra d) de la LGPA: *los Parques Marinos quedarán bajo la tuición del Servicio Nacional de Pesca*. Finalmente, la legislación sobre el patrimonio histórico y cultural suele aludir a la *custodia*. Este es el caso del art. 31 inc. 2° de la Ley N° 17.288, en virtud del cual *“los sitios (...) que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedarán bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente”*. Esta disparidad de verbos rectores no siempre da cuenta del alcance que poseen los deberes estatales en materia ambiental, los que requieren expresamente la protección de los componentes naturales.

- **Elemento teleológico.** A diferencia de otras técnicas de protección ambiental, las áreas protegidas no limitan su protección a la salvaguardia de los sistemas naturales. Por el contrario, su finalidad es tutelar los recursos vivos o bióticos.

Sin embargo, la tutela de la biodiversidad es compartida por otros instrumentos, sean sectoriales o territoriales. Quedan comprendidos, en este sentido, mecanismos como la clasificación de especies, las zonas con prohibición de caza y las áreas de veda, respectivamente. Considerando que todas estas técnicas pueden aplicarse territorialmente, resulta necesario delimitar la finalidad de protección ambiental propia de las áreas protegidas. Como se ha señalado, ella consiste en la protección global de los enclaves territoriales —atendiendo a la totalidad de los recursos presentes y usos posibles— y no sólo de ciertos componentes aislados²⁴². Esta globalidad en la consideración del objeto constituye la vocación universalista de los espacios protegidos, que se traduce en evitar las afectaciones de los elementos interrelacionados del medio y en asegurar sus capacidades regenerativas²⁴³.

En este sentido, las áreas protegidas aseguran la generalidad de los elementos vivos presentes en el enclave territorial. Ya que una forma de protección puede consistir en reservar organismos o diversidad biológica, pero otra forma claramente distinguible será por la vía de delimitar un área con fines de protección ambiental, lo que incluye conservación, manejo o administración. Las áreas protegidas se encasillan dentro de este segundo grupo, permitiendo diferentes intensidades de protección. Mientras la preservación de la naturaleza excluye toda explotación de los recursos naturales (Ver C.I, 6.5) —propio de los modelos de áreas protegidas sin usos, como los parques nacionales—, la conservación del patrimonio ambiental admite un uso y aprovechamiento racional de los mismos (Ver C.I, 6.3) —denominador común de las

²⁴² Mercedes Ortiz García, La Conservación de la Biodiversidad Marina: las Áreas Marinas Protegidas, *op. cit.*, p. 203.

²⁴³ *Ibidem*, p. 149.

áreas protegidas de múltiples usos, como las reservas de biósfera—. Todo ello será analizado a continuación.

16.5 Clases de áreas protegidas

Las áreas protegidas pueden clasificarse desde diferentes perspectivas. En gran parte, la variedad de criterios deriva del concepto de área protegida del CDB, caracterizado por su amplitud. Así, conforme a un criterio geográfico, puede distinguirse áreas terrestres, marinas, así como marino - costeras protegidas. La perspectiva del aprovechamiento, a su vez, permite clasificar a los espacios en *sin usos* y *de uso múltiple*. Un criterio similar —orientado a los fines de protección— ha sido considerado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, al realizar su conocida clasificación de espacios naturales protegidos²⁴⁴.

Para efectos del análisis, las áreas protegidas han sido clasificadas conforme a su aptitud para limitar los aprovechamientos económicos. Como se ha señalado, este criterio distingue entre áreas sin usos —orientadas a la preservación de la naturaleza— y de uso múltiple —destinadas a alcanzar la conservación del patrimonio ambiental—. Sin embargo, las características del régimen nacional llevan a incorporar espacios que, pese a ser tradicionalmente considerados como *protegidos*, carecen de la aptitud legal para limitar el uso de los elementos ambientales.

16.5.1 Regímenes sin limitaciones

A primera vista, no resulta lógica un área protegida carente de la capacidad de limitar usos ¿Cuál es la finalidad de una técnica para limitar el aprovechamiento de recursos si dicha técnica carece, precisamente, de esta aptitud de limitación? Sin embargo, se trata de un aspecto compartido por diferentes categorías en el ámbito internacional. Asimismo, puede ser planteado respecto de ciertos espacios protegidos de origen interno. En este sentido, se consideran *sin limitaciones* aquellas áreas protegidas:

- *Que no poseen regulación.* Este es el caso de las Áreas Marinas y Costeras Protegidas de Múltiples Usos, establecidas por diferentes reglamentos, sin un cuerpo legal que las consagre formalmente, uniformando el régimen de las distintas zonas y precisando aspectos básicos de su estructura, como por ejemplo, las Administraciones con competencias declarativas. Esta situación conlleva la indeterminación de las limitaciones ambientales, sin perjuicio de plantear un problema de constitucionalidad, considerando que la función pública de protección ambiental debe también sujetarse al principio de legalidad, conforme a los arts. 6 y 7 CPR.
- *Que poseen regulación infralegal.* Corresponde a la situación de algunos espacios protegidos, como las Reservas de Biósfera establecidas bajo Marco Estatutario de la Red Mundial de Reservas de Biósfera, consagrado por UNESCO, como desarrollo del Programa Mundial del Hombre y la Biósfera. En este caso, la fuente formal corresponde a la Resolución 27 C. 2.3 de dicho

²⁴⁴ Los criterios UICN han sido ampliamente aceptados en el ámbito internacional, siendo incorporados también en el ámbito de especies protegidas, mediante su consagración en el art. 38 LBGMA, respecto del Reglamento sobre Clasificación de Especies.

organismo. Como se observa, carente de rango de ley y, por tanto, de la aptitud para limitar garantías constitucionales, tradicionalmente restringidas bajo el estatuto de estos espacios, mediante el desarrollo legal de la hipótesis de limitación ambiental prevista en el art. 19 N° 8 CPR. Esta situación es reconocida por el propio marco estatutario. En este sentido, su art. 2 N° 3 dispone: *"cada reserva de biósfera quedará sometida a la jurisdicción soberana de los Estados en que esté situada. En virtud del presente Marco Estatutario, los Estados adoptarán las medidas que consideren necesarias, conforme a su legislación nacional"*. Por esta razón, las Reservas de Biósfera han sido consideradas como un programa "paraguas" o un "diploma internacional de protección". Sin perjuicio de los países que han consagrado la figura dentro de su ordenamiento nacional (v.gr.: Perú y Paraguay), lo que permite considerar una cobertura normativa vinculante para esta clase de áreas en tales casos.

- *Que poseen regulación legal, sin establecer limitaciones* (principio *in favor libertatis*). Pese a ser declaradas en fuentes formales con rango de ley, pueden ser también consideradas *sin limitaciones* algunas clases de espacios naturales protegidos que omiten referencias a restricciones ambientales. Es lo que ocurre respecto de los Humedales de Importancia Internacional, declarados bajo el estatuto de la Convención Ramsar para la Protección de estos espacios. La situación deriva de la lectura *in favor libertatis* de la garantía a desarrollar actividades económicas (art. 19 N° 21 CPR). Sin embargo, la aplicación de algunas disposiciones en materia del SEIA puede llevar a reformular esta conclusión, como se verá más adelante.

16.5.2 Regímenes sin uso

En ocasiones, la tutela ecológica de las áreas protegidas, sea por la importancia de las especies, sea por la vulnerabilidad ambiental del medio u otras razones, requiere de medidas especialmente intensas. En tales situaciones, el modelo de área —propio de la primera fase histórica y hoy limitado a un número reducido de tipologías de protección— corresponde a la categoría "sin usos".

El modelo sin usos corresponde a la contrapartida de los regímenes sin limitaciones, señalados anteriormente. Constituye el modelo de área protegida destinada a desarrollar legal y reglamentariamente el deber de tutela de preservación de la naturaleza, conforme al art. 19 N° 8 CPR. Sin embargo, sus clases son reducidas, siendo posible encontrar algunos casos de aplicación, cuya vigencia puede ser cuestionada a partir de algunas sentencias judiciales sobre actividades admisibles en áreas protegidas. Este modelo ha sido aplicado en materia de parques nacionales y marinos:

- *Parques nacionales*. Pese a ser denominados de manera similar, los parques nacionales se regulan en cuerpos legales diversos. En ocasiones, ello genera aspectos contradictorios, como la posibilidad de explotarlos con fines comerciales. En este sentido, los usos económicos son prohibidos por la Convención de Washington de 1940, dado que conforme a su art. III *"las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales"*²⁶⁵. Sin embargo, se admiten

²⁶⁵ Sin perjuicio de ello, el incisos 2° y 3° permite ciertos usos. En este sentido, dispone: *"Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas."*

conforme al DS Nº 4.363 de 1931 del Ministerio de Bienes Nacionales. Esta regulación autoriza a la Corporación Nacional Forestal para *“establecer y cobrar derechos y tarifas por el acceso de público a los Parques Nacionales y Reservas Forestales que él determine, y por la pesca y caza en los lugares ubicados dentro de esos Parques y Reservas. Los dineros y productos que se obtengan ingresarán al patrimonio de dicho servicio”*. Sin embargo, la norma citada más que referirse a la explotación de los recursos existentes en el área, habilita para que la CONAF pueda administrarlos y cobrar una tarifa por el ingreso de visitantes. Por otro lado, los parques nacionales se regulan también en el Decreto Ley Nº 1.939 de 1977, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, contemplando aspectos de constitución, gestión y limitaciones. La limitación de usos es más intensa en este caso, al disponerse que *“sólo podrán destinarse o concederse en uso a organismos del Estado o a personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, para finalidades de conservación y protección del medio ambiente”* (art. 15). Nuevamente aquí, la normativa permite un uso, sin embargo, éste se restringe a concesionarios que deben ser personas jurídicas sin fin de lucro. Sin embargo, en la práctica esto no es así, ya que los concesionarios de parques nacionales son empresas que explotan servicios de ecoturismo o derechamente de hotelería y turismo, quienes –normalmente previa licitación– al adjudicarse la licitación suscriben un contrato privado con CONAF²⁴⁶.

- *Parques marinos*. En el ecosistema marino, el régimen de área protegida sin usos viene dado por los parques marinos de la LGPA. Pese a consagrarse en una regulación de aprovechamiento pesquero, el carácter ambiental de la técnica se desprende de su propio concepto. Conforme a la LGPA, corresponden a *“áreas específicas y delimitadas (...) destinados a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat”*. Por su parte, el carácter sin usos se desprende de la misma disposición, que agrega: *“en ellos no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de observación, investigación o estudio”* (art. 3 letra d) LGPA.

Estos espacios han sido reglamentados en conjunto con las reservas marinas de la LGPA. El propio reglamento enfatiza el carácter sin usos de la tipología, al definir de manera especial el concepto de preservación, utilizado por la categoría. Al igual que en la LBGMA, supone la permanencia de los componentes ambientales. Corresponde a la *“mantención de las condiciones naturales que propicien la evolución y desarrollo de las especies y de los ecosistemas acuáticos, sin intervención antrópica directa”* (art. 2 letra k) LGPA). El reglamento determina también otros aspectos básicos, como la autoridad de constitución, los espacios declarables, el procedimiento administrativo de declaración, la gestión mediante el plan de manejo, así como la autoridad dotada de competencias de tuición.

Los Gobiernos Contratantes convienen además en proveer los parques nacionales de las facilidades necesarias para el solaz y la educación del público, de acuerdo con los fines que persigue esta Convención”.

²⁴⁶ No queda claro cuál es el sustento legal que permite suscribir tales contratos, ni mucho menos de qué forma se salva la limitación que imponen las disposiciones citadas en el texto.

16.5.3 Régimen de usos múltiples

El modelo actual de áreas protegidas corresponde al sistema de uso múltiple (en oposición al modelo sin usos, único en décadas pasadas y hoy reservado para espacios protegidos de escaso tamaño)²⁴⁷. La característica principal del uso múltiple, como su nombre lo indica, es permitir la utilización contemporánea de un área o de un recurso para una variedad de propósitos compatibles con el objetivo principal, a fin de suministrar más de un beneficio y no sólo la preservación del medio²⁴⁸. Para limitar los usos —y permitir diferentes actividades dentro del espacio—, el modelo puede suponer la zonificación del área.

Como ya se ha señalado, la zonificación consiste en la división del espacio protegido, estableciéndose una serie de anillos concéntricos, con diversos grados de protección ambiental cada uno. Internacionalmente, esta modalidad de protección ha sido adoptada por la tipología de reservas de la biósfera, siendo posteriormente implementada para otras áreas protegidas.

En efecto, las reservas de la biósfera admiten una división en tres espacios, consagrada a modo de criterio general para la admisión por parte del Consejo Internacional de Coordinación (CIC): *"a) una o varias zonas núcleo jurídicamente constituidas, dedicadas a la protección a largo plazo conforme a los objetivos de conservación de la reserva de biósfera, de dimensiones suficientes para cumplir tales objetivos; b) una o varias zonas tampón claramente definidas, circundantes o limítrofes de la(s) zona(s) núcleo, donde sólo puedan tener lugar actividades compatibles con los objetivos de conservación; y c) una zona exterior de transición donde se fomenten y practiquen formas de explotación sostenible de los recursos"*. (art. 4 N° 6 del Marco Estatutario).

16.6 SEIA y áreas protegidas

Ya se ha señalado que las áreas protegida constituyen un instrumento de proyección territorial. Sin embargo, en esta proyección, las actividades admitidas en los espacios pueden verse afectadas por otros instrumentos de protección ambiental, sean ellos sectoriales o también territoriales. Uno de los principales instrumentos de incidencia corresponde al SEIA, por consagrar disposiciones expresas en materia de áreas protegidas y ser aplicable en todo el territorio, con vocación general, para proyectos públicos y privados. La homogeneidad del SEIA impacta la heterogeneidad que supone el mosaico de espacios protegidos. Esta simplificación del régimen de evaluación ambiental puede suponer eventualmente progresos. Sin embargo, incorpora también regresiones peligrosas respecto de los espacios sin usos, como los parques nacionales, dotados de cláusulas pétreas de inderogabilidad administrativa.

²⁴⁷ Melissa Nursey-Bary y Phillip Rist, Co-management and protected area management: Achieving effective management of a contested site, lessons from the Great Barrier Reef World Heritage Area (GBRWHA), en *Marine Policy*, 33 (2009) 1, p. 119: "MPAs are created either as fully protected areas, or as multiple use areas, which are zoned according to varying levels of protection. These levels of protection are conventionally determined according to the IUCN Categories I-VI, ranging from Category I which is a protected area managed mainly for science [11] to Category VII, which allows use and is managed to ensure long-term protection and maintenance of biological diversity, while providing at the same time a sustainable flow of natural products and services to meet community needs".

²⁴⁸ Cf. Mercedes Ortiz García, *La Conservación de la Biodiversidad Marina: las Áreas Marinas Protegidas*, op. cit., p. 170.

16.6.1 Características generales

El SEIA corresponde a un instrumento sectorial de protección ambiental. Esta característica permite su aplicación con independencia del lugar de que se trate y del recurso que se afecte. La característica principal de las áreas protegidas es la opuesta, esto es, sus limitaciones sólo son aplicables en enclaves determinados, atendiendo a la totalidad de los recursos presentes y usos posibles.

Así, si las limitaciones del área permitan usos, podrá tener lugar una sobreposición de instrumentos de protección ambiental. Uno territorial: el régimen del área protegida y, sobre él, otro sectorial: el marco de la evaluación ambiental de proyectos o actividades, conforme al art. 8 y siguientes LBGMA. Todo ello permite desprender algunas consecuencias de interés:

- *Posibilidad de sometimiento.* El SEIA presenta diferentes disposiciones de incidencia en el régimen de áreas protegidas. En primer lugar, el art. 10 letra p) LBGMA somete la “*ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales (...) o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita*”. Por otro lado, el art. 11 letra d) agrega: “*los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: (...) d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas*”.

El problema consiste en desprender, a partir de la regulación relativa al SEIA, una lectura destinada a dejar sin efectos las prohibiciones en materia de espacios protegidos, como lo es la exclusión de actividades de acuicultura en el área marítima de parques y reservas nacionales (art. 158 LGPA), así como toda configuración de área sin usos, tales como parques nacionales y marinos. El razonamiento de esta posición señala que, de no poder ejecutarse obras, programas o actividades al interior o en una localización próxima a las áreas protegidas, ni tan sólo existiría la posibilidad de evaluar ambientalmente tales proyectos o actividades.

A partir de lo anterior, se ha sostenido: “*que es posible realizar proyectos u obras en parques nacionales y otras áreas protegidas [pese a que el art. III de la Convención de Washington prohíba la explotación comercial de aquéllos y exija, para su alteración o enajenación, la intervención de la autoridad legislativa]. Lo exigido, conforme al marco jurídico que rige a esas unidades o áreas, es que la calificación favorable de tales proyectos sea precedida de una rigurosa evaluación de parte de la autoridad ambiental*”²⁴⁹.

Pues bien ¿es admisible sostener —como en este caso ha señalado la Corte Suprema— que todo proyecto o actividad puede ser ejecutado en áreas protegidas, a condición de obtener una RCA? La respuesta debe ser negativa; y ello por una justificada razón de texto legal: la interpretación omite una pieza fundamental, a saber: la oración final del art. 10 letra p) LBGMA. Esta disposición establece el deber de evaluar ambientalmente las obras, programas o actividades

²⁴⁹ Sentencia de la Corte Suprema, caratulada: José Cisternas Lara con Comisión Regional del Medio Ambiente (Corema), Rol: 6397-2008.

“en los casos en que la legislación respectiva lo permita”²⁵⁰. Esta oración permite desprender algunas consecuencias:

- Primero, que las obras, programas o actividades descritas en el art. 10 LBGMA no pueden ser evaluadas ambientalmente (y menos aun autorizadas), salvo que la legislación respectiva —esto es, aquélla que regula a la tipología en concreto— permita usos de los elementos ambientales. En caso contrario, la legalidad interna de la RCA —dada la violación de ley—, resultará viciada (de nulidad), al amparar un contenido u objeto contrario al establecido por una disposición jerárquicamente superior.
- Y segundo, que la regla general en materia de espacios protegidos corresponde al modelo sin usos. Ello, debido a que la LBGMA constituye también el régimen supletorio de aquellos modelos que nada señalan al respecto. A partir de esta supletoriedad, la calificación *sin usos* deberá considerarse implícita, salvo que la legislación respectiva altere la regla y permita la ejecución de obras, programas o actividades en o en una localización próxima a dichos espacios.
- *Actividades evaluadas.* Ya anteriormente se señaló la principal característica del sometimiento al SEIA. Ella deriva de tratarse de un sistema cerrado de protección. Conforme a él, sólo se evalúan ambientalmente las actividades u obras descritas en el art. 10 LBGMA. Los restantes proyectos, pese a causar impacto ambiental, quedan exentos de evaluación y calificación.

Sin embargo, ¿es igualmente aplicable esta característica en materia de áreas protegidas? Como se ha señalado, el art. 10 letra p) LBGMA somete al SEIA la *“ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales (...) o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”*. Sin embargo, el sometimiento sufre variaciones en este ámbito. Y ello porque el tenor de la disposición es, simplemente, el de *“ejecución de obras, programas o actividades”*, sin precisar si el “proyecto” corresponde a aquellos señalados en el art. 10 o si, por el contrario, ha sido considerado en términos amplios, situación que rompería la estructura de lista cerrada.

Una interpretación restrictiva permitiría sostener que tales obras, programas o actividades son, precisamente, las del art. 10 LBGMA. Esto otorgaría mayor certeza al titular, entre otras razones, ya que a partir del marco regulador del espacio podría, primero, conocer la posibilidad de ejecutar un proyecto y, posteriormente, en virtud de la LBGMA, determinar si ese proyecto debe o no someterse al sistema. Sin embargo, esta interpretación cede ante otras razones:

- Primero, la interpretación literal, dado que del encabezado del art. 10 simplemente abre un sometimiento, el que vinculado con la letra p), referido a la técnica de áreas protegidas, omite toda relación a los restantes proyectos u obras descritos en el marco del SEIA;

²⁵⁰ Cfr. Eduardo Correa Martínez, *Ejecución de proyectos en áreas protegidas. ¿Cuánta protección y cuánto desarrollo?* *oc. cit.*, p. 219.

- En segundo lugar, debido a que las áreas protegidas se caracterizan, precisamente, por incorporar un régimen ambiental exorbitante, aplicable en enclaves territorialmente delimitados. Esta exorbitancia guarda armonía con la apertura del SEIA, que permite calificaciones ambientales de proyectos en estas áreas, logrando superar las críticas que plantea el modelo de lista cerrada para estos efectos.
- Y tercero, ya que interpretando las actividades conforme al listado del art. 10 LBGMA, la referencia a las áreas protegidas de la letra p) carecería de todo interés, pues tales actividades ya se encontrarían comprendidas en las restantes letras del listado, situación que tornaría ineficaz a la disposición.

Esta interpretación ha sido ratificada por parte de los tribunales. En este sentido y respecto de actividades admisibles en Santuarios de la Naturaleza, la Corte Suprema ha señalado que *“es posible advertir que en el caso de autos se verifica un obrar ilegal por parte del dueño de los terrenos que por medio de cierres pretende ejercer su dominio, sin someter la ejecución de las obras que busca efectuar en el campo dunar a una Evaluación de Impacto Ambiental”*²⁵¹. La apertura de la lista se origina, precisamente, porque tales cierres no han sido contemplados en el listado de actividades del art. 10 LBGMA, pero sí se trataba de una actividad realizada en un área protegida, lo que justificaba su sometimiento al SEIA²⁵².

Esta posición podrá criticarse argumentando la falta de certeza que supone la apertura de la ventanilla ambiental. En principio, inconciliable con su carácter marcadamente reglado. No obstante, la Administración se encuentra sujeta a límites. Ellos pueden considerarse positiva y negativamente:

- *Límites positivos*. Los proyectos sometidos al SEIA y ejecutados en áreas protegidas deben, efectivamente, ser *“susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases”*, conforme al art. 10 inc. 1º LBGMA. Esta susceptibilidad de alteración es lo que caracteriza el sometimiento en general al sistema, también respecto de áreas protegidas. Así, por ejemplo, deben excluirse determinadas actividades, tradicionalmente admitidas en espacios que no permiten aprovechamientos comerciales. Tal es la vertiente educativa y de investigación de los espacios protegidos. Asimismo, cabe concluir en iguales términos respecto de las actividades que producen un impacto ambiental favorable, sin perjuicio del conflicto de protección que puede implicar la noción, ante eventuales repercusiones desfavorables sobre otros componentes, inicialmente no considerados. En términos generales, cabe concluir que las actividades productoras de impactos ambien-

²⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema, Rol Nº 2138-12.

²⁵² En la práctica, la CONAF ha entendido que las actividades que se realicen en virtud de contratos de concesión turística y hotelera en parques nacionales no requiere de su sometimiento al SEIA. Así por ejemplo, en las Bases Técnicas de la licitación pública para la concesión de servicios turísticos en el Parque Nacional Laguna del Laja, de septiembre de 2013, se establece en su numeral 5.13 como obligación del concesionario que *“deberá aplicar las soluciones técnicas previamente acordadas con CONAF, para eliminar o mitigar los problemas de contaminación y en general, el impacto ambiental negativo que pueda ocasionar la operación de la concesión. Asimismo, deberá contemplar medidas de seguimiento ambiental, especialmente para prevenir contagios por virus Hanta, Rabia, etc.”* La descripción que efectúa la cláusula transcrita deja de manifiesto que en el parque nacional se producirán impactos ambientales, sin embargo, no menciona como obligación del concesionario la de someterse al SEIA.

tales necesariamente deberán someterse al SEIA, al ser desarrolladas dentro o en una localización próxima a estas áreas, por ejemplo, este es el caso de los paseos turísticos en lanchas realizados en el Parque Nacional Vicente Pérez Rosales.

- *Limites negativos.* No pueden quedar fuera del SEIA los proyectos o actividades descritos en el marco del modelo de lista cerrada del SEIA. En otros términos, las *obras, programas o actividades* referidas por el legislador no pueden ignorar el listado contemplado en el art. 10 LBGMA y desarrollado reglamentariamente en el marco del RSEIA. Estas son, precisamente, programas o actividades donde el legislador ha presumido ciertos impactos. Sin embargo, esta conclusión no es igualmente aplicable a todas las actividades listadas. Muchas de ellas superan con creces los impactos admisibles en áreas protegidas. Tal es el caso, por ejemplo, de las actividades relacionadas con reactores y establecimientos nucleares, como también del supuesto de aplicación masiva de productos químicos (art. 10 letras d) y q) LBGMA).

16.6.2 SEIA y clases de áreas protegidas

Corresponde analizar las relaciones que existen entre el SEIA y las clases áreas protegidas en concreto:

- *Áreas sin limitaciones.* Como ya se señaló, no suelen ser consideradas limitaciones válidas aquellas carentes de rango de ley, considerando el principio de reserva legal en materia de garantías constitucionales, afectadas en general por el régimen de espacios protegidos. Esto lleva a incorporar dentro de la categoría *sin limitaciones* aquellos espacios protegidos que no poseen regulación. La libertad para desarrollar actividades económicas puede llevar a concluir en igual sentido, respecto de espacios protegidos carentes de limitaciones expresas.

La vinculación que se produce en tales casos con el SEIA dependerá de la clase de área protegida. Por una parte, el SEIA reconoce legalmente y regula los tipos de espacios carentes de regulación, al incorporarlos en el listado del art. 10 letra p). Este es el caso de las áreas marinas y costeras protegidas de múltiples usos. Por otro lado, legaliza la protección de tipologías consagradas en instrumentos infralegales. Ello podría concluirse respecto de los sitios prioritarios para la conservación (art. 11 letra d) LBGMA).

Una situación particular se produce respecto de aquellos espacios que, consagrando una regulación legal, omiten referencias a limitaciones ambientales expresas. En este caso el SEIA opera como el Derecho común ambiental, fijando las limitaciones de las cuales, en principio, carece esta área. Esta interpretación se refuerza considerando que el listado en tales casos no es cerrado, sino abierto, como se ha señalado anteriormente, sin perjuicio de sujetarse a límites implícitos, positivos y negativos.

- *Sin usos.* La superposición del SEIA resulta especialmente problemática respecto de las tipologías de áreas protegidas sin usos. Se trata de espacios creados con anterioridad a la LBGMA, situación que podría importar una derogación tácita del régimen de exclusión de aprovechamientos. Esta regresión parece difícil de concretar respecto de fuentes de origen internacional, como los parques nacionales constituidos conforme a la Convención de Washington de 1940. Sin embargo, presenta mayores posibilidades de concreción respecto de fuentes de

origen interno, como los parques nacionales constituidos por fuentes diversas, y los parques marinos, conforme a la LGPA.

No obstante, en ambos casos, la contradicción es más bien aparente. La propia LBGMA señala que el sometimiento de una actividad, programa u obra procede *“en los casos en que la legislación respectiva lo permita”* (art. 10 letra p) LBGMA). Y ni la Convención de Washington²⁵³ ni la LGPA poseen disposiciones en este sentido, constituyendo la legislación respectiva de ambas tipologías. Ante ello, debe concluirse que estas figuras no admiten sometimiento a evaluación ambiental, ni menos el otorgamiento de autorizaciones en este sentido, por tratarse de actividades no sometibles al sistema conforme a su legislación respectiva, sea internacional o nacional.

- *De uso múltiple.* El ámbito propio de la evaluación de impacto ambiental supone un régimen de área protegida de uso múltiple. En caso que estos usos supongan alguno de los impactos limitados positiva y negativamente, resultará aplicable el régimen del SEIA. Todo lo que implicará un condicionamiento del uso, bajo condición de obtener una RCA favorable.

En efecto, en este supuesto el sometimiento cumple la finalidad propia del sistema, esto es, permitir la evaluación del uso, a fin de ser autorizado bajo parámetros ambientales. De este modo, no se altera la finalidad del instrumento, al suponer reconocimientos legales, o reglamentaciones, sino tan sólo el desarrollo legal de los supuestos de aprovechamientos admisibles por la tipología de espacio protegido en concreto. Ya se ha señalado, sin embargo, que no todas las actividades descritas en el art. 10 LBGMA pueden resultar admisibles en materia de áreas protegidas. Este listado ha sido consagrado de manera sectorial, por lo que cabe concluir que existirán exclusiones, si se considera que, territorialmente, estos espacios se encuentran sujetos a regímenes de protección ambiental más intensos que aquellos aplicables en la totalidad del territorio.

16.6.3 Vía de evaluación ambiental

Finalmente, uno de los problemas pendientes en materia de SEIA es determinar qué vía de evaluación resultará admisible, en la medida que el proyecto o la actividad sea de aquellas que, efectivamente, pueden ser ejecutadas en una tipología de espacio en concreto.

La letra d) del art. 11 de la LBGMA exige un EIA para los proyectos o actividades que presenten la característica o circunstancia de *“localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”*.

La incorporación de la preposición *en* (esto es: dentro de) por el artículo primero N° 8 de la Ley N° 20.417, que modifica el art. 11 letra d) LBGMA, ha alterado el panorama en favorables términos res-

²⁵³ Sin perjuicio del art. III inc. 2º, que dispone: *“los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque a par orden o bajo la vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas”*.

pecto de la restricción de usos en materia de áreas protegidas. De este modo, el legislador ha colmado el vacío legal anterior, consistente en omitir referencia alguna acerca del requisito de EIA para los proyectos o actividades ejecutadas al interior de las áreas protegidas. En este sentido, la regulación de la LBGMA (paradójicamente) limitaba su tipicidad —y por ende, la protección ambiental propia de la técnica— a una localización próxima a ellas.

Con anterioridad a la modificación introducida por la Ley N° 20.417, se pudo concluir que un proyecto, pese a ser ejecutado al interior del espacio protegido, podía ser evaluado ambientalmente a partir de una mera DIA. La excepción consistía en los proyectos o las actividades que generaban o presentaban a lo menos uno de los efectos, características o circunstancias que el RSEIA precisaba (en cuyo caso, se entendía requerir la elaboración de un EIA). Estos efectos se relacionaban con *“la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas protegidas o colocadas bajo protección oficial”* (art. 9 letra c) del antiguo RSEIA).

A partir de la modificación legal, puede concluirse que todo proyecto o actividad que se lleve a cabo en un área protegida deberá someterse al SEIA como un EIA. En consecuencia, las disposiciones reglamentarias sólo podrán definir lo que se entiende por localización “próxima” al área en cuestión. Y se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en forma próxima al área *“cuando éstas se encuentren el área de influencia del proyecto o actividad”* (art. 8 inc. 2° frase final RSEIA).

17. RÉGIMEN DE LAS ESPECIES PROTEGIDAS

17.1 Generalidades

Mantenimiento de la composición del aire y agua; fertilidad del suelo; estabilidad del clima; control de inundaciones y catástrofes en general; etc. etc. Pese a su desconocimiento cuantitativo, los servicios indirectos derivados del equilibrio ecológico proporcionado por las especies son múltiples. De aquí que, a pesar que su estudio pueda estimarse secundario en relación a los restantes instrumentos de gestión ambiental, las especies deben ser objeto de técnicas especiales de protección ambiental²⁵⁴. Y es que la permanencia misma del hombre sobre la tierra se encuentra ligada a la conservación de las especies, dada la imposibilidad de obtener beneficios indirectos similares a partir de fuentes diversas²⁵⁵. Desde este punto de vista, la defensa de los seres vivos, en general, es también la defensa de los seres humanos. Es por ello que en el Preámbulo de la Convenio sobre la Diversidad Biológica²⁵⁶ se comienza señalando que *“Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes”*.

²⁵⁴ En efecto, el desarrollo del Derecho ambiental se ha ligado principalmente a aspectos de degradación relacionados de manera directa con el ser humano, es decir, la contaminación. Los efectos indirectos de la pérdida de diversidad biológica no han sido considerados con igual intensidad. Se trata de un retardo del todo injustificado. Al menos si se considera que los principales ámbitos de la crisis ambiental se encuentran ligados estrechamente a los servicios ecosistémicos proporcionados por la diversidad biológica. Así, por ejemplo, hoy en día es claro que una pérdida entre el 41% y el 60% de biodiversidad tendría un efecto ambiental equivalente al de la pérdida parcial de la capa de ozono o los efectos derivados del cambio climático.

²⁵⁵ CONAMA. Especies Amenazadas de Chile: Protejámoslas y evitemos su extinción, Santiago, 2009, p. 13.

²⁵⁶ Convenio sobre Diversidad Biológica, Decreto Supremo N° 1963 de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Pese a ello, las amenazas actuales en este ámbito no tienen precedentes. Si bien el nacimiento y extinción de especies corresponde a un fenómeno natural²⁵⁷, nunca antes tantas de especies fueron extinguidas en tan corto tiempo²⁵⁸. Durante el siglo XX se ha destruido una cantidad similar a la de los dos mil años anteriores. Capturas indiscriminadas, sobreexplotación, contaminación, biopiratería, son algunos de los factores de su degradación más conocidos. Siguiendo la tendencia actual, un tercio de las especies estarán bajo amenaza para el año 2050²⁵⁹. Desde el punto de vista jurídico, esto ha justificado la intervención pública en esta arista de la protección ambiental, destinada a asegurar su identificación, seguimiento y conservación, tanto en el Derecho internacional como en el doméstico.

Las especies son uno de los componentes de la diversidad biológica, que a su vez se integra en la noción de naturaleza. La propia LBGMA se refiere expresamente a este nivel al definir la biodiversidad 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"* (art. 2 letra a) LBGMA). Por su parte, el concepto de especie protegida se incorpora en nociones directamente relacionadas con el aseguramiento de estos componentes. Así, se relaciona con el concepto de preservación de la naturaleza (art. 2 letra p) LBGMA), considerando que su mantención podrá impedir cualquier tipo de uso en relación a ella. Por su parte, pueden constituir componentes *"propios del país que sean únicos, escasos o representativos"*, formando parte de la noción de conservación del patrimonio ambiental, lo que enfatiza el deber de asegurar su capacidad de regeneración (art. 2 letra b) LBGMA).

En el ámbito nacional estas intervenciones se enmarcan en el deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza, pudiendo entenderse habilitantes para el establecimiento de restricciones específicas de derechos para proteger el medio ambiente (art. 19 N° 8 CPR). Sin embargo, la protección de las especies se realiza no solamente por el valor ambiental o científico que pueda tener la especie o elemento de la biodiversidad, sino también por razones espirituales, estéticas o culturales. Así por ejemplo, CITES permite incluir en su Apéndice III especies que a pesar de no estar amenazadas, tienen un lugar especial en la vida del país, por ejemplo si es emblemática para la nación.

17.2 Características de la protección en el marco de la LBGMA

La protección característica del Derecho ambiental se centra en el nivel de especies²⁶⁰, sin embargo, tanto en la LBGMA como en el Derecho ambiental, en general, sólo tutelan parcialmente este componente. Así, no se comprenden ni todas las especies ni todos los individuos pertenecientes a ellas.

²⁵⁷ Miguel Delibes De Castro, Biodiversidad y Calidad de Vida, en Revista de Documentación Administrativa N° 278, INAP, España, 2007, p. 200. *"Este hecho ha sido utilizado como argumento para justificar la inocuidad de la pérdida de especies, pues -se dice- lo natural es que desaparezcan y que otras las sustituyan. El problema, sin embargo, radica en el ritmo en que ocurre el fenómeno"*.

²⁵⁸ Corresponde a lo que se ha denominado la sexta extinción masiva de especies, que se desarrolla a una velocidad equivalente o inclusive superior a las cinco extinciones anteriores.

²⁵⁹ María Castillo Cadena y Julieta Castillo Cadena, Biodiversidad, en Principios básicos de contaminación ambiental (Luz María Solís Segura y Jerónimo Amado López Arriagada, editores), Ed. UNAM, 2003, México, p. 183.

²⁶⁰ Deben también considerarse las discrepancias que pueden existir al analizar el régimen de especies. El propio concepto de especie ha sido largamente debatido. En general, el enfoque se aborda desde la perspectiva de la especie en su sentido tradicional o clásico. Sin embargo, existen también otros conceptos de especies, como el filogenético o cladista. Conforme a este criterio, el número de especies se multiplicaría. En este sentido, Miguel Lizana y José Luis Viejo, La diversidad animal en España, en Revista Documentación Administrativa (N° 278), INAP, España, 2007, p. 40.

- *Exclusión de los individuos de las especies.* El Derecho ambiental descarta la tutela de los individuos pertenecientes a tales o cuales especies. De lo que se trata es de proteger los niveles taxonómicos superiores²⁶¹. Tales son los llamados *reinos* o, jurídicamente, *especies*, con independencia de su clase. Sólo en relación al reino animal se han consagrado disposiciones particulares para asegurar su integridad y bienestar individual. Esta protección *por* el animal es lo que se ha denominado *Derecho del bienestar animal*²⁶².

Normativamente, las disposiciones destinadas a asegurar este bienestar se encuentran fuera de la LBGMA y, en general, de los cuerpos ligados al llamado Derecho ambiental especial. Lo anterior, dado que el Derecho del bienestar animal, pese a recaer sobre una parcela de los componentes ambientales, los analiza y considera desde un enfoque diverso. De lo que se trata es de analizar la educación, investigación, experimentación, sacrificio y protección contra el maltrato, desde su perspectiva intrínseca (y no extrínseca, ligada a sus servicios) e individual (y no en relación a sus taxones, como ocurre con las técnicas de especies protegidas). La separación de ámbitos se hace más evidente si se considera que la protección ambiental pueda orientarse también en contra del animal²⁶³. Ello suele ocurrir frecuentemente en materia de seguridad alimentaria y riesgos. Hoy en día, algunos de aspectos del bienestar animal han sido regulados por la Ley N° 20.380, sobre protección animal.

- *Exclusión de las especies en general.* Determinado el nivel taxonómico en el que se aplican los instrumentos de protección, debe considerarse que su tutela es más bien excepcional. En efecto, los instrumentos de protección específicos del Derecho ambiental suelen recaer sobre determinadas especies. Se trata de una protección que, por lo general, incorpora tanto a los animales silvestres (expresión que excluye a los domésticos y domesticables, según el Código Civil) y a las especies vegetales no cultivadas.

²⁶¹ La taxonomía estudia la clasificación de los seres vivos. La mayor unidad taxonómica corresponde al *reino*. Existen cinco reinos, comprendiendo animales, plantas, hongos, bacterias y protozoos. Cada reino se subdivide en *ramas*, dentro de las cuales existen *clases*. Estas clases, a su vez, comprenden *familias*, en las cuales existen *géneros* y *especies*. Cada individuo se define por la incorporación a grupos, cada vez más restringidos. En términos legales, el art. 37 LBGMA comprende la clasificación de "*especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres*".

²⁶² Traducción más extendida de la expresión inglesa *animal welfare*.

²⁶³ En el ámbito de la seguridad alimentaria un conocido caso ha sido el de la encefalopatía espongiforme bovina, conocido comúnmente como "*el mal de las vacas locas*". Ello ha motivado sacrificios animales extendidos a nivel internacional por razones sanitarias. Son también razones ambientales y sanitarias las que motivan ordenanzas municipales que pretenden el sacrificio de animales errantes, en ejercicio de facultades de aseo y ornato. Puede también considerarse que, tradicionalmente, los componentes socioculturales suelen ampararse en mecanismos de protección ambiental, siendo que muchos de ellos pueden ser contrarios a la protección de animales. En tal sentido, es conocido el debate sobre la inscripción de corridas de toros en las listas de patrimonio cultural inmaterial de UNESCO. En fin, el Derecho ambiental contra el animal se manifiesta también en la propia definición de especie dañina conforme a la Ley N° 19.473, de Caza, si se considera que, para dicha calificación, son considerados también sus detrimentos en actividades económicas. Así de desprende del art. 2 letra g) que la define como la "*que por sus características o hábitos, naturales o adquiridos, está ocasionando perjuicios graves a alguna actividad humana realizada en conformidad a la ley*".

El Derecho del bienestar animal puede considerarse incluso una rama más desarrollada en algunos sectores, como en el ámbito de la protección penal. A diferencia de lo que ocurre en materia ambiental, el Código Penal reconoce un delito general de protección de la "*salud del animal*". Conforme a su art. 291 bis: "*El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de uno a diez ingresos mínimos mensuales o sólo a esta última*".

Por otro lado, cada una de estas especies sólo es protegida mediante esta técnica si enfrenta algún grado probable de amenaza de extinción. De aquí que la protección específica ambiental recaiga sólo en aquellas calificadas de *protegidas*, con independencia del reino al que pertenezcan. Esto es también una consecuencia del carácter antropocéntrico del Derecho ambiental, en la medida que lo pretendido es, particularmente, proteger la contribución ambiental que estas unidades proporcionan, bajo la forma de servicios indirectos.

El dispositivo para la protección de especies se completa con otras técnicas, como el de áreas protegidas (C.III, 16). Ambas configuran el llamado *Derecho para la protección de la naturaleza*. En el Derecho nacional, se trata de un ámbito caracterizado por su especial retardo²⁶⁴. La prueba más clara de ello es la demora en la puesta en práctica de sus dispositivos de protección, tanto a nivel normativo (v.gr.: evolución de normas secundarias de calidad ambiental, inventarios de especies y declaraciones de aquellas *protegidas*) como institucional (si se considera, por ejemplo, la inexistencia de organismos especializados inicialmente previstos, como el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas). Otro ejemplo representativo es la clasificación de especies protegidas conforme a la LBGMA. Ella fue prevista en 1994, junto a su entrada en vigor. Sin embargo, el Reglamento para la Clasificación de Especies sólo fue dictado once años más tarde (2005), desarrollándose los procesos clasificatorios sólo desde el año 2007.

Actualmente, la LBGMA incorpora dos técnicas relacionadas con esta clase de protección: el deber de inventariar especies (art. 38) y su clasificación según su estado de conservación (art. 37). Ambas serán analizadas a continuación.

17.2.1 Deberes generales de inventario

Chile posee una tasa relativamente baja de diversidad de especies. Sin embargo, su asilamiento característico ha permitido una evolución particular por parte de muchas de ellas²⁶⁵. Ello ha llevado a que un número importante de especies puedan considerarse "*propios del país (...) únicos, escasos o representativos*" (art. 2 letra b) LBGMA). De aquí la importancia de la fase de inventario, como etapa previa a la tramitación de procedimientos para la clasificación de especies. La recopilación de estos antecedentes constituye uno de los deberes en que se materializa el deber constitucional del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza (Ver C.II, 5.2.2). El art. 38 LBGMA dispone: "*El Ministerio del Medio Ambiente velará que los organismos competentes del Estado elaboren y mantengan actualizado un inventario de especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres y fiscalizarán las normas que imponen restricciones a su corte, captura, caza, comercio y transporte, con el objeto de adoptar las acciones y medias tendientes a conservar la diversidad biológica y preservar dichas especies*".

²⁶⁴ Y el retardo debe considerarse en relación a la situación de crisis que este componente ambiental enfrenta, fuera de otros aspectos contemporáneos que también deben considerarse. Así, en relación con su importancia actual, Miguel Lizana y José Luis Viejo, *La diversidad animal en España*, op. cit., p. 50: "*Pero.... ¿por qué nos preocupa tanto últimamente la biodiversidad? Probablemente porque las estamos perdiendo y esta pérdida nos afecta en una amplísima gama de aspectos, el primero de los cuales podría ser la biofilia (...) la innata inclinación, por una comprensible conexión, de los seres humanos hacia la naturaleza en general, y hacia otras formas de vida en particular. La creencia de que otras formas de vida merecen vivir (o sobrevivir) está en numerosas creencias y religiones*".

²⁶⁵ CONAMA, *Especies Amenazadas de Chile: Protejámoslas y evitemos su extinción*, op. cit., p. 13.

Pese a su simpleza aparente, la disposición supone una carga trascendente para los órganos de la Administración del Estado, al menos si se considera que, incluso científicamente, el número de elementos a inventariar es aún impreciso. Esto ejemplifica el difícil cumplimiento que las disposiciones de protección ambiental pueden suponer, no sólo desde un punto de visto cuantitativo²⁶⁶. Considerado desde este punto de vista, el análisis de la disposición debe reparar al menos en los siguientes aspectos:

- *Autoridad.* La competencia del Ministerio se define en términos de velar por la elaboración y actualización de inventarios, es decir, aunque resulte lógico, no es el Ministerio, sino los organismos sectoriales con competencias ambientales quienes deben desarrollar esta relación de especies. Esta información podrá ser posteriormente utilizada por el MMA, considerando su facultad de *“administrar y actualizar una base de datos sobre biodiversidad”* (art. 70 letra j) LBGMA). Sin embargo, junto con este deber se incorpora un segundo aspecto, relacionado con la fiscalización de *“las normas que imponen restricciones a su corte, captura, caza, comercio y transporte, con el objeto de adoptar las acciones y medias tendientes a conservar la diversidad biológica y preservar dichas especies”*. Desde este punto de vista, la disposición implica una atribución general de la potestad de fiscalización a todos los órganos con competencias ambientales en materia de biodiversidad. En consecuencia, esta norma opera como una suerte de cláusula de cierre en que todas las *normas que imponen restricciones a su corte, captura, caza, comercio y transporte* debe ser fiscalizada por tales órganos.
- *Fase previa a la clasificación de especies.* Las especies protegidas, al igual que las áreas protegidas, constituyen figuras declarativas, razón por la cual, previo a su declaración formal, son necesarias las labores de inventario y de determinación de estado de conservación. El inventario se determina mediante la elaboración de las listas referidas por el art. 38 LBGMA, mientras que coopera en la determinación de su estado de conservación la necesidad de actualizar dichas listas. Esta información es imprescindible para cualquier tipo de clasificación. Es por ello que estos aspectos deben ser considerados previamente, pese a haber sido consagrado en el art. 38 LBGMA, esto es, con posterioridad a la clasificación de especies según el art. 37 LBGMA.
- *Efectos jurídicos.* El inventario previsto por el art. 38 LBGMA consiste en un antecedente previo a la tramitación del procedimiento formal de declaración conforme a los arts. 14 y siguientes Reglamento para la Clasificación de Especies según estado de conservación, DS 29/2011 MMA (RCE). Sin embargo, sus consecuencias se agotan en el deber de actualización por parte de los organismos sectoriales o de fiscalización y adopción de acciones. No se determinan consecuencias jurídicas de otro tipo, ni restricciones específicas al ejercicio de derechos, al

²⁶⁶ En torno a la dificultad de cumplimiento cuantitativa, a partir de la actual densidad del Derecho ambiental, José García Marcos, Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental, en Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental - Núm. 12-13, Diciembre 2005: *“el tremendo acervo normativo existente puede suponer y de hecho supone una carga para el adecuado conocimiento de su contenido por parte del sujeto destinatario de la norma[2] y lo que es peor, puede implicar una despreocupación o falta de voluntad de las autoridades administrativas, al entender que carecen de recursos tanto humanos como materiales para hacer frente a la aplicabilidad a toda esa argamasa de disposiciones, pudiéndose generar una dejación de sus responsabilidades respecto al control efectivo sobre el cumplimiento y aplicación de la norma jurídica”*.

constituir sólo una relación de las especies respecto de las cuales podrán recaer, eventualmente, instrumentos especiales de protección ambiental.

17.2.2 Clasificación de especies

Como ya se ha señalado, el primer paso para la protección de especies consiste en su inventario. Determinada su relación, será posible seguir su estado de conservación. A partir de este seguimiento podrán clasificarse oficialmente. Para estos efectos, el art. 37 LBGMA dispone: *“El reglamento fijará el procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias.*

- *De conformidad a dichas clasificaciones el Ministerio del Medio Ambiente deberá aprobar planes de recuperación, conservación y gestión de dichas especies. El reglamento definirá el procedimiento de elaboración, el sistema de información pública y el contenido de cada uno de ellos”.*

A partir de esta disposición se desprende:

- Lo primero que debe considerarse es que no se trata de una clasificación puramente científica, sino jurídica, es decir, capaz de producir efectos normativos²⁶⁷. Así, si bien el listado de especies protegidas deberá fundarse en una base científica, permitirá restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos (art. 19 N° 8 inc. 3°). Ello se refleja claramente, pues el RCE constituye el antecedente directo para la elaboración de planes de recuperación, conservación y gestión, que permitirán medidas en este sentido.
- Junto a ello, debe también tenerse presente que no se trata de un mero listado, sino de una clasificación. En su desarrollo, la Administración debe actuar según al riesgo de extinción que experimentan las especies. De aquí que los efectos jurídicos deban ser proporcionados al riesgo y, por tanto, intensificarse conforme aumenten las probabilidades de extinción. De acuerdo con el principio precautorio, este riesgo no puede descartarse por la sola circunstancia que, respecto de una especie en concreto, no se posean o aparezcan datos científicos suficientes (C.I, 5.1), debiendo procederse a estimaciones o proyecciones a partir de aquellos datos que sí se registren.

El análisis pormenorizado de la disposición supondrá estudiar tanto la adopción de criterios clasificatorios, como los efectos jurídicos derivados de la clasificación.

17.2.3 Criterios clasificatorios

Las clasificaciones de especies han variado desde sistemas subjetivos a otros principalmente objetivos.

²⁶⁷ En oposición a los esfuerzos individuales de clasificación científica o aquellos institucionales, desprovistos de tales efectos, como los listados de libros rojos de conservación desarrollados por parte de CONAF (Vertebrados Terrestres de Chile y Libro Rojo de la Flora Terrestre de Chile, de 1988 y 1989).

Sólo a través de mediciones objetivas y estables puede asegurarse que las proyecciones son fundadas y equiparables y que, por tanto, la calificación de una especie como *protegida* o su desclasificación corresponde a una medida eficaz o no regresiva, según corresponda, para asegurar su conservación.

En este sentido, a diferencia de lo que sucedía originalmente, la remisión actual del art. 37 LBGMA no se refiere a un sistema de clasificación específico, ya que permite optar entre aquél establecido por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (en adelante, UICN) u otro organización internacional *"que dicte pautas en estas materias"*. La fórmula inicial del legislador era diversa. Ella integraba expresamente los criterios UICN de 1992, que continuó posteriormente el proceso de revisión clasificatorio, lo que llevó al desfase entre los criterios legales nacionales y aquellos seguidos por el organismo internacional. Esto motivó a que el Comité de Clasificación del Reglamento adaptara las listas, incorporando categorías internacionales dentro de aquellas contenidas en el ex art. 37 LBGMA²⁶⁸.

En el marco de la actual elección de criterios, la reglamentación administrativa optó finalmente por conservar la estabilidad de las pautas UICN, según su formulación actual (vigente al año 2012). Así, el art. 5 del Reglamento para la Clasificación de Especies dispone: *"Conforme a lo establecido en el artículo 37 de la ley N° 19.300, las categorías de conservación que serán utilizadas para la clasificación de plantas, algas, hongos y animales silvestres son las recomendadas por la UICN y corresponden a: Extinta, Extinta en Estado Silvestre, En Peligro Crítico, En Peligro, Vulnerable, Casi Amenazada, Preocupación Menor y Datos insuficientes"*. Esto se reitera en el art. 14 RCE, desde el punto de vista de los criterios de integración dentro de cada categoría, al disponerse: *"en el procedimiento de clasificación de especies silvestres, se emplearán, preferentemente, para efectos de definir la correspondiente categoría de conservación, los criterios de clasificación recomendados por la UICN"*.

Desde un punto de vista objetivo, la modificación integra en el ámbito doméstico clasificaciones realizadas por un organismo internacional. Ello, objetivamente, supone atribuir efectos jurídicos a categorías desarrolladas por entidades que, lógicamente, carecen de competencias normativas²⁶⁹. De este modo, la remisión es doblemente excepcional. Primero, debido a que se dirige al ámbito extranjero. Y segundo, porque este ámbito comprende el desarrollo de labores puramente científicas y no jurídicas. Así, la remisión del art. 37 LBGMA va más lejos que la de otras disposiciones, como la referencia a las normas de calidad ambiental vigentes *"en los Estados que señale el reglamento"*, conforme al art. 11 inciso final LBGMA.

Las categorías consideradas por el reglamento son las siguientes:

- *Extinta*: si no queda ninguna duda razonable de que el último individuo existente de dicha especie ha muerto (art. 6 RCE);
- *Extinta en Estado Silvestre*: si sólo sobrevive en cultivo, en cautividad o como población (o poblaciones) naturalizadas completamente fuera de su distribución original (art. 7 RCE);

²⁶⁸ Esta situación ha permanecido en el art. 30 RCE, como se verá posteriormente.

²⁶⁹ Sin embargo, la atribución de efectos jurídicos no opera de manera inmediata, en el sentido que, existiendo la posibilidad de elecciones, la reglamentación deberá optar por las categorías UICN o de otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias, situación que llevará a que las categorías aplicables, a diferencia de las originales de 1994, sean reglamentarias.

- *En Peligro Crítico*: si la mejor evidencia disponible indica que cumple con alguno de los criterios establecidos por la UICN para tal categoría y, por consiguiente, se considera que está enfrentando un riesgo extremadamente alto de extinción en estado silvestre (art. 8 RCE).
- *En Peligro*: si la mejor evidencia disponible indica que cumple con alguno de los criterios establecidos por la UICN para tal categoría y, por consiguiente, se considera que está enfrentando un riesgo muy alto de extinción en estado silvestre (art. 9 RCE).
- *Vulnerable*: si la mejor evidencia disponible indica que cumple con alguno de los criterios establecidos por la UICN para tal categoría y, por consiguiente, se considera que está enfrentando un riesgo alto de extinción en estado silvestre (art. 10 RCE).
- *Casi Amenazada*: si ha sido evaluada y no satisface, actualmente, los criterios para las categorías En Peligro Crítico, En Peligro o Vulnerable; pero está próximo a satisfacer los criterios de estos últimos, o posiblemente los satisfaga, en el futuro cercano (art. 11 RCE).
- *Preocupación Menor*: si, habiendo sido evaluada, no cumple ninguno de los criterios que definen las categorías de En Peligro Crítico, En Peligro, Vulnerable o Casi Amenazada (art. 12 RCE).

Conforme a los criterios UICN, cada nivel superior de clasificación debe cumplir los requisitos de los inferiores. Así, todas las especies clasificadas “*en peligro crítico*” cumplen los requisitos de “*en peligro*” y “*vulnerable*”. A su vez, muchas de las categorías (principalmente aquellas que pueden englobarse en el concepto de “*amenazadas*”, es decir, tanto aquellas en peligro crítico, en peligro y vulnerables, como también las casi amenazadas) suponen valorar criterios que no han sido incorporados en la reglamentación clasificatoria (ni tampoco remitidos por la LBGMA, dado que su remisión se agota en categorías, mas no en criterios aplicados por el organismo para integrar una especie dentro de una categoría en concreto). En rigor, el art. 14 RCE sólo se refiere a una aplicación *preferente* de estos criterios, cuestión que plantea el problema de determinar qué otros criterios pueden utilizarse y si, eventualmente, una combinación puede ser admisible, considerando la estabilidad que requieren estos sistemas²⁷⁰.

17.2.4 Datos insuficientes y supuesto de no evaluación

Junto a las categorías de clasificación UICN, el Reglamento para la Clasificación de Especies incorpora también otros supuestos. Tal es el caso de los *datos insuficientes*. Asimismo, debe considerarse que la no evaluación puede fundarse también en razones diversas a la insuficiencia de datos, aspecto que no ha sido considerado por el reglamento.

- *Datos insuficientes*. El art. 13 RCE incorpora un nivel que, en rigor, no corresponde a una categoría UICN. Tal es el del supuesto de *datos insuficientes*, esto es, aquel aplicable en el evento

²⁷⁰ Cabe considerar que la no clasificación de una especie anteriormente clasificada no supondrá la aplicación de la regla de *ley posterior*. Así lo dispone el art. 30 inc. 3º RCE al señalar: “La no clasificación de una especie en el marco del procedimiento establecido en el presente decreto implicará la permanencia de la o las referidas especies silvestres en la categoría de conservación en que se encontraban antes del inicio del proceso de clasificación, incluyendo la asignada en forma previa por cualquier otro organismo o publicación”. Dicha disposición tiene lógica, porque la aplicación de las normas sobre vigencia temporal de la ley hubiese implicado la pérdida de la categoría de la especie.

en que no hay información adecuada para hacer una evaluación del riesgo de extinción. La aplicación de este supuesto indica que no se ha evaluado el riesgo²⁷¹. Por ello, las especies incorporadas en este listado no deben ser consideradas fuera de peligro. Como se ha señalado, el principio precautorio requiere la aplicación de métodos de estimación, inferencia y proyección. *“Los patrones sospechados o inferidos del pasado, presente o futuro cercano pueden basarse en cualquiera de una serie de factores conexos que deben ser especificados como parte de la documentación”*²⁷².

- *Supuesto de no evaluación.* Cabe también mencionar el supuesto *no evaluado*, incorporado en la metodología UICN, pese a no haber sido consagrado a nivel reglamentario de manera independiente. En efecto, el reglamento no aborda la hipótesis de no evaluación, sino en la medida que se presente el supuesto de datos insuficientes. Sin embargo, ambas categorías no se asimilan. El supuesto de no evaluación, pura y simple, consiste en una hipótesis diferente, debido a que su justificación viene dada, precisamente, por originarse bajo una fundamentación distinta a la sola insuficiencia de los datos recolectados.

17.2.5 Incorporación de otros criterios clasificatorios

La regulación que hace el RCE de las categorías del art. 37 LBGMA se podría cuestionar, en la medida que permite incorporar parámetros diversos a los establecidos por parte del legislador de bases. Así lo dispone expresamente el art. 4 RCE al señalar: *“La clasificación de especies de flora o fauna silvestres según su estado de conservación considerará la situación de las especies a nivel nacional. No obstante, en caso de estimarse necesario y a propuesta del Comité de Clasificación, se podrá establecer una clasificación distinta para una o más regiones del país, o aplicar el procedimiento de clasificación a niveles taxonómicos distintos del de especie”*.

Tanto el criterio de oportunidad (*“en caso de estimarse necesario”*), como la discriminación geográfica (al poder establecerse *“una clasificación distinta para una o más regiones del país”*) e incluso la posibilidad de incorporar niveles distintos al de las especies (lo que es cuestionable, legítimamente, considerando que el apoderamiento es realizado *“para la clasificación de especies”*) pueden interpretarse como factores de incerteza, al menos considerando la objetividad requerida para las labores de clasificación, así como su estabilidad. Esta crítica es también aplicable al art. 14 inc. 2º RCE que, luego de incorporar los criterios UICN, señala: *“en caso de que tales criterios resulten inaplicables o improcedentes respecto de alguna de las especies silvestres involucradas en un proceso de clasificación, el Comité, manteniendo la correspondiente categoría de conservación, podrá adoptar subsidiariamente, criterios de clasificación específicos desarrollados y validados por otros organismos reconocidos internacionalmente que dicten pautas en la materia”*. Todo ello pugna contra la estabilidad y, por cierto, las opciones (disyuntivas y no complementarias) de categorías remitidas por el art. 37 LBGMA, aspecto que debe ser considerado desde la perspectiva de la legalidad de los procesos que impliquen la aplicación de una u otra disposición reglamentaria.

²⁷¹ UICN, *Categorías y criterios de la lista roja* (versión 3.1), 2ª edición, UICN, Ginebra, 2012, p. 7.

²⁷² UICN, *Categorías y criterios de la lista roja*, op. cit., p. 6.

17.3 Efectos

La clasificación de especies conforme al art. 37 LBGMA es jurídica y, por tanto, produce efectos en este sentido. Ellos pueden clasificarse en especiales e incidentales, según se generen *ad hoc* o por rebote, en aplicación de otros dispositivos de protección.

17.3.1 Consecuencias especiales según la clasificación

Elas se derivan del inciso 2º del art. 37 LBGMA, que señala: *“De conformidad a dichas clasificaciones el Ministerio del Medio Ambiente deberá aprobar planes de recuperación, conservación y gestión de dichas especies”*.

Las reglas aplicables para la elaboración de estos planes no han sido consagradas en otras disposiciones de la LBGMA y tampoco se contemplan en el RCE, que agota su regulación en las categorías y el procedimiento de clasificación. De aquí que las consecuencias especiales carezcan de una reglamentación general aplicable a los diferentes planes de recuperación, conservación y gestión. Ello limita en gran medida los esfuerzos clasificatorios, razón por la cual debe estimarse la importancia que otros efectos poseen, como los incidentales o indirectos.

Sin perjuicio de ello, debe considerarse que el art. 42 LBGMA dispone: *“El Ministerio del Medio Ambiente conjuntamente con el organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, cuando corresponda, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación”*.

Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

- a) *Mantenimiento de caudales de aguas y conservación de suelos;*
- b) *Mantenimiento del valor paisajístico, y*
- c) *Protección de especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37”*.

La pregunta es, entonces, si los planes de recuperación, conservación y gestión, conforme al art. 37 inc. 2º LBGMA, deben entenderse independientes o no de los llamados planes de manejo, conforme al art. 42 LBGMA, que a diferencia de aquellos consideran variables de suelo, agua y de paisajes, estando dotados por tanto de una vocación más amplia y con un enfoque en el aprovechamiento sustentable de los elementos que comprende. La independencia de planes debe llevar a la inaplicabilidad en materia de planes de especies del inciso final del art. 42 LBGMA, que permite exonerar al titular de un proyecto sujeto al SEIA de cumplir tales planes de manejo, lo que no parece adecuado, si se considera que ellos son jurídicamente reglamentos y, en cuanto a tales, no pueden entenderse derogados por singularidad.

17.3.2 Consecuencias incidentales de la clasificación

Las consecuencias incidentales de la clasificación de especies son aquellas contenidas más allá de la elaboración especial de planes de recuperación, conservación y gestión, conforme al art. 37 LBGMA. Ellas se consagran en la propia LBGMA y, eventualmente, podrían derivar de la aplicación de otros

cuerpos legales, sin perjuicio de los problemas de coordinación que existen entre las técnicas básicas y sectoriales, como se verá a continuación.

En el marco de la LBGMA

La clasificación de especies efectuada conforme al art. 37 LBGMA genera efectos en otros instrumentos de protección ambiental. Tal es el caso del SEIA, si se considera que, según la categoría en cuestión, podrá constatarse una afectación razonable de la *"cantidad de recursos naturales renovables"*, situación que modificará la vía de evaluación en principio aplicable, en los términos del art. 11 letra b) LBGMA. En consecuencia, un proyecto o actividad deberá someterse como EIA atendiendo a la cantidad de recursos naturales renovables respecto de los que se generan efectos adversos significativos. Se considerará que eso es así tomando en cuenta la biodiversidad *"así como la presencia y abundancia de especies silvestres en estado de conservación o la existencia de un plan de recuperación conservación y gestión de dichas especies, de conformidad a lo señalado en el artículo 37 de la Ley"* (art. 6 inc. 3º letra b) RSEIA).

Una mención en particular requiere el art. 41 LBGMA, referido a los criterios de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables como efecto incidental. Conforme a esta disposición, este uso y aprovechamiento *"se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37"*. Pese a tratarse de una disposición protectora, cabe considerar si ella permite medidas de protección excluyentes de usos, destinadas a *mantener* las categorías protegidas, considerando que la disposición parte de un supuesto aprovechamiento, remitiéndose a la generalidad de las clasificaciones, independiente de su nivel de riesgo, lo que podría extenderse incluso a aquellas consideradas en peligro crítico.

Respecto de otros cuerpos legales

La clasificación conforme al art. 37 no corresponde a la única realizada en función del riesgo de extinción de especies. Junto a ella, otros cuerpos sectoriales como la Ley Nº 19.473, de Caza, o la Ley Nº 20.283, de Bosque Nativo contemplan clasificaciones especiales, dotadas de efectos jurídicos independientes. Cabe entonces preguntarse si la clasificación conforme las categorías del art. 37 LBGMA pueden suponer la aplicación de tales efectos, según afecten especies animales o vegetales, respectivamente, o si bien ellas deben estimarse de manera independientes. La falta de armonía de la regulación llevará la mayor parte de las veces al segundo de estos supuestos, al menos si consideramos las disposiciones aplicables en tales casos²⁷³:

²⁷³ Eventualmente, la interpretación podría llevar incluso a una desaparición de los efectos sectoriales. Al menos si se considera el art. 30 inc. 2º RCE, que dispone: *"La categoría de conservación asignada a cada especie en el referido decreto, dejará sin efecto cualquier otra categoría de conservación asignada en forma previa por cualquier otro organismo o publicación"*. Lógicamente, una interpretación en este sentido debe descartarse, si no es por razones de texto, por la jerarquía reglamentaria de la disposición aplicable, que supera con creces cualquier apoderamiento de reglamentación de ejecución y que, en los hechos, llevaría a privar de efectos a la generalidad de la represión administrativa y penal en el ámbito de los recursos naturales, consagrada (necesariamente) mediante disposiciones independientes dotadas de rango de ley, en aplicación del aforismo *"nulla poena sine lege"* (art. 19 Nº 3 inc. 8º CPR).

- *Ley Nº 19.473, de Caza.* La ley define el concepto de especie protegida en términos amplios, esto es, como *“todas las especies de vertebrados e invertebrados de la fauna silvestre que sean objeto de medidas de preservación”* (art. 2 letra f). Los efectos derivados de la clasificación son diversos. Comprenden deberes de declaración del individuo perteneciente a la categoría protegida (art. 1º transitorio), sistemas de acreditación de la legítima procedencia (art. 22), tipificaciones infraccionarias, régimen de sanciones administrativas y penales (art. 29 y 30), comisos de armas y de animales (arts. 35 y 36), así como medidas para asegurar la sostenibilidad de la especie una vez desclasificada (art. 27).

Sin embargo, las medidas de protección requieren clasificar a las especies dentro de alguna de las categorías señaladas por sus disposiciones. Conforme a su art. 3, ellas comprenden, entre otras, las especies en peligro de extinción, vulnerables, raras y escasamente conocidas, todas las cuales se definen expresamente. Siguiendo lo anterior, incluso la ocupación o el apoderamiento de animales clasificados conforme al art. 37 LBGMA podría entenderse admitido en los términos del art. 606 del Código Civil, en la medida que su adquisición no hubiera sido prohibida por otras disposiciones. En efecto, la sola integración de una especie dentro RCE conforme al art. 37 LBGMA no puede considerarse una prohibición, dada la ausencia de disposiciones legales que precisen los efectos jurídicos directos derivados de ella, más allá de la elaboración de planes. Una prohibición en este sentido sí se encuentra presente en otros cuerpos legales, como el propio art. 38 de la Ley Nº 19.473²⁷⁴.

- *Ley Nº 20.283, de Bosque Nativo.* La incompatibilidad de criterios entre la legislación de bases y la sectorial es también el caso de la Ley Nº 20.283. Pese a haber considerado una remisión al art. 37 LBGMA en su art. 19, la legislación del bosque nativo no fue modificada junto a la modificación del art. 37 LBGMA por la Ley Nº 20.417. Ello ha llevado a que actualmente esta regulación consagre criterios dispares a aquellos incorporados por parte la Ley Nº 19.300. Ello puede desprenderse de la lectura de su remisión, que dispone: *“prohibese la corta, eliminación, destrucción o descepa de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas, de conformidad con el artículo 37 de la ley Nº 19.300 y su reglamento, en las categorías de en peligro de extinción, vulnerables, raras, insuficientemente conocidas o fuera de peligro, que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat”*.

Las categorías incorporadas por la ley del bosque nativo corresponden a la clasificación original de la LBGMA, incorporadas conforme al criterio clasificatorio UICN de 1992. Sin embargo, como se ha visto, actualmente las categorías son diversas. En rigor, ninguna de las clases de especies señaladas por la Ley Nº 20.283 se encuentran vigentes conforme al art. 37 LBGMA, todo lo cual impide interpretar con certeza si la *“corta, eliminación, destrucción o descepa de individuos de las especies vegetales”*.

Sólo una interpretación conforme al artículo segundo transitorio del RCE podría permitir salvar la in-

²⁷⁴ La equiparación de efectos sectoriales con aquellos derivados de la LBGMA requerirá su integración dentro de los planes de manejo que deberán elaborarse conforme al inciso final de su art. 37. Sin embargo, se impedirá la aplicación de los efectos represivos, dada la naturaleza reglamentaria que estos planes poseen, considerando la falta de apoderamiento legal para una tipificación en este sentido mediante el ejercicio de potestades reglamentarias.

eficacia actual de las disposiciones de la Ley N° 19.473, de Caza y de la Ley N° 20.283, sobre el Bosque Nativo. Conforme a esta disposición transitoria: *"cuando otras normas hagan referencias a categorías distintas de las actuales, se entenderá que las actuales categorías 'En Peligro Crítico' y 'En Peligro' son asimilables a la anterior categoría denominada 'En Peligro de Extinción', mientras que la actual categoría 'Vulnerable' es asimilable a la anterior de igual nombre"*. Sin embargo, incluso esta interpretación no puede considerarse ausente de vacíos, en la medida que según la referida disposición transitoria: *"Las anteriores categorías 'Insuficientemente Conocida', 'Rara' y 'Fuera de Peligro' no poseen equivalencia directa con ninguna de las nuevas categorías"*. Esta inexistencia en la equivalencia lleva a que la protección de estas tres categorías deba entenderse derogada. La disposición transitoria es por tanto una excepción al propio criterio de estabilidad de contenido en el art. 30 Inc. 2° RCE, que dispone: *"La no clasificación de una especie en el marco del procedimiento establecido en el presente decreto implicará la permanencia de la o las referidas especies silvestres en la categoría de conservación en que se encontraban antes del inicio del proceso de clasificación, incluyendo la asignada en forma previa por cualquier otro organismo o publicación"*.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudo González, Jorge, El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental, Ed. Montecorvo, Madrid, 2004.
- Álvarez García, Vicente, La normalización industrial, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- Astorga Jorquera, Eduardo, Derecho ambiental chileno: parte general, tercera edición, LegalPublishing, Santiago, 2012, p. XII.
- Astorga Jorquera, Eduardo, Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Ambiental Estratégica en los modelos latinoamericanos, en: Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Panamá, 2010.
- Bell, Stuart y McGillivray, Donald, Environmental Law, Oxford University Press, 6ª edición, Oxford, 2006.
- Bell, Stuart, Environmental Law, Blackstone Press, 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, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 2004, Vol. XVI.
- Bermúdez Soto, Jorge y Hervé Espejo, Dominique, La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas, en Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2013.
- Bermúdez Soto, Jorge, Código de Medio Ambiente, Ed. LexisNexis, Santiago, 2007.
- Bermúdez Soto, Jorge, Función y tipología del procedimiento administrativo, en "Acto y Procedimiento Administrativo", Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Ed. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.
- 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, Principios e Instrumentos de gestión ambiental introducidos por el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, en RCHD Vol. 29 N° 2.
- Bettina Bock, Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, Ed. Duncker & Humblot, Berlin 1989.
- Böhm, Monika, Der Normmensch: 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.
- Buckley, Ralf, Strategic environmental assessment of policies and plans: legislation and implementation, Impact Assessment and Project Appraisal, Beech Tree Publishing, 18 (3), Reino Unido, 2000.
- Castillo Cadena, María y Castillo Cadena, Julieta, Biodiversidad, en Principios básicos de contami-

- nación ambiental (Luz María Solís Segura y Jerónimo Amado López Arriagada, editores), Ed. UNAM, 2003, México.
- Castro, Pablo; Vera, Jeanette; Cifuentes, Luis; Wellenius, Gregory; Verdejo, Hugo; Sepúlveda, Luis; Vukasovic, José Luis; y Llevaneras, Silvana, Polución por material particulado fino (PM 2,5) incrementa las hospitalizaciones por insuficiencia cardíaca, en *Revista Chilena de Cardiología*, Vol N° 29 N° 3, 2010.
- Celaya Bastidas, Rodolfo, Naturaleza Jurídica del Permiso de Emisión Transable, *RCHD* Vol. 29 N° 2 2002.
- Celedón, Carmen y Orellana, Renato, Gobernancia y participación ciudadana en la reforma de salud en Chile, ponencia presentada en el Tercer Foro Interamericano Subregional de Liderazgo en Salud, s.l., 2003.
- Chávez Fica, Romina y Soto López, Ignacio, Efectos sinérgicos y acumulativos de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: reconocimiento legal y propuesta para una adecuada aplicación, en *Derecho ambiental en Tiempos de Reforma*, Actas de las V Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Cifuentes, Luis Abdón, Informe sobre relación de la norma de calidad primaria MP2,5 con la norma de calidad primaria de MP 10, s/n, Santiago, 2010.
- Clark, Brian D., Alcances y objetivos de la evaluación ambiental estratégica, *Revista de Estudios Públicos*, 65, Santiago, 1997.
- Comisión Nacional del Medio Ambiente – Centro de Estudios del Desarrollo. Marco conceptual para la implementación de la EAE en Chile, Informe Final, 2010.
- CONAMA, Especies Amenazadas de Chile: Protejámoslas y evitemos su extinción, Santiago,
- Cordero Quinzacara, Eduardo, El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria, en *RDUCV*, N° 32, junio de 2009.
- Cordero Quinzacara, Eduardo, Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras, en *RDUCV*, XXXVI, primer semestre 2011.
- Correa Martínez, Eduardo, Ejecución de proyectos en áreas protegidas. ¿Cuánta protección y cuánto desarrollo? IV Jornadas de Derecho Ambiental, *Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho*, LexisNexis, Santiago, 2008.
- De Boer, Joop y Kuik, Onno, The Logic of Sustainability Labels: their functions for stakeholders and their role in markets, en *Sustainability, Labelling and Certification*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004.
- De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional Sistema de Fuentes*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1995.
- Delibes, De Castro, Miguel, Biodiversidad y Calidad de Vida, en *Revista de Documentación Administrativa* N° 278, INAP, España, 2007.
- Epiney, Astrid, Emissionshandel in der EU, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, N° 9 2002, p. 579.
- Eser, Albin, Derecho Ecológico, *Revista de Derecho Público (España)*, N° 100-101, julio-diciembre de 1985.
- Feldhaus, Gerhard, Integriertes Anlagenzulassungsrecht materiell- und verfahrensrechtliche Anforderungen nach neuem Recht, en *Zeitschrift für Umweltrecht*, 2002.

- Fernández Bitterlich, Pedro, *Manual de Derecho ambiental chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- Firestone, Jeremy y Barber, Robert, *Fish as Pollutants: Limitation and Crosscurrents in Law, Science, Management and Policy*, *Washington Law Review*, Vol. 78, 2003.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, Ed. Civitas 7ª edición Madrid 1995.
- García Marcos, José, *Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental*, en *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental* – Nº 12-13, Diciembre 2005.
- García Marín, Julio y Püschel Hoeneisen, Lorna, *Modificaciones procedimentales al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental desde la óptica de la información necesaria para la evaluación ambiental*, en *Derecho ambiental en tiempos de reforma*, *Actas de las V Jornadas de Derecho ambiental*, LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Glowka, Lyle, et. al., *Guía del CDB*, 1ª Edición, Cambridge, UICN, 1996.
- González de Asís, María, *Participación Cívica en la Gobernabilidad Local*, s.l., 2002.
- Guerrero Bécar, José Luis, *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.
- Guiloff, Matías; Hervé, Dominique et. al., *Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Antecedentes y Fundamentos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010.
- Guzmán Rosen, Rodrigo, *Derecho Ambiental Chileno: Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión*, Ed. Planeta Sustentable, Santiago, 2012.
- Hendler, Reinhard, *Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis*, en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1998.
- Hervé Espejo, Dominique, *Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica*, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, XXIII, año 2010, Nº 1.
- Hoppe, Werner; Beckmann, Martin; Kauch, Petra, *Umweltrecht*, 2ª edición, Ed. Beck, Munich, 2000.
- Jänicke, Martin, *Umweltpolitik*, Ed. Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2000.
- Jarass, Hans, *Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar*, Ed. Beck, 3ª edición, Munich 1995.
- Kloepfer, Michael, *Umweltrecht*, 3ª edición, Ed. Beck, Munich 2004.
- Kloepfer, Michael, *Verfassungsrecht Band II*, Ed. Beck, Munich, 2010.
- Koch, Hans-Joachim, *Umweltrecht*, Ed. Luchterland, 2002.
- Lavín, Julio, *Legislación Restrictiva de Derechos y Libertades para proteger el medio ambiente*, en *RCHD Vol. 25 N° 1*, 1998.
- Lazarus, Richard, *The making of environmental law*, The University of Chicago Press, 2004.
- Lazo Vitoria, Ximena, *La evaluación ambiental estratégica de planes y programas en el Reino Unido y su aplicación al planeamiento urbanístico*, en *Revista de Administración Pública*, Nº 175, enero-abril 2008.

- Loperena Rota, Demetrio, Los principios del Derecho ambiental, IVAP Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Ed. Civitas, Madrid, 1998.
- Louka, Elli International Environmental Law, fairness, effectiveness and World Order, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Lozano Cutanda, Blanca, Derecho Ambiental Administrativo, Ed. Dykinson, 9ª edición, Madrid, 2008.
- Meyerholt, Ulrich, Umweltrecht, Ed. Bis-Verlag Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, 3ª edición, Oldenburg, 2010.
- Miguel Lizana y José Luis Viejo, La diversidad animal en España, en Revista Documentación Administrativa (Nº 278), INAP, España, 2007.
- Mirosevic Verdugo, Camilo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las modificaciones introducidas por la Ley Nº 20.417, RDPUCV XXXVI (1), Valparaíso, 2011.
- Mirosevic Verdugo, Camilo, Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico, Ed. Librotecnia, Santiago, 2013.
- Mora Ruiz, Manuela, La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, Ed. Lex Nova, España, 2007.
- Moreno Molina, Ángel Manuel, Derecho comunitario del medio ambiente, marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Niño Parada, Eduardo, La vigencia del principio de subsidiariedad del Estado, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2006.
- Nursey-Bary, Melissa y Rist, Phillip, Co-management and protected area management: Achieving effective management of a contested site, lessons from the Great Barrier Reef World Heritage Area (GBRWHA), en Marine Policy, 33 (2009) 1.
- OCDE, The Economics of Climate Change Mitigation: Policies and Options for Global Action Beyond 2012, París, 2009.
- OCDE/CEPAL, Evaluaciones de Desempeño Ambiental, Chile 2005.
- Ortiz García, Mercedes, La Conservación de la Biodiversidad Marina: las Áreas Marinas Protegidas, Ed. Ecorama, Granada, 2002.
- Oyarzún, María Teresa, Sellos de Calidad en Productos Alimenticios Agroindustriales, FODEPAL-FAO, 2005.
- Palacios, Milagros y Chávez, Carlos, Programa de Compensación de Emisiones, Evaluación del diseño de fiscalización y su cumplimiento, en Estudios Públicos, Nº 88 año 2002.
- Pérez Errázuriz, Clemente, Permisos de Emisión Transables y el control de la contaminación atmosférica en Santiago, Revista de Derecho Administrativo Económico, PUC, Vol. II Nº 2 2000.
- Pérez Errázuriz, Clemente, Reforma de la Institucionalidad Ambiental y la Evaluación Ambiental Estratégica, en Derecho Ambiental en Tiempos de Reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Pizarro, Rodrigo y Vasconi, Paola, Estudios Fundación Terram, Análisis de Políticas Públicas Nº 3, Septiembre 2001.

- Praus García, Sergio, Algunos principios y criterios para modernizar la gestión ambiental del bicentenario, Actas de las III Jornadas de Derecho Ambiental, Ed. LOM, Santiago 2007.
- Püschel Hoeneisen, Lorna, Deberes constitucionales estatales en materia ambiental, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Ramírez Sfeir, Daniella, Algunas reflexiones sobre la incorporación de la evaluación ambiental estratégica en el ejercicio de la función pública, en Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010.
- Ramsauer, Ulrich, Allgemeines Umweltverwaltungsrecht, en Umweltrecht, Hans Joachim Koch editor, Ed. Vahlen, Munich, 2010.
- Rodríguez Garavito, César; Morris, Meghan (directores); Orduz Salinas, Natalia; y Buriticá, Paula, La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional, en Justicia Global 2, Universidad de los Andes, Colombia, Facultad de Derecho Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Noviembre, 2010.
- Sands, Philippe, Principles of International Environmental Law, 2ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano, Derecho Administrativo, La jurisprudencia del Tribunal supremo, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- Schmehl, Arndt, Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt zwischen Stabilität und Flexibilität, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998.
- Schmehl, Arndt, Umweltverteilungsgerechtigkeit, Probleme und Prinzipien einer gerechten räumlichen Zuordnung von Umweltqualität und Umweltnutzungsoptionen, en Reinhard Hendler / Peter Marburger / Michael Reinhardt / Meinhard Schröder, editores, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2005, Berlín.
- Schmidt, Michael; Rütz, Nicole; y Bier, Sascha, Umsetzungsfragen bei der strategischen Umweltprüfung (SUP) in nationales Recht, en Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 6, 2002.
- Schmidt, Reiner y Kahl, Wolfgang, Umweltrecht, Ed. Beck, 8ª edición, Munich, 2010.
- Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996.
- Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Participación Ciudadana en la Gestión de Gobiernos Regionales y Municipios: Diagnostico Situación Actual, Santiago, 2004.
- Van der Grijp, Nicolien y Brander, Luke, Multi-Sector and Sector-Specific Schemes, en Sustainability, Labelling and Certification, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004.
- Velasco Caballero, Francisco, Las cláusulas accesorias del acto administrativo, Ed. Tecnos, Madrid 1996.
- Wagner Pfeifer, Beatrice, Umweltrecht I, Ed. Schulthess, Zürich, 1999.
- Yaksic Beckdorf, Thomas, La justicia ambiental en los planes de descontaminación, en Jorge Bermudez Soto y Dominique Hervé Espejo (editores), Justicia Ambiental, Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero, Ed. LOM, Santiago, 2013.



Capítulo Cuarto

RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL

1. MARCO NORMATIVO

Uno de los 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 ambiental¹.

El Título I sobre “*Disposiciones Generales*” de la LBGMA en su art. 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 1° sobre “*Daño Ambiental*”, comienza declarando en el art. 51 inc. 1°, 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 trasvasa al Derecho ambiental chileno, por primera vez y con ciertos matices, el principio de reparación integral —propio del Derecho civil—, principio que ordena el resarcimiento de todo daño causado². En efecto, hasta antes de la entrada en vigor de la LBGMA,

¹ Sobre el mismo 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. RDPUCV, N° XX, pp. 243-270; La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental, RDPUCV 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.

² *Alvaro Vidal Olivares*, Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley 19.300, RDPUCV XXIV (2), Valparaíso,

el legislador ignoraba los daños causados al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, debido a la inexistencia de acciones ambientales que legitimaran para demandar la reparación del daño ambiental. La responsabilidad del Derecho común sólo alcanzaba al daño civil, es decir, a los efectos patrimoniales y morales derivados del daño ambiental³.

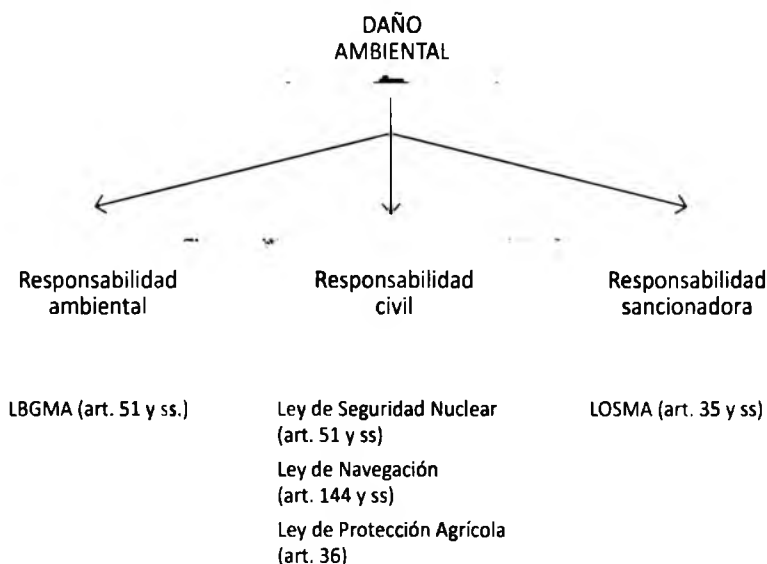
Se debe destacar este extremo porque lo que se regula en el Título III de la LBGMA, que comienza con el art. 51, es precisamente el sistema general de responsabilidad por el daño ambiental. Es decir, en él se contempla todo un sistema normativo, específicamente dirigido a regular la forma en que se responderá 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 ambientales, a través de una acción diseñada a este efecto.

La naturaleza general de la acción ambiental en estudio permitiría concluir –al menos teóricamente– que existirían otras acciones ambientales de carácter especial, las que la LBGMA dejaría subsistentes. Como veremos y pese a que la afirmación sea más teórica que real, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales tendrían preeminencia sobre la acción genérica contenida en la LBGMA. Así lo dispone el art. 51 inc. 2°: *“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 será 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 art. 144 del DL N° 2.222 de 1978 ley de navegación; la responsabilidad objetiva por el daño nuclear, art. 49 de la ley N° 18.302 de seguridad nuclear. A los que se agrega el caso del art. 36 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, resulta cuestionable que en estos casos estemos ante 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 trata de una responsabilidad civil extracontractual nacida a partir de un daño ambiental. Así las cosas, la responsabilidad de las normas citadas es especial respecto de la responsabilidad civil extracontractual del Código Civil, pero no desplaza a la responsabilidad por el daño ambiental de la LBGMA. 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:

2007, p. 120: *“Hoy en materia ambiental, como debe ser, rige el principio de la reparación integral que ordena que todo daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser reparado (artículos 2314 y 2329 CC.)”*. No obstante, la afirmación debe precisarse. A diferencia de lo que ocurre en materia civil, el régimen de daños al medio ambiente, como se verá, se limita a aquella *“pérdida, disminución, detrimento o menoscabo”* que posea un carácter *“significativo”*. Situación que impide la reparación de *“todo daño, cualquiera sea su naturaleza”*.

³ Cfr. *Ibid.*, p. 120.



2. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho ambiental comparado, es posible distinguir al menos dos fórmulas legislativas a través de las que se ha asumido el daño y la 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. Un ejemplo de este sistema había sido el consagrado en México, hasta la entrada en vigor de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, que entró en vigor el 7 de junio de 2013⁴.

En la antigua normativa el ordenamiento jurídico mexicano carecía de un derecho común de responsabilidad ambiental, limitándose a reglar dicho régimen de manera sectorial, con referencias a otros ordenamientos⁵. En este sentido, la regla general que se contemplaba era la del art. 1910 del Código Civil mexicano, la 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 única especificidad que podía 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 art. 204 que: *"cuando*

⁴ www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA.pdf

⁵ Así, el art. 203 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección Ambiental de México dispone: *"Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, será responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable"*.

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 ambiental⁶, se encontraba con el inconveniente de que no existía norma que regule una responsabilidad que vaya más allá de los bienes estrictamente individuales (persona y propiedad)⁷. Frente a estos inconvenientes, de aplicación de la legislación común, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental viene a solucionar el vacío normativo, siguiendo la tendencia general en el Derecho comparado.

2.2 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. Éste es el caso de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental.

Luego del Libro Verde sobre la Reparación de los Daños y Perjuicios Ecológicos (1993) y del Libro Blanco, sobre la Responsabilidad Ambiental (2000), el proyecto de establecer un sistema general de responsabilidad se extendió en el ámbito comunitario. La complejidad técnica del trabajo, así como las reticencias de algunos Estados miembros demoraron la aprobación y ratificación del proyecto.

Actualmente, la aprobación de la Directiva 2004/35/CE ha supuesto la entrada en vigor de la primera regulación comunitaria sobre responsabilidad ambiental⁸. Tanto su concepto de daño ambiental, como sus exclusiones expresas determinan su carácter ambiental estricto.

2.2.1 Concepto de daño ambiental y su aplicación

El Derecho Comunitario de la Unión Europea ha intentado establecer desde hace mucho tiempo un sistema especial para los daños ambientales. Sin embargo, su concepción no ha sido siempre la misma. Así, las primeras propuestas de directivas no consagraban nociones particulares para los daños ambientales. El régimen indiferenciado se reflejó especialmente en la denominación de ciertas direc-

⁶ Cfr. Raúl Brañes, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 226-227.

⁷ Este vacío se supera con el art. 2 III del proyecto de Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, define al daño ambiental como: *"la pérdida, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversas y mensurables de los hábitat y de los ecosistemas, de los elementos naturales o de sus condiciones químicas, físicas y biológicas, y de las relaciones de interacción que se dan entre éstos. Para esta definición se estará a lo dispuesto por el artículos 6 de esta Ley"*. Por su parte, el art. 6 señala: *"Para los efectos de la responsabilidad ambiental y penal, no se considerarán adversas las pérdidas, deterioros, menoscabos, afectaciones o modificaciones que hayan sido claramente manifestados por el responsable y explícitamente identificados, delimitados en su alcance, evaluados, mitigados y autorizados por la Secretaría, previamente a la realización de la conducta que los origina, mediante la evaluación del impacto ambiental"*.

⁸ En este sentido, Mariola de las Heras y Ojeda, *Responsabilidad ambiental: el derecho español y comunitario*, Revista electrónica Medio Ambiente & Derecho, N° 17, 2008, España, señala: *"la aprobación de la Directiva de referencia supone un paso adelante para positivizar definitivamente el principio general de «quien contamina paga», en su doble vertiente preventiva y reparadora del daño medioambiental, con total independencia de, si el mismo además, lesiona intereses o derechos de terceros"*.

tivas, como la Directiva de Responsabilidad Civil a consecuencia de los daños y perjuicios causados al Medio Ambiente por Residuos (1989).

Hoy en día, la definición de “daño” de la Directiva 2004/35/CE comprende todo “cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente” (art. 2 b). Los daños comprendidos se aplican a especies o espacios naturales protegidos, agua, aire y subsuelo. Dicha aplicación es limitada desde una doble perspectiva:

- *La significancia⁹ de los daños es requerida.* Ella ha sido considerada de manera reiterada en cada uno de los ámbitos de aplicación. Para su determinación, deben aplicarse los criterios materiales, consagrados en el Anexo I de la Directiva.
- *Los daños al aire no han sido consagrados.* Esta exclusión ha sido determinada a partir de una concepción residual de su tuición. En efecto, se ha estimado que las limitaciones a la contaminación atmosférica quedarían comprendidas a partir de las limitaciones aplicables en sus medios receptores (agua y suelo)^{10 11}.

2.2.2 Exclusiones de daños tradicionales

El carácter puramente ecológico de la responsabilidad se determina, asimismo, a partir de la exclusión expresa de los daños tradicionalmente comprendidos en la responsabilidad civil. Así la Directiva 2004/35/CE señala en su considerando 14^o: “la presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños”. No obstante, estas exclusiones van más allá del ámbito civil, alcanzando supuestos propiamente ambientales. Por ello, la Directiva ha sido calificada como un instrumento de mínimos, circunstancia que no impide –sino más bien, habilita– la adopción

⁹ Una justificación de la *significancia* en materia ambiental puede encontrarse en: Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Ed. Jurídica, Santiago, 2010, p. 789: “los criterios rectores del Derecho ambiental pueden ser definidos como los principios del umbral y del equilibrio de bienes. En virtud del primero, el problema jurídico no consiste en procurar que sean eliminadas por completo las turbaciones al medio ambiente, sino en definir los límites a partir de los cuales los daños son jurídicamente inaceptables. En virtud del segundo principio, toda decisión en materia ambiental debe ser sopesada en cuanto a sus externalidades, esto es, en cuanto a sus efectos negativos en la satisfacción de otros bienes”.

¹⁰ Jesús Jordano Fraga, La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental, Revista electrónica Medio Ambiente & Derecho, Nº 12-13, 2005, España.

¹¹ Esta exclusión de uno de los tres medios ambientales llama la atención, especialmente considerando la doctrina restrictiva del concepto medio ambiente, que excluye un medio diverso al no comprendido por la Directiva 2004/35/CE, a saber: el suelo. Esta doctrina restrictiva puede encontrarse en: Ramón Martín Mateo, Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, Ed. Trivium, 1991.

de disposiciones más rigurosas por parte de los Estados miembros en la materia (art. 16 N° 1)¹² 13.

Como toda directiva comunitaria, la vigencia interna de la Directiva 2004/35/CE se encontraba condicionada a su transposición en el Derecho nacional por los estados miembros, cuya fecha límite para dicha transposición había sido fijada para el 30 de abril de 2007. Pese a no señalarlo expresamente, su efecto directo había sido también defendido por algunos autores, ante el habitual incumplimiento de los plazos de transposición¹⁴.

2.3 Conclusión

Esta breve cotejo, permite concluir que el Derecho comparado no siempre aborda la responsabilidad ambiental a partir de un régimen específico. Ante la ausencia de disposiciones particulares – como ocurría antes en México– subsistirán problemas básicos que el régimen de responsabilidad civil (orientado en torno a una víctima y su propiedad) no podrá cubrir. Sin perjuicio de ello, el desarrollo comparado muestra una evolución progresiva de los sistemas especiales de responsabilidad ambiental, que en muchos casos consagran aspectos radicalmente opuestos a los regímenes del derecho común. Estas consagraciones comprenden tutelas expresas para los bienes ambientales de titularidad común –incluyendo los servicios ecosistémicos–, lo que tiene incidencia en las especiales características que deben presentar la forma de reparación del daño ambiental y las reglas de cómputo de la prescripción de la acción. Todos estos aspectos han sido consagrados expresamente en la Unión Europea, a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2004/35/CE¹⁵. Como ya se ha señalado, esta ha sido también la situación en el Derecho nacional, aunque desde mucho antes, con la entrada en vigor de la LBGMA en 1994.

¹² Los ámbitos de exclusión comprenden:

- Actos derivados de conflictos armados (art. 1 a);
- Fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitables e irresistibles (art. 1 b);
- Contaminaciones de carácter difuso, sin posibilidad de establecer sus relaciones causales (art. 4 N° 5);
- Actividades de defensa y seguridad internacional (art. 4 N° 6);
- Emisión o hecho autorizado expresamente (art. 8 N° 4 a);
- Emisiones o actividades no consideradas perjudiciales para el medio ambiente, según los conocimientos científicos y técnicos del momento (art. 8 N° 4 b);
- Otros daños o amenazas causados por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas; o como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública (art. 8 N° 3° a y b).

¹³ Cfr. José Juan Bautista Romero, El sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente, Revista electrónica Medio Ambiente & Derecho, N° 18, 2009, España.

¹⁴ Cfr. Jesús Jordano Fraga, op. cit.

¹⁵ Franco Giampietro, La responsabilità per danno all'ambiente, Ed. Giuffrè, Milán, 1988, p. 205, al comentar la norma del artículo 18.1 de la ley italiana N° 394, señala que: "Giovà 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.).

3. ALCANCE DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

El primer aspecto que se destaca de la disposición contenida en el art. 51 inc. 1° LBGMA es que hace aplicable el sistema de responsabilidad a “*todo el que*” cause un daño ambiental, expresión que también utiliza el art. 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 art. 51 inc. 1° es una manifestación del principio general de que todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo. No sólo los particulares, sean 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 regularía por las disposiciones de la LBGMA¹⁶. 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 (C.IV, 14).

4. SISTEMA SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD

Pese al avance de la responsabilidad ambiental objetiva en actividades peligrosas, la responsabilidad ambiental subjetiva o por culpa sigue siendo la regla general en muchos países^{17 18}. Este régimen es también aplicable entre nosotros, en cuanto la LBGMA exige que el daño se haya producido por dolo o culpa (arts. 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 individuo¹⁹. Se trata de un hecho que es atribuible a su autor porque éste ha actuado de forma intencional o negligente. Un sistema de responsabilidad ambiental de naturaleza subjetiva está en consonancia con el sistema de responsabilidad extracontractual contenido en el Código Civil chileno, que también exige este elemento interno de culpabilidad²⁰.

El establecimiento de un sistema de responsabilidad subjetiva cobra relevancia en aquellas situacio-

¹⁶ 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., la que es revisada en esta obra.

¹⁷ Cfr. *Albert Ruda Gonzáles*, El daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, Universidad de Girona, España, 2005, p. 466.

¹⁸ El avance de la responsabilidad objetiva en materia ambiental ha llevado a que, en ciertos casos, el sistema de responsabilidad contemple un régimen híbrido. En este sentido: *José Juan Bautista Romero*, *op. cit.*: “*el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental (...) concluía valorando como la mejor opción la adopción de una Directiva marco comunitaria, que contemplara, por un lado, una responsabilidad objetiva por los daños derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria, y por otro, la responsabilidad por culpa en los casos de daños derivados de actividades no peligrosas*”. En cambio, una lectura objetivizante del libro blanco ha sido sostenida por *Mariola de las Heras y Ojeda*, *op. cit.*: “*las instituciones europeas sensibles a esta problemática, abogan, en su Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, por una responsabilidad objetiva por daños ambientales*”.

¹⁹ Cfr. *Karl Larenz*, Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica, Ed. Civitas, Madrid 1985 (reimpresión 1993) pp. 118-119.

²⁰ 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*”.

nes concretas que se planteen, toda vez que el legitimado activo deberá probar que concurre el elemento subjetivo en el causante del daño²¹, aspecto relevante si consideramos que el daño ambiental suele estar aparejado a procesos complejos, que requieren de un conocimiento especializado y de una información que, en muchos casos, pueden estar fuera del alcance de los demandantes. Frente a tales situaciones, la LBGMA contempla algunos mecanismos que permiten atenuar el requisito subjetivo.

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 art. 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 acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido".

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 responsabilidad²².
- **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 legales o reglamentarias²³. 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 ambiental²⁴, 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.

²¹ Crítico respecto de este sistema de responsabilidad, *Pedro Fernández Bitterlich*, Manual de Derecho ambiental chileno, op. cit., pp. 113-114.

²² *Karl Lorenz*, 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"*.

²³ 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 (C.I. 4.6.2).

²⁴ Sin embargo, un hecho que sólo constituya un daño al medio ambiente y no sea además infracción al ordenamiento jurídico 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.

- *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 art. 52 LBGMA, el cual dispone que: *“Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”*. 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 (C.IV, 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 arts. 51 inc. 2° y 53 LBGMA.

La operatividad de la disposición, por su parte, también merece algunos comentarios:

- Primero, el legislador no delimita, en términos precisos, las normas o instrumentos cuya vulneración genera la presunción de responsabilidad. Consagra, en cambio, una enumeración genéricamente taxativa. Baste detenerse en la frase final del art. 52 inc. 1º LBGMA, que se remite las *“normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”*. Desde una perspectiva formal, por tanto, las disposiciones contempladas por el legislador se extienden a otras leyes y a disposiciones de naturaleza reglamentaria. Sin embargo, desde una perspectiva material, resulta difícil determinar cuáles son, en concreto, las *“normas sobre protección, preservación o conservación ambientales”*. En la práctica, ello ha llevado a que regulaciones de naturaleza diversa –v.gr: urbanísticas²⁵– hayan sido consideradas pertenecientes a este universo de disposiciones y, por ende, merecedoras de la presunción de responsabilidad en estudio.
- Y segundo, 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. A ello se agrega que el destinatario de las normas de calidad ambiental no es el ciudadano común, sino el Estado (C.III, 4.4).

²⁵ Así, la sentencia del Cuarto Juzgado Civil de Santiago, en causa caratulada: Fisco con Inmobiliaria Piedra de Molino, causa rol: C-7055-2004, de 21 de agosto de 2008, señala: *“De esta manera, y atendida la infracción a la normativa vigente sobre división de predios rústicos, expuesta en el considerando décimo séptimo precedente [referida a que, en el caso concreto, se trataba de un proyecto inmobiliario no ingresado a la evaluación de la SEREMI de Agricultura respectiva, en los términos del artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones], se presume legalmente, el actuar culposos de las demandadas, presunción que, al no haber sido desvirtuada en autos, se tendrá por acreditada”*.

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. 1º del art. 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 preceptos que quedan fuera de dicho grupo, los que por lo demás no podría vulnerar un ciudadano o administrado.

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). Sin embargo, en este caso la LBGMA establece una excepción de responsabilidad ambiental, dejando subsistente sólo la civil indemnizatoria ordinaria, ello se desprende del art. 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, acrediten 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"*. Con lo que, al menos en los supuestos que establece la norma transcrita, no habrá responsabilidad por el daño ambiental cuando exista cumplimiento de dichas normas²⁶; y

²⁶ Estas situaciones también han sido consideradas como eximentes de responsabilidad en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental. En este sentido, la Directiva dispone: *"Los Estados miembros podrán permitir que el operador no sufra el coste de las acciones reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva cuando demuestre que no ha habido culpa o negligencia por su parte y que el daño medioambiental ha sido causado por: a) una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas"*. El contenido de la Directiva ha sido considerado regresivo, dado

- En los casos en que no existe norma ambiental alguna que haya sido vulnerada. En este supuesto 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 (C.IV, 14).

Sin embargo, en ambos casos será procedente la acción ambiental cuando exista daño ambiental, relación de causalidad y pueda ser probado el elemento subjetivo.

5. DAÑO AMBIENTAL

El daño ambiental es el presupuesto de la responsabilidad ambiental. En efecto, para que surja la responsabilidad es necesario, 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 art. 51 inc. 1° 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 que el nacimiento de la responsabilidad dependerá del concepto de daño ambiental. 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 un daño²⁷. Es decir, la determinación de los bienes ambientales importa correlativamente la de los daños que les pueden ser infligidos²⁸. Como ya se ha examinado, el legislador de la LBGMA ha hecho una opción por un concepto expreso y amplio de medio ambiente (C.I, 6.1), lo que trae como consecuencia que cualquier daño a los elementos incluidos en la definición será considerado como daño ambiental²⁹.

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 art. 2 letra e) de la LBGMA

que muchos países ya habían consolidado, legal o jurisprudencialmente, la no exclusión de la responsabilidad ante el mero cumplimiento formal de los actos administrativos. Ver: *Jesús Jordano Fraga*, La Administración en el Estado Ambiental de Derecho, Revista de Administración Pública, N° 173, España, 2007, p. 104.

²⁷ 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 C.II, 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.

²⁸ *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”.

²⁹ 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. Otros casos más recientes pueden ser consultados en www.segundotribunalambiental.cl.

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 el 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"*³⁰. En el mismo sentido, el art. 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 art. 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"* (principio de reparación plena e integral). Por tanto, para el Derecho civil el concepto de daño está referido al perjuicio inferido a la persona (sea éste un daño corporal o un daño moral) o a la propiedad o al patrimonio de un sujeto de derecho, sea persona natural o jurídica³¹. 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*³², resulta lógico esperar que la noción de daño ambiental no esté referida a bienes individuales de un sujeto de derecho (como la propiedad o el patrimonio), sino a bienes exclusivamente ambientales³³. Esta cuestión resulta trascendente, 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

³⁰ 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.

³¹ 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."*

³² 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 ulteriore 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"*.

³³ 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 (C.II, 4.3.1) y en último término, dada la contribución o servicio ambiental que éstos prestan en el sistema ambiental, en el ecosistema.

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.

- *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 (C.IV, 7).

5.1.2 El daño ambiental puede presentarse en cualquier forma

De acuerdo con el concepto legal de daño ambiental, éste se entenderá acaecido independientemente de la forma en que se presente. Ello se deduce del art. 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 había 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 art. 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, ya 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 ambiente³⁴. 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 responsabilidad³⁵.

En definitiva, el umbral de significancia o importancia del daño tendrá que ser fijado en cada caso particular por el juez. Así, por ejemplo, en la causa caratulada Vukasovic Tomasovic y otros con Sociedad Agrícola Sacor, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la existencia de daño ambiental, ante la imposibilidad de acreditar *"un daño significativo a algún sistema global como el que se pretende precisar en un espacio determinado de la parcela de los demandantes"*³⁶. El razonamiento refleja hasta qué punto los conceptos legales pueden impedir la procedencia de la reparación, en este caso exigiendo una significancia extensiva del daño (al exigir un daño a un "sistema global" y no a un elemento del medio ambiente, como lo define la LBGMA). 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 *in dubio 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.

Una posición favorable al principio de reparación ambiental ha sido afirmada por la Corte Suprema, al sostener que *"el requisito de que el daño tenga un carácter significativo no está sujeto a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes, sino que debe acudirse a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquél"*. Ello ha permitido concluir que, en ciertos casos, los daños ambientales pueden acreditarse por la sola conducta dañosa. Así, *"tratándose (...) de un ecosistema de especial fragilidad, la pérdida de agua por una extracción no autorizada por los organismos técnicos que velan precisamente por su racional explotación ocasionará un menoscabo a dicho entorno, el que sólo puede valorarse como significativo"*³⁷.

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. Se trata de una idea que se expresa de diversas maneras. Así, se suele exigir que el daño ambiental tenga cierta *consistencia* o que sea *substancial* (*wesentlich*, en el Derecho

³⁴ 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 (C.II, 2.4 y C.III, 4).

³⁵ 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.

³⁶ Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de abril de 2007, Causa Rol: 9052-2001.

³⁷ Sentencia de Corte Suprema de 28 de octubre de 2011, Causa Rol: 5826-2009.

alemán § 5 *UmweltHG*; *væsentlig*, en el Derecho danés; *substantial*, en el *Common Law*) o que sea *sensible* (artículo complementario, § 1.6 de la Ley de Bulgaria de 2 de octubre de 1991, sobre protección medio ambiental). En algunos casos, la noción de *significancia* suele asimilarse a la idea de *irreversibilidad* del daño o, al menos, a que éste sólo pueda repararse transcurrido un largo tiempo³⁸. Estas consideraciones no han sido plasmadas en la LBGMA, que –al menos teóricamente– discurre de manera constante en torno a la reparabilidad del daño.

En el caso de la ley federal alemana de protección contra las inmisiones (*Bundesimmissionsschutzgesetz*), el parágrafo § 3(1) establece lo que debe ser entendido como efectos ambientales negativos (*schädliche Umwelteinwirkungen*), disponiéndose 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)³⁹. 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 la 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*⁴⁰. Incluso, se estima que el daño es considerable cuando: a) 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 MP 2,5); o b) sus manifestaciones en la salud sólo se producen en el largo plazo (por ejemplo, contaminación por plomo en el suelo, que al cabo de diez 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 tiene lugar 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*⁴¹.
- *Forma, dimensión y duración del daño*. Por forma del daño se alude a la manera en que se manifiesta el efecto nocivo de la contaminación, 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 concentra-

³⁸ Cfr. Albert Ruda Gonzáles, El daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, *op. cit.*, p. 120.

³⁹ § 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*".

⁴⁰ Hans Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, *op. cit.*, pp. 95-96.

⁴¹ 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 aquéllos debe probarse su significancia o considerabilidad.

ción de contaminante. Por duración, evidentemente, el espacio de tiempo que comprende el daño. Sin embargo, éste 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 éste 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 daño⁴². En consecuencia, el mismo daño que en un predio privado podría ser considerado como tolerable o no significativo, en un área silvestre protegida (por ejemplo, en un 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 (C.IV, 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 económicas, 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 que la contaminación y los daños ambientales puedan comportar⁴³ (por ejemplo en materia de seguridad nuclear, por la utilización de productos que contengan elementos cancerígenos, etc.).

6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Tanto el art. 3 como el art. 51 inc. 1° 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

⁴² La significancia y la irrazonabilidad del daño son las dos caras de la misma moneda, debiendo ser considerados, para estos efectos, como conceptos sinónimos.

⁴³ Hans Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, *op. cit.*, p. 100.

todo sistema de responsabilidad y es lógico que entre este hecho (acción u omisión) doloso o culposo (o la infracción al ordenamiento jurídico ambiental) y el daño ambiental "*significativo*", exista una *relación de causalidad*.

En este punto sólo se deben tener en cuenta dos aspectos:

6.1 Imposibilidad de presumir la relación causal

La relación de causalidad del daño ambiental no puede presumirse. Con lo que en aquellos casos en que se presume 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 del daño ambiental, que de no mediar aquel hecho el daño no se habría producido.

En Derecho comparado es posible encontrar algunas excepciones o paliativos a esta regla basada en la presunción del nexo causal. Regímenes de presunción legal de causalidad han sido consagrados en países como Alemania y Francia, particularmente en el ámbito de las actividades riesgosas, aunque con un alcance de presunción simplemente legal. Dichos regímenes permiten que el juez considere probado cierto hecho, en la medida que los demandantes acrediten otro determinado. Se trata de presunciones que, la mayor parte de las veces, consideran antecedentes diversos para operar. Así, en el caso de Francia, la ley faculta a la Administración para determinar qué enfermedades a la salud quedarán cubiertas por la presunción del nexo causal (art. 10 de la Ley de 30 de octubre de 1968, sobre Responsabilidad Nuclear). En el caso de la Ley de Responsabilidad Medioambiental de Alemania, en cambio, prima la referencia a la *idoneidad del daño causado* o, dicho en otros términos, que el daño provocado por un determinado agente o actividad sea típicamente el daño causado por dicha industria (§ 6 *UmweltHG*).

En otros casos, la facilitación de la prueba del nexo causal ha sido incorporada mediante sistemas de inversión de su carga probatoria. Dichas situaciones —que conllevan igual resultado que la presunción simplemente legal del nexo— han sido consagradas en Portugal y Holanda, operando, en el caso concreto, en la medida que se den algunos de los supuestos previstos por ley. Así sucede en Portugal, donde el legislador prevé la alteración del peso de la prueba, si la imposibilidad de probar el vínculo causal deriva de la culpa del demandado (art. 344 N° 2 del Código Civil de Portugal). Lo mismo acontece en el Derecho holandés, si consideramos la facultad que tiene el juez de invertir el *onus probandi* de la causalidad, en la medida que lo considere razonable y justo (art. 177 del Código de Procedimiento Civil holandés)⁴⁴.

6.2 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 o de MP 2,5 en Santiago de Chile están ocasionando un daño significativo al

⁴⁴ En este sentido, *Ibid.*, p. 385. Como puede apreciarse, se trata de excepciones de alcance general, que resultan aplicables en materia ambiental.

ambiente atmosférico, podría rápidamente concluirse que éste 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 sólo 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 definitiva, el problema de la pluralidad de las causas ambientales constituye uno de los temas más álgidos en materia de responsabilidad por el daño ambiental⁴⁵ y ha dado lugar a los denominados daños *estocásticos* o *probabilísticos*, donde el daño se produce en una situación de incertidumbre que impide discernir acerca de quiénes son las víctimas del mismo. La doctrina sobre daños probabilísticos –llamado también, de víctimas alternativas– ha venido desarrollándose desde antiguo y ha encontrado alguno de sus mayores referentes en sucesos como Chernobil, donde la explosión nuclear influyó en el desarrollo de distintas formas de cáncer⁴⁶.

Al respecto, existen diversas situaciones posibles, en función de la relación entre las causas y el daño ambiental. La doctrina distingue al menos dos clases de causas: concurrentes y complementarias.

- **Concurrentes:** Las causas son concurrentes si, pese a existir dos o más, una sola de ellas basta para producir el daño, de modo que la otra puede suprimirse mentalmente, llegando al mismo resultado⁴⁷. Así, corresponde al caso de dos empresas de acuicultura que generan una contaminación en proporción tal que cada una de ellas, por separado, puede producir la muerte de determinados recursos hidrobiológicos en la zona.

La pluralidad de causas concurrentes –denominada también de *causas dobles o suficientes*– no ha sido tradicionalmente considerada como causal de exoneración de responsabilidad, toda vez que, de admitirse tal posición, se reconocería la admisibilidad de la conducta ilícita por el sólo hecho que dos o más personas la ejecutan, situación que además pugnaría contra el principio *quien contamina paga*⁴⁸. Algunas normas del Derecho alemán aplican, en estos casos, el régimen de la responsabilidad solidaria (§ 830 I 2 BGB⁴⁹). A nivel comparado, la dificultad se ha centrado en determinar la proporción en que cada uno de los causantes debe responder o si la responsabilidad puede o no ser atenuada. Esto ha llevado a que el Tribunal Supremo de España considere que, en los casos de pluralidad de causas concurrentes, existe

⁴⁵ Michael Prieur, *Droit de l'environnement*, Ed. Dalloz, París 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); 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".

⁴⁶ *Ibid.* p. 371.

⁴⁷ *Ibid.* p. 402.

⁴⁸ *Ibid.* p. 403.

⁴⁹ *Ibid.* p. 419.

la necesidad de repartir el deber de indemnizar entre todos los responsables⁵⁰ (STS, Sec. 6ª de 1998).

- *Complementarias*: Son complementarias aquellas causas que, pese a ser por sí mismas insuficientes para producir el daño ambiental, unidas entre sí llevan a que este resultado se produzca. Se trata, por tanto, de causas que contribuyen en diverso grado a la producción del daño. Tal es el caso, por ejemplo, de la contaminación marina producida por una gran empresa acuícola que, unida a ciertos contaminantes vertidos en pequeña proporción por otras fuentes, producen la muerte de determinados ejemplares de flora o fauna en ese entorno⁵¹.

En Derecho comparado, la reparación del daño ambiental provocado por causas complementarias puede también estar amparado a través del régimen de la responsabilidad solidaria, el que puede aplicarse con independencia del grado de participación que el demandado pudo tener en el resultado dañoso, sin perjuicio que, en ciertos casos particulares, pueda estimarse la exclusión de responsabilidad de aquellas personas cuyo aporte causal al daño ambiental ha sido más bien insignificante⁵².

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 art. 3 LBGMA, se recordará que *“todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, 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 art. 51 inc. 1º dispone *“todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley”*. Por su parte, el art. 53 establece que *“producido 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”*. Finalmente, el art. 53 inc. 1º LTAA dispone en lo pertinente: *“En la demanda sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley Nº 19.300”*.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 403.

⁵¹ *Ibid.*, p. 404. El autor se refiere, además, a una variante de la complementariedad aquí analizada. Tal es la complementariedad por sinergia, que supone dos causas complementarias del daño ambiental, pero potenciadas, de manera tal que el daño es mayor a la simple sumatoria de sus efectos adversos individuales.

En el caso de la LBGMA, la causalidad vista desde la complementariedad por sinergia es posible de asentar a partir del art. 2 letra h bis), el cual dispone: *“Efecto Sinérgico: aquel que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente”*. Como puede apreciarse, dicha definición es neutra y puede aplicarse al daño ambiental, como también al impacto (sea positivo o negativo).

⁵² *Ibid.*, p. 406.

Aquí se plantea una cuestión clave para entender la forma en que operará la responsabilidad por el daño ambiental. Lo que se desprende de los preceptos transcritos es que ante un daño ambiental se pueden generar dos clases de responsabilidades:

- **Responsabilidad para la reparación de los daños al medio ambiente o simplemente responsabilidad ambiental.** Esta clase de responsabilidad se aprecia claramente en el art. 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 se hace más clara si se tiene a la vista el art. 46 LTAA que entrega su conocimiento a los tribunales ordinarios. La norma dispone: “*Indemnización de perjuicios. Será competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental, el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño*”.

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, 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 art. 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 cien 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”⁵³. 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?⁵⁴

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 art. 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 causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas*”.

A partir de la disposición transcrita, la fórmula reparatoria chilena puede ser sistematizada del siguiente modo:

7.1.2 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 en 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 que se cumple con esta *calidad similar*? Nuevamente, será el juez el que tendrá que resolver la cuestión, considerando que sólo ante la imposibilidad podrá procederse a una reparación en función de propiedades básicas, que será analizada a continuación. En consecuencia, la reparación en una *calidad similar* no debe ser entendida como una reparación *in natura*, que exige la identidad con el objeto de la reparación, sino una reparación que restablezca los servicios ambientales que prestaba el medio o elemento ambiental dañado.

La Corte Suprema ha estimado que la expresión “*en caso de no ser ello posible*”, utilizada por el legis-

⁵³ Arturo Alessandri Rodríguez, La Responsabilidad Extracontractual..., *op. cit.*, p. 535.

⁵⁴ Demetrio Loperena Roto. 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*”.

lador en el art. 2 letra s) LBGMA “se refiere justamente a la imposibilidad de efectuar la reparación material del daño, atendida la naturaleza y entidad de éste, pero en ningún caso a situaciones ajenas, como si el demandado es dueño o no de la propiedad donde éste se cometió” (sentencia CS de 26 de octubre de 2006, causa rol: 489-2006).

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.

7.1.2 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 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 en 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 básicas⁵⁵. De acuerdo al texto del ya transcrito art. 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 ésta 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 forma de reparación presenta dos problemas cuya solución necesariamente recaerá sobre el juez ambiental, a saber:

- La dificultad de determinar la forma en que se pueden restablecer dichas propiedades básicas,

⁵⁵ La opinión contraria es sostenida por Álvaro Vidal Olivares, Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley 19.300, op. cit., p. 136, quien afirma la procedencia de dicha indemnización, en base a lo siguiente: “i) Primero (...) el artículo 3 de la Ley considera la indemnización y no se refiere a la del daño civil, sino a la del daño ambiental (...) ii) Segunda, la función de prevención especial y general que debe cumplir la responsabilidad ambiental (...) iii) tercero, las indemnizaciones de daños no son del todo ajenas al régimen de la ley 19.300. Ésta se limita a definir lo que se entiende por reparación del daño ambiental, sin precisar los efectos que se siguen de la inejecución de las medidas de reposición o reestablecimiento. Ante esta omisión sólo resta acudir al estatuto de las obligaciones de hacer (...) iv) Si se está de acuerdo que todo el que dolosa o culposamente causa un daño ambiental debe repararlo (...) la dificultad e incluso la imposibilidad de valoración no puede constituir un obstáculo para ordenar su indemnización en caso no ser posible su reparación material”. A partir de lo anterior, el autor concluye que “cualquier persona afectada por el daño ambiental que demanda su indemnización de daños en forma subsidiaria, deberá pedirlo a beneficio del Estado o del Fisco y no al propio, dado que ello implicaría un enriquecimiento sin causa”. Como se verá más adelante, esta conclusión del autor, deberá ser matizada a partir de los nuevos argumentos que entrega la LTAA.

máxime cuando el daño al medio ambiente ha sido considerable, problema comparable al ya señalado de lo que se debe entender por “*calidad similar*”.

- El problema de determinar qué ocurre en aquellos casos en que ni tan siquiera es posible el restablecimiento en las propiedades básicas⁵⁶.

La respuesta a ambos problemas pasa por explorar la posibilidad de incorporar la “compensación ambiental”, como forma de restablecer las propiedades básicas del medio ambiente o elemento ambiental dañado. La LBGMA no ha definido la compensación y ésta sólo es permitida con ocasión de los EIA (C.III, 13.4.6). Las medidas de compensación “*tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar. Dichas medidas incluirán, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función*” (RSEIA art. 100). Si bien, la medida de compensación ha sido definida en el contexto del SEIA, y por tanto, como consecuencia de un impacto ambiental lícito generado por un proyecto o actividad; ella no es ajena al ámbito de la responsabilidad por el daño ambiental. En consecuencia, con ocasión de un daño ambiental que no es posible de ser reparado en una calidad similar, el concepto de restablecimiento en sus “propiedades básicas”, puede ser interpretado ampliamente por el Tribunal Ambiental, incorporando las posibilidades de compensación en un lugar distinto a aquél en que se produjo el daño. En consecuencia, aunque el restablecimiento en las propiedades básicas no sea posible en el mismo lugar en que se encontraba el elemento ambiental dañado, siempre lo será en un lugar distinto, siempre que efectivamente logren el objetivo de reparación ambiental. Lo anterior, porque el emplazamiento en un lugar distinto puede considerarse como una característica esencial de la compensación, ya que lo que diferencia a esta medida de otras, como la evitación, primero, y la mitigación posterior, es que necesariamente deben ser en el mismo sitio donde se produce el impacto. A lo anterior se agrega un elemento de realidad, dado que en la práctica las empresas ofrecen compensar el daño o el impacto en un lugar distinto, lo que puede ser necesario para restablecer las propiedades básicas, pero no necesariamente suficiente para reparar todo el daño ambiental. A pesar de lo dicho, la posibilidad de compensación ambiental en un lugar distinto presenta una dificultad práctica difícil de ser solucionada. En efecto, para que opere la compensación ambiental deberá ser el propio demandado el que la ofrezca, debiendo ser aceptada como suficiente por parte del Tribunal Ambiental. Sin embargo, en el contexto de un proceso por daño ambiental, como el descrito, los términos de la litis están determinados por la demanda, en que se solicite la reparación ambiental, la que podría exigir o no la compensación ambiental en un lugar distinto a aquél en que se produjo el daño. En consecuencia, sólo será posible la compensación, considerada como restablecimiento de las propiedades básicas, en un lugar

⁵⁶ La regulación anterior a la Ley Nº 20.417 estableció disposiciones particulares en materia probatoria, respecto del medio pericial y la ponderación conforme a reglas de la sana crítica. Con posterioridad a la Ley Nº 20.417, la disposición décima transitoria dispuso que mientras no entraran en funcionamiento los tribunales ambientales, “*las materias contenciosas a las cuales hace referencia la ley Nº 19.300 seguirán siendo de competencia del juez de letras en lo civil que corresponda*”. No obstante, no estableció la permanencia de las disposiciones derogadas relativas a los medio probatorios y su valoración. De hecho, ni siquiera respecto a la tramitación de las causas conforme al procedimiento sumario. Ante la inexistencia de disposiciones especiales, cabe concluir la aplicación del procedimiento ordinario, al menos para las acciones entabladas entre la dictación de la Ley Nº 20.417, de 26 de enero de 2010, y la Ley Nº 20.473, de 10 de noviembre del mismo año, regulación que finalmente modificó la situación descrita, estableciendo las disposiciones en estudio hasta la entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales.

distinto a aquél en que se produjo el daño ambiental siempre que la demanda así lo estableciese, o que el Tribunal Ambiental lograra una conciliación en tales términos⁵⁷.

7.1.3 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, idéntica 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 *en 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 mismo⁵⁸.

Finalmente, la incorporación de la compensación ambiental, como forma de reparación restableciendo las propiedades básicas en el lugar en que se produjo el daño ambiental puede constituir una vía de salida a los términos estrechos originariamente concebidos por la ley como reparación ambiental. A ello se agrega la tarea de aclarar la forma en que se engarza en este sistema la indemnización de los perjuicios en materia ambiental, ella será examinada a continuación.

7.2 Problemas de la 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 propiedades 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*. Esta tesis se afirma en las siguientes circunstancias:

⁵⁷ Sólo la interpretación progresiva que pueda hacer la jurisprudencia de los TTAA permitirá superar los problemas que plantean los términos estrechos en que ésta fue concebida en el sistema chileno. Un ejemplo de las diversas posibilidades reparatorias se aprecia en el Derecho europeo, en que la Directiva 2004/35. Anexo II N° 1: dispone: "a) *"reparación primaria"*, toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico; b) *"reparación complementaria"*, toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados; c) *"reparación compensatoria"*, toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto".

⁵⁸ Atendidas estas dificultades, en la práctica judicial los demandantes solicitaban textualmente que se condenara "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 estimaban tenderían a la reparación, sin distinguir a qué forma de reparación correspondía. Por su parte, el juez al condenar, simplemente indicaba las medidas reparatorias, como acciones concretas que debían ser asumidas por el demandado, sin tampoco distinguir si correspondía a una reparación en calidad similar o un restablecimiento de las propiedades básicas. Hoy en día, el art. 31 de la LTAA dispone expresamente que en la demanda: "sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.300".

- *Legitimación activa.* Producido un daño ambiental, la ley distingue claramente la acción ambiental de la indemnizatoria ordinaria. Respecto de aquélla, el legislador dispone expresamente que la legitimación activa se otorga sólo para obtener la reparación del daño ambiental causado. Así se establece en el art. 53 LBGMA, incluso respecto de aquellas personas que sufrieron daños individuales en su persona o patrimonio (art. 53 LBGMA).
- *Concepto legal de reparación.* Establecido que la acción ambiental se concede con un objeto tasado de reparación, debe determinarse el sentido y alcance de esta última expresión. Pues bien, al definir la reparación *“para todos los efectos legales”*, el art. 2 letra s) LBGMA ignora referencias a eventuales indemnizaciones. Como se recordará, ella sólo se limita a la reposición del *“medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”*.
- *Requisitos de procedencia.* El art. 52 LBGMA *“presume legalmente la responsabilidad del autor”* ante infracciones al ordenamiento ambiental. Sin embargo, esta presunción –que constituye la regla en materia de daños– alcanza sólo la reparación ambiental. Respecto de la indemnización, se requiere además acreditar la *“relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”* (art. 52, inc. 2º LBGMA).
- *LTAA.* En su art. 33 establece expresamente la petición que deberá contener la demanda de reparación del daño ambiental. Señala que en ella *“sólo se podrá pedir la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley Nº 19.300”*. Dicha *“reparación material”* supone una obligación de hacer y, por tanto, excluye a otras de naturaleza diversa, como la de dar, que constituiría una eventual indemnización subsidiaria, satisfactoria o compensatoria del daño ambiental. A ello se agrega que el art. 44 LTAA *“Indemnidad de la reparación del daño ambiental”* dispone que: *“La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”*. En consecuencia, queda fuera de los equivalentes jurisdiccionales la posibilidad de la indemnización, ya que siempre debe contener medidas de reparación, lo que nuevamente implica una obligación de hacer y no una de dar.
- *Enriquecimiento sin causa.* Producido un daño al medio ambiente, la LBGMA concede una acción ambiental y otra de carácter civil, permitiendo expresamente su ejercicio conjunto. En el supuesto de la operatividad conjunta prevista por ley, ¿podría también demandarse una indemnización subsidiaria del daño ambiental? El enriquecimiento sin causa que supondrían estas peticiones bastaría para desecharlas. Contrariamente a lo que ha sostenido por la doctrina, una demanda a favor del fondo de protección ambiental carecería de efectos prácticos⁵⁹,

⁵⁹ El art. 68 LBGMA dispone: *“El Fondo de Protección Ambiental estará formado por:*

a) Herencias, legados y donaciones, cualquiera sea su origen. En el caso de las donaciones, ellas estarán exentas del trámite de insinuación;
 b) Recursos destinados para este efecto, en la Ley de Presupuestos de la Nación;
 c) Recursos que se le asignen en otras leyes, y

dado que dichas sumas no han sido consideradas en parte alguna de su regulación legal⁶¹.

- **Afectación de la indemnización.** La indemnización por el daño ambiental podría justificarse siempre que ésta tuviera una afectación directa en la reparación del medio ambiente o en la protección del mismo⁶². Sin embargo, en la actualidad ello no es posible ya que no existe una norma legal que lo admita, con lo que el destino de la indemnización sólo podría ser el erario público, con lo que su afectación ambiental es, en la práctica, nula.

Como consecuencia de lo anterior, debe reafirmarse que la reparación ambiental es precisamente la que dispone el art. 2 letra s) LBGMA, esto es, en una calidad similar, y cuando ello no es posible, restableciendo las propiedades básicas. Como es evidente que podría conducir a la paradoja de un daño irreparable incluso en las propiedades básicas, la solución estará no en una indemnización de perjuicios de destino incierto, sino en la incorporación del concepto de compensación ambiental, dentro del restablecimiento de las propiedades básicas. Sólo así, bajo el actual ordenamiento jurídico, la reparación tendrá siempre una afectación ambiental, es decir, una reparación en moneda verde.

8. TITULARES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

La legitimación activa que establece la LBGMA es de carácter amplio⁶³, 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 art. 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.

d) *Cualquier otro aporte proveniente de entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, a cualquier título”*.

⁶¹ En torno a una demanda subsidiaria en beneficio del Estado o del fisco, y no en beneficio propio: *Álvaro Vidal Olivares*, Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley 19.300, *op. cit.*, p. 138.

⁶² En ocasiones, la jurisprudencia ha considerado la existencia de la indemnización de perjuicios en forma subsidiaria a la reparación ambiental regulada en el art. 2 s) LBGMA. Así, se ha señalado que si tal reparación no es posible, *“surge en forma subsidiaria la obligación de indemnizar el daño producido, situación que si bien no se señala expresamente en la Ley 19.300, se deduce por aplicación supletoria de las normas civiles de responsabilidad extracontractual, en especial el art. 2314 del Código Civil”* (sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Puerto Montt, rol: 612-99, en causa caratulada Estado de Chile contra Compañía Industrial Puerto Montt, de 2 de abril de 2004).

⁶³ La situación descrita se produjo en el caso *Alerces*, caratulado *“Fisco con Sociedad Candelaria de Río Puelo”*, en que se da lugar a la indemnización de perjuicios ordinaria a favor del Estado, no en cuanto daño al medio ambiente, sino en cuanto se consideró al Estado como *“afectado”* por la tala de una especie declarada monumento nacional, lo que no exige ser propietario de la misma (considerando quinto, de la sentencia de reemplazo, CS 31 de agosto de 2010, rol Nº 5027/2008). En consecuencia, a pesar de una lectura superficial de este fallo, que en un primer momento hizo la doctrina, viene a confirmar lo expuesto arriba, en cuanto el daño ambiental no es indemnizable, sin perjuicio de la indemnización que proceda por la acción de responsabilidad civil extracontractual, como ocurrió en este caso.

⁶⁴ Sobre este tema, *Francisco de la Barra*, Responsabilidad extracontractual por el daño ambiental: el problema de la legitimación activa, RCHD Vol. 29 Nº 2 pp. 367-415, en especial pp. 393-401.

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 al 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 (C.IV, 11).

Si se parte de la base que el medio ambiente es un bien de titularidad común, podrá 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 significativo⁶⁴. 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* (C.II, 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 que administra la Municipalidad) 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 éstos no se desprenda daño directo al patrimonio de la Administración local. Asimismo, el inc. 1° frase final del art. 54 LBGMA presume el interés actual de la Municipalidad en los resultados del juicio de responsabilidad ambiental, para efectos del art. 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.

⁶⁴ En el mismo sentido, *Francisco de la Barra*, Responsabilidad extracontractual por el daño ambiental... *op. cit.* p. 396.

8.3 Estado

Al parecer el legislador en esta parte del art. 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 (art. 19 N° 8 inc. 1° 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 art. 2 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (DFL 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”*⁶⁵. 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. 1° frase final del art. 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 refiere. 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, se traduce en la obligatoriedad de su ejercicio. Ello trae consecuencias respecto 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 acuerdos, 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. Este deber ambiental—de rango constitucional—se sobrepone al carácter autónomo que este Consejo posee.

8.4 Intervención como tercero coadyuvante

El art. 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

⁶⁵ 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.

coadyuvantes. En la práctica esta norma si bien puede plantear la ventaja de ordenar el procedimiento, evitando la proliferación de demandas frente a un mismo caso, puede conducir a que la exclusión de los demás legitimados activos provoque la falta de reparación del daño ambiental.

8.5 Requerimiento para el ejercicio de la acción ambiental

La norma del inc. 2° del art. 54 LBGMA, establece una especial forma en que se manifiesta la participación ciudadana en materia ambiental⁶⁶. 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 (art. 118 inc. 4 CPR). Asimismo, dentro de las funciones que se atribuye a los municipios está la protección del medio ambiente (art. 4 letra b) Ley orgánica constitucional de Municipalidades⁶⁷). Todo ello justifica que sea la Administración local, dada su cercanía con los ciudadanos, una de las vías a través de las que se canaliza la participación ciudadana en el ámbito ambiental⁶⁸.

En el art. 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 que no se pronuncie será solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasione al afectado⁶⁹.

Un aspecto que se debe destacar de la norma es que se impone una verdadera carga la Administración local, inédita en el Derecho administrativo chileno. El art. 19 N° 8 CPR establece un deber de tutela del medio ambiente respecto de todos los órganos del Estado (C.II, 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 éste se produjo, para que ejerza la acción de responsabilidad ambiental de la que la Administración local es titular⁷⁰. Se trata de una especial manifestación del derecho de petición del art. 19 N° 14 CPR⁷¹, pero que no consagra una acción popular⁷². La

⁶⁶ También puede ser entendida como manifestación del principio de cooperación y de justicia ambiental desde la perspectiva de la participación ambiental (C.I, 5.3 y 5.4).

⁶⁷ Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2009, fija texto refundido de la Ley N° 18.695, orgánica constitucional de municipalidades.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Francisco de la Barro, 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”*.

⁷⁰ Nótese que no existe una disposición similar respecto del Consejo de Defensa del Estado.

⁷¹ 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”*.

⁷² 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, N° 188, año 1996, p. 124, ubica el requerimiento del administrado a la Municipalidad del artículo 54 de la LBGMA dentro de las acciones populares y la crítica 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 con-

Administración local puede estimar que no procede ejercer la acción de responsabilidad ambiental y por tanto no interpondrá 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 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 moral por el daño ambiental, solicita a la Municipalidad el ejercicio de la acción ambiental, y ésta 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 ésta se viera de algún modo obligada a tomar en cuenta su requerimiento. Bajo la norma en comento, cuando el administrado requirente 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.

8.6 Transacción

A partir de la entrada en vigor de la LTAA, el ejercicio de la acción ambiental se presenta como irrenunciable. Así lo dispone expresamente el art. 44 de la ley, al establecer: *“La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”*. Sin embargo, el alcance de la disposición citada merece algunos comentarios:

- *Ámbito de aplicación.* La ley se refiere a *“la acción de reparación ambiental”*, situación a partir de la cual se infiere la indisponibilidad de los bienes jurídicos ambientales, en tanto elementos que suponen, la mayor parte de las veces, una titularidad jurídica común o colectiva. Resulta lógico que dicha indisponibilidad no se extienda a la indemnización ordinaria de perjuicios derivada del daño ambiental, dada la disponibilidad que, en general, suponen los bienes jurídicos patrimoniales.
- *Contenido de la prohibición.* La prohibición del art. 44 comprende el contrato de *“transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”*. A contrario sensu, se requiere que todo acuerdo, de cualquier naturaleza que él sea, deba destinarse exclusivamente a la reparación ambiental del daño causado. Dicho acuerdo deberá realizarse en el ámbito del llamado a conciliación a que se refiere el art. 38 LTAA. De lo contrario, deberá mantenerse la sanción nulidad prevista por el

cede. 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.

art. 2452 CC, al establecer la nulidad de la transacción sobre derechos ajenos, como es el caso de los derechos concurrentes en materia ambiental, de carácter colectivo.

9. TRIBUNAL AMBIENTAL

El art. 60 LBGMA dispone: *“Será competente para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el Tribunal Ambiental, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la ley que lo crea”*. El tenor actual de la disposición, por tanto, va más allá de su redacción original, no sólo respecto al procedimiento judicial en función del cual deberá demandarse la reparación del daño ambiental —y la generalidad de las acciones jurisdiccionales consagradas en la LBGMA, como lo refleja la referencia a *“las causas que se promuevan por infracción a la presente ley”*—, sino además en cuanto dicha reparación ya no será competencia de la jurisdicción civil —específicamente, del juez de letras en lo civil—, sino de una jurisdicción especializada en la materia, a saber: el Tribunal Ambiental (Ver C.VI, 2). La redacción de la norma hace referencia a un sólo tribunal, ya que así se establecía en el proyecto original de ley, como se sabe, ello varió durante la tramitación, a un esquema de tres tribunales por macro zonas (norte, centro y sur)⁷³.

El art. 1º LTAA define a los tribunales ambientales como: *“órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias y ocuparse de las demás materias ambientales que la ley somete a su conocimiento”*.

9.1 Competencia en materia de reparación del daño ambiental

El art. 17 LTAA, dispone: *“los Tribunales serán competentes para (...) 2: Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley Nº 19.300”*. Es importante destacar el alcance de la competencia que el legislador le otorga a los Tribunales Ambientales. Ella se otorga *“para obtener la reparación del medio ambiente dañado”*. Dicho concepto, como ya se ha señalado, ha sido definido por la LBGMA como *“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 causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”* (art. 2 letra s) LBGMA)⁷⁴. La definición del concepto de reparación, así como la remisión que su ley hace a dicho concepto, se justifica bajo el entendido que la competencia de los Tribunales Ambientales no

⁷³ El art. 5 LTAA dispone: *“Número de Tribunales y Jurisdicción. Créase un Tribunal Ambiental con asiento en cada una de las siguientes comunas del país, con la jurisdicción territorial que en cada caso se indica: a) Primer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Antofagasta, y con competencia territorial en las Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá, de Antofagasta, de Atacama y de Coquimbo. b) Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Santiago, y con competencia territorial en las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y del Maule. c) Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Valdivia, y con competencia territorial en las regiones del Biobío, de La Araucanía, de Los Ríos, de Los Lagos, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena”*.

⁷⁴ No obstante, debe precisarse que el legislador ha definido el concepto de *“reparación”*, no de reparación *“del medio ambiente”*. En gran medida, porque el legislador considera posible separar los daños causados a los componentes del medio ambiente de aquellos provocados al medio ambiente en general, conclusión que se desprende también de la definición legal de término.

alcanza el conocimiento de indemnizaciones subsidiarias. Así lo manifiesta expresamente el art. 46 LTAA, al disponer: *"Será competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental, el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño"*. Ello, unido a las razones expuestas *in supra* (7.2), permiten reafirmar la improcedencia de dicha indemnización⁷⁵.

9.2 Tribunal Ambiental competente

Respecto del tribunal ambiental que, en concreto, será competente para conocer de las demandas de reparación del daño ambiental, la segunda oración del art. 17 N° 2 LTAA señala que *"será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado"*. No obstante, si el domicilio del legitimado se encontrare fuera de la región de asiento del tribunal, la ley permite que el afectado interponga la demanda en el juzgado de letras civil en cuyo territorio jurisdiccional aquél esté domiciliado. En este caso, deberá remitir el documento al tribunal respectivo el mismo día o, a más tardar, el día hábil siguiente al de su recepción (art. 20 LTAA).

La regla representa una innovación respecto de la regulación anterior. En efecto, si bien esta regulación ya consagraba la competencia judicial del lugar en que se había originado el hecho que causa el daño, la competencia del juez del lugar donde este daño se manifestaba sólo era alcanzada de manera indirecta, a partir de la referencia al domicilio del afectado.

Considerando que los daños ambientales suelen tener víctimas indeterminadas y, en ocasiones, alternativas, resulta lógico extender la competencia judicial a cualquier lugar donde este daño se produzca, dado que los afectados, por regla general, pueden ser múltiples. En esta parte, debe recordarse que la alteración de las reglas procesales ya había sido incorporada por la regulación anterior, pues la acción ambiental, pese a ser propiamente una acción mueble, se excluía del régimen general consagrado en los arts. 134 y 138 COT, en virtud de los cuales el juez competente, por regla, es el del domicilio del demandado, mas no el del afectado ni, necesariamente, el del lugar donde se origina el hecho ambientalmente dañoso.

10. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

En cuanto a la tramitación de los juicios de reparación del daño ambiental, las modificaciones introducidas al procedimiento son también considerables. A diferencia de la regulación anterior, que se limitaba a establecer ciertas modificaciones a los procedimientos sumarios, la LTAA introduce una densidad normativa mayor, consagrando disposiciones *ad hoc* para la tramitación de esta clase de juicios, y se remite, en lo no previsto por la ley, a las regulaciones contenidas en el Libro I y II del CPC (art. 47 LTAA).

⁷⁵ La indemnización de perjuicios ha sido regulada en el art. 46 de la ley que crea los Tribunales Ambientales, otorgándole la competencia al juez de letras en lo civil del lugar donde se produjo el daño. La ley señala expresamente que *"al ovelvar los eventuales perjuicios, el referido juzgado deberá considerar lo resuelto por el Tribunal Ambiental respecto de la obligación de reparar el medio ambiente dañado"*.

La referencia a la regulación supletoria consagrada por el legislador es de importancia, considerando que, como ya hemos visto, la responsabilidad por el daño ambiental tiene una naturaleza jurídica particular, diversa de la responsabilidad extracontractual civil. Esta es la razón por la cual el legislador expresamente ha hecho aplicable ambos Libros del CPC a las contiendas ambientales, dado que, en estricto rigor y no constituyendo una contienda civil, sería de antemano discutible la aplicación del art. 3 CPC, disposición que consagra la aplicabilidad extensiva de las reglas del procedimiento ordinario.

Procesalmente, por tanto, la regla de supletoriedad consagrada en el art. 47 LTAA, resulta equivalente al mandato del art. 51 inc. 3º LBGMA, que ordena aplicar, en lo no previsto por dicho ordenamiento o por las leyes especiales en materia de responsabilidad por el daño ambiental, las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Desde una perspectiva metodológica, ello permitirá remitirnos a dichas regulaciones generales en lo no previsto por la legislación especial, razón por la cual limitaremos el análisis a los aspectos distintivos del procedimiento de reparación del daño ambiental, conforme a las etapas en que el juicio deberá desarrollarse.

10.1 Etapa de discusión

La etapa de discusión de la pretensión procesal ambiental contempla los siguientes aspectos de interés:

10.1.1 Contenido de la demanda y admisibilidad

La demanda debe reunir todos los requisitos del art. 254 CPC (art. 33 LTAA). Respecto a la parte petitoria, el legislador ha precisado que su contenido sólo puede comprender la *“declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley Nº 19.300”*. Una vez más, el legislador evita toda referencia respecto a una eventual indemnización de perjuicios subsidiaria, en caso que el daño ambiental no pueda ser reparado en los términos del art. 2 letra s) LBGMA.

Si la demanda no contiene la petición expresa de declaración del daño ambiental y su condena, en los términos del art. 53 LBGMA, así como todas las exigencias del art. 254 CPC, el tribunal ordenará completarla dentro de quinto día. En caso que ello no tenga lugar, la ley establece una regla de excepción, pues la demanda se tendrá por no presentada cualquiera sea el requisito del art. 254 CPC que, en el caso concreto, haya sido omitido. Sin embargo, nada obsta a que se enmiende la demanda y sea presentada con posterioridad, siempre que la acción no se encuentre prescrita. Asimismo, *“Si de los datos aportados en la demanda se desprendiere claramente que la acción se encuentra prescrita, el Tribunal deberá declararlo de oficio y no admitirá a tramitación la demanda”* (art. 33 inc. 2º LTAA). Finalmente, si estima que es incompetente para conocer de la demanda deberá declararlo de oficio y señalará en la misma resolución el tribunal que estima competente para su conocimiento (art. 33 inc. 3º LTAA).

Si producto del examen de admisibilidad el tribunal ambiental declara la inadmisibilidad de la demanda, podrá apelarse de la resolución para ante la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento aquél (art. 26 inc. 1º LTAA).

10.1.2 Contestación de la demanda y excepciones dilatorias

Declarada admisible la demanda, se confiere traslado al demandado según las reglas generales, esto es, por el plazo de quince días, prorrogable en los términos de los arts. 258 y 259 CPC, no pudiendo exceder de los treinta días (art. 33 inc. final LTAA).

El art. 34 LTAA regula las excepciones dilatorias, estableciendo algunas diferencias en relación a su tramitación general. En primer lugar, ellas sólo pueden incorporarse al proceso en el mismo escrito de contestación, como cuestiones principales. Para el evento en que ello no tenga lugar, la ley, por tanto, parece excluir la posibilidad de presentar dichas excepciones por la vía de alegaciones o defensas. Por otro lado, se tramitan conjuntamente con la cuestión principal, sin suspender el procedimiento. Sólo la excepción de incompetencia permite suspenderlo y tramitar previamente dicha excepción. En este caso el tribunal ambiental deberá dar traslado al demandante por un plazo de cinco días para que haga valer sus alegaciones.

10.2 Conciliación

El llamado procede en la audiencia a la que se refiere el art. 36 LTAA. En dicha audiencia, si es procedente, el tribunal deberá proponer bases para la conciliación. Si no se llegare a acuerdo entre las partes, el tribunal recibirá la causa a prueba (arts. 36 y 38 LTAA).

En esta materia debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 44 LTAA, en cuanto la demanda de responsabilidad puede ser objeto de transacción o de otros equivalentes jurisdiccionales, como la conciliación, pero no podrá en caso alguno eximirse al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado. Con ello quiso la ley evitar que el efecto preclusivo de la interposición de la acción de responsabilidad por el daño ambiental pueda ser mal utilizado a través de un testaferro, que acuerde unos términos de conciliación que no digan relación con la reparación ambiental. Sin embargo, la LTAA no entrega facultades al tribunal para verificar el cumplimiento y ejecución en tiempo y forma de los términos ambientales de la conciliación o de la transacción, por lo que quedará entregado a la actividad de control de cumplimiento que desarrolle el demandante.

10.3 Prueba

Conforme al art. 36 LTAA, *"contestada la demanda o vencido el plazo para cumplir con este trámite, el Tribunal recibirá la causa a prueba, si lo estima procedente"*. Al igual que en la generalidad de los juicios ordinarios, la ley permite, en contra de la resolución que recibe la causa a prueba, la interposición del recurso de reposición dentro de tercer día y, subsidiariamente, el recurso de apelación, recurso del que conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada (art. 26 LTAA).

La producción de la prueba tiene lugar en la audiencia a la que el tribunal deberá convocar una vez notificada la resolución que recibe la causa a prueba o la que se pronuncia sobre los recursos interpuestos en su contra, si los hubiere, debiendo celebrarse no antes de veinte ni después de treinta días (art. 37). La ley consagra asimismo una manifestación del principio de intermediación procesal, al disponer que en ningún caso se podrá rendir pruebas ante un tribunal distinto que el Tribunal Ambiental.

(art. 35 inc. final). La prueba es incorporada al proceso comenzando por la del demandante, en una sola audiencia o, en su caso, en audiencias ininterrumpidas, que deberán continuar durante los días hábiles siguientes (arts. 38). La regulación del término probatorio consagra amplias facultades para el Tribunal Ambiental. Así, puede suspender la audiencia probatoria, en caso que lo estime pertinente para su mejor funcionamiento, fijando una nueva fecha para proseguirla. Las partes carecen de esta facultad, aun obrando de común acuerdo (art. 38 LTAA).

10.3.1 Valoración y medios de prueba

La regulación de la LTAA consagra una serie de modificaciones al sistema probatorio general, mediante el establecimiento de reglas especiales para su valoración, así como la consagración del principio de libertad probatoria.

- **Valoración de la prueba.** El art. 35 LTAA establece que la valoración de la prueba se realizará conforme a las reglas de la sana crítica. Así, la regulación actual reitera el criterio previamente establecido en el derogado art. 62 inc. 1º LBGMA, conforme al cual el juez civil no estaba vinculado por el sistema de valoración tasado, consagrado en el CPC. Por el contrario, la valoración de los medios deberá realizarse conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico afianzado. El art. 35 inc. 1º LTAA establece dos reglas al respecto:
 - Al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime.
 - En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.
- **Libertad de medios probatorios.** La LTAA, al igual que la regulación anterior, admite “*todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe*” (art. 35 inc. 2º LTAA). Asimismo, puede el tribunal ambiental reducir los medios probatorios, cuando sean reiterativos, o decretar otros medios, cuando resulte indispensable para aclarar hechos que aun parezcan oscuros y dudosos. En consecuencia, las partes pueden utilizar cualquier medio útil y lícito para acreditar sus pretensiones, no debiendo limitarse a aquellos establecidos por la regulación general, contenida en el CPC. Asimismo, el propio tribunal puede disponer la utilización de un medio probatorio o excluir otros. Esta regla le da una facultad amplia al tribunal para admitir o producir prueba con medios que vayan más allá de aquéllos que el CPC establece. Así por ejemplo, podrá recibir la declaración de un testigo por medios remotos (por ejemplo, a través de una video conferencia por Internet); o bien, decretar como medida para mejor resolver la consulta a expertos en una determinada materia, sin que constituya una prueba pericial.

10.3.2 Medios probatorios en particular

La regulación de los medios probatorios en particular plantea algunas diferencias en relación a los requisitos generales, dependiendo del medio de que se trate:

- *Documental*. El art. 39 LTAA modifica la oportunidad en que deberá producirse la prueba documental, estableciendo que ella sólo podrá ser presentada hasta cinco días antes de la celebración de la audiencia.
- *Testimonial*. La lista de testigos y la minuta de puntos de prueba, siguiendo a la regulación general, debe ser presentada dentro de los cinco días de notificada la resolución que recibe la causa a prueba⁷⁶ (art. 40 LTAA). La ley, sin embargo, limita el número de testigos. Las partes sólo pueden pedir la declaración de hasta un testigo experto y dos testigos que no reúnan dicha calidad por cada hecho consignado en la resolución que recibe la causa a prueba. Excepcionalmente y por motivos calificados, el tribunal puede aumentar tales números o autorizar la declaración de personas no mencionadas en la lista. Respecto de las condiciones que deberán reunir los testigos, la ley establece la inexistencia de testigos inhábiles, “lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe” (art. 35 inc. 2º LTAA)⁷⁷.
- *Confesional*. Aunque la ley la denomina como “*declaración de la parte contraria*”, en realidad es una confesión en juicio. Debe ser solicitada en la demanda o en la contestación, según corresponda. Ella tiene lugar en la audiencia indicada en el art. 37 LTAA, sobre la base de las preguntas formuladas oralmente por quien pidió la diligencia, respecto de hechos y circunstancias del juicio. La ley consagra la confesión tácita respecto de los hechos que se atribuyen en la demanda o en la contestación, si quien debe contestar no comparece. En cambio, si quien debe responder se niega a hacerlo, se tiene por reconocido el hecho, si la pregunta ha sido formulada de manera asertiva (art. 41 LTAA). Contestada cada pregunta los abogados de las partes podrán pedir las aclaraciones que estimen necesarias.
- *Informe pericial*. Puede ser solicitado por cualquiera de las partes, una vez citadas a oír sentencia. Asimismo, la prueba puede ser decretada por el tribunal, en cualquier estado del juicio. En ambos casos, se sustrae la facultad de las partes de nombrar al perito, consagrada anteriormente en el derogado art. 61 LBGMA. Actualmente, es facultad del tribunal designar la persona o institución que deberá emitir el informe. El tribunal puede, para este efecto, designar a una o más personas naturales, a Facultades, Institutos o Unidades de Universidades reconocidas por el Estado o a organismos públicos especializados.

No obstante, se consagra expresamente la facultad de designar un perito adjunto, de cuyas observaciones deberá darse cuenta en el informe definitivo (art. 42 inc. final LTAA). El nombramiento de peritos puede recaer sobre personas naturales, facultades, institutos o unidades de universidades reconocidas por el Estado u organismos públicos especializados⁷⁸. Al igual que en el caso de la prueba testimonial, no hay peritos inhábiles, reservándose a cada parte

⁷⁶ La resolución que recibe la causa a prueba y fija los puntos de prueba (art. 37) es una resolución interlocutoria, a pesar de que la LTAA erróneamente la denomina como “*auto de prueba*” (art. 40 inc. 1º).

⁷⁷ Los testigos pueden consignar su opinión en un informe escrito que la parte respectiva debe acompañar hasta cuarenta y ocho horas antes que la audiencia se verifique (art. 40 inc. final LTAA).

⁷⁸ El término dentro del cual los peritos deben emitir el informe es de quince días. En caso que ello no ocurra, el tribunal deberá dictar sentencia en un plazo no superior a treinta días (art. 42 LTAA).

el derecho de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe (art. 35 inc. 2º LTAA).

10.4 Sentencia

El Tribunal Ambiental deberá citar a oír sentencia con posterioridad a las alegaciones formuladas por cada una de las partes, en el evento en que no se hubiere recibido la causa a prueba y no se hubiere producido conciliación. Dichas alegaciones tienen lugar al finalizar la audiencia del art. 38 LTAA. La sentencia habrá de dictarse en un lapso no superior a treinta días, salvo que, de conformidad con el art. 42 de la ley, se hubiese solicitado informe pericial y el plazo para evacuarlo se encuentre pendiente.

Este plazo puede ampliarse hasta por cinco días, por razones fundadas. La ley establece expresamente que el retardo más allá del aumento constituye un incumplimiento grave de los deberes del cargo de ministro del tribunal (art. 36 LTAA).

10.5 Recursos jurisdiccionales

El art. 26 de la ley en estudio establece una regulación particular para las resoluciones dictadas por el Tribunal Ambiental, con ocasión de procedimientos judiciales en materia de daño ambiental.

Respecto del recurso de apelación, el legislador ha dispuesto que sólo son apelables 1) las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda; 2) las que reciban la causa a prueba, o 3) las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación. De este recurso conoce la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada, esto es, las Cortes de Apelaciones de Valdivia, Antofagasta o Santiago, según corresponda. En cuanto al plazo de interposición, el recurso sigue la regla general de la apelación de las sentencias definitivas en materia civil, por cuanto deberá interponerse dentro de los diez días contados desde la notificación de la resolución respectiva (art. 26 inc. 2º LTAA).

No obstante, respecto de la sentencia definitiva, el legislador excluye la apelación, limitando los recursos en la materia. Así, en el inc. 3º del art. 26 LTAA se dispone que en contra de estas sentencias *“procederá sólo el recurso de casación en el fondo”*, estableciendo en el inciso siguiente que, además, *procederá el recurso de casación en la forma*. En este sentido, se ha impuesto la idea que *“si se pretende establecer un tribunal especializado en temas medioambientales, no tiene sentido otorgar a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de apelación de la sentencia definitiva, dado que con ello se le permitiría entrar a conocer de los hechos”*⁷⁹.

Respecto del recurso de casación en el fondo, el art. 26. inc. 3º LTAA se remite a la reglamentación prevista en el art. 767 CPC. La remisión es armónica con la improcedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva, toda vez que dicha disposición excluye el recurso de casación en el fondo respecto de estas resoluciones, así como de las sentencias interlocutorias apelables. Asimismo,

⁷⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaída en el Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales, p. 11.

permite concluir que el recurso de casación en el fondo procederá sólo en la medida que exista una infracción de ley que influya substancialmente en lo dispositivo del fallo.

No obstante, debe señalarse que la referencia consagrada en el art. 767 CPC, relativa a que el recurso en estudio sólo procederá en contra de determinadas sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho, no resulta acorde con la regulación del recurso de casación de fondo en contra de las resoluciones dictadas por el Tribunal Ambiental, por cuanto respecto de él no se verifica ninguna de las circunstancias señaladas.

Por otra parte, el recurso de casación en la forma procede por las causales números 1, 4, 6 y 7 del art. 768 del Código de Procedimiento Civil. Esta referencia comprende las hipótesis relativas a la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a la ley; ultra petita; resolución dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada; asimismo como por la incorporación de decisiones contradictorias dentro de la sentencia del Tribunal Ambiental. Cabe agregar que el legislador admite la interposición de este recurso si en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el art. 25 LTAA⁸⁰, o hubiera sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (art. 26 inc. 4º LTAA).

Para efectos de tramitar la casación, el legislador ha dispuesto que el recurso deberá interponerse ante el Tribunal Ambiental que dictó la resolución recurrida para ante la Corte Suprema, teniendo preferencia para su vista y fallo. Para tales efectos, la regulación señala expresamente que los plazos y procedimientos relativos al conocimiento del recurso deberán ajustarse a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil (art. 26 inc. 5º), disposición que, sin embargo, resulta superflua, atendiendo la supletoriedad general de dicho cuerpo legal, consagrada en el art. 47 LTAA.

El legislador, finalmente, facilita la interposición del recurso de casación en estudio, excluyendo la aplicabilidad del art. 769 CPC. En este sentido, se deja sin aplicación su necesidad de prepararlo, mediante la reclamación oportuna de la falta, en todos sus grados. Por otro lado, no es aplicable la invalidación de oficio por parte del tribunal cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, exepituando el art. 775 CPC (art. 26 inc. 6º LTAA). Finalmente, resulta curiosa la incorporación de una regla probatoria expresa en materia de casación, como ocurre con la prueba documental y de cualquier otra cuya práctica disponga la Corte Suprema, conforme al art. 26 inc. final LTAA.

11. PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN AMBIENTAL

A partir de la entrada en vigor de la Ley Nº 20.417 se establece una situación particular de improcedencia del ejercicio de la acción ambiental, en relación con la aprobación de planes de reparación de daños ambientales. Así lo dispone el art. 53 inc. 2º LBGMA, al señalar: *"No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfacto-*

⁸⁰ El art. 25 LTAA establece: *"La sentencia de los Tribunales Ambientales se dictará con arreglo a lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, en su caso, enunciar los fundamentos técnico - ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia".*

riamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente". Respecto de la disposición citada, es posible considerar los siguientes aspectos (C.V, 2.3.6):

11.1 Presupuestos

En los términos del art. 53 inc. 2º LBGMA, la preclusión sólo opera cuando *"quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente"*. La utilización del indefinido "un", podría llevar a entender que dichos planes pueden ser aprobados en una multiplicidad de casos. Sin embargo, el legislador sólo ha consagrado tales planes de reparación sólo con ocasión del procedimiento sancionador ambiental. En este sentido, el art. 43 inc. 1º LOSMA dispone: *"Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación avalada por un estudio técnico ambiental"*.

El efecto suspensivo o extintivo que el plan de reparación ejerce sobre la acción ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- *El daño ambiental causado debe ser el resultado de una infracción ambiental.* En efecto, al disponerse que la presentación del plan de reparación procede una vez notificada la resolución que pone término al procedimiento sancionador, supone lógicamente un paso previo: la tipificación de una infracción ambiental, cuya comisión origina el resultado ambientalmente dañoso. Como es evidente, estaremos ante el supuesto de presunción de responsabilidad por el daño ambiental, por configurarse la situación descrita en el art. 52 LBGMA (*supra* 4.1).
- *El daño ambiental debe ser reparable.* Parece lógico que un plan de reparación suponga la posibilidad de reparar el daño causado, sin embargo, al menos de acuerdo con la LOSMA esta posibilidad no siempre concurre, toda vez que tipifica como gravísimas las infracciones ambientales que originan *"daño ambiental no susceptible de reparación"*. Este es el caso de las infracciones ambientales gravísimas, consagradas en el art. 36 N° 1 letra a) LOSMA⁸¹. La interpretación literal trae como resultado que, en tales casos de daño ambiental irreparable, sólo resultará procedente la aplicación de la sanción administrativa por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como la acción indemnizatoria ordinaria por los perjuicios individuales que hubiere ocasionado el daño ambiental.

11.2 Efectos

La presentación de un plan de reparación genera los siguientes efectos:

- *Suspensivos.* Desde la aprobación del plan de reparación, el plazo de prescripción para ejercer la acción por el daño ambiental se suspende. La suspensión es prevista por el art. 43 inc. 4º

⁸¹ La LOSMA tipifica un listado de infracciones ambientales, clasificadas en leves, graves y gravísimas. El art. 36, N° 1 establece que son infracciones gravísimas *"los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: a) hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación"*.

LOSMA, que dispone: “Desde la aprobación del plan de reparación (...) y mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá”.

- *Extintivos.* De ser ejecutado satisfactoriamente, el plan de reparación extingue la acción por el daño ambiental (art. 43 incs. 4º y 5º LTAA). Para que tenga lugar la extinción de la acción, deberán reunirse una serie de requisitos. Estos son:
- *Tramitación del procedimiento sancionador ambiental en contra del causante del daño y notificación de su término.* La ley exige que se tramite el procedimiento administrativo sancionador el que debe culminar con la imposición de una sanción. Lo anterior, ya que la ley dispone que el plan de reparación podrá tener lugar “sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan” (art. 43 LOSMA). Debe hacerse presente, eso sí, que tal como ocurre en la infinidad de casos en que el legislador ocupa la manida expresión “sin perjuicio de”, puede interpretarse como que es “además” de la sanción, o por el contrario, que para el plan de reparación es necesario sólo el procedimiento administrativo sancionador, mas no la sanción.
- *Presentación de un plan de reparación ambiental, aceptado por el Servicio de Evaluación Ambiental y aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.* La presentación del plan debe estar avalada por un estudio técnico ambiental que elaborado por encargo del propio infractor (art. 43 LOSMA). Luego de eso, “el Servicio de Evaluación Ambiental deberá pronunciarse acerca de los aspectos técnicos del plan de reparación que el infractor deberá implementar a su costo y dentro de los plazos que al efecto le fije tal autoridad” (art. 43 inc. 2º LOSMA). En consecuencia, el SEA no sólo se pronunciará técnicamente del plan de reparación presentado, sino que además le fijará plazos para su ejecución. Estas facultades del SEA dejan poco margen de maniobra a la SMA, la que “lo aprobará, y le corresponderá la fiscalización de su cumplimiento” (art. 43 inc. 3º LOSMA). En consecuencia, la SMA no podría rechazar el plan previamente aceptado por el SEA, ya que se trata de un informe vinculante pudiendo sólo aprobarlo, con lo que la facultad de aprobar el plan de reparación es reglada.
- *Ejecución satisfactoria del plan de reparación ambiental por parte del causante del daño.* La LOSMA no señala en términos concretos qué autoridad de aquellas intervinientes en materia de planes de reparación es competente para constatar la ejecución satisfactoria. Si bien el Servicio de Evaluación Ambiental es el encargado de velar por los aspectos técnicos, corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente fiscalizar el cumplimiento del plan de reparación (art. 43 inc. 3º LOSMA), razón por la cual resulta lógico suponer que esta última será la encargada de determinar la conformidad. Siguiendo al legislador, dicho cumplimiento deberá ser sólo *satisfactorio* y no *íntegro*, con lo que la ambigüedad del lenguaje sólo podrá ser salvada a través de la precisión que haga el reglamento. En efecto, el plan de reparación deberá implementarse necesariamente dentro de los plazos que hubieren sido fijados por la autoridad, conforme a los parámetros reglamentarios señalados en el art. 43 inc. final LOSMA.

11.3 Límites

La ley consagra una serie de límites materiales y temporales en relación a los efectos que la ejecución satisfactoria del plan de reparación produce sobre la acción ambiental.

- **Materiales.** La preclusión sólo alcanza al ejercicio de la acción ambiental. Así se desprende del tenor literal de la ley, al referirse a *“la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado”*. Por otro lado, los efectos de la ejecución satisfactoria extinguen la acción, mas no la responsabilidad ambiental propiamente dicha. En este aspecto el legislador no ha sido preciso, dado que, en estricto rigor, señalar que la ejecución satisfactoria del plan de reparación extingue la acción, mas no la responsabilidad ambiental, equivale a decir que el autor del daño, pese a haberlo reparado, sigue siendo responsable del mismo, aunque no existirá acción para dirigirse en su contra.
- **Temporales.** La preclusión de la acción ambiental debe considerarse con cautela. Ella sólo operará una vez que el infractor sancionado haya ejecutado satisfactoriamente el plan de reparación ambiental y la SMA —en tanto autoridad que aprueba el plan— así lo establezca, dentro de los plazos reglamentarios a que hace referencia el art. 43 inc. final LOSMA. A partir de ello, es posible sostener que nada obsta a que los titulares de la acción ambiental demanden judicialmente la reparación del daño, antes que se incoe el procedimiento sancionador, mientras éste se tramita e, incluso, con posteridad al mismo, en la medida que el plan de reparación ambiental no haya sido aprobado por parte de la SMA⁸².

Una lectura sistemática que permite solucionar el problema planteado podría desprenderse del art. 43 inc. 5º LOSMA, al disponer: *“Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental”*. En consecuencia, si durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador se estima que se produjo daño ambiental, sólo se podrá demandar una vez que el infractor no presentó el plan de reparación. Sin embargo, la improcedencia de la demanda producto de encontrarse pendiente la aprobación del plan de reparación sólo podría hacerse valer por la vía de una excepción dilatoria, la que sólo puede oponerse como cuestión principal en el escrito de contestación de la demanda (art. 34 LTAA). Con lo que el infractor se verá forzado a contestar el fondo de la demanda, a pesar de que la acción pueda resultar improcedente en caso de aprobarse y ejecutarse satisfactoriamente el plan de reparación (art. 53 inc. 2º LBGMA y art. 43 inc. 4º LOSMA).

Para determinar claramente que no se presentó el plan de reparación deberán haber transcurrido los plazos que para tal efecto ha dispuesto el reglamento a que se refiere el art. 43 inc. final LOSMA.

11.4 Ausencia del plan de reparación

Es posible vislumbrar al menos tres situaciones en que el plan de reparación puede faltar, a saber:

- **No presentación voluntaria del plan de reparación:** Como se recordará, el art. 43 inc. 5º LOSMA dispone que *“Si existiere daño ambiental y el infractor no presentare voluntariamente un plan*

⁸² Iván Poklepovic Meersohn, Análisis crítico del sistema de incentivos al cumplimiento ambiental de la ley N° 20.417, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, en Derecho ambiental en tiempos de reforma, Actas de las V Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 193.

de reparación, se deberá ejercer la acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental”. El supuesto aquí dice relación con la existencia de daño ambiental, lo que ha sido probado en el procedimiento administrativo sancionador, no obstante lo cual el infractor no presenta el plan respectivo. Asimismo, sólo podrá estimarse que se ha omitido la presentación una vez que ha transcurrido un plazo, el que debe ser fijado en el reglamento (art. 43 inc. final LOSMA). Las razones para esta omisión pueden ser múltiples, por ejemplo, que la resolución sancionadora hubiere sido impugnada ante el tribunal ambiental; que se estime que no existe daño ambiental; simple desidia; etc. La ley obliga a ejercer la acción de responsabilidad por el daño ambiental sin importar la razón por la que se omitió la presentación del plan. Sin embargo, la norma no precisa cuál de los legitimados activos debe ejercer la acción. Es lógico pensar que dicha acción deberá ser ejercida por el Consejo de Defensa del Estado, en su carácter de representante judicial del Estado, lo que además se funda en su deber de tutelar la preservación de la naturaleza (C.II, 5.2.2). Sin embargo, puede resultar que el propio Consejo acuerde no ejercer la acción cuando, por ejemplo, el responsable del daño ambiental es un órgano de la Administración del Estado, tal como ha ocurrido en otras ocasiones. Frente a tal situación, surge la pregunta acerca de si no podría ser la propia SMA la que ejerza la acción, atendido su carácter de órgano descentralizado, que tiene por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de todos los instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley (art. 2 inc. 1º LOSMA). A ello se agrega que el art. 54 inc. 1º LBGMA establece de forma genérica que son legitimados para el ejercicio de la acción de responsabilidad por daño ambiental “y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado” las personas jurídicas públicas que hayan sufrido el daño o perjuicio. En consecuencia, si se quiere dar un contenido real a dicha legitimación, la pregunta planteada debería responderse afirmativamente.

- *Presentación de un plan de reparación que es rechazado por el SEA*: La ley no se ha puesto en el caso en que el plan de reparación es informado negativamente por el SEA. Evidentemente, no se trata de un caso de no presentación, sino de rechazo del mismo por parte de la mencionada autoridad ambiental, frente a lo cual la SMA sólo podrá dictar una resolución de rechazo del plan de reparación. En este caso, el efecto preclusivo de la acción ambiental no se producirá, con lo que queda abierta la vía judicial, con el mismo problema antes mencionado, relativo a qué órgano ejerce la misma.
- *Presentación de un plan que es impugnado ante el tribunal ambiental*: Dado que el plan de reparación ambiental debe ser aprobado por una resolución de la SMA, puede estimarse por un tercero que éste le afecta, por ejemplo, cuando técnicamente no es satisfactorio, y lo impugna ante el tribunal ambiental (que para estos efectos sólo podría ser el Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en Santiago de Chile). La sola interposición de la reclamación en contra de la resolución de la SMA no suspende su eficacia, sin embargo, el tribunal ambiental podría decretar la suspensión de la misma, con la consecuente paralización de la ejecución del plan de reparación, en virtud de las facultades que le confiere el art. 24 LTAA. Asimismo, el reclamante podría solicitar la realización de medidas de reparación no comprendidas en el plan, a las que podría dar lugar el tribunal ambiental como medida cautelar de carácter innovativo, según lo dispuesto en la misma norma.

12. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El art. 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 (art. 2332 CC). 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 buscan la restauración del entorno dañado (art. 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. La explicación es, en realidad, histórica. Antes de la entrada en vigor de la Ley Nº 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, dicha remisión, aunque forzosamente, podía interpretarse en relación con el art. 56 LBGMA, que permitía perseguir la imposición de sanciones por parte del juez de letras en lo civil, ante la infracción de determinados instrumentos de gestión ambiental que la disposición señalaba. En la actualidad esta disposición ha sido derogada, por tanto, no es posible articular la pluralidad de acciones referidas por el legislador.

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 art. 63, desde la *“manifestación evidente del daño”*. Como se ha señalado, de esta forma la ley ha evitado reproducir en el ámbito ambiental la antigua discusión de la doctrina civil en torno al momento a partir del cual debe computarse el plazo del art. 2332 CC⁸³. No obstante, 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 ésta 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 dañoso⁸⁴.

⁸³ Alvaro Vidal Olivares, Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley 19.300, *op. cit.*, p. 127

⁸⁴ Cfr. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, Instituciones de Derecho Civil Tomo I, Ed. Tecnos, Madrid 1995, p. 838.

13. 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 arts. 3, 52 inc. 2°, 53 y 55 LBGMA y 33 y 46 LTAA. La relación que se produce entre la responsabilidad ambiental y la civil extracontractual es posible apreciarla desde la perspectiva normativa y desde la perspectiva reparatoria, a saber:

13.1 Perspectiva normativa

Se justifica el planteamiento desde este punto de vista toda vez que el art. 51 inc. 3° 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 art. 51 inc. 3° son aquellas contenidas en los arts. 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 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 solidaridad⁸⁵ y responsabilidad por el hecho ajeno, que son los únicos aspectos que han quedado fuera de la regulación de la responsabilidad ambiental.

13.2 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

⁸⁵ Sin perjuicio de las modificaciones al régimen de la responsabilidad solidaria, introducidas por el art. 45 inc. 2° LBGMA, a prescribir la solidaridad en los perjuicios causados al requirente, en la medida que la municipalidad resuelve no ejercer la acción ambiental y no lo comunique en el plazo de 45 días.

de propiedad privada. De ser procedente, el tribunal ambiental 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 corta⁸⁶. A partir de lo expuesto se podrán extraer las siguientes consecuencias:

13.2.1 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. La situación hoy en día ha sido regulada, desde la perspectiva procesal, en el art. 46 LTAA. Esta disposición establece la competencia del juez de letras civil del lugar donde se produjo el daño ambiental *“para conocer de la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental”*. Dicha indemnización, por tanto, sólo procede con posterioridad a la condena de responsabilidad por el daño ambiental, mediante el procedimiento establecido por la misma disposición. En este sentido, la regulación permite superar ciertas hipótesis de fraude a la ley que, como se verá, la legislación anterior permitía⁸⁷. A ello se agrega que el art. 46 inc. final LTAA dispone la suspensión de la prescripción de la acción civil, *“desde la notificación de la acción de reparación por daño ambiental hasta que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia que ponga término al respectivo juicio o haga imposible su continuación”*. Lo que permite el ejercicio sucesivo de ambas acciones. En consecuencia, para la determinación del monto de la indemnización civil, el juez de letras en lo civil deberá tener en cuenta la reparación ambiental que se decretó en sede del tribunal ambiental, de manera de evitar un enriquecimiento sin causa.

13.3.2 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 excluirá a éste en el ejercicio de la acción ambiental, pudiendo intervenir sólo como tercero coadyuvante (art. 54 inc. 2° LBGMA). Sin embargo, es muy probable que la reparación ambiental tarde mucho tiempo en producir su efecto, esto es, que tome tiempo 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

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Los casos típicos de in comerciabilidad 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.

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 nuevamente perjudicado en su patrimonio, ya que parte de la recuperación del valor del bien ambiental no podrá verla nunca.

13 3.3 Omisión de la acción ambiental

Con anterioridad a la LTAA, se presentaba el problema relativo a aquellos casos en que el titular del bien ejercía la acción ambiental, excluyendo a los demás legitimados y, al mismo tiempo, demandaba la indemnización por el total del daño causado. En tales eventos, era perfectamente factible que el actor, interesado únicamente en la indemnización de perjuicios, manifestara su desidia en el ejercicio de la acción ambiental, por ejemplo, desistiéndose de la misma.

Actualmente, la legislación ha resuelto el problema en cuestión, mediante la primacía que el art. 46 LTAA le otorga a la jurisdicción ambiental. Por ello, será necesario, primero, la sentencia de condena de responsabilidad por el daño ambiental, y sólo posteriormente, a través del procedimiento especial del art. 46, podrá ejercerse la *"acción por los perjuicios derivados del daño ambiental"*. Por su parte, al regular la audiencia de prueba, el art. 46 N° 2 LTAA dispone que ella *"versará sobre la existencia, naturaleza y monto de los perjuicios, sobre la relación causal entre los perjuicios y el daño ambiental establecido por el Tribunal Ambiental y sobre las otras defensas que el demandado"*. Sin embargo, no se podrá discutir en la sede civil la inexistencia de un ilícito o culpabilidad, los *"que se considerarán hechos establecidos por la sentencia del Tribunal Ambiental"*.

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 extracontractual 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 LBGAE⁸. El art. 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 art. 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"*⁹.

Por su parte, como se recordará, en la LBGMA el art. 3 dispone que: *"Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culpasa 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

⁸ 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."*

⁹ No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal¹⁰.

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 art. 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”.

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 (C.IV, 3). Así un órgano de la 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 arts. 3 y 51. Pero tal respuesta, aparentemente obvia, se complica 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 art. 21 inc. 2° LBGAE° dispone⁸⁹.

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 órganos 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 otro órgano de la 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°; b) de aceptarse que es procedente la aplicación de la LBGMA, lo será en todos los casos o sólo respecto de algunas administraciones públicas.

⁸⁹ Artículo 21 inc. 2° LBGAE°: *“Las normas del presente título (en el que se encuentra el artículo 42) 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, al Consejo para la Transparencia 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 éstos de la regulación que recae en las relaciones jurídicas de los sujetos regidos por el Derecho común⁸⁰.

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 Administración⁸¹. 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 Administración⁸².

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 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 implementado o concretizado.

⁸⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 38-39, Ed. Civitas, 7ª 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.

⁸¹ 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 aquéllas y otros sujetos".

⁸² Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 36.

Este sólo aspecto puede importar una diferencia radical frente a las normas de la LBGMA. No está claro cual 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 privada⁹³, 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 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 específico para sus destinatarios, no requeriría 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 comparado⁹⁴. 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 completa (aunque la LBPA representó 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 estatutario⁹⁵. Al menos en pos de la seguridad jurídica convendría reconocer dicha falta de desarrollo de algunos aspectos del Derecho administrativo y no ser tan innecesariamente escrupulosos a la hora de aceptar una remisión al Derecho común⁹⁶.

- *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

⁹³ 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.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Cfr. *Jorge Bermúdez Soto*, Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común, Ed. Thomson Reuter-Abeledo Perrot, Santiago, 2012.

⁹⁶ 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).

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 autotutela, 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.

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 comunes⁷⁷. 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 (arts. 6, 7 y 38 inc. 2° CPR) y por las normas de la LBGAE* (arts. 4 y 42), existe un 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 fluiría como resultado hasta aquí 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 ambiental. 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, los arts. 4 y 42 LBGAE*. Y no procedería 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. Sin embargo, esta conclusión debe ser revisada, como se verá a continuación.

⁷⁷ Cfr. Jorge Bermúdez Soto, *Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común*. Ed. Thomson Reuters-Abeledo Perrot, Santiago, diciembre de 2012.

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 y que conducen a la respuesta respecto del régimen jurídico aplicable al órgano de la Administración del Estado que causa un daño ambiental.

En primer término se encuentra el argumento basado en la literalidad de los preceptos de los arts. 3 y 51 LBGMA. En ambos se dispone que *“todo el que”* cause 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 (art. 51 inc. 2° 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: el medio ambiente. 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, éstas se reducen a unos aspectos mínimos, a saber: las reglas sobre responsabilidad solidaria y responsabilidad por el hecho ajeno. Finalmente, debe considerarse que, si bien el artículo décimo transitorio de la LTAA dejó subsistente la competencia del juez de letras en lo civil para conocer de sólo de las demandas sobre indemnización de perjuicios originados en un daño ambiental, quedando la responsabilidad por el daño ambiental radicada en una jurisdicción especializada, a saber: el Tribunal Ambiental, consagrando disposiciones *ad hoc* para la tramitación de esta clase de juicios. Mención particular merece el art. 17 N° 2 LTAA, que establece expresamente que el conocimiento de estos asuntos deberá realizarse *“en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300”*, omitiendo referencia alguna a otro cuerpo legal. Más preciso es aún el art. 33 del mismo cuerpo legal, al prescribir que en la demanda sólo podrá pedirse *“la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.300”*. A ello se agrega que, a diferencia de la responsabilidad por falta de servicio de la Administración del Estado, que normalmente se reduce a la indemnización de los perjuicios que sufre en su persona o patrimonio el demandante; en la responsabilidad por el daño ambiental se persigue como objeto único la reparación del medio ambiente dañado, es decir tiene una afectación o finalidad estrictamente ambiental.

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 al medio ambiente, sin importar la naturaleza jurídica del sujeto causante, ya que lo fundamental para que sea procedente será la ocurrencia de un daño ambiental y su consecuente reparación, mas no el sujeto que la ocasionó.

14.5 Fisco con Fisco en materia ambiental

La procedencia de la acción ambiental en contra de entes estatales, puede llevar a la paradoja de

encontrar juicios caratulados “Fisco con Fisco”⁹⁸. En efecto, como se señaló en C.IV, 8.3, el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Estado, está legitimado en todos los casos para ejercer la acción de responsabilidad ambiental⁹⁹. 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 contradicción¹⁰⁰.

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*

⁹⁸ Aunque con dicha expresión se quiere poner de manifiesto la paradoja, en la práctica los juicios se caratularán con los nombres de los órganos de la Administración del Estado que sean parte.

⁹⁹ No obstante, la legitimación activa del Consejo de Defensa del Estado para solicitar la indemnización ordinaria de perjuicios ha sido una materia debatida, en aquellos casos en los cuales el Fisco no corresponde al propietario de los bienes o las especies dañadas. De manera reciente, la Corte Suprema –distinguiendo entre daños ambientales temporales y permanentes– ha estimado que dicha legitimación es procedente, en la medida que irroguen una afectación o detrimento del patrimonio ambiental y, por tanto, una lesión a un interés jurídicamente protegido por el Estado. Lo anterior, siguiendo a la Corte, “se ve reforzado por lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.300, que establece la obligación de indemnizar el daño ambiental de conformidad a la ley. Ello, porque esa norma usa la conjunción *e*, lo que implica que la reparación ambiental y la indemnización son compatibles y pueden acumularse, cuando la primera no es suficiente para resarcir la dimensión del daño causado”. Los razonamientos de la Corte, por tanto, parecen distinguir, por una parte, entre derechos e intereses, otorgándole al Consejo de Defensa del Estado la legitimación activa a partir de la vulneración a un interés, mas no un derecho, como el de propiedad aquí cuestionado. Por otro lado, la Corte funda su posición en los argumentos que parte de la doctrina había sostenido para afirmar la indemnización subsidiaria del daño ambiental, en el evento que éste no sea reparable en los términos del art. 2 letra s) LBGMA. En efecto, si dicha indemnización es procedente, el Consejo podría demandarla, dada la legitimación que le concede expresamente el art. 54 LBGMA.

No obstante lo anterior, deben considerarse algunos aspectos del fallo. En primer término, la Corte no precisa si sólo los daños ambientales permanentes originan la lesión al patrimonio ambiental. De su lectura podría desprenderse esta conclusión, situación que llevaría a excluir la legitimación activa del Consejo de Defensa del Estado ante detrimentos que, pese a ser significativos, en los términos del art. 2 letra e) LBGMA –y, por ende, configuradores de daño ambiental–, sean, sin embargo, temporales. Por su parte, debe considerarse el voto de minoría que, en esta ocasión, ha distinguido claramente ambas acciones –la reparatoria y la indemnizatoria civil–, señalando: “que precisamente por estar comprometido, en la preservación de la especie arbórea que es materia de esta causa, el interés general de la comunidad que por lo mismo corresponde al Estado cautelar y asegurar –es que la ley acuerda expresamente a este último legitimidad activa para iniciar y llevar adelante la acción reparatoria en relación con el medio ambiente. Sin embargo, ello no puede significar que se haga extensiva a favor del Estado, por esta vía, la acción para cobrar perjuicios por daño patrimonial, acudiendo como lo revela el tenor de la demanda de autos– a una difusa conceptualización de daño que se desmarca del contenido y categorías de los perjuicios ya referidos en lo que precede y que corresponden a lo que el derecho común regula como patrimoniales” (Sentencia de Corte Suprema, en autos Rol: 5027 – 2008, caratulada: *Fisco de Chile con Sociedad Forestal Candelaria Río Puelo, Inversiones Piedras Moras S.A. y Mario González Asencio*, de fecha 31 de agosto de 2010).

¹⁰⁰ 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.

judicial de los intereses del Estado. Históricamente, dicha 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 históricamente asumió en ciertas materias penales, en especial frente al tráfico de estupefacientes, lavado de dinero y ley de alcoholes. 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 la omisión del ejercicio de ellas.

14.5.2 Daños ambientales ocasionados por órganos del Estado

El problema es entonces 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)¹⁰¹.

Si se analiza con detención el art. 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 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 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

¹⁰¹ 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*”.

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 mandatarario 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 art. 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", irremediamente 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* (art. 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.

Finalmente, si por las razones ya vistas, el Consejo de Defensa del Estado se abstuviese de ejercer la acción ambiental en contra de un órgano centralizado, se plantea la interrogante de si otro órgano público podría ejercerla. Desde luego, podrá hacerlo la municipalidad del lugar en que se produjo el daño (art. 54 LBGMA), ¿podría hacerlo la SMA? Si bien la LOSMA no entrega expresamente la competencia en la materia, sí debe tenerse en cuenta que ésta tiene la competencia genérica respecto de todo instrumento ambiental, y además queda comprendida dentro de las personas jurídico públicas, legitimadas para el ejercicio de la acción, según el art. 54 LBGMA, con lo que no existiría un problema jurídico para el ejercicio de la acción por parte de la SMA³⁰².

- **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 (art. 3 N° 3 Ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado). Respecto del ejercicio de una acción ambiental por parte del CDE en contra de uno de estos órganos, en principio podría plantearse toda vez que estos tienen personalidad jurídica propia y el Consejo, como

³⁰² Evidentemente, esta es una posibilidad teórica, ya que al día siguiente de interpuesta la demanda, se le solicitaría la renuncia al Superintendente del Medio Ambiente.

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 de él, los que si bien se han desmembrado de su persona jurídica unitaria, forman parte de una organización superior. En consecuencia, si bien, en estricto rigor el Consejo de Defensa podría incluso demandarles, desde la perspectiva de la unidad y coordinación con que deben actuar los órganos de la Administración, como también por razones de imagen de los órganos estatales, 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 CDE 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 art. 42 LBGAE⁹ por regla general no se aplica a la Administración descentralizada (art. 21 inc. 2° LBGAE⁹), rigiéndose ésta, en materia de responsabilidad por su respectiva normativa (frase final del inc. 2° art. 21 LBGAE⁹). 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 (art. 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 considerársele un órgano del Estado¹⁰³. Así las cosas, el CDE no sólo no está obligado a asumir la defensa judicial de esta clase de órganos, sino que no tendría impedimento legal para el ejercicio de la acción ambiental en su contra¹⁰⁴.

Desde la perspectiva material, dado que se trata de órganos que están fuera de la Administración del Estado, es decir que —en general— 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

¹⁰³ 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 descompone 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 LBGAE⁹.

¹⁰⁴ Esta es la conclusión dogmática, evidentemente, desde una perspectiva de imagen pública no parecería 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 o con ENAP Refinerías S.A., aunque jurídicamente posible, desde la perspectiva de la coordinación pública y del deber general del Estado de proteger la naturaleza, parece ser poco presentable.

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, cuando ellas existen. Lo que conduciría a que, 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 por falta de servicio 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 y no al sujeto que causa el daño ambiental. Así, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, el medio ambiente, aparece como mucho más adecuado optar por esta segunda opción. La elección por cualquiera de las dos soluciones plantea inconvenientes, e incluso más, es probable que la solución definitiva sólo venga dada por el legislador.

15. VALORACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

El sistema de responsabilidad contenido en la LBGMA es consecuente con la tradición jurídica chilena, basado en un régimen de carácter subjetivo. Como se ha visto, dicho carácter se atenúa a través de las presunciones de responsabilidad que se contienen en el art. 52 LBGMA. Sin embargo, a más de dos décadas de vigencia del sistema de responsabilidad, éste ha dado resultados de carácter más bien modestos. En efecto, el sistema de responsabilidad basado en la reparación material, que se entrega en definitiva al propio dañador, deja en la incertidumbre la reparación efectiva del entorno dañado. A ello se agrega que en muchos casos el daño ambiental, dado su carácter significativo sólo es posible de reparar parcialmente y en ocasiones no es posible en absoluto. En todos estos casos, la indemnización sustitutiva es sólo procedente como reparación del daño patrimonial o personal, mas no del ambiental. Así las cosas, en los casos en que dicha indemnización ha sido decretada, su destino no es el medio ambiente o su protección, sino el erario público, con la consecuente pérdida para el entorno.

Al entregarse el conocimiento de la acción de responsabilidad por el daño ambiental a los tribunales ambientales, se abre una perspectiva nueva en la materia. Dado que se trata de un órgano jurisdiccional especializado, es dable esperar que tanto la tramitación del juicio, como el resultado del mismo sea adecuado a la naturaleza de lo debatido. Asimismo, la existencia de poderes cautelares, incluso innovativos, permitirán al tribunal adelantar la solución y prevenir un daño ambiental mayor.

Finalmente, es esperable que la creación del instrumento ambiental denominado "*plan de reparación ambiental*", permita solucionar en sede administrativa el problema de los daños ambientales. Ello presupone que todo daño ambiental implique de forma paralela la comisión de una infracción ambiental y que ésta sea sancionable por la SMA. Lo que no necesariamente es así, ya que no todo daño ha sido tipificado como infracción ambiental, y porque no toda infracción es conocida por la SMA. Sin embargo, si ese fuera el caso, la autoridad ambiental deberá propender a la presentación de dicho plan, el que podrá ser fiscalizado por la misma. El plan de reparación inhibe el ejercicio de la acción ambiental, pero si es bien aplicado, garantiza la restauración del medio ambiente dañado.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo, *La responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.
- Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica, Santiago, 2010.
- 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, *La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental*, RDPUCV N° XXIII.
- Bermúdez Soto, Jorge, *Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común*, Ed. Thomson Reuter-Abeledo Perrot, Santiago, 2012.
- 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*. RDPUCV, N° XX.
- Brañes, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- De la Barra, Francisco *Responsabilidad extracontractual por el daño ambiental: el problema de la legitimación activa*, RCHD Vol. 29 N° 2.
- De las Heras y Ojeda, Mariola, *Responsabilidad ambiental: el derecho español y comunitario*, Revista electrónica Medio Ambiente & Derecho, N° 17, 2008.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Ed. Tecnos, Madrid 1995.
- Fernández Bitterlich, Pedro, *Manual de Derecho ambiental chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- Fernández Richard, José, *Las Municipalidades y la protección del medio ambiente*, en *Gaceta Jurídica*, N° 165, marzo de 1994.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Civitas, séptima edición 1995 (hay ediciones posteriores).
- Giampietro, Franco, *La responsabilità per danno all'ambiente*, Ed. Giuffrè, Milán, 1988.
- Jarass, Hans, *Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar*, Ed. Beck, 3ª edición, Munich 1995.
- Jordano Fraga, Jesús, *La Administración en el Estado Ambiental de Derecho*, Revista de Administración Pública, N° 173, España, 2007.
- Jordano Fraga, Jesús, *La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental*, Revista electrónica Medio Ambiente & Derecho, N° 12-13, 2005.
- Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge University Press, 2ª edición, Cambridge 1997.
- Lacruz Verdejo José Luis, et. al., *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).

Loperena Rota, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Ed. Civitas Madrid, 1996.

Martin Mateo, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Ed. Trivium, 1991.

Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12ª edición (hay ediciones posteriores), Ed. Beck, Munich, 1999.

Poklepovic Meersohn, Iván *Análisis crítico del sistema de incentivos al cumplimiento ambiental de la ley Nº 20.417, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente*, en *Derecho ambiental en tiempos de reforma*, Actas de las V Jornadas de Derecho ambiental, LegalPublishing, Santiago, 2010.

Prieur, Michael *Droit de l'environnement*, Ed. Dalloz, Paris 1984.

Romero, José Juan Bautista, *El sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente*, Revista electrónica *Medio Ambiente & Derecho*, Nº 18, España, 2009.

Ruda Gonzáles, Albert, *El daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*, Universidad de Girona, España, 2005.

Vidal Olivares, Álvaro, *Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley 19.300, RDPUCV XXIV (2)*, Valparaíso, 2007.



Capítulo Quinto

FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN AMBIENTAL

1. ACTIVIDAD DE POLICÍA

Tradicionalmente se entiende que la Administración Pública desarrolla diversas actividades para el cumplimiento de sus fines de satisfacción del interés público, destacándose las actividades prestacionales o de servicio público, de fomento y de policía. Esta última suele ser definida como aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades y por la cual, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio de la coacción sobre los mismos¹.

Uno de los elementos que determinan la existencia de un Estado moderno es el monopolio del ejercicio de la fuerza legítima por parte de aquél y la consecuente supresión de los poderes de autocomposición de los sujetos privados. En tal sentido, *“la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los jueces y Tribunales, forma parte de un genérico ius puniendi del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones”*². Esto nada tiene que ver con la eterna discusión relativa a la unidad ontológica entre ambas manifestaciones del *ius puniendi*³, sobre la que grandes maestros del Derecho Público han dicho que *“nunca habrá un acuerdo entre los juristas”*⁴.

Siguiendo la tendencia general de la intervención sancionadora estatal, el régimen de infracciones y sanciones administrativas ha sido uno de los ámbitos que mayor proliferación ha experimentado desde la entrada en vigor de la LBGMA⁵. Normativamente, ello se constata en el nuevo régimen de

¹ Fernando Garrido Falla, Los Medios de Policía y la Teoría de las Sanciones Administrativas, en Revista de Administración Pública, Nº 28, 1959, p. 12.

² Alejandro Nieto, Derecho Administrativo sancionador, Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1994, p. 80.

³ Sobre el tema se puede ver: Eduardo Cordero Quinzacara, El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV Nº 2, 2º Semestre 2012, pp. 131-157.

⁴ *“über die es unter Juristen wohl niemals eine Einigung geben wird”* (traducción del autor), Eberhard Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, en Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, p. 415.

⁵ Este fenómeno, que también se experimenta en el Derecho comparado, puede encontrarse en: Blanca Lozano Cuitanda, El Principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar

infracciones incorporado por la Ley N° 20.417, así como sus mecanismos para el control de la discrecionalidad en su aplicación. Un desarrollo mayor puede observarse institucionalmente, considerando la creación de la SMA y la privatización de sus técnicas fiscalizadoras⁶. Estos aspectos refuerzan la importancia de la represión en actividades de policía especial. Todo ello debe considerarse en el contexto de legitimación creciente de esta actividad, lo que lleva a que el Derecho administrativo sancionador⁷ constituya un imperativo para el cumplimiento de los deberes públicos ambientales, en especial considerando la habilitación para establecer aquellas restricciones específicas de derechos que caracterizan la utilización del instrumento (art. 19 N° 8 inc. 2° CPR). En efecto, el ejercicio de la actividad de policía por la Administración implica controlar las actividades de los particulares para que su libre desarrollo se acomode al bien público ambiental; para ello ejerce limitaciones, impone conductas y ajusta aquéllas a las exigencias del interés general⁸.

Así, la actividad de policía busca garantizar a la comunidad que sus individuos ejercerán sus derechos de propiedad y libertad sin dañar o afectar los derechos o intereses del resto de la colectividad. Para tal efecto, la Administración, a través del ordenamiento jurídico, cuenta con cuatro clases de poderes: a) la reserva de autorización —considerada ésta en un sentido amplio— que consiste en la posibilidad de realizar ciertas actividades sólo si se cuenta con la previa autorización expresa de la Administración del Estado; b) la regulación, que se manifiesta en el ejercicio de las potestades reglamentarias, a través de la cual se imponen exigencias de conductas, limitaciones y restricción de actividades con la finalidad de alcanzar la satisfacción de necesidades públicas y mantención del orden público; c) la fiscalización, que implica un conjunto de actividades jurídicas y materiales destinadas a verificar el cumplimiento de normas y condiciones ambientales; y d) la potestad sancionadora, que permite a la Administración imponer directamente sanciones administrativas. Desde el momento en que la protección del medio ambiente pasa a ser un ámbito de interés y relevancia para la colectividad es que todos estos instrumentos de policía pasan a tener un rol trascendental en su consecución.

su efectividad, en *Revista de Administración Pública* N° 161 (2003), p. 86: “Esta ampliación del campo de aplicación se corresponde con la extensión de los ámbitos de intervención del Estado, pues a las misiones de regalía tradicionales se han venido a añadir funciones de lo más diversas (entre las que cabría destacar la protección del medio ambiente, del patrimonio histórico-artístico o de la ordenación urbanística), o bien, asociadas a la idea de un Estado supervisor, responsable de conciliar los diferentes imperativos u objetivos de interés público en las actividades privadas liberalizadas”.

⁶ Jorge Bermúdez Soto, *Fundamento y Límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, en *Revista de Derecho de la PUCV*, XL, 1° semestre 2013, p. 437.

⁷ Expresión preferida al denominado Derecho penal administrativo, bajo el entendido de constituirse como una “rama autónoma del Derecho Público y específicamente del Derecho Administrativo, que no sólo tiene por finalidad dotar de garantías al perseguido, como el Derecho Penal, sino que también, en tanto Administrativo, proteger el interés general y colectivo (...), por ello mismo, el Derecho Administrativo Sancionador se ha de regir por principios propios, lo cual es sin perjuicio que, ante la falta de contornos dogmáticos de éstos, puedan aplicarse, como pauta y cota, los principios penales, pero teniendo muy presente que en esta importación preciso es evitar el contrabando”, en Cristián Román Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador ¿Ser o no ser? He ahí el dilema*, en *Derecho Administrativo: 150 Años de Doctrina* (coord. R. Pantoja), Ed. Jurídica, Santiago, 2009, p. 107.

⁸ Alberto Mondaca, *Significado y Técnica Jurídica de la Policía Administrativa*, en *Revista de Administración Pública*, N° 28, 1959, p. 54.

2. FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

En los regímenes de policía, la fiscalización se presenta como un mecanismo necesario para asegurar que los particulares ajusten sus actuaciones a la legalidad. De aquí que, si bien la potestad sancionadora sea excepcional (sólo una mínima cantidad de infracciones son punidas), las competencias fiscalizadoras y de inspección suponen un ejercicio continuo por parte de la Administración del Estado. La posibilidad cierta de fiscalización, con las consecuencias procedimentales y sancionadoras que puede traer, en sí misma, opera como mecanismo de prevención general en el cumplimiento normativo. Así, *“en materia ambiental la fiscalización constituye el eslabón que cierra la cadena de obligaciones administrativas derivadas del deber del Estado de velar por el derecho a vivir en u medio ambiente adecuado o libre de contaminación y de tutelar la preservación de la naturaleza”*⁹.

2.1 Superintendencia del Medio Ambiente

Conforme al art. 1 LOSMA, la Superintendencia se organiza como un *“servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente”*. (C.I, 7.3.2)

Al igual como ocurre respecto del SEA —que es el otro Servicio que se ordena en el sector ambiental—, las competencias de la SMA no se relacionan con una universalidad de objetivos de protección ambiental, sino con una parcela limitada, fundamentalmente relacionada con los instrumentos de gestión ambiental. En este caso, la delimitación funcional presenta algunas características relevantes:

- En primer lugar, las Superintendencias forman parte de los organismos para el control de las actividades económicas¹⁰. Este carácter es compartido por la SMA. En este sentido, aunque muchos de los instrumentos bajo sus competencias poseen una naturaleza normativa y reguladora¹¹, y por ende preventiva o precautoria, ellas también ejercen instrumentos de carácter represivo. Lo anterior implica contar con poderes de fiscalización, que, eventualmente, conducen a la aplicación de sanciones administrativas, incluso respecto de instrumentos emanados de otros órganos de la Administración, como las Resoluciones de Calificación Ambiental (C.III, 13.10).
- Por otra parte, sus poderes jurídicos no recaen sobre un sólo instrumento. A diferencia del SEA, las potestades de la SMA se extienden a los instrumentos de gestión ambiental, en general, lo que no es equivalente a todo el ordenamiento jurídico ambiental. Así se desprende de art. 2 LOSMA, al señalar que quedan bajo sus competencias *“todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”*. En virtud de ello, la competencia sólo se unifica en tanto organismo de fiscalización y sanción, presentando variaciones en relación a

⁹ *Rodrigo Guzmán Rosen*, Derecho Ambiental Chileno, principios, instituciones, instrumentos de gestión, Ed. Planeta Sustentable, Santiago 2012, p. 185.

¹⁰ Para una visión crítica respecto de las potestades que asumen las Superintendencias en general, *José Francisco García*, ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. Revista Actualidad Jurídica, número 10, enero 2009, tomo I, p. 327 y ss.

¹¹ *Gladys Camocho Cepeda*, La problemática de la potestad normativa de las superintendencias, en Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, Santiago, Ed. LexisNexis, 2005, p. 423-425.

las tipologías de instrumentos que deberán ser fiscalizados y eventualmente sancionados. Por tanto, la consideración del instrumento que se fiscaliza es un factor que incidirá de manera directa en la forma y extensión en que deberá desarrollar sus funciones la SMA. Esta variedad de instrumentos a fiscalizar y su número, justifican tanto las técnicas de programación previstas por el legislador (los denominados programas de fiscalización), como el ejercicio de las competencias fiscalizadoras de forma directa por la propia SMA; a través de órganos fiscalizadores sectoriales; o bien, a través de la intervención de empresas consultoras especializadas.

2.2 Elementos de la fiscalización ambiental

A partir de la Ley N° 20.417, el legislador ha introducido diferentes mecanismos para superar el carácter deficitario que el régimen de fiscalización anterior poseía¹². Los principales elementos del sistema de fiscalización ambiental impuesto por la reforma pueden ser agrupados en los siguientes:

2.2.1 Potestad fiscalizadora exclusiva

Con anterioridad a la Ley N° 20.417, las competencias fiscalizadoras eran atribuidas a órganos sectoriales. La extinta CONAMA sólo poseía potestades de coordinación y la sanción administrativa correspondía a la COREMA. Estas competencias quedaban acotadas estrictamente a los proyectos sometidos al SEIA. El antiguo art. 64 LBGMA disponía que las autoridades competentes podían solicitar la imposición de sanciones a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente. En los restantes supuestos, esto es, frente a otros instrumentos de gestión ambiental, la CONAMA carecía de competencias. Por ello, la fiscalización no operaba de manera unificada. Ello se debió a que, históricamente, las potestades fueron atribuidas por la ley a órganos sectoriales, que mantuvieron sus atribuciones respecto de instrumentos no incorporados en las RCAs. Respecto de aquéllos sí incorporados en tales resoluciones, ellos ampliaban sus facultades fiscalizadoras, pudiendo denunciar cualquier incumplimiento y no sólo aquéllos relacionados con sus competencias. No obstante, sus potestades sancionadoras fueron limitadas en tales casos, al radicarse exclusivamente en la CONAMA, a través de Comisiones Regionales o su Dirección Ejecutiva, en aplicación de la jurisprudencia administrativa que se generó sobre esta materia¹³.

Este escenario cambia con la ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente¹⁴. En efecto, la competencia característica de la SMA corresponde a sus facultades sancionadoras, por ser aquélla la que, como se verá, debe ejercer de manera excluyente.

Conforme al art. 2 inc. 1° LOSMA, le corresponde a la SMA fiscalizar las resoluciones de calificación ambiental, las normas de emisión y de calidad, las medidas establecidas en los planes de prevención y descontaminación, así como *"todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley"*. Sin perjuicio de ello, el inciso siguiente agrega: *"los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia"*. La pri-

¹² Informe de Desempeño Ambiental de Chile, OCDE-CEPAL, 2005, pp. 17, 18, 124.

¹³ Dictamen N° 981 de 2003 de la Contraloría General de la República.

¹⁴ La LOSMA se encuentra contenida en el Artículo Segundo de la Ley N° 20.417.

mera conclusión que puede desprenderse es que las competencias fiscalizadoras, aparentemente, no fueron concentradas en la Superintendencia. Ellas subsisten respecto de otros organismos *“en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia”*. No obstante, el alcance de esta referencia resulta difícil de precisar, considerando que el inciso 1º le atribuye a la SMA la competencia respecto de *“todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”*¹⁵. Una interpretación posible sería entender que la disposición distingue entre la fiscalización ambiental que recae sobre los instrumentos que poseen este carácter, y la fiscalización de otra clase de instrumentos, no ambientales. Así, si bien la competencia de la SMA sería exclusiva respecto de los primeros, se conserva la facultad de los órganos sectoriales para que ejerzan competencias fiscalizadoras sobre instrumentos no ambientales.

De forma previa al ejercicio del poder sancionador, la SMA debe ejercer las atribuciones de fiscalización de los instrumentos ambientales que la ley le encomienda. A diferencia de la regulación anterior, actualmente la SMA posee facultades de fiscalización exclusiva sobre los mencionados instrumentos a que se refiere el art. 2 inc. 1º LOSMA. En efecto, la ejecución de estas labores ha sido consagrada de manera exclusiva respecto de la SMA al disponer que ella tiene por objeto *“ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización”* de los instrumentos de protección señalados por dicha disposición, así como de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. Acto seguido, la norma confirma dicha exclusividad al disponer en el art. 2 inc. 2º LOSMA que *“Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia”*. En consecuencia, en virtud de dicha disposición, todo órgano sectorial con competencias de fiscalización sobre los instrumentos ambientales que hoy día corresponden a la SMA estará impedido de ejercer dicha competencia de forma directa. Desde la perspectiva del Derecho administrativo, lo que hace la LOSMA es entregar a la SMA la fiscalización ambiental como una competencia esencial, es decir, aquella que le da razón de ser y justifica su existencia. Los demás órganos sectoriales con competencia en la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, si bien conservan dicho poder respecto de todas aquellas materias que no correspondan a la SMA, no pueden ejercerlo de manera directa, a menos, como se verá, que hubieren sido incluidos en un subprograma de fiscalización.

2.2.2 Labores que comprende la fiscalización

La fiscalización se traduce en la ejecución de labores de inspección, control, medición y análisis. Si bien no se define expresamente por la LOSMA, estas actividades son las que se señalan en el art. 3 letra a) a propósito de la fiscalización de la RCA. Luego el art. 22, ubicado dentro del Título II de la Fiscalización Ambiental, no menciona las labores de control como parte de la fiscalización, lo que no es sino una manifestación de falta de coherencia interna en la técnica legislativa. Por su parte, la SMA definió la fiscalización ambiental como *“conjunto de actividades llevadas a cabo por un fiscalizador, el que puede constar de las siguientes etapas: Inspección Ambiental; Examen de la Información; Medicio-*

¹⁵ La referencia a *“establezca”* (y no *establece*) puede incluso entenderse como una permanencia de las facultades sectoriales presentes, sin perjuicio de manifestar el deseo legal que, a futuro, ellas sean atribuidas a la Superintendencia del Medio Ambiente. Sin embargo, ese uso del lenguaje debe ser descartado, ya que las normas jurídicas no establecen deseos, sino que mandan, prohíben o permiten.

*nes y Análisis; y/o Informe de Fiscalización Ambiental; y que está destinada a verificar el cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental*²⁶. Esta inconsistencia normativa a la hora de definir las labores que forman parte de la fiscalización podría traer problemas en la práctica, si al pretender llevarse a cabo una actividad supuestamente fiscalizadora, ésta comprende labores que no han sido señaladas como tales por la ley.

Independientemente de las labores que comprenda la fiscalización, lo esencial de la misma radica en la inspección apuntada a un fin de verificación del cumplimiento de normativa o condiciones de operación. Este extremo resulta muy importante, toda vez que la fiscalización no sólo recae sobre la verificación del cumplimiento normativo (por ejemplo, si está o no dentro de los parámetros de emisión fijados por una norma), sino que en la práctica será mucho más relevante la comprobación del cumplimiento de las condiciones de operación que se incorporan en las autorizaciones de funcionamiento ambiental. En efecto, la RCA no sólo implica una incorporación de parámetros normativos, sino que una serie de condiciones específicas del proyecto autorizado. *“Se trata de un ámbito de mayor intensidad de intervención administrativa sobre la actividad de los sujetos privados, constituido por técnicas que no se limitan a condicionar el ejercicio de la actividad que se pretende a un examen por parte de la Administración del cumplimiento de determinados requisitos legales, sino que inciden directamente en su esfera jurídica, tanto en sus aspectos de libertad como patrimoniales, que crean contenidos de situaciones jurídicas desfavorables o de carácter pasivo, como lo son las obligaciones prohibiciones que habitualmente se establecen en toda RCA”*²⁷. En ese sentido, la RCA contiene un conjunto de cláusulas accesorias, que determinan que las consecuencias jurídicas previstas por la norma sean concretizadas por la decisión administrativa, o bien, que el contenido del acto administrativo corresponda, en parte, a la expresión formal de una consecuencia jurídica no dispuesta expresamente por la norma, sino que decidida por la Administración²⁸.

2.2.3 Poderes de inspección

La LOSMA en su art. 28 entrega un conjunto de potestades de inspección a la SMA, con el objeto de hacer efectiva la función fiscalizadora. Su principal característica radica en que *“habilita la realización de funciones específicas de comprobación o constatación de legalidad en terreno. Tales actividades generalmente preceden la adopción de otras medidas de control o sanción”*²⁹. El reverso de dichos poderes está en el deber del sujeto fiscalizado de admitir y facilitar las labores de inspección.

En particular, se pueden mencionar los siguientes poderes o potestades de la SMA:

- *Poder de ingreso e inspección material*: de acuerdo con lo dispuesto en el art. 28 inc. 3º LOSMA *“los funcionarios de la Superintendencia estarán facultados, en el cumplimiento de sus*

²⁶ Resolución SMA Nº 879 de 2012, que establece los Programas y Subprogramas Sectoriales de fiscalización ambiental de las Resoluciones de Calificación Ambiental para el año 2013.

²⁷ Doris Sepúlveda Solar, *Invalidez sobreviniente, el caso de la Resolución de Calificación Ambiental*, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago 2012, p. 27.

²⁸ Francisco Velasco Cabañero, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, p. 66.

²⁹ Gladys Camacho Cepeda, *La actividad sustancial de la Administración del Estado*, en *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Ed. LegalPublishing, Santiago 2010, p. 129.

labores inspectivas, para ingresar a inmuebles, establecimientos o recintos públicos o privados en que se desarrollen actividades objeto de fiscalización”.

- *Poder de toma de muestras y registros:* la ley habilita a la SMA para “tomar muestras o registros del sitio o bienes fiscalizados”. Lo que implica un ejercicio de una actividad material, sea tomando muestras que deben ser analizadas, sea dejando registro, por ejemplo visual, de los hechos fiscalizados.
- *Poder de dejar constancias con valor probatorio:* que se traduce en “levantar actas y dejar testimonio en ellas de quienes se encontraren en el lugar de la fiscalización”. En el ejercicio de esta facultad la SMA tiene el deber correlativo de informar al sujeto fiscalizado, así el art. 28 inc. 2º LOSMA dispone que: “En el ejercicio de la labor fiscalizadora los funcionarios de la Superintendencia deberán siempre informar al sujeto fiscalizado de la materia específica objeto de la fiscalización y de la normativa pertinente, dejar copia íntegra de las actas levantadas, realizando las diligencias estrictamente indispensables y proporcionales al objeto de la fiscalización. Los sujetos fiscalizados podrán denunciar conductas abusivas de funcionarios ante el Superintendente”.

La importancia de este poder radica en el valor que le entrega la ley, ya que “El personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”.

- *Poder de solicitar el auxilio de la fuerza pública:* “Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, los funcionarios de la Superintendencia podrán solicitar directamente del Jefe de la Unidad de Carabineros más próxima o de la autoridad que corresponda, según el caso, el auxilio de la fuerza pública, cuando exista oposición a la fiscalización debidamente certificada por el fiscalizador, la que podrá actuar con descerrajamiento, si fuere necesario, para ingresar a lugares cerrados que no constituyan morada” (art. 28 inc. 4º LOSMA).
- *Poder de citación:* el art. 29 inc. 1º LOSMA dispone: “La Superintendencia podrá citar a declarar a los representantes, directores, administradores, asesores y dependientes de los sujetos fiscalizados, como asimismo a testigos, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones. No estarán obligadas a concurrir a declarar las personas indicadas en el art. 361 del Código de Procedimiento Civil, a las cuales la Superintendencia deberá pedir declaración por escrito”.

Asimismo, la SMA puede solicitar a la justicia ordinaria que se aplique el procedimiento de apremio contemplado en los artículos 93 y 94 del Código Tributario, en contra de las personas que habiendo sido citadas bajo apercibimiento no concurren a declarar sin causa justificada. Es decir, podrá requerir que se disponga el arresto del infractor hasta por quince días.

- *Poder fiscalizador general:* la SMA puede “en general, proceder a la ejecución de toda otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de la actividad fiscalizada”. Así por ejemplo, la autoridad ambiental estará habilitada a utilizar medios remotos de compro-

bación de las obligaciones ambientales de los sujetos fiscalizados (Ej.: fotos satelitales); podrá requerir información a otros órganos públicos o privados; etc.

Por su parte, los deberes correlativos del sujeto fiscalizado son:

- Deber de colaboración, como contrapartida de la potestad anterior el art. 28 inc. 1º 1ª parte LOSMA, que dispone: *“Durante los procedimientos de fiscalización los responsables de las empresas, industrias, proyectos y fuentes sujetos a dicho procedimiento deberán entregar todas las facilidades para que se lleve a cabo el proceso de fiscalización”*. Este deber se reafirma al establecerse que *“Quienes sean objeto de fiscalización deberán facilitar el cumplimiento de su cometido a los funcionarios competentes”* (art. 28 inc. 3º parte final LOSMA).
- *Deber de entrega de información*: los sujetos fiscalizados no podrán negarse a proporcionar la información requerida sobre los aspectos materia de la fiscalización (art. 28 inc. 1º 2ª parte LOSMA).

Si el sujeto fiscalizado incumple los requerimientos de la SMA, por ejemplo, no entregando la información, impidiendo el acceso a los recintos objeto de la inspección, dificultando las labores de los funcionarios fiscalizadores, podrá ser sancionado administrativamente. Así el art. 28 inc. final LOSMA dispone que *“La negativa a dar cumplimiento a los requerimientos durante las acciones de fiscalización será considerada como infracción gravísima”*. Dicha disposición debe coordinarse con el catálogo de infracciones ambientales que dispone el art. 35. En el literal j) se establece como infracción *“El incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, conformidad a esta ley”*. Como puede apreciarse, la LOSMA incurre en una falta de coherencia interna, ya que si bien las posibilidades de requerimiento que puede hacer la SMA en ejercicio de sus poderes de fiscalización, son amplias, y no están limitadas al requerimiento de información, la tipificación expresa de la infracción del art. 35 letra j) sólo se limita a los requerimientos de información. Este error de la ley conlleva a la situación paradójica en que un sujeto fiscalizado que impide de forma violenta el ingreso de los inspectores de la SMA, sólo puede ser forzado en virtud del ejercicio de la fuerza pública, pero dicha conducta no podría ser sancionada en sede administrativa. En cambio, quien no entrega una información, por muy intrascendente que ésta sea, podrá ser sancionado por la SMA. La única forma de evitar esta paradoja será entendiendo que el art. 29 inc. final LOSMA ha establecido una infracción nueva y distinta de las listadas en el art. 35.

2.2.4 Fiscalización directa y poder de dirección

Existe una distinción clara en la LOSMA entre el titular de la potestad fiscalizadora directa, y la forma en que ella se lleva a cabo. Para ello la primera decisión del legislador en la Ley Nº 20.417 fue evitar la duplicidad de competencias en el ejercicio de las potestades de fiscalización²⁰. A lo largo de la LOSMA es posible encontrar disposiciones que dan cuenta de una potestad de fiscalización directa por parte de la SMA y otras que la sitúan en una posición de dirección de la fiscalización ambiental que lleven a cargo otros órganos de la Administración del Estado. Entre las primeras se encuentran los artículos 2 inc. 1º y 3 letras a), b), d) y n); 22 y ss. LOSMA. Entre las segundas, de dirección de la fiscalización,

²⁰ Lo que, en realidad, constituye una aplicación de lo dispuesto en el art. 5 inc. 2º de la LBGAE.

se debe tener en cuenta el art. 2 inc. 3º LOSMA, el cual dispone que: *“Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”*. Dichos criterios obligatorios se plasman en actos normativos de la SMA en virtud de lo dispuesto en el art. 3 literales ñ) y s) LOSMA y con la facultad de impartir directrices a los organismos sectoriales de fiscalización, debiendo informarles a éstos respecto de la ejecución inspecciones, mediciones y análisis, con el objeto de evitar duplicidad de funciones (art. 22 inc. 2º LOSMA); lo anterior se reitera en el art. 25 LOSMA, que dispone que *“los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta [la Superintendencia] relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*. A ello se agrega la facultad instrumental que entrega la ley a la SMA de requerir a los organismos sectoriales que cumplan labores de fiscalización ambiental, las informaciones y datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de sus funciones (art. 2 letra e). Y lo dispuesto en el art. 19 inc. 1º, 1ª frase LOSMA, que de manera potestativa dispone que *“Las actividades de fiscalización se ceñirán a los programas y subprogramas definidos”*.

2.2.5 Fiscalización programada y subprogramada

La racionalización del uso de los recursos disponibles y la necesidad de evitar inspecciones repetitivas e inútiles, las que pueden resultar incluso discriminatorias²¹, llevó a que la planificación de la fiscalización haya sido incorporada en la materia, permitiendo concretizar los objetivos generales de la legislación ambiental, a través de los llamados programas y subprogramas de fiscalización. Ellos determinan y actualizan los lugares, medios y las condiciones en que pueden desarrollarse estas actividades²². Conforme al art. 20 LOSMA: *“la ejecución de los programas y subprogramas de fiscalización contempla las actividades de inspección propiamente tal, el análisis de la información obtenida en las primeras y la adopción de las medidas que correspondan”*.

La SMA debe desarrollar anualmente estos programas y subprogramas para los diferentes instrumentos del art. 2 LOSMA. Ellos comprenden tanto resoluciones de calificación ambiental, como planes de prevención, descontaminación, normas de emisión y de calidad, así como *“otros programas y subprogramas que, de conformidad a las instrucciones impartidas por la Superintendencia o lo dispuesto en la ley Nº 19.300 u otros cuerpos legales, den origen a actividades de fiscalización en materia medio ambiental, de competencia de la Superintendencia”* (art. 16 LOSMA). Por aplicación de art. 19 LOSMA, la regla para el ejercicio de fiscalizaciones corresponde a la aplicación de estos planes, pudiendo la Superintendencia actuar al margen de ellos, en casos de denuncias o reclamos y en los demás en que tome conocimiento por cualquier medio. Dicha disposición es relevante, considerando que el procedimiento administrativo sancionador puede también iniciarse por denuncia pública, otorgándosele al denunciante la calidad de interesado (art. 21 inc. 2º LOSMA)²³. Esta calidad contribuye a garantizar

²¹ José García Marcos, Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental, en Revista Electrónica Medio Ambiente & Derecho, Nº 12-13 (2005).

²² *Ibidem*.

²³ Independiente de su clase, la regulación considera un procedimiento basado en el principio de coordinación previo a su aprobación, debiendo desarrollarse en base a los informes emitidos por los organismos fiscalizadores. La coordinación se asegura también considerando que la Superintendencia posee competencias para impartir directrices a los orga-

el ejercicio de la potestad, considerando, por ejemplo, que el denunciante se encontrará habilitado para demandar el control jurisdiccional de la resolución que niega lugar a la apertura del expediente²⁴.

Las tareas de fiscalización pueden ser ejecutadas directamente por la SMA a través de sus propios funcionarios fiscalizadores, por los organismos sectoriales con competencia ambiental o bien, a través de los organismos privados que hubieren sido previamente acreditados. Para ordenar y llevar a cabo una fiscalización eficiente, la ley reconoce dos nuevos instrumentos: los ya mencionados, programas y subprogramas de fiscalización. Los programas y subprogramas de fiscalización se crean por la ley como instrumentos de planificación de la fiscalización ambiental. Estos instrumentos corresponden a una forma clásica en que la Administración elabora un pronóstico de actuación, fijando las directrices de las tareas que se deben emprender. Evidentemente, la decisión de incluir o no un sector productivo entre los objetivos de fiscalización, así como la intensidad de la fiscalización misma; o bien, el encomendamiento de mayores tareas a un servicio sectorial en un subprograma, corresponden todas a decisiones de carácter político, sin perjuicio de las posibilidades de control sobre la decisión que se plasma en el programa cuando ésta contraviene el ordenamiento jurídico, es irracional o arbitraria. Asimismo, dentro de la tipología de los instrumentos de planificación, los programas y subprogramas tienen un carácter imperativo²⁵, es decir, corresponden a verdaderas órdenes o instrucciones obligatorias en que la SMA se obliga a ejecutar, o bien, que encomienda a los servicios sectoriales.

Dado el carácter imperativo del programa y subprograma, los organismos sectoriales no podrán decidir independientemente si fiscalizarán o no un determinado instrumento, sino que se encontrarán vinculados por el plan de fiscalización que ha efectuado para un año determinado la SMA (art. 19 inc. 1º, 1ª frase LOSMA). Asimismo, sólo la SMA podrá flexibilizar el contenido del programa en casos de denuncias o reclamos o en que tome conocimiento de incumplimientos o infracciones, en cuyo caso podrá disponer inspecciones no previstas en aquél (art. 19 inc. 1º 2ª frase LOSMA). Este último supuesto constituirá una aplicación del principio de participación en el ámbito de la fiscalización, ya que, conforme al art. 21 inc. 1º LOSMA *"Cualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales, debiendo ésta informar sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles"*.

nismos sectoriales, informando sobre las acciones, plazos y oportunidades de fiscalización, debiendo también informar sobre la ejecución de sus inspecciones, a fin de evitar la duplicidad de funciones (arts. 17 y 22 LOSMA). Cabe señalar que estas labores pueden ser encomendadas a entidades técnicas acreditadas en la medida que las acciones de fiscalización contempladas en los programas y subprogramas no puedan ser llevadas a cabo, sea por insuficiencia operativa de los organismos sectoriales o por otra causa justificada. Dichas entidades se sujetan igualmente a las competencias directivas que la Superintendencia posee para estos efectos.

²⁴ De este modo también se impide que el denunciante pueda recibir una calificación diversa en el marco del procedimiento sancionador. En este sentido, refiriéndose a la experiencia española, Blanca Lozano Cutanda, *Derecho ambiental administrativo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009 p. 100: *"La idea de que el denunciante no es interesado en el procedimiento resulta, como hemos visto, predominante en nuestra jurisprudencia, que tiende a considerar como único interesado en el procedimiento al presunto infractor, y califica al denunciante como «Agente de la Administración» o «testigo cualificado» y carente, en cuanto tal, de legitimación para recurrir la desestimación de la denuncia o participar como interesado en el procedimiento sancionador"*. Como la propia autora señala: *"existen multitud de atentados ambientales que no producen perjuicios individuales, por lo que o bien en estos casos se reconoce la acción pública para denunciar las infracciones ambientales, o quedará al puro arbitrio de la Administración el proceder o no a castigar los ilícitos cometidos"* (p. 113).

²⁵ Eberhard Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Ed. Springer, 2ª edición, Berlin-Heidelberg, 2006. p. 332.

De lo antes expuesto, entonces, se desprenden las siguientes categorías de fiscalización, en virtud del instrumento objeto de fiscalización y el órgano o entidad que la lleva a cabo, a saber:

- *Fiscalización programada, ejecutada directamente por la SMA:* En este caso, el programa de fiscalización determinará las actividades de fiscalización ambiental que deberá ejecutar directamente la SMA, el presupuesto asignado a dichas actividades, así como el indicador de desempeño asociado²⁶.
- *Fiscalización subprogramada, ejecutada directamente por los órganos sectoriales:* corresponde a aquellas labores de fiscalización que deben ejecutar los órganos sectoriales con competencia ambiental. Al igual que en el programa, en el subprograma de fiscalización se indicará el presupuesto asignado y los indicadores de desempeño asociados. Como se recordará, el inc. 3º del art. 2 LOSMA, consagra una competencia directiva a favor de la SMA. Conforme a esta disposición: *“los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”*. Como se observa, la disposición omite toda distinción respecto de las materias o instrumentos sobre los cuales recae la fiscalización ambiental, razón por la cual debe considerarse que la regulación no distingue en base a tales criterios abarcando todo lo que diga relación con la protección ambiental. Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el art. 26 LOSMA, en cuanto *“Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos”*.

No obstante el carácter imperativo del subprograma de fiscalización, éste debe elaborarse teniendo en cuenta la opinión de los órganos sectoriales. Lo anterior se manifiesta en dos momentos. En primer lugar, estos deben informar *“acerca de las prioridades de fiscalización que hubieren definido”* (art. 17 inc. 1º LOSMA); y en segundo término, las propuestas de programa y subprograma se elaborarán sobre la base de dichos informes, *“y los someterán a consulta de los organismos y servicios que la Superintendencia estime pertinente”* (art. 17 inc. 2º LOSMA).

Uno de los mecanismos que permiten la aplicación eficaz de los programas y subprogramas dice relación con la vinculación entre el nivel o porcentaje de cumplimiento del programa o subprograma con los indicadores de desempeño de los jefes de servicios sectoriales y de sus equipos de trabajo. Al respecto el art. 23 inc. 2º LOSMA dispone que: *“Los convenios de desempeño a los cuales se refiere la ley N° 19.882, aplicables a los jefes de los organismos y servicios sectoriales que ejerzan funciones de fiscalización en materia ambiental, así como sus equipos de trabajo, deberán contener las obligaciones específicas de cumplimiento sujetas a indicadores verificables, relativos a los procedimientos de fiscalización regulados en la presente ley”*.

²⁶ Artículo segundo, Resolución SMA N° 879 de 2012, que establece los Programas y Subprogramas Sectoriales de fiscalización ambiental de las Resoluciones de Calificación Ambiental para el año 2013.

- *Fiscalización programada o subprogramada ejecutado por entidades acreditadas:* Excepcionalmente las acciones de fiscalización, sea que correspondan a la SMA o a órganos sectoriales, las podrán ejecutar entidades privadas, previamente acreditadas, en caso de que exista insuficiencia operativa de los servicios sectoriales o por otra causa justificada (art. 24 LOSMA). Se trata de una verdadera técnica de privatización incorporada por la LOSMA²⁷, lo que se completa con el sistema de evaluaciones y certificaciones de conformidad de la normativa ambiental aplicable y del cumplimiento de las condiciones de una autorización de funcionamiento ambiental, administrado por la SMA (art. 3 letra p) LOSMA). En este ámbito, la privatización de la policía, fundada en razones de eficiencia, asimila los efectos de las certificaciones realizadas por particulares a aquellas desarrolladas por la propia Administración. Basta considerar que ellas constituyen *"prueba suficiente de cumplimiento de la normativa específica de que se trata y de los hechos vinculados a ella que fueron evaluados por los certificadores, por lo que no podrá iniciarse procedimiento sancionatorio por los hechos objeto de la certificación"* (art. 27 inc. 3º LOSMA), equiparándose a las certificaciones de los funcionarios de la SMA, considerando su carácter de ministros de fe, conforme al art. 8 inc. 2º LOSMA, sin perjuicio que sus constataciones gocen de la presunción de legalidad prevista en el art. 3 inc. final LBPA²⁸.

Con todo, se abre aquí la discusión doctrinal y política relativa a la intervención de sujetos privados en la ejecución de labores de policía²⁹.

2.3 Instrumentos coadyuvantes de la fiscalización ambiental

La LOSMA contempla una serie de instrumentos que ayudan a obtener el cumplimiento normativo y de las condiciones y medidas de los instrumentos de gestión ambiental. Ellos no implican necesariamente el ejercicio de poderes de fiscalización o sanción, sin embargo, se trata de poderes que, una vez ejercidos, se tornan en obligatorios para sus destinatarios. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes:

2.3.1 Autodenuncia

Se define como la *"Comunicación escrita efectuada por un infractor en las oficinas de la Superintendencia, sobre el hecho de estar cometiendo, por sí, cualquier infracción de competencia de aquélla"*

²⁷ En el fondo, ello manifiesta una idea subyacente en el régimen administrativo, considerando que la Administración, siguiendo la expresión de Jean Rivero, también se pone en contacto con el Derecho privado. Jean Rivero, *Le juge administratif: gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?* Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, Tomo 2, 1974.

²⁸ El art. 8 inc. 2º LOSMA dispone: *"El personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal"*. De este modo la regulación especial contempla este efecto en particular, sin perjuicio que pueda alcanzarse a través del régimen general de presunción de la LBPA, considerando que estas certificaciones deben expresarse a través de medios escritos.

²⁹ A propósito del ejercicio de potestades públicas por parte de entidades autónomas, Cfr. Christian Rojas Calderón, *Los organismos autónomos y la Administración del Estado*, en Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Administrativo, Antofagasta, pp. 135-163.

(art. 2 letra a), Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, DS Nº 30/2012, MMA). A ello se ha agregado que *“la autodenuncia es un instrumento de incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental, en virtud del cual el infractor puede conseguir la exención o reducción de la multa aplicable a tal infracción, si cumple con los requisitos legales establecidos en la LOSMA”*³⁰.

La autodenuncia tiene como objetivo *“promover que el administrado, ante la situación de haber cometido una infracción a alguna norma ambiental, se denuncie logrando, por una parte, que se someta –ahora sí– a la regulación ambiental y, por otra parte, ahorrar los costos que implicaría un proceso de fiscalización. De esta manera, se da la posibilidad al infractor para que elija aquella opción que le ofrezca mayores beneficios”*³¹.

Efectos de la autodenuncia en la sanción

Tanto la ley como el reglamento han dispuesto que el efecto de la autodenuncia es el de eximir del monto de la multa al infractor (art. 41 inc. 2º LOSMA y art. 13 inc. 2º Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación), de acuerdo con la siguiente graduación:

- Primera autodenuncia: 100% de exención;
- Segunda autodenuncia: 75% de exención;
- Tercera autodenuncia: 50% de exención.

El problema que puede apreciarse del efecto de exención o rebaja de la multa radica en que la ley discurre en el art. 41 sobre la idea de que esa es la única sanción posible, y ello evidentemente no es así (art. 38 LOSMA). Esta omisión respecto de las demás sanciones es inexplicable, y conduce a la paradoja que un incumplimiento leve, que podría haber sido sancionado con amonestación y respecto del cual, no obstante, el infractor hubiere preferido eximirse (por ejemplo, para que no apareciese su nombre en el registro de sanciones), deberá ser sancionado formalmente. En cambio, una infracción de cualquier tipo, podría ser eximida de la multa, sin que quede registro de la misma, en virtud del efecto de la autodenuncia.

Requisitos de la autodenuncia

La autodenuncia será procedente sólo *“cuando el infractor suministre información precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyen infracción y ponga fin, de inmediato, a los mismos, adoptando todas las medidas necesarias para reducir o eliminar los efectos negativos”* (art. 41 inc. 3º LOSMA). El reglamento ha especificado tales requisitos, disponiendo lo siguiente: *“Contenido de la autodenuncia. La autodenuncia contendrá, al menos, lo siguiente: a) Descripción precisa, verídica y comprobable de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha*

³⁰ Paolo Torrejón Estefane, Instrumentos de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, Memoria de Grado, Facultad de Derecho PUCV, 2014, p. 46.

³¹ Rossi Saavedra Isla, y Óscar Reicher Salazar, Autodenuncia en la ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, ¿un real incentivo al cumplimiento ambiental? en Revista Justicia Ambiental FIMA, Nº 3, 2011, p. 70.

incurrido, así como sus efectos negativos. b) Medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento" (art. 15 Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación).

Momento de la autodenuncia

La autodenuncia puede ser presentada en cualquier momento, y hasta antes del inicio de la *"etapa de investigación"* (art. 41 inc. final LOSMA y art. 14 del reglamento). El problema que plantea la mencionada etapa radica en que la ley en ninguna parte se refiere a ella como una etapa formal de investigación. Evidentemente, puede entenderse que durante la instrucción del procedimiento administrativo sancionador se producirá la investigación, sin embargo, también en la inspección que se da durante la fiscalización puede existir investigación. Se debe entender que la posibilidad de autodenunciarse se extingue una vez que el instructor formula los cargos del procedimiento administrativo (art. 49 inc. 1º), ya que en ese momento la SMA ha decidido perseguir una infracción administrativa y se abre la posibilidad de formular descargos y abrir un término probatorio. Si se entendiese que la *"etapa de investigación"* también comprende a la que se da durante la fiscalización llevaría a que la autodenuncia prácticamente no operaría nunca, ya que la sola investigación impediría la posibilidad de autodenunciarse. A lo anterior se agrega que en la práctica, en muchos casos, el titular de un establecimiento toma conciencia de sus no conformidades (que pueden transformarse en infracciones) sólo con ocasión de la fiscalización.

Efectos de la autodenuncia en el procedimiento administrativo sancionador

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 inc. 5º del reglamento, *"El procedimiento administrativo sancionatorio se suspenderá al aprobarse el programa de cumplimiento. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, se reiniciará el procedimiento en el estado en que se encuentre"*. Esto quiere decir que la autodenuncia necesariamente conllevará la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador, aunque se suspenderá con la formulación de cargos, sin perjuicio que pueda reiniciarse.

Con la suspensión del procedimiento y la formulación de cargos, se interrumpe el plazo de prescripción de la infracción administrativa, sin embargo, ésta comenzará a computarse al día siguiente de interrumpido, a menos que se hubiere presentado el programa de cumplimiento, en cuyo caso se interrumpe el plazo de prescripción de la infracción durante toda la duración de dicho programa (art. 42 inc. final LOSMA).

Programa de cumplimiento como condición para la exención o rebaja de la multa

La condición para que opere el efecto de exención o rebaja de la multa es que el infractor *ejecute* íntegramente el programa de cumplimiento (ver *infra* 2.2.7). *"Una vez efectuada la autodenuncia, el infractor deberá presentar el respectivo programa de cumplimiento, dentro del plazo de diez días contado desde la notificación de la formulación de cargos"* (art. 13 inc. 4º Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación).

A lo anterior se agrega la exigencia de presentar un programa de cumplimiento en el plazo de 10 días

de iniciado el procedimiento administrativo sancionatorio (ver *infra* 2.2.7). La importancia de dicho programa radica en que con su aprobación se suspende dicho procedimiento.

2.3.2 Programa de Cumplimiento

Se entenderá como programa de cumplimiento el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la SMA los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique (art. 42 inc. 2º LOSMA).

Contenido del programa

El programa de cumplimiento contendrá, al menos, lo siguiente:

- a) *Descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos.*
- b) *Plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento.*
- c) *Plan de seguimiento, que incluirá un cronograma de las acciones y metas, indicadores de cumplimiento, y la remisión de reportes periódicos sobre su grado de implementación.*
- d) *Información técnica y de costos estimados relativa al programa de cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad.*

(art. 7 Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación)

Exclusión del programa

El art. 42 inc. 3º LOSMA dispone que no podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que:

- Se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental;
- Hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas; o
- Hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento.

Sin embargo, podrán presentarlo en el caso que “*se hubiese tratado de infracciones leves*”.

Criterios de aprobación del programa

La ley remite al reglamento los criterios para la aprobación del programa de cumplimiento (art. 42 inc. 7 LOSMA). Por su parte éste dispuso los siguientes criterios de aprobación

- "a) Integridad: Las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos.*
- b) Eficacia: Las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción.*
- c) Verificabilidad: Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento"* (art. 9 Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación).

No obstante el cumplimiento de estos criterios, el reglamento impide aprobar un programa cuando *"el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifestamente dilatorios"* (art. 9 inc. 2º).

Resolución

Dentro de las atribuciones de la SMA se encuentra la de aprobar los programas de cumplimiento (art. 3 letra r) LOSMA). Para ello podrá solicitar fundadamente los informes que estime pertinentes a los órganos sectoriales de la Administración del Estado, con el objeto de aprobar o no el programa de cumplimiento (art. 8 reglamento). En caso de aprobarse el programa de cumplimiento *"la resolución establecerá los plazos dentro de los cuales deberá ejecutarse el programa y, asimismo, deberá disponer la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio. En caso contrario, se proseguirá con dicho procedimiento"* (art. 9 inc. 3º reglamento).

Efectos del programa

El programa de cumplimiento que hubiere sido aprobado produce una serie de efectos materiales y jurídicos. Evidentemente, el más importante es que el infractor deberá cumplir con su contenido y en los plazos que se hubieren fijados. Asimismo, es uno de los instrumentos que debe fiscalizar la SMA. A pesar de que no lo señala expresamente dentro de las atribuciones del art. 3 LOSMA, el programa de cumplimiento debe entenderse incorporado, en el art. 2, en *"todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley"* que son fiscalizados por la SMA. Así lo entiende también el reglamento cuando dispone que *"El programa de cumplimiento será fiscalizado por la Superintendencia de conformidad a la ley"* (art. 10 inc. 1º).

La aprobación del programa de cumplimiento implica la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, así como la interrupción del plazo de prescripción de la infracción administrativa ambiental (art. 42 incs. 4 y final).

Por el contrario, *"En caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, se reiniciará el procedimiento administrativo sancionatorio, en el estado en que se encuentre. En dicho evento, se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38 de la ley". En la determinación de la sanción, se considerará el grado de cumplimiento del programa, de acuerdo a lo indicado en la letra g) del artículo 40 de la ley"* (art. 10 reglamento). En similares términos se pronuncia el art. 42 inc. 5º de la ley, pero agrega que

la aplicación del doble de la multa para el caso de incumplimiento será *“salvo que hubiese mediado autodenuncia”*, con lo que en dicho caso no podría ser agravada la sanción.

De lo anterior se desprende que el incumplimiento del programa conduce a que se reactive el procedimiento administrativo sancionador, por la infracción originalmente cometida. Sin embargo, incumplir el programa no constituye una infracción en sí misma, sino que produce una posibilidad de agravamiento de la original, salvo el caso de autodenuncia, ya mencionado.

Informe y conclusión del programa

Una vez que el infractor responsable del programa de cumplimiento llevó a cabo íntegramente cada una de las acciones en el plazo fijado en la resolución que aprobó el programa, debe informarle a la SMA, presentando un *“informe final de cumplimiento en el que se acreditará la realización de las acciones dentro de plazo, así como el cumplimiento de las metas fijadas en el programa”* (art. 11 reglamento).

Si la SMA estima que el programa se ejecutó satisfactoriamente y *“dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido. Para esos efectos, una vez constatada la ejecución satisfactoria del programa, la Superintendencia procederá a dictar una resolución que ponga término al procedimiento administrativo sancionatorio, la que se notificará al infractor”* (art. 12 reglamento).

2.3.3 Programa de Gradualidad en el Cumplimiento de la Normativa Ambiental

El programa de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental se define en el reglamento de la siguiente forma: *“Programa de gradualidad: Modalidad de cumplimiento progresivo de exigencias establecidas en la normativa ambiental”* (art. 2 letra h) Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación).

Este instrumento de gestión ambiental, aparentemente, tiende a que la normativa ambiental pueda ser cumplida a lo largo de un cierto periodo de tiempo, adaptando las exigencias de cumplimiento sobre todo en plazos de adecuación de la conducta o actividad a la normativa. Sin embargo, no existe regulación del instrumento en ninguna otra parte de la legislación ambiental revisada. Por el momento, no existe un órgano de la Administración ambiental que cuente con potestad para aprobar tales programas, los que evidentemente implican una excepción en el cumplimiento de una norma que se incorpora. En la práctica, la gradualidad había sido aplicada como plazo de carencia de una nueva normativa y no como parte de un programa.

2.3.4 Requerimiento de ingreso al SEIA

Uno de los mayores vacíos que contenía la Ley Nº 19.300 decía relación con la imposibilidad de requerir y consecuentemente sancionar la falta de sometimiento al SEIA. Con la Ley Nº 20.417 esta omisión se subsana entregándole a la SMA la potestad de requerir el ingreso al SEIA, en los siguientes tres supuestos:

- *Omisión absoluta de sometimiento:* El art. 3 letra i) dispone como facultad de la SMA la de:

"Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades que conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y no cuentan con una Resolución de Calificación Ambiental, para que sometan a dicho sistema el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental correspondiente".

En este supuesto el titular del proyecto listado en el art. 10 LBGMA debió haberse sometido al SEIA, pero no lo hizo, iniciando la ejecución del mismo. Debe tenerse en cuenta para la determinación de la obligación de someterse si el proyecto o actividad se encuentra efectivamente listado en el art. 3 RSEIA, con lo que la remisión al art. 10 no será suficiente para la aplicación del requerimiento.

- *Omisión parcial de sometimiento:* Por su parte, el art. 3 letra j) dispone que la SMA puede: *"Requerir, previo informe del Servicio de Evaluación, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de Resoluciones de Calificación Ambiental, que sometan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las modificaciones o ampliaciones de sus proyectos o actividades que, conforme al artículo 10 de la ley N° 19.300, requieran de una nueva Resolución de Calificación Ambiental".*

En este caso, la actividad o proyecto cuenta con RCA favorable, sin embargo ha realizado una modificación o ampliación que también requería el sometimiento. Para la aplicación de este requerimiento deberá tenerse en cuenta la definición de *"modificación de proyecto o actividad"*, contenida en el art. 2 letra g) RSEIA, el que dispone que se entiende por tal la *"Realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que éste sufra cambios de consideración"*. Y luego la misma norma enumera los casos en que un proyecto o actividad sufre cambios de consideración³².

- *Fraccionamiento:* La ley otorga la facultad de requerir el sometimiento en los casos en que el proyecto fue fraccionado, con la finalidad de evitar el sometimiento o variar la vía de evaluación. En tal sentido el art. 3 letra k) dispone que corresponde a la SMA: *"Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la ley N° 19.300".* (C. III, 13.5.5).

³² Los supuestos que menciona el RSEIA son: "g.1. Las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento; g.2. Para los proyectos que se iniciaron de manera previa a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad de manera posterior a la entrada en vigencia de dicho sistema que no han sido calificadas ambientalmente, constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento. Para los proyectos que se iniciaron de manera posterior a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras y acciones que no han sido calificadas ambientalmente y las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento; g.3. Las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad; o g.4. Las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente. Para efectos de los casos anteriores, se considerarán los cambios sucesivos que haya sufrido el proyecto o actividad desde la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental".

Informe del SEA:

En todos los supuestos de requerimiento de sometimiento al SEIA deberá solicitarse informe previamente al SEA. Se trata de un trámite inserto en el procedimiento administrativo, sin embargo, la SMA no está obligada a seguir lo informado por dicho servicio, ya que no lo exige la ley y por tanto, no será vinculante (art. 38 inc. 1º LBPA). La falta de vinculatoriedad del informe del SEA puede llevar a la siguiente situación de paradoja, en que no obstante haberse evacuado una solicitud de pertinencia en sentido negativo, la SMA estimase que el proyecto, actividad o su modificación sí deben someterse (C.III, 13.5.3).

Sanción:

En los supuestos de omisión parcial o absoluta y de fraccionamiento (art. 3 letras i), j) y k)) el requerimiento de sometimiento se realiza bajo el apercibimiento de sanción. Lo que debe entenderse en función de lo dispuesto en el art. 35 letra b) 2ª parte, que tipifica como infracción administrativa *“el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3º”*. Sin embargo, en la primera parte de la misma disposición se tipifica como infracción *“La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella”*. En consecuencia, la circunstancia de estar en alguno de los tres supuestos estudiados implicará por sí misma la comisión de una infracción sancionable según lo dispuesto en el art. 35 letra b) 1ª parte. En cambio, desobedecer el requerimiento de la SMA, implicará una infracción distinta, ahora a la orden de la SMA (legalidad procedimental ambiental). Esta aclaración resulta relevante, porque en este caso no será aplicable el supuesto de *non bis in idem* del art. 60 inc. 2º, ya que se tratará de dos hechos distintos, en la especie, no someterse al SEIA y no cumplir el requerimiento de sometimiento, los que temporalmente se producirán en momentos distintos.

2.3.5 Requerimiento de caducidad de la RCA

Dentro de las facultades que debe ejercer la SMA con ocasión de la fiscalización ambiental está la de constatar el inicio de la ejecución de un proyecto, para los efectos del cómputo del plazo de caducidad. En tal sentido, el art. 73 inc. 1º parte final RSEIA dispone que corresponde a la SMA constatar el inicio de la ejecución del proyecto o actividad para estos efectos. La SMA podrá requerir al SEA la caducidad de una RCA *“cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada”* (art. 3 letra l) LOSMA).

Aún se mantienen las dudas planteadas respecto del órgano competente para declarar la caducidad, teniendo en cuenta que la RCA emana de la Comisión de Evaluación del art. 86 LBGMA, pero la caducidad la requiere la SMA al SEA (C.III, 13.10.1).

El art. 3 letra l) 2ª parte dispone un segundo requerimiento al SEA *“en los demás casos en que, atendida la magnitud, gravedad, reiteración o efectos de las infracciones comprobadas durante su ejecución o funcionamiento, resulte procedente”*. Claramente aquí se trata de un supuesto distinto al de la caducidad, ya que en él no se ha dejado de ejecutar el proyecto en un plazo sino que, al contrario, ejecutándose éste se han producido infracciones durante el mismo. Sin embargo, la disposición resulta inoperante si se considera que la SMA no requerirá al SEA la caducidad de la RCA que se encuentre

en dicho supuesto, independientemente de la magnitud, gravedad o reiteración de las infracciones. En efecto, frente a infracciones a la RCA es a la SMA a quien corresponde *"exclusivamente"* el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 35 inc. 1º LOSMA).

Claramente lo que ocurrió en el art. 3 letra l) es que la ley confundió dos modos de extinción del acto administrativo: en la primera parte se trata de una caducidad, que opera producto del cumplimiento de una modalidad, en la especie una condición asociada a plazo, que consiste en dar inicio a la ejecución del proyecto antes de que transcurran cinco años de dictada la RCA; y en la segunda un supuesto de infracción administrativa, que en la LOSMA tiene aparejada, entre otras, la revocación-sanción de la RCA y no su caducidad.

2.3.6 Plan de reparación del daño ambiental

Como se recordará la LOSMA admite que el infractor presente voluntariamente un plan de reparación ambiental, el que produce como principal efecto la preclusión de la acción de responsabilidad por el daño ambiental (C.IV, 11)³³. El plan de reparación del daño ambiental se ha definido como el *"documento que contiene los objetivos y medidas de reparación del daño ambiental causado, presentado por el infractor conforme a lo previsto en el presente Reglamento, avalado por un estudio técnico ambiental"* (art. 2 letra f) Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación).

El plan de reparación debe ser presentado oportunamente por el infractor, es decir, hasta antes de notificada la demanda de responsabilidad por el daño ambiental (art. 17 del reglamento), y debe ser elaborado y ejecutado a su costo (art. 18 del reglamento).

Contenido del plan de reparación:

De conformidad con lo dispuesto en el art. 19 del reglamento, el plan de reparación propuesto por el infractor deberá contener como mínimo lo siguiente:

- a) Nombre o razón social del proponente y domicilio, así como de su representante, cuando corresponda.*
- b) Antecedentes que acrediten que la presentación se hace por persona facultada legalmente para ese efecto.*
- c) Descripción del daño ambiental causado, en concordancia con la resolución que haya puesto término al procedimiento administrativo sancionatorio respectivo.*
- d) Descripción del sitio o lugar en el cual se implementarán cada una de las medidas propuestas, así como el área de influencia de estas últimas, incluyendo, de ser procedente, información de las características del área con anterioridad al daño causado.*

³³ Dado el carácter extremadamente reglamentario del plan de reparación, en este apartado sólo se expondrán sucintamente algunos de sus principales aspectos.

- e) Descripción de los objetivos generales y específicos de la reparación propuesta.*
- f) Descripción de las medidas de contención que se han adoptado y las que se proponen para controlar el daño ambiental causado.*
- g) Descripción de las medidas de reparación que se proponen, y la forma, lugar y plazo en que se implementarán.*
- h) Descripción de los potenciales efectos asociados a la implementación de las medidas de reparación, así como las medidas para hacerse cargo de ellos, si correspondiere.*
- i) Cronograma que contenga los plazos para alcanzar los objetivos, la implementación de las medidas y de su seguimiento.*
- j) Programa de seguimiento de las medidas propuestas y de las variables ambientales relevantes, incluyendo indicadores y reportes periódicos, entre otros instrumentos que permitan verificar la ejecución y eficacia de las medidas.*
- k) Descripción de la forma de cumplimiento de la normativa ambiental aplicable a las medidas, incluyendo las acciones que involucren.*
- l) Indicación de los permisos o pronunciamientos de carácter sectorial que se requieran para la implementación de cada una de las medidas propuestas.*
- m) Un estudio técnico ambiental que lo avale, que incluirá la referencia de todos los documentos de carácter científico, técnico o legal, que se han utilizado para la definición del plan de reparación y la elaboración del estudio técnico ambiental.*
- n) El listado de los nombres de las personas que participaron en la elaboración del estudio técnico ambiental, incluyendo sus profesiones e indicando las funciones y tareas específicas que desarrollaron”.*

Seguimiento del plan de reparación:

El seguimiento o fiscalización del cumplimiento del plan de reparación corresponde a la SMA, el que puede exigir que se someta a un procedimiento de evaluación y certificación de conformidad (arts. 27 reglamento y 27 LOSMA). “En el caso de incumplimiento de las acciones, medidas y objetivos del plan de reparación que impidan lograr la reparación del daño ambiental causado en la forma prevista en dicho plan, la Superintendencia así lo declarará mediante resolución, ordenando la remisión de los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado, para el ejercicio de la acción de reparación del daño ambiental” (art. 27 inc. 2º del reglamento).

Informe final y preclusión de la acción de responsabilidad:

El infractor responsable del plan de reparación debe informar a la SMA acerca de su ejecución en la forma y plazos establecidos (art. 28 del reglamento). Si la ejecución es satisfactoria, la SMA dictará una resolución en que constata dicho cumplimiento. Dicha resolución produce la extinción de la acción de responsabilidad por el daño ambiental, debiendo remitir copia de ella al Consejo de Defensa del Estado (art. 29 del reglamento).

3. POTESTAD SANCIONADORA AMBIENTAL

La obligatoriedad de las normas jurídicas que establecen limitaciones destinadas a garantizar el respeto al orden público exige, lógicamente, que el ordenamiento establezca mecanismos de reacción frente a las conductas que las incumplan³⁴. Cuando las conductas infractoras causan una lesión a intereses colectivos, o bien revisten especial gravedad, la reacción posee carácter represivo, consistiendo en la imposición de un mal o castigo al infractor³⁵.

Así, en caso de perturbación, la actividad de policía pasa a denominarse de policía represiva, que tiene por función investigar y sancionar la infracción que se ha cometido en contra del orden público, para lograr su restablecimiento. Para el ejercicio de tal actividad, es decir, la represión de las infracciones contra el orden público, la Administración se encuentra provista de un conjunto de potestades. Una de dichas potestades corresponde a la *potestad sancionadora* que permite a la Administración reprimir, directamente y sin necesidad de acudir a los tribunales, mediante la imposición de sanciones administrativas, las infracciones al ordenamiento jurídico.

En suma, en ejercicio de dicha potestad la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracciones administrativas por una norma³⁶.

El Derecho ambiental nacional carece de disposiciones que vinculen al legislador en la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones administrativas como herramientas para la protección ambiental. Disposiciones en este sentido sí se derivan de otras Constituciones, como la española, cuyo art. 45 inc. 3º se refiere expresamente al establecimiento de "*sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*", en los términos que la ley fije, tanto para la infracción del Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como en relación al deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales. Pese a ello —siguiendo la tendencia general comparada de la intervención sancionadora estatal—, el régimen de infracciones y sanciones administrativas ha sido uno de los ámbitos que mayor proliferación ha experimentado desde la entrada en vigor de la LBGMA³⁷.

3.1 Aplicación matizada de los principios penales en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa

La explicación actualmente más aceptada a nivel doctrinal respecto de la naturaleza de la potestad sancionadora es que ésta, junto con la potestad penal, integran el denominado *ius puniendi* del Esta-

³⁴ Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2002), p. 371.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Tomás Cano, Derecho Administrativo Sancionador, en Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 43, enero-abril 1995, p. 339. En tal sentido, como señala Suay, la Administración aplica el Derecho positivo al objeto de restablecer la paz jurídica quebrantada previamente por el infractor, es decir, actúa para salvaguardar la puntual efectividad del ordenamiento jurídico. José Suay Rincón, El Derecho Administrativo Sancionador: Perspectivas de Reforma, en Revista de Administración Pública, Nº 109, enero-abril 1986, p. 208.

³⁷ Blanca Lozano Cutanda, El Principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad, *op. cit.*, p. 86.

do. Ya que ambas clases de potestades represivas comparten elementos esenciales, se ha postulado la aplicación de los principios y garantías penales al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración.

Sin embargo, tal extrapolación no es absoluta, ya que, los principios penales son matizados o morigerados en sus alcances y efectos, haciendo que ellos, en el ámbito administrativo, adquieran autonomía y contenido propio.

Así lo destacan diversos autores a nivel comparado, como se aprecia en la opinión del profesor Gonzalo Quintero, quien expresa: *“La infracción y sanción administrativa está destinada a someterse a muchos de los principios procedimentales y materiales que gobiernan y limitan la apreciación de delitos y la imposición de penas, pero no a todos. La responsabilidad criminal y su medición o negación ofrecen criterios utilizables en buena medida por el sistema sancionador, pero no plenamente”*³⁸.

En el mismo sentido ya se había pronunciado el Tribunal Supremo español en sentencia de 8 de abril de 1981, en que concluyó: *“Los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”*³⁹, destacando con ello, según el profesor Tomás Cano, *“las profundas diferencias estructurales, organizativas y funcionales que existen entre la potestad sancionadora de la Administración y la potestad penal de los Tribunales, y demostrando la incorrección de una identificación absoluta entre los principios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador”*⁴⁰.

La misma prevención efectúa el Tribunal Constitucional español, como apunta Lozano: *“Así lo reconoce el TC en la Sentencia que nos ocupa, en la que comienza por recordar, una vez más, que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, pero advierte —como ya había hecho en otras ocasiones— que debe operarse con cautela cuando se trata de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador. Esta operación, se dice en la Sentencia, «no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990)”*⁴¹.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado en idéntico sentido en variadas ocasiones. Así, por ejemplo, en la sentencia rol N° 244 de 2006, considerando noveno, establece: *“Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”*. Posteriormente, la sentencia rol N° 479, considerando 8°, concluye: *“Como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aun cuando*

³⁸ Gonzalo Quintero, La Autotutela, los Límites al Poder Sancionador de la Administración Pública y los Principios Inspiradores del Derecho Penal, en Revista de Administración Pública, N° 126, septiembre-diciembre 1991, p. 293.

³⁹ José Suay Rincón, El Derecho Administrativo Sancionador: Perspectivas de Reforma, en Revista de Administración Pública, N° 109, enero-abril 1986, p. 212.

⁴⁰ Tomás Cano, Derecho Administrativo Sancionador, en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 43, enero-abril 1995, p. 344.

⁴¹ Blanca Lozano Cutanda, La Responsabilidad de la Persona Jurídica en el Ámbito Sancionador Administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre), en Revista de Administración Pública, N° 129, septiembre-diciembre 1992, p. 223.

las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”.

En definitiva, en una perspectiva que tiende a la autonomía de la potestad sancionadora de la Administración Pública *“Las normas de derecho penal y derecho procesal penal no son nunca aplicables a las sanciones administrativas. Ni siquiera se trata de que sean aplicables cuando no hay una norma específica de derecho administrativo. Simplemente, se trata sólo de aceptar algunos principios comunes que, incluso así, tendrán una plasmación diferente en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador”*⁴². Lo que resulta indudable es la relación entre los ámbitos punitivos penal y administrativo, ya que, *“ni el derecho penal ni el derecho administrativo sancionador son estancos separados, sino que son espacios de actuación coordinada en el marco de una política represiva que el Estado puede implementar para cumplir su función constitucional. Existe un espacio que es propio o inherente al derecho penal, en donde la administración no tiene cabida (derecho penal nuclear o Kernstrafrecht), pero también existe otro ámbito en donde la eficacia en el actuar del Estado no se asegura solo con la intervención de la administración, sino que requiere también la participación del poder judicial mediante sanciones de la mayor gravedad (derecho penal colateral o Nebenstrafrecht). Es en este espacio donde juega la sanción administrativa y comienza su relación dialéctica con las sanciones penales”*⁴³.

3.2 La potestad sancionadora como instrumento de protección ambiental

La protección del medio ambiente impone verdaderas obligaciones de resultado. De aquí la importancia de la organización y funcionamiento de la Administración fiscalizadora y sancionadora para el Derecho ambiental. Sólo asegurando las capacidades de represión pueden garantizarse los bienes jurídicos protegidos de manera preventiva.

Hasta la dictación Ley N° 20.417, las actividades fiscalizadoras eran desarrolladas exclusivamente por servicios públicos sectoriales. Las atribuciones de la extinta CONAMA se relacionaban con su comunicación y coordinación, lo que le valió múltiples críticas y sarcasmos⁴⁴. En efecto, el modelo de coordinación de CONAMA planteaba dificultades prácticas y jurídicas para su aplicación. Lo anterior se debía a que la Administración ambiental carecía de competencias para forzar la fiscalización por parte de las Administraciones sectoriales coordinadas, cuyo personal y medios mantenían títulos de intervención diversos a la protección ambiental⁴⁵. Las fiscalizaciones eran también fragmentadas en

⁴² Manuel Rebollo, et al., Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España, en Revista Estudios Socio-Jurídicos (Bogotá), Vol. 7, N° 1, enero-junio 2005, pp. 27-28.

⁴³ Eduardo Cordero Quinzacara, El Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal, op. cit., p. 155.

⁴⁴ Eduardo Astorga Jorquera, Derecho Ambiental chileno, Parte General, Ed. LexisNexis 1ª edición, Santiago 2006 (hay una edición posterior), pp. 306-308.

⁴⁵ Según fuentes de CONAMA, se estimaba que los funcionarios sólo destinaban un 20% de su trabajo a fiscalización, y un 17.7% del tiempo a labores relacionadas con el SEIA. En este sentido, Luis Cordero Vega, Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno, Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, 2008, Santiago, p. 37.

múltiples instituciones, cada una de las cuales podía aplicar distintos criterios. Finalmente, los déficits presupuestarios contribuyeron también a un resultado insuficiente.

Algunas estrategias para superar tales problemas fueron llevadas a cabo respecto de ciertos instrumentos, como el SEIA, a través de los denominados Comités Operativos de Fiscalización (COF)⁴⁶. Sin embargo, estos mecanismos carecían de una regulación orgánica y procedimental. Asimismo, su ámbito de actuación era muy acotado, limitado sólo al SEIA. A todo ello, deben agregarse las críticas sobre la eficacia de los mecanismos de represión, así como al acceso a la justicia administrativa y judicial⁴⁷.

Lo anterior fue plasmado en el Informe de Desempeño Ambiental de Chile elaborado por la OCDE (2005) que, antes de proponer la creación de un Ministerio, estimó necesario centrar la reforma en la fiscalización de los instrumentos ya existentes. Así se señaló, al requerir: *“examinar formas de fortalecer la capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales, como por ejemplo el establecimiento de un órgano de inspección ambiental”*.

Existieron distintas alternativas para superar estos problemas. Desde el aumento de recursos para órganos sectoriales, hasta la mantención de las competencias fiscalizadoras, incorporando una Superintendencia para empresas⁴⁸. Finalmente, el legislador de la Ley Nº 20.417 optó por la creación un servicio público ambiental: la Superintendencia del Medio Ambiente, asignándole competencias exclusivas en materia de fiscalización, como también potestades excluyentes respecto de la imposición de sanciones y, asimismo, otras atribuciones en mayor o menor medida relacionadas con ambos mecanismos de intervención administrativa.

3.3 Características del régimen sancionador ambiental

El régimen sancionador ambiental mantuvo algunas características luego de su modificación por parte de la Ley Nº 20.417. Por ejemplo, manteniendo en el poder de la Administración ambiental la sanción frente a la infracción de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA). Sin embargo, muchas de sus particularidades sufrieron modificaciones, principalmente: el carácter básico de la represión, la aplicación de un régimen supletorio en materia de fiscalización y sanción, así como la integración del principio de coordinación administrativa, a través de la elaboración de programas y subprogramas de fiscalización ambiental.

3.3.1 Carácter sancionador general

A diferencia de otros instrumentos de gestión ambiental que se encuentran regulados en la LBGMA, el régimen sancionador no sólo se concentra en la LOSMA, sino que por el contrario, éste se encuentra disperso en diferentes leyes sectoriales. En efecto, el sistema sancionador a cargo de la SMA no sólo

⁴⁶ Creados conforme al ex art. 77 LBGMA, mediante Acuerdo Nº 112/99 del Consejo Directivo de CONAMA.

⁴⁷ Estos dos aspectos comprenden las críticas a las multas de bagatela incorporadas en la LBGMA, cuyos montos se limitaban a las 500 UTM. Asimismo, el acceso a la justicia suponía el ejercicio de principio *solve et repete*, mediante la consignación de un porcentaje de las sumas, situación que afectaba a la defensa de los administrados.

⁴⁸ *Matías Guiloff Titien*, Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Un análisis desde el diseño institucional, en: Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Antecedentes y Fundamentos, Programa de Derecho y Política Ambiental, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 46.

implica la sanción por la infracción a las RCA, sino a otras normas ambientales que carezcan de sanción, como se verá. A ello se suma que la transversalidad ambiental puede llevar a la superposición de diferentes legislaciones sancionadoras, con los consecuentes conflictos derivados de su aplicación conjunta. Los ejemplos en este sentido son múltiples, siendo característicos aquéllos presentes en la protección del medio ambiente acuático⁴⁹.

Si bien es cierto, la LOSMA incorpora reglas expresas en materia de *non bis in idem*, debe considerarse que la ley presenta un carácter general, en el sentido que se aplicará siempre que no exista otra opción sancionadora, y como mínima sanción posible. En efecto, este carácter es señalado expresamente por el art. 60 LOSMA, que dispone: *"cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad"*. De este modo, la sanción no podrá ser inferior a la establecida en la LOSMA. De haber sido integrado en el articulado de la LBGMA, el régimen sancionador general pudo haber sido inferido del art. 1, al constituir aquellas disposiciones pertinentes que el legislador ambiental ordena respetar en la interpretación⁵⁰.

3.3.2 Supleitoriedad de fiscalizaciones y sanciones

Tanto las competencias fiscalizadoras de la SMA como sus atribuciones sancionadoras se refieren expresamente a este carácter. Así, conforme al art. 3 letra t) LOSMA, le corresponde a la Superintendencia *"fiscalizar el cumplimiento de las demás normas e instrumentos de carácter ambiental, que no estén bajo el control y fiscalización de otros órganos del Estado"*. De aquí que sus competencias se extiendan a toda norma o instrumento no vinculado a la competencia de otro órgano estatal en materia ambiental. La intención de esta disposición fue no dejar normas o instrumentos ambientales sin fiscalización, como podría ocurrir en algunos sectores. Así por ejemplo, en la Ley N° 17.288 sobre

⁴⁹ La delimitación de funciones fiscalizadoras se ha presentado, por ejemplo, en materia de residuos líquidos industriales en alcantarillados. El problema se origina en la mantención de competencias para la Superintendencia de Servicios Sanitarios (art. 61 LOSMA), en circunstancias que conforme al art. 2 de la Ley N° 18.902, le corresponde a esta última fiscalizar tanto a los prestadores de servicios sanitarios, como el cumplimiento de las normas relativas a tales servicios y el control de los residuos líquidos industriales vinculados a las prestaciones o servicios de empresas sanitarias. La jurisprudencia de la CGR ha señalado que la fiscalización del Decreto N° 609 /1998 del Ministerio de Obras Públicas, que establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos industriales líquidos a sistemas de alcantarillado, le corresponde a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, siguiendo el criterio de si la persona fiscalizada es o no concesionaria de estos servicios (Dictamen CGR N° 25.248).

Cabe considerar que ello ha sido también una materia de discusión frecuente entre las competencias de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la extinta CONAMA, considerando la facultad de aquélla para imponer sanciones en materia de RULES conforme al art. 2 de la Ley N° 18.902, mientras que el organismo de coordinación conservaba sus facultades sancionadoras respecto de RCAs que contemplaran dichas normas de emisión. Por esta razón, el otorgamiento de una RCA permitía reducir el monto de las multas de 10.000 UTA —que es el actual monto aplicable en materia ambiental luego de la reforma del año 2010— a sólo 500 UTM, conforme a los parámetros de la legislación anterior.

⁵⁰ En efecto, la aplicación del art. 1 LBGMA no es posible en materia sancionadora, ya que estas disposiciones no han sido integradas dentro de un mismo cuerpo legal. Sin embargo, mientras esta integración estuvo vigente (v.gr.: ex art. 64 LBGMA), tal interpretación debió permitir resolver problemas que, actualmente, se encuentran regulados expresamente, como la regla de favorecimiento a la sanción más grave (art. 60 LOSMA). Esta interpretación no siempre fue seguida en la determinación del alcance de las disposiciones aparentemente cumulativas.

monumentos nacionales, no existe claramente un órgano con competencias fiscalizadoras, ya que la ley no entrega dicha potestad de forma expresa al Consejo de Monumentos Nacionales⁵¹.

Este aspecto es reiterado también en materia de sanciones. Conforme al art. 35 letra n) LOSMA, corresponde exclusivamente a la Superintendencia ejercer la potestad sancionadora del *“incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica”*. La disposición plantea algunas incertidumbres, considerando su vinculación con una *“norma de carácter ambiental”* y no con una *“infracción”* propiamente dicha. En este punto la ley, en primer término, establece una suerte de norma de clausura del sistema, ya que toda norma ambiental tendrá subsidiariamente la fiscalización y eventualmente la sanción por parte de la SMA. Sin embargo, la extensión de esta disposición podrá ser discutible ya que en no pocas ocasiones la ley sectorial también utiliza cláusulas abiertas en la tipificación de infracciones, del tenor de *“toda otra infracción a la presente ley será sancionada con...”* Por lo que cabría preguntarse si dichas normas ambientales sectoriales tienen asociada una sanción específica, que se satisface con la cláusula general del citado tenor, o bien debe aplicarse la regla de cierre del art. 35 letra n) LOSMA. A ello se agrega que toda norma de carácter ambiental puede tener diverso rango, sea legal o reglamentaria. No existe una respuesta unívoca que solucione el problema y deberá ser determinada en cada caso.

3.3.3 Aplicación de instrumentos especiales de coordinación

La reforma de la Ley N° 20.417 no alteró la distribución de competencias, manteniendo la concentración de facultades sancionadoras y la dispersión de atribuciones fiscalizadoras. En efecto, conforme al art. 35 LOSMA, le corresponde exclusivamente a la SMA ejercer la potestad sancionadora de los diferentes instrumentos que se encuentran bajo su competencia, sin perjuicio que la fiscalización le corresponda a la Administración en sentido orgánico y funcional, aunque bajo la dirección de la SMA (Ver *supra* 2.2.4). Frente a esta multiplicidad de sujetos, la unificación de criterios se alcanza a partir del art. 2 inc. 2° LOSMA, que dispone: *“los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”*⁵². Como se analizó precedentemente (*supra* 2.2.5), la coordinación en este ámbito también se asegura a partir de la elaboración de programas y subprogramas. La Superintendencia debe elaborar tales planificaciones para los diferentes instrumentos objeto de su fiscalización contenidos en el art. 3 LOSMA. Dicha elaboración se desarrolla sobre la base de los informes proporcionados por los propios órganos con competencias sectoriales, previa propuestas y consultas públicas.

⁵¹ En efecto, la mencionada ley en su art. 11, sólo a propósito de los monumentos históricos, le entrega al Consejo de Monumentos Nacionales el control y la supervigilancia, y somete a todo trabajo de conservación, reparación o restauración de ellos, estará sujeto a su autorización previa.

⁵² Como señala María Calvo Chamorro, Sanciones Medioambientales, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 17: *“las experiencias comparadas (en especial Italia y Alemania) demuestran que las competencias en materia de medio ambiente deben repartirse entre las diversas instancias territoriales, de manera que ninguna de ellas las retenga en exclusiva. No obstante, si ineficaces resultan a todas luces los excesos de centralismo, no puede tampoco olvidarse que son necesarios algunos criterios unitarios para las actuaciones en materia de medio ambiente que sólo del poder central pueden partir”*.

3.4 Infracciones ambientales

La legalidad es un principio extensible al ámbito sancionador⁵³, conforme al cual se impide reprimir acciones u omisiones que, afectando el ambiente, no constituyan una infracción⁵⁴. En tal sentido, el principio de legalidad —que en el ámbito administrativo sancionador implica reserva legal de infracciones y sanciones— supone la tipificación de las conductas que originen el *ius puniendi*, las que requieren, a su vez, configurarse siguiendo parámetros de certeza. Legalidad o reserva legal, tipicidad y certeza son, por tanto, los aspectos requeridos para predecir las conductas sancionables, así como la clase y el grado o intensidad de la sanción aplicable. Desde esta perspectiva, se tratan de principios ligados a la eficacia preventiva general del instrumento, donde radica su principal importancia para la protección ambiental.

Con la Ley Nº 20.417, estos aspectos han sido desarrollados. Cuantitativamente, la densidad normativa da cuenta de ello, considerando que, originalmente, la LBGMA sólo previó escasas disposiciones en este sentido⁵⁵. Dicho aspecto también ha sido replicado desde una perspectiva cualitativa, si se observa que las disposiciones permiten identificar diferentes grados de infracción. En efecto, la tipificación de infracciones ambientales en el art. 35 LOSMA presenta como primer carácter evidente poseer rango legal, lo que no siempre ocurre en el ordenamiento jurídico administrativo sancionador⁵⁶.

Al analizar la tipificación de las infracciones ambientales a cargo de la SMA, es posible concluir que ésta se puede ordenar, en primer lugar, respecto de las infracciones a la RCA y sus condiciones y medidas. Sin embargo, ella no se reduce sólo a los instrumentos de gestión ambiental, objeto de la fiscalización. Lo anterior se justifica en cuanto los ilícitos que exceden este marco, como se ve, son de carácter instrumental. Ellos están listados en la tercera columna de la Tabla 1 siguiente. Por su parte, la tipificación y sanción a las entidades de inspección acreditadas (fila 3 de la Tabla 1), se justifica por la especial vinculación en que se encuentran éstas, y por el ejercicio de verdaderos poderes jurídico-públicos que le corresponde.

⁵³ Blanca Lázaro Cutanda, *Derecho ambiental administrativo*, op. cit., p. 495.

⁵⁴ Todo lo que supone distinguir entre la disposición infringida y el precepto que tipifica la infracción, sin perjuicio que algunas tipificaciones puedan simplemente remitirse a la infracción a una norma ambiental cualquiera ésta sea, lo que puede conducir a una apertura excesiva del principio de reserva legal.

⁵⁵ En rigor, la infracción administrativa ambiental se desprendía del art. 64 LBGMA, que disponía: "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 Regional o Nacional 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".

⁵⁶ Desde una perspectiva crítica a la remisión al reglamento, Cfr. Eduardo Soto Kloss, *La potestad sancionadora de la Administración ¿se adecua a la Constitución?*, en *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo AA.VV.*, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005, pp. 48-49.

TABLA Nº 1: Clasificación de infracciones administrativas ambientales a partir de lo dispuesto en el art. 35 LOSMA

Infracciones según destinatario:	Infracciones consistentes en el incumplimiento de condiciones de resoluciones ambientales:	Infracciones consistentes en actuar sin autorización o contraviniendo una orden de la SMA:
Infracciones de los sujetos privados destinatarios de la fiscalización ambiental	<p>a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.</p> <p>c) El incumplimiento de las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y, o de Descontaminación, normas de calidad y emisión, cuando corresponda.</p> <p>i) El incumplimiento de los planes de recuperación, conservación y gestión de especies establecidos en la ley Nº 19.300.</p> <p>k) El incumplimiento de los planes de manejo a que se refiere la ley Nº 19.300.</p> <p>n) El incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica.</p>	<p>b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del art. 3º.</p> <p>e) El incumplimiento de las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparta en ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley.</p> <p>f) Incumplir las medidas adoptadas por la superintendencia en virtud de lo dispuesto en las letras g) y h) del art. 3º.</p> <p>g) El incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales.</p> <p>h) El incumplimiento de las Normas de Emisión, cuando corresponda.</p> <p>j) El incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a esta ley.</p> <p>l) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas provisionales previstas en el art. 48.</p> <p>m) El incumplimiento de la obligación de informar de los responsables de fuentes emisoras, para la elaboración del registro al cual hace mención la letra p) del art. 70 de la ley Nº 19.300.</p>
Infracciones de las entidades de inspección acreditadas	d) El incumplimiento por parte de entidades técnicas acreditadas por la Superintendencia, de los términos y condiciones bajo las cuales se les haya otorgado la autorización, o de las obligaciones que esta ley les imponga.	

3.4.1 Clases de infracciones

La calificación jurídica de la infracción constituye la primera etapa para la determinación final del *quantum* sancionatorio aplicable en cada caso (ver *infra* 4.1). La regla se establece en el art. 36 LOSMA, que distingue diferentes grados aplicables. Conforme a ella: “para los efectos del ejercicio de la

potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves”.

Para la generalidad de las tipificaciones, la infracción deriva tanto de la contravención, como de al menos un efecto alternativo que se lista en el art. 36. Estos efectos se refieren a las circunstancias que rodean el ilícito, y se desarrollan siguiendo diferentes criterios. Principalmente, a partir de afectaciones materiales, pero también considerando ciertas exposiciones a riesgos⁵⁷. Así, conforme al art. 36 LOSMA, son infracciones gravísimas aquellas que *“a) Hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación”*; y *“b) Hayan afectado gravemente la salud de la población”*. No obstante, estos mismos efectos llegan a ser sólo constitutivos de infracción grave si el daño ambiental es susceptible de reparación (criterio de afectación material) o si, respecto de la salud de la población, ha existido sólo un riesgo significativo (criterio de exposición al riesgo o amenaza). Otros criterios referidos a riesgos son utilizados para la calificación gravísima o grave, según su intensidad. Así, son infracciones gravísimas aquellas conductas que impiden u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de metas, medidas, y objetivos de un plan de prevención o descontaminación, correspondiendo a graves si ellas se limitan a afectar negativamente tales medidas. Lo mismo ocurre con la ejecución de actividades al margen del SEIA respecto de proyectos desprovistos de los efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA (infracción grave). En el caso en que sí los generen, se tratará de una infracción gravísima, pero la afectación material o la exposición al riesgo dependerá del literal vulnerado en concreto, ya que ambas consideraciones son incorporadas por dicho listado.

Sin perjuicio de lo anterior, la regla general para la tipificación viene dada por la categoría de infracción leve, la que se caracteriza por prescindir de todo efecto alternativo, siguiendo la tendencia de infracciones contra la legalidad. A partir de ello, puede concluirse que la oposición formal de una conducta permite efectivamente configurar el infraccionario ambiental. Conforme al art. 36 N° 3 LOSMA, corresponde a una infracción leve la contravención a *“cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores”*. No obstante, cabe considerar si dicha disposición reúne los caracteres de tipicidad y certeza requeridos para la consagración de esta clase de ilícitos, teniendo presente la excesiva apertura de la categoría.

3.5 Sanciones ambientales

La comisión de una infracción puede generar diferentes consecuencias. La sanción administrativa es una de ellas. En este sentido, tales sanciones deben diferenciarse de otras medidas no administrativas, como por ejemplo aquellas reparadoras del daño ambiental. Dentro de las medidas de naturaleza administrativa, a su vez, las sanciones se distinguen de otras consecuencias negativas que, en general, debe soportar el infractor, así por ejemplo, la implementación de un programa de cumplimiento, la imposición de medidas provisionales, el requerimiento de ingreso al SEIA, el registro de la sanción, etc.

⁵⁷ Una excepción podría plantearse en el art. 36 N° 1 letra g) LOSMA, conforme a la cual es infracción gravísima la *“reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este art.”* En el mismo sentido la letra h) del N° 2 califica de grave la *“persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este art.”* Sin embargo, tales excepciones son más bien aparentes, considerando que la reiteración o persistencia en la infracción es, por sí misma, un aspecto indiciario de una eventual exposición al peligro.

3.5.1 Clases de sanciones

Dentro del catálogo de sanciones que la Administración se encuentra facultada para imponer, la *multa* representa la más común de las sanciones administrativas. En virtud de ella, se condena al infractor a pagar una determinada suma de dinero que va a incorporarse a las arcas públicas. Sin embargo, existen otras posibilidades de sanción, así: la *suspensión de un derecho*, la *privación de un derecho* y la *revocación sancionadora* de los títulos administrativos que habilitan para realizar la actividad en cuyo seno se ha cometido la infracción. Esta última, la revocación-sanción, deja sin efecto el título administrativo que puede consistir en una autorización o permiso y que remueve el obstáculo para ejercer un derecho preexistente, en la especie, la libertad de desarrollar actividades económicas lícitas, respetando las normas legales que las regulan. Si bien este grupo de sanciones son ampliamente consideradas como las de mayor eficacia (v.gr.: clausura temporal, definitiva o la revocación), son las pecuniarias las que poseen un mayor grado de aplicación (v.gr.: multa). De aquí que, pese a que la tipología de sanciones no haya sido modificada por el legislador de la Ley N° 20.417, su impacto sí deba considerarse en relación al endurecimiento de las sanciones pecuniarias, las cuales han sido uniformadas en relación a los montos ya vigentes en otros sectores de protección (como es lo que ocurría en el ámbito sanitario).

En definitiva, la disciplina ambiental se alcanza a través de los diferentes tipos de sanciones establecidas en el art. 38 LOSMA. Conforme a esta disposición, *“las infracciones cuyo conocimiento compete a la Superintendencia, podrán ser objeto de las siguientes sanciones:*

- a) Amonestación por escrito.*
- b) Multa de una a diez mil unidades tributarias anuales.*
- c) Clausura temporal o definitiva.*
- d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental”.*

Todas ellas son las sanciones *strictu sensu* tipificadas frente a la comisión de las infracciones establecidas en la ley (art. 36 LOSMA). Debe considerarse que la aplicación de una sanción administrativa ambiental es complementaria a otras medidas que pueda exigir el ilícito en cuestión. Así, por ejemplo, frente a ilícitos que causen un daño grave e inminente al medio ambiente, la Superintendencia puede eventualmente adoptar otras medidas transitorias y urgentes (art. 3 letra g) LOSMA) o bien, la imposición de la sanción respectiva puede implicar, paralelamente, la exigencia del cumplimiento de los propios términos de la RCA que había sido vulnerada.

Finalmente, en cuanto a su aplicación práctica, como se verá, las sanciones de naturaleza revocatoria y suspensivas, en general, son inaplicables respecto de infracciones de menor entidad (leves). En caso que resulten procedentes aquellas sanciones, la seguridad del titular se garantiza, limitándose el poder de la SMA mediante el mecanismo de consulta obligatoria al Tribunal Ambiental (art. 57 LOSMA). Todo esto lleva a que suponer que en la práctica las sanciones más extendidas corresponderán a los supuestos de amonestaciones y multas, utilizándose éstas últimas en toda su extensión, dependiendo del tipo de infracción cometida.

4. REGLAS PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Si bien en el ámbito sancionador en general la legalidad requiere de tipicidad y certeza, en el Derecho administrativo sancionador tales requerimientos se cumplirán a través de una tipificación genérica de conductas como infracciones, las que luego deben ser objeto de un proceso de subsunción en que se debe determinar la clase de infracción de que se trata. Una vez determinada la infracción, deberán considerarse ciertos criterios de graduación y ponderación de sanciones, que en general se derivan del principio de proporcionalidad, que es fundamental del Derecho administrativo sancionador⁵⁸. Conforme a él se permite adecuar la represión a la infracción y sus circunstancias, limitando la discrecionalidad administrativa en su imposición. Se trata de elementos desarrollados en general por parte del legislador, lo que resuelve al menos parcialmente el reproche de ilegalidad que, eventualmente, suelen suponer las remisiones reglamentarias en este ámbito⁵⁹.

A continuación se efectuará un análisis de cada una de las reglas relevantes para la determinación frente a una situación específica de la sanción administrativa correspondiente.

4.1 Subsunción de la infracción

Los órganos administrativos son aplicadores de Derecho. La forma en que estos aplican una norma jurídica y los mecanismos para evitar una aplicación arbitraria del ordenamiento son objeto del principio de control, el cual básicamente será de carácter judicial. Sin embargo, quien en primer lugar lleva a cabo la tarea de aplicación de la norma sancionadora será la Administración del Estado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las normas jurídicas se componen de dos elementos, dos pilares: hechos o circunstancias de hecho y consecuencia jurídica. Producida la circunstancia de hecho prevista, se actualiza la consecuencia jurídica que para la misma se ha previsto. En términos simples, la aplicación de una norma se divide en 4 partes:

1. Indagación y determinación de los hechos (¿qué sucedió?).
2. Interpretación del contenido de la norma (¿qué circunstancias prevé la norma?).
3. Subsunción de las circunstancias de hecho previstas en los hechos acaecidos (ajuste entre hechos y norma).
4. Fijación de las consecuencias jurídicas (¿qué sanción—en sentido amplio—le corresponde?)⁶⁰.

⁵⁸ Juan Manuel Sánchez-Terán, *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2007, p. 26.

⁵⁹ Sin perjuicio de lo cual dichas remisiones son aceptadas en el Derecho nacional y comparado, en tanto complemento indispensable para la aplicación de la sanción administrativa. Recordando el fallo TC Nº 480 de 2006: "13. Que afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia". Luego en el considerando 15 se señala: "La colaboración reglamentaria, no se encuentra entonces excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que solo la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones".

⁶⁰ Jorge Bermúdez Soto, *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública*, en *Revista de Derecho Administrativo*, 2012, Nº 7, p. 4.

En este simple esquema, la labor de subsunción implicará que la SMA en primer lugar deberá determinar la comisión de una infracción administrativa ambiental de aquéllas tipificadas en el art. 35 LOSMA. Como se sabe, dicha disposición contiene el conjunto de infracciones administrativas que le corresponde exclusivamente sancionar a la SMA. Sin embargo, en la labor de subsunción entre hechos y norma infraccional la SMA deberá proceder a integrarla con los supuestos del art. 36 LOSMA. Así por ejemplo, si se incumplen las condiciones, normas y medidas de una RCA, y de ella hubiere derivado un daño ambiental no susceptible de reparación, se estará ante una infracción administrativa ambiental de carácter gravísima; si el daño ambiental es susceptible de reparación, será una infracción grave; y así sucesivamente. En consecuencia, la labor de subsunción es doble, en primer lugar por la constatación de los hechos infraccionales y luego por la determinación de las circunstancias que permiten graduar el tipo de infracción. En esta labor no existe margen de discrecionalidad para la Administración del Estado, sino que deberá aplicar los conceptos jurídicos indeterminados que, sobre todo, se contienen en el art. 36 LOSMA. Esta labor resultará capital, ya que al fijar uno de dichos conceptos, la actuación administrativa, al momento de determinar la infracción administrativa ambiental, podrá ser controlada por la vía de la errónea apreciación de los hechos. En el ejemplo propuesto, lo hará señalando que el daño ambiental es reparable y por tanto que lo procedente es una infracción administrativa ambiental grave y no una gravísima, y viceversa.

Efectuada la subsunción entre norma que tipifica la infracción administrativa ambiental y los hechos constitutivos de la misma, procederá la determinación de la clase de sanción aplicable. Conforme al referido art. 39 LOSMA: *“la sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos: a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales. b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales. c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”*. De este modo, la sola contravención formal —esto es, aquella que no comporta daño ambiental— no resulta apta para aplicar las sanciones de carácter revocatorio o de clausura del establecimiento. Por su parte, aquéllas que implican una consecuencia en el medio ambiente, sea reparable o no, podrán implicar cualquiera de las sanciones, excluida la amonestación por escrito.

4.2 Reglas de ponderación de la sanción

Una vez determinada la clase de infracción administrativa ambiental de que se trate, y las posibles sanciones aplicables, deberán considerarse las reglas de ponderación de las mismas. Dichas reglas constituyen criterios jurídicos de observancia obligatoria para la SMA al momento de llevar a cabo la graduación y cuantificación de la sanción aplicable. El art. 40 LOSMA denomina a las reglas de ponderación como *“circunstancias”*, lo que quiere graficar el conjunto de supuestos de hecho que deberán considerarse y ponderarse al momento de determinar la sanción específica, aplicable al caso por parte de la SMA. Estas circunstancias o criterios —que en realidad son reglas de Derecho que debe observar la SMA para actuar legalmente— deben ser aplicados en dos momentos: en primer lugar, al determinar la clase de sanción que corresponda a la infracción, lo que ocurrirá sólo una vez calificada jurídicamente la infracción de que se trate; y luego, se debe fijar la extensión o graduación en concreto, lo que resulta procedente respecto de las sanciones de multa y clausura temporal. Así se deriva de

la amplitud del encabezado de la disposición, al establecer los parámetros: *"para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar"* (art. 40 LOSMA).

Algunos de los parámetros siguen la distinción de afectaciones materiales o exposiciones a ciertos riesgos. Tal es el caso, por ejemplo, de las letras a) y b), al establecer: *"la importancia del daño causado o del peligro ocasionado"* y *"el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción"*. En otros casos, son también considerados los aspectos económicos que rodean al ilícito. Tales criterios son seguidos por las letras c) y f), al contemplar *"el beneficio económico obtenido"* y *"la capacidad económica del infractor"*. Se consagran también ciertos parámetros respecto del aspecto volitivo y de peligrosidad del infractor. En tal sentido, la Administración deberá considerar su intencionalidad, participación y reiteración infraccionaria (letras d) y e) y el grado de acatamiento del programa de cumplimiento (letra g). Finalmente, el criterio de la letra i) permite considerar *"todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción"*. Como se verá, esta disposición habilita para la reglamentación de factores diversos, sin perjuicio que la interpretación deba necesariamente considerar los criterios determinados en la ley.

En particular, las reglas de determinación de la sanción administrativa son las siguientes:

4.2.1 Importancia del daño causado

Esta primera regla atiende al perjuicio o menoscabo que implican los hechos constitutivos de la infracción administrativa ambiental. Como es lógico, existirá una relación directamente proporcional entre la importancia o entidad del daño y la extensión de la sanción que se aplique. Siempre deberá tomarse en cuenta la existencia o no de un daño, la naturaleza del mismo y la cuantía de éste, al momento de la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción. Esta regla tiene como límite el principio de reserva legal y, en el caso concreto, la reparación de daños por parte del autor.

El primer problema que plantea esta regla es si dicho daño se circunscribe al daño ambiental, que es aquél a que se refiere el art. 36 numerales 1 y 2 LOSMA, para efectos de determinar la infracción administrativa ambiental, o se trataría de cualquier clase de daño, incluyendo los que no pueden estimarse como estrictamente ambientales. Así por ejemplo, si el la infracción administrativa ambiental implicó una pérdida o daño económico a una comunidad, y sin embargo, dicho daño no puede ser catalogado como daño ambiental de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 letra e) LBGMA, o bien que los daños patrimoniales o extrapatrimoniales excedan en importancia y consecuencias a los daños ambientales.

Un segundo problema se plantea con la doble punibilidad o *bis in idem*. En efecto, si el criterio del daño ambiental fue utilizado para determinar que los hechos constituyen una infracción administrativa ambiental gravísima o grave (según lo dispuesto en el art. 36 numerales 1 y 2 LOSMA), cabría preguntarse si es posible volver a utilizar el mismo criterio, esta vez como elemento para ponderar o graduar la sanción administrativa sin vulnerar una regla de prohibición de doble punibilidad o *non bis in idem*⁶¹.

⁶¹ En este caso específico, puede plantearse la aplicación de la regla penal, no en tanto regla, sino en tanto principio (*non bis in idem*) del art. 63 CP: *"No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo."*

Ninguno de los dos problemas planteados tienen solución legislativa y sólo queda la respuesta proveniente de la jurisprudencia en la materia. Sin embargo, si se estimase que vulnera el *non bis in idem* la consideración del daño ambiental como criterio de graduación, la única interpretación posible válida será que la regla del daño del art. 40 letra a) LOSMA se refiere a los daños en general, excluido el daño ambiental, el cual fue considerado como elemento del tipo infraccional.

4.2.2 Importancia del peligro ocasionado

A diferencia del daño, el peligro corresponde a una situación previa, en que una actividad, producto, obra, etc., tiene la capacidad de producir un daño sin que éste se hubiere llegado a producir, ya que si así fuere correspondería aplicar la regla anterior. Nuevamente aquí se plantea la duda respecto de si dicho peligro corresponde o no a uno que afecte exclusivamente al medio ambiente, o bien, si éste puede afectar otros bienes jurídicos. En este caso, la infracción administrativa ambiental se erige en un verdadero ilícito de peligro, en que se sanciona la posibilidad de haber producido el daño.

Un problema adicional plantea esta regla si se considera la falta de conocimiento que se pueda tener respecto de la forma en que funcionan los ecosistemas. En efecto, una actividad que hoy día parece como inocua producto del cambio climático o por la variación en el comportamiento de un elemento ambiental puede ocasionar una situación de peligro o daño ambiental. Sin embargo, la situación de peligro debe ser analizada frente a la situación en concreto constitutiva de la infracción, ya la incorporación en el análisis de probables peligros futuros afectarían a la certeza jurídica.

4.2.3 El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción

Para efectos de determinar la clase de infracción administrativa ambiental, el art. 36 LOSMA en su N° 1 letra b) y N° 2 letra b) hace referencia a la afectación grave de la salud de la población y al riesgo significativo para la salud de la población, respectivamente. En consecuencia, la incorporación de esta regla de determinación de la sanción ambiental adolece del mismo problema ya enunciado, en orden a su pugna con el principio *non bis in idem*. El resultado de dicha pugna es aún incierto en la dogmática nacional, toda vez que no está claro si el principio de *non bis in idem* tiene o no fundamento constitucional.

Fuera de lo anterior se debe tener en cuenta que la regla en comento incorpora un criterio que ya no es estrictamente ambiental, sino de salud pública. Esto pone de manifiesto que las reglas de imposición de sanciones no atienden sólo a elementos ambientales, en consecuencia, la apreciación del daño o peligro deberá ser apreciada no sólo respecto de los elementos estrictamente ambientales.

4.2.4 El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción administrativa ambiental

La calificación jurídica del beneficio económico obtenido de una infracción administrativa ambiental debe referirse no a cualquier utilidad obtenida por una empresa, sino a la parte de la misma que tuvo su origen en el ahorro que implicó la comisión de la infracción. Por el contrario, es jurídicamente

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

improcedente calificar cualquier utilidad como ilícita, dado que toda actividad económica puede legítimamente entregar ganancias a quien la ejerce. En consecuencia, el beneficio económico obtenido por la infracción administrativa ambiental es difícil de determinar ya que ello implicará distinguirlos de aquellos obtenidos lícitamente.

En primer lugar, la aplicación de la sanción debe eliminar todo beneficio, y luego agregar el componente netamente punitivo⁶².

“La EPA estima que existen dos tipos de beneficios económicos que es necesario remover:

1. Aquel que se obtiene de dilatar o evitar los costos. Por ejemplo; para desarrollar una actividad se requiere un determinado equipamiento, si dichos equipos son adquiridos dos años después o se adquieren, pero nunca se les efectúa el debido mantenimiento, es dinero que la empresa pudo disponer por dos años o dinero que definitivamente nunca utilizó para lo que debería, lo que le permite destinar el mismo a cualquier otro fin. Esto, claramente genera una ventaja por sobre otros competidores del mercado, quienes se ajustan a la normativa ambiental. Si es que no existe un real respeto por las normas y no hay consecuencias por ello, eso sólo inducirá a quienes cumplen a que dejen de hacerlo, es por ello fundamental remover de la esfera patrimonial este tipo de ganancias obtenidas.
2. Aquellos beneficios obtenidos de una ventaja competitiva ilegal o de ingresos ilegales. En este caso la única forma para obtener ese dinero es por medio de un actuar contrario al ordenamiento jurídico, no hay otra posibilidad de generarlo, por ejemplo si se venden pesticidas prohibidos. Esto claramente generará una competencia inequitativa para quienes están en cumplimiento, y es precisamente lo que se busca eliminar.⁶³ Determinar este beneficio es de una especial dificultad, ya que probablemente no existan registros de las transacciones realizadas y no hay un mercado formal que defina el valor de las mismas.

*Ambos beneficios provienen de la diferencia entre un cumplimiento y el incumplimiento o el cumplimiento oportuno y el retraso en apegarse a la normativa*⁶⁴.

La aplicación de una regla de beneficio económico encuentra su límite en la forma en que ha sido tipificada la sanción. Así, por ejemplo, este criterio aparece inoficioso cuando los beneficios de la infracción superan el máximo de multa admitida por la norma, en la especie, si fueren superiores a las 10 mil UTA. En tal caso, una sanción de multa determinable en función de los beneficios responderá de mejor modo al carácter disuasivo que debe tener el Derecho administrativo sancionador. Frente a

⁶² U.S. Environmental Protection Agency, Office of Enforcement and Compliance Assurance, *Leveling the playing field: Eliminating the Economic Benefit of Violating Environmental Laws*, 2000. p. 1. Señala “*The civil penalty that federal judges and EPA’s administrative law judges impose on a violator has two components: the economic benefit being recovered, which ensures that the violator does not profit from his illegal action, and a dollar penalty that accounts for the degree of seriousness of the violation*”.

⁶³ U.S. Environmental Protection Agency, *Leveling the playing field: Eliminating the Economic Benefit of Violating Environmental Laws*, 2000, 1984.

⁶⁴ Pío Weber Salazar, *Reglas para la Imposición de Sanciones en Materia Ambiental*, Memoria de Grado, Facultad de Derecho PUCV, 2013, p. 89.

este problema, normalmente, se plantea como solución una *regla de la sanción mínima*. Ello implica que, en principio, la Administración no podría aplicar una sanción que sea inferior al beneficio que ha obtenido el infractor por el ilícito cometido. Esta idea se refiere, generalmente al beneficio económico, pero también al jurídico. Una regla de sanción mínima reconoce como límites los siguientes:

- *Principio de reserva legal*: la sanción no puede ir más allá de lo que establece la ley, aunque efectivamente no logre eliminarse todo beneficio proveniente de la infracción.
- Debe considerarse la reparación de los daños que ejecute el infractor, ya que una actividad reparatoria implicará costos que son asumidos por éste.
- Supone cláusulas de habilitación del siguiente tenor: *“Cuando el beneficio que resulte de una infracción sea superior a la sanción correspondiente ésta podrá incrementarse en la cuantía equivalente al beneficio obtenido”*. Evidentemente, también podrá fortalecerse el carácter disuasorio de la sanción, si el legislador opta por aumentar el valor de la multa al doble. Sin embargo, ambas situaciones siguen ausentes de reconocimiento en el Derecho chileno.

4.2.5 Intencionalidad en la comisión de la infracción

En aquellos supuestos de infracciones en que concurra el elemento de intencionalidad, equiparable al dolo, la graduación de la sanción deberá ser efectuada de un modo más severo, agravando la sanción. Por el contrario, respecto de aquellos casos en que la voluntariedad en la infracción pueda ser atribuida a título meramente culposo o negligente, la sanción no podrá ser agravada⁶⁵. Desde ya, eso sí, podemos advertir la dificultad que representa poder indagar en el elemento volitivo del autor durante el procedimiento administrativo sancionador y en la dificultad de diseño del procedimiento administrativo como instrumento que permita desentrañar dicho elemento volitivo⁶⁶.

4.2.6 Conducta anterior del infractor

La aplicación de esta regla implica una faz negativa, en cuanto apreciar si existió reiteración o reincidencia por parte del infractor. Y una faz positiva, en cuanto a las actuaciones destinadas a asegurar el cumplimiento y en general, la protección del medio ambiente.

Faz negativa: En cuyo caso, la concurrencia de la conducta implicará una reacción sancionadora agravada, comprendiéndose en ella:

- *Existencia de reiteración*: Atiende a la permanencia o continuidad en la comisión del ilícito administrativo (una suerte de delito continuado). La idea que se extrae de esta regla es que la infracción continuada producirá el efecto de sancionar una sola infracción, dado el carácter ininterrumpido que tiene la conducta.
- *Reincidencia*: Consiste en la apreciación de la conducta pasada, para efectos de deter-

⁶⁵ Angeles De Palma del Teso, El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Tecnos, Madrid 1996, p. 133.

⁶⁶ En el mismo sentido, Jose Esteve Pardo, Lecciones de Derecho Administrativo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid 2012, p. 404.

minar si ha incurrido en infracción con anterioridad. El inconveniente que produce esta regla está dado por la eventual vulneración al principio *non bis in idem* que con ella se produciría. Además, la determinación de los casos en los que este criterio es procedente es difícil si no se encuentra claramente regulado, puesto que no sabremos si se refiere a infracciones cometidas ante la misma Administración Pública que sanciona o ante la Administración en su conjunto. Tampoco se sabrá cuál debe ser la naturaleza que debe tener el bien jurídico vulnerado para que su consideración sea procedente. En materia de infracción a la RCA (art. 35 letra a) LOSMA), la aplicación de esta regla de graduación de la sanción tiene especial relevancia, ya que el Tribunal Ambiental deberá determinar si con la reincidencia se entenderá una infracción a la RCA o a una misma condición, norma o medida establecida en aquélla.

Faz positiva: la que operará como una atenuante y que debe conducir a que la reacción sancionadora comparativamente deberá ser menos rigurosa que aquellos casos en que concurre reiteración o reincidencia.

- Perfectamente la autoridad ambiental podría considerar como una regla de ponderación de la sanción, en este caso a la baja, los casos de conductas positivas por parte del infractor, por ejemplo, la colaboración eficaz en el esclarecimiento de los hechos, la reparación de los daños, la intachable conducta anterior, la aplicación de un programa de cumplimiento, etc.

4.2.7 Capacidad económica del infractor

La multa es la sanción administrativa por excelencia y los rangos del *quantum* en materia ambiental van desde una a 10 mil UTA (art. 38 letra b) LOSMA). Como consecuencia de ello, constituiría una discriminación arbitraria que, frente a una misma infracción, se gravase patrimonios distintos con multas de igual cuantía. La vigencia de los principios de igualdad y no discriminación en una vertiente subjetiva (considerando las circunstancias económicas del infractor en concreto) debe llevar a que este criterio sea aplicado siempre por parte de la SMA. Como ya hace tiempo viene señalando el TC *"la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes"*⁶⁷ y por lo tanto, la igualdad supone *"la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición. Así se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"*⁶⁸. La Superintendencia aplicó esta regla en el conocido caso Pascua Lama al gravar con la sanción pecuniaria máxima a uno de los proyectos mineros de mayor envergadura del país⁶⁹.

⁶⁷ Sentencia del TC 53/88 considerando 72.

⁶⁸ Sentencia del TC 1254 considerando 46

⁶⁹ Se trata de la Resolución Exenta N° 477 de 24 de mayo de 2013 SMA, que finaliza el procedimiento administrativo sancionador dirigido en contra de la Compañía Minera Nevada SpA (subsidiaria de Barrick Gold), que declara su responsabilidad por el incumplimiento de la Resolución Exenta N° 024 de 15 de febrero de 2006, que calificó favorablemente el proyecto.

4.2.8 Observancia del Programa de Cumplimiento

De acuerdo con el art. 42 inc. 2º LOSMA “se entenderá como programa de cumplimiento, el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”. El efecto de la aprobación del Programa de Cumplimiento será la suspensión del procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, en caso de incumplirse las medidas del mismo podrá aplicarse hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original, dentro del rango de la letra b) del art. 38.

Para que opere esta regla será necesario que, en primer término, el infractor vulnere el Programa de Cumplimiento, con eso el procedimiento administrativo sancionador deberá reiniciarse y concluir con una resolución sancionatoria, en cuyo caso la multa podrá aplicarse hasta en el doble (art. 42 inc. 5º LOSMA). El problema que plantea la aplicación de esta regla de graduación de sanciones es si puede aplicarse respecto de otras sanciones distintas de la multa. La ley no entrega una respuesta y al tratarse de una disposición que claramente agrava la responsabilidad habrá que optar por una interpretación estricta de la misma. En la práctica la interrogante planteada será más bien aparente ya que la única posibilidad de aplicar este criterio de agravación de la sanción será en los casos de clausura temporal, en que podría plantearse una clausura por el doble de tiempo. Sin embargo, dado que la clausura temporal no está sujeta a límites de tiempo máximo, la SMA podrá siempre utilizar como fundamento para una clausura muy extensa el criterio del literal i) del art. 40, justificándolo en el incumplimiento del Programa de Cumplimiento.

4.2.9 Detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado

El art. 34 LBGMA establece: “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 la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental. La administración y supervisión del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado corresponderá al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas”. Como es sabido, la Ley Nº 18.362 que creaba el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), hacía depender su vigencia de la entrada en vigor de la Ley Nº 18.348, que creaba la CONAF Pública, pendiente mientras no se dictase el decreto supremo de disolución de la corporación, previsto en su art. 19. Dado que ningún gobierno hasta la fecha tomó la decisión de activar la CONAF pública, dichas leyes nunca entraron en vigencia y por tanto, el sistema de áreas silvestres protegidas sólo se ha ido articulando en virtud de la legislación dispersa existente y la jurisprudencia administrativa y judicial. Sin embargo, la Contraloría General de la República en Dictamen Nº 38429 de 2013 ha interpretado la vigencia del sistema de áreas silvestres protegidas a través de la CONAF, en la medida que la Ley de Presupuestos le ha asignado recursos “para la administración coordinada de las áreas protegidas puestas bajo su tuición, entendiendo que estas forman parte del sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado”⁷⁰. En consecuencia, y a pesar de

⁷⁰ En la sentencia del TC rol 1024/08 sobre el proyecto de Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal (actual Ley Nº 20.283) en su considerando 24º el tribunal hace presente “a los poderes colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas, y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el art. 19 de la Ley Nº 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado”. Hasta la fecha la situación se mantiene, no

la inexistencia de un sistema completo de áreas protegidas del Estado, la sola circunstancia de que una infracción se cometa en detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado, implicará que la sanción a aplicarse deba ser más grave.

4.2.10 Todo otro criterio que a juicio fundado de la Superintendencia sea relevante para la determinación de la sanción

El art. 40 letra i) LOSMA al establecer esta regla, atribuye una potestad discrecional para determinar los criterios que a su juicio fundado la SMA estime pertinentes. En la práctica, ello implica que para cada caso la autoridad sancionadora podría agravar o atenuar el rigor de la sanción, haciendo referencia a los criterios específicos y fundados que considere para ese caso concreto. El problema que puede plantear un criterio de graduación de sanciones, tan abierto como el del art. 40 letra i) LOSMA, dice relación con la posibilidad de variar en la aplicación de los mismos de un caso a otro, es decir, que la SMA no respete su propio precedente frente a circunstancias similares.

Al tratarse de una norma tan amplia, permitiendo la consideración de cualquier criterio que fundadamente considere la SMA, su aplicación deberá observar siempre al menos dos principios generales del Derecho administrativo. En primer lugar, el principio de proporcionalidad, que en este caso implica que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción administrativa sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Y en segundo, el de protección de la confianza legítima, en cuanto la SMA deberá considerar la forma en que ha graduado las sanciones en casos anteriores para efectos de actuar en coherencia con dicha graduación en casos futuros. A ambos principios se hará referencia en apartados posteriores.

En el conocido caso Pascua Lama (Resolución N° 477 de 2013 de la SMA) se consideraron como criterios atenuantes la cooperación eficaz en el procedimiento administrativo sancionador y la presentación de la autodenuncia, como indicativos de una conducta colaborativa con la autoridad ambiental y por tanto como criterios atenuantes. Por el contrario, consideró como criterio agravante el gran número de normas y medidas infringidas en la respectiva RCA. Sin embargo, en la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental recaída sobre la reclamación interpuesta en contra de la antedicha resolución, el tribunal rechaza la aplicación de reglas de atenuantes y agravantes al señalar que *“dentro del sistema sancionatorio establecido en la LOSMA, en ninguna disposición se contempla la figura de agravantes o atenuantes para llegar a determinar la sanción, ni mucho menos se establece la forma en que éstas deberían ser valoradas en dicho proceso”* (sentencia de 3 de marzo de 2014, Rol N° 6-2013, considerando 55º). Y más adelante en la misma sentencia, desarrolla su doctrina, al señalar que: *“el modelo sancionatorio de la LOSMA no regula expresamente las agravantes o atenuantes como criterios para determinar la sanción, ni mucho menos, como es obvio, establece ningún tipo de reglas destinadas a verificar qué sucede cuando hay concurrencia de agravantes, atenuantes o ambas. Por lo tanto, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde los efectos de las circunstancias modificatorias están expresamente regladas entre los artículos 62 y 70 del Código Penal, en la LOSMA nada se dice sobre el punto. En consecuencia, cuando la resolución concluye que: “tomando en cuenta los antece-*

dentes ya expuestos, corresponde señalar que la conducta previa del sujeto infractor representa un estándar bajo de cumplimiento a sus compromisos y obligaciones para con el Medio Ambiente y su normativa, debiendo configurarse una agravante en la determinación de la sanción”, en rigor, no está señalando nada en concreto, pues no se sabe cuál es el efecto de la agravante. La única forma de conocer cómo afecta la conducta anterior del infractor en la determinación de la sentencia es realizando la debida fundamentación, que es de carácter cualitativa y no cuantitativa. El desarrollo de los criterios contenidos en el art. 40 de la LOSMA para elegir alguna de las sanciones contenidas en el art. 39 del citado cuerpo legal, no puede limitarse a señalar —como fue en este caso y respecto de todos los otros criterios del citado art. 40— que la conducta anterior será considerada una agravante sin más, omitiendo razonar respecto de lo más importante, que es precisar cómo se trasunta ese efecto agravante, o lo que es mejor, cómo la conducta anterior influye en el Superintendente para imponer una multa de un determinado monto y no la revocación de la RCA” (considerando 108º). Como puede apreciarse de esta extensa cita, para el Segundo Tribunal Ambiental el recurso a cualquier otro criterio de graduación de la sanción debe ser fundado. Y es que, si bien no lo dice expresamente en este considerando, el tribunal le recuerda a la SMA en varios pasajes de su sentencia, que su actuación debe ser siempre fundada⁷¹. Así lo dispone también el art. 40 letra i) LOSMA, al permitir utilizar otros criterios, pero exige que sean aplicables según un “juicio fundado” y el art. 54 inc. 2º al requerir que la resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionador debe ser fundada, independientemente de si absuelve o sanciona.

4.3 Non bis in idem

En términos generales, el *non bis in idem* consiste en la prohibición de sancionar a un mismo sujeto, dos o más veces, por un mismo hecho. Para el ámbito del Derecho administrativo sancionador se define como el derecho público del ciudadano a no ser castigado por el mismo hecho con una pena y una sanción administrativa o con dos sanciones administrativas, siendo indiferente que éstas operen en el tiempo de forma simultánea o sucesiva. Tal es el objetivo principal del *non bis in idem*. Pero, además, contiene un objetivo de carácter procesal que consiste en evitar la prosecución de dos procedimientos sancionadores simultánea o consecutivamente.

Para que proceda la aplicación de este principio se hace necesario que se verifique la llamada triple identidad entre el sujeto, el hecho y su fundamento, impidiendo de esta forma una doble punibilidad. Existen, sin embargo, una serie de problemas en relación con la aplicación del mismo. El primero de

⁷¹ En efecto, el Capítulo II “Estándar de motivación para la resolución impugnada” de la sentencia citada, en particular en el considerando 33º se señaló que: “la obligación de motivar las resoluciones —sobre todo de aquellas que imponen sanciones como una manifestación del poder punitivo del Estado— es una exigencia que nace, en principio, como una forma de convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de su contenido, facilitarles los recursos y otorgar un control más cómodo al tribunal que deba conocer de los eventuales recursos que puedan deducirse; sin embargo, en la actualidad se ha ido aceptando cada vez más que los destinatarios de la motivación no son únicamente las partes del proceso ni los jueces que deben conocer de los recursos, sino que también los ciudadanos, quienes tienen como única fuente de conocimiento y control sobre la decisión, la fundamentación de ésta. De ahí entonces que es imperativo que la motivación deba cumplir con los requisitos de publicidad, inteligibilidad y autosuficiencia, siendo estos de vital importancia en las decisiones que tanto la autoridad administrativa como la judicial adopten en materia medio ambiental, al tratarse de asuntos de interés general, cuyas consecuencias no se agotan en las partes y los jueces que participan del proceso”.

ellos tiene un carácter práctico y dice relación con la determinación de la vía por la cual se optará para efectos de sancionar a un infractor. Así, por ejemplo, si una fábrica produce un alimento en mal estado, producto del cual se verifica la muerte de un grupo de personas, se podría sancionar, en este caso, a aquellos individuos que provocaron la muerte de las personas. Sin embargo, no sería aceptable que la fábrica continúe funcionando, puesto que ella debería ser clausurada por motivos sanitarios. En este caso, la razón por la que no será aplicable la prohibición de *bis in idem* será que la sanción penal (privativa de libertad) y la de revocación sanción (clausura de la fábrica), tendrán fundamentos diversos. En la primera, será la vida de las personas; en la segunda, será la intangibilidad del ordenamiento jurídico administrativo, concretizada en las normas sobre inocuidad de los alimentos.

Otra serie de problemas provienen del difícil basamento constitucional del principio de *non bis in idem*, puesto que atendida la falta de reconocimiento legal general para este principio en el ámbito administrativo sancionador, no existe una unidad de tratamiento por parte de las diversas leyes especiales que lo consagran, y si bien una consagración del mismo se encuentra en el Código Penal (art. 63), nada obstaría a que una ley administrativa lo derogara tácitamente en virtud de la aplicación del principio de especialidad. De hecho, en la práctica, en el ámbito administrativo existe un cúmulo de dobles o triples tipificaciones, siendo las relaciones de sujeción especial un típico caso de doble punibilidad administrativa. El Derecho administrativo ambiental no se encuentra lejano de tales relaciones, si se considera la estrecha vinculación administrativa que producen ciertos títulos, como por ejemplo una RCA, con ocasión de un sometimiento al SEIA.

La doctrina ha establecido una serie de supuestos para aplicar este principio. En consecuencia, no se puede sancionar dos veces un mismo hecho cuando:

- *El bien jurídico protegido es el mismo:* en este caso hay que estar a la legislación de cada caso y determinar si ambas se refieren o no al mismo bien jurídico. Ello equivale a abandonar el criterio de "fundamento", exigido por la triple identidad, como una simple referencia a la disposición a partir de la cual la sanción es impuesta, criterio formal que supone una disminución en las posibilidades de aplicación del principio.
- *La sanción está contenida en el mismo cuerpo legal:* salvo que ese mismo cuerpo legal establezca posibilidades de aplicar la sanción con carácter accesorio. La sanción accesoria típica es el comiso.
- *Una sanción ya fue aplicada:* este caso es necesario de ser destacado, porque nos podemos encontrar con dos sanciones distintas, de diversa identidad, dado que corresponden a normativas y bienes jurídicos distintos. Por ejemplo, si un mismo hecho, en un orden tiene como sanción una multa y en otro la revocación del acto administrativo favorable. El infractor analizará si paga la multa o espera la revocación. Sin embargo, no es un derecho del particular optar por una u otra sanción, por lo que debe ser la propia Administración la que coordinadamente actúe y aplique una de las dos sanciones.

En el caso específico de la LOSMA, junto a la aplicación de las reglas ya referidas, se consagran ciertas reglas que constituyen garantías para el particular, desde la perspectiva de las diferentes sanciones y procedimientos eventualmente aplicables frente a un mismo ilícito. Se trata de un aspecto considerable, teniendo presente la transversalidad que suponen los ámbitos de la LBGMA, los cuales

han sido desde hace mucho objeto de tipificaciones particulares por otras ramas del ordenamiento jurídico ambiental, consagrando incluso una desproporcionalidad en relación a los tipos de sanciones previstas⁷².

La disposición específica que consagra el *non bis in idem* se encuentra en el art. 60 LOSMA, que dispone: “cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad.

En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”⁷³.

De este modo, el art. 60 LOSMA evita una consecuencia de doble reproche, consagrando los requisitos para la aplicación del principio *non bis in idem* material (hechos, sujetos y fundamento), en el inc. 1º de la disposición transcrita puede apreciarse una regla para solucionar los concursos ideales de infracciones⁷⁴. En este sentido, al igual que la citada disposición, el art. 75 del Código Penal ordena que el cúmulo sancionador aparente sea resuelto mediante la imposición de la pena mayor asignada al delito más grave. Sin embargo, la disposición administrativa puede plantear algunos inconvenientes, si se considera la complementariedad que poseen ciertas medidas administrativas de contenido negativo, previstas por disposiciones sectoriales, pero que estrictamente no son sanciones (piénsese, por ejemplo, en aquellas disposiciones que, ante un determinado ilícito administrativo, impiden el registro del administrado para la celebración de cierto tipo de contratos). La falta de distinción entre las clases de retribuciones puede llevar a privar de eficacia a estos mecanismos, dado que la LOSMA nada ha señalado respecto de su convivencia con la aplicación de sanciones *strictu sensu*, pudiendo estimarse como de menor entidad y, por ende, inaplicables en este sentido. Por otro lado, la diversa

⁷² Esto es en particular relevante, considerando que conforme al art. 61 LOSMA: “La presente ley no afectará las facultades y competencias que la ley Nº 18.902 entrega a la Superintendencia de Servicios Sanitarios en materia de supervigilancia, control, fiscalización y sanción del cumplimiento de las normas relativas a la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado que realicen las concesionarias de servicios sanitarios”.

⁷³ El rango legal de la disposición lleva a la imposibilidad de aplicar los mecanismos constitucionales para amparar la transgresión del precepto. Algo diferente ocurre en otros ordenamientos, como el español, donde el principio se desprende del propio texto constitucional. En este sentido, Joan Manuel Trayter Jiménez, Protección del medio ambiente: sanciones administrativas y competencias locales, en Derecho del Medio Ambiente y Administración Local (coord. José Esteve Pardo), Fundación Democracia y Gobierno Local, Ed. Civitas, Madrid, 2006, p. 171: “al incluir el principio *non bis in idem* el art. 25.1 de la CE, se configura a éste como un derecho público subjetivo y fundamental (STS de 23 de octubre de 1983), lo que implica que su desconocimiento o transgresión por parte de los poderes públicos es susceptible de ser invocado no sólo por las vías procesales ordinarias, sino, además, mediante la protección que otorga la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (según afirma la disposición 2 de la LOTC) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional de acuerdo con los cánones previstos en el art. 53.2 de la CE33 (STS de 28 de septiembre de 1984, Aranzadi 4524)”.

⁷⁴ No obstante, el Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia de 3 de marzo de 2014, Rol Nº 6-2013, considera que la LOSMA no prevé reglas de concurso de ilícitos. Así en el considerando 46º señaló que: “Así, y en lo que se refiere al concurso infraccional, símil administrativo del concurso penal, se debe reparar en que la LOSMA no contiene ninguna regla expresa que establezca la existencia de un concurso de infracciones, de manera que la aplicación supletoria de las reglas legales sobre concurso de delitos contenidas en el Código Penal, como son los artículos 75 y 451, u otras reglas concursales como la contenida en el art. 351 del Código Procesal Penal, requieren necesariamente de una norma expresa de remisión por parte de la LOSMA, de la cual ésta carece”.

fundamentación de estas medidas, sin embargo, puede llevar al descarte de un *bis in idem* frente a la ocurrencia de tales consecuencias no sancionadoras, pero de contenido negativo.

Algo distinto ocurre con la norma del inc. 2º del art. 60 LOSMA, que como se recordará prohíbe aplicar al infractor *"por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas"*. Las posibilidades de aplicación de esta norma son al menos dos. En primer lugar, opera como complemento de la del inciso 1º, ya que impide que se sancione dos veces por los mismos hechos, debiendo aplicarse siempre la sanción más grave. Sin embargo, con esta interpretación se llega a una aplicación superflua de la norma del inc. 2º, ya que dicho efecto ya está considerado en el mencionado inciso 1º del art. 60. La segunda posibilidad consiste en aplicar autónomamente el inciso 2º. En tal caso, se evitará la aplicación de dos sanciones, por ejemplo en el caso de que ambas sean de igual gravedad, siempre que se dé la triple identidad (sujetos, hecho y fundamento) que exige el *non bis in idem*. Esta norma podrá operar en los casos en que sea un mismo bien jurídico el que se encuentra tras el fundamento de la infracción (identidad de fundamentos). En tal caso, se evitará la doble sanción en las hipótesis en que el mismo hecho implique más de un incumplimiento de un instrumento de gestión ambiental. Por ejemplo, el hecho cometido por el titular de una RCA vulnera más de una condición o medida de la misma, encontrando su justificación las medidas o condiciones en un mismo elemento ambiental.

Finalmente, no debe olvidarse que el principio *non bis in idem* también implica una vertiente procedimental, lo que significa que no pueden seguirse dos o más procedimientos administrativos sancionadores por un mismo hecho⁷⁵. Así las cosas, junto con la consagración del *non bis in idem* material, la LOSMA estableció dos reglas que buscan evitar la duplicidad de procedimientos administrativos sancionadores. En efecto, el art. 59 LOSMA dispone que iniciado un procedimiento administrativo sancionador por la SMA *"no podrá ningún organismo sectorial con competencia ambiental, por los mismos hechos, iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio de competencias propias"*. Con esta regla se establece una especie de primacía en materia de policía ambiental para la SMA, la que se ve reafirmada con lo dispuesto en el art. 35 inc. 1º LOSMA, que dispone que corresponde *"exclusivamente"* a la SMA el ejercicio de la potestad sancionadora; y lo dispuesto en el art. 2 incs. 2º y 3º que conserva las potestades de fiscalización ambiental para los órganos sectoriales, sólo respecto de *"aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia"* (inc. 2º); y el deber para los órganos sectoriales de *"adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pidiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto"* (inc. 3º). La segunda regla dice relación con la imposibilidad que tienen los órganos sectoriales para denunciar a la justicia civil las infracciones que sean de conocimiento de la Superintendencia, dicha regla de inhibición de denuncia regirá mientras la SMA no se declare incompetente. Esta regla, que a primera vista parece como llamativa, encuentra su justificación en la mala práctica que se producía con anterioridad a la Ley N° 20.417, en que el infractor que podía ser sancionado en sede administrativa o judicial, prefería esta última atendida su lentitud y menor rigurosidad de las sanciones (esto ocurría, por ejemplo respecto de la actividad de acuicultura sometida al SEIA). En consecuencia, la regla en cuestión resulta del todo destacable, ya que en su virtud se establece una preeminencia de la potestad sancionadora administrativa por sobre la que corresponde al juez civil.

⁷⁵ Bianca Lazano Cutando, y Juan-Cruz Alli Turmillas, *Administración y Legislación Ambiental*, Ed. Dykinson, 7ª edición, Madrid, 2013, p. 355.

Ella se justifica, además, en la idea que subyace en la dictación de la LOSMA, de concentrar en la SMA el ejercicio del poder sancionador. Asimismo, con ello se confirma la crítica a lo anómalo que resultaba que un juez civil impusiese sanciones de carácter no penal, que de forma eufemística se denominaban como “*contravencionales*”. Con la regla antes mencionada queda en claro que el *ius puniendi* estatal se distribuye sólo en dos ámbitos, el judicial-penal y el administrativo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la regla del art. 59 inc. 3º LOSMA, el que dispone la obligación a los órganos sectoriales de la Administración del Estado que *“en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de estas infracciones estarán obligados a denunciarlos a la Superintendencia. En caso de que alguno de estos organismos iniciare un procedimiento respecto de materias que son competencia de la Superintendencia, ésta, de oficio o a petición de interesado, podrá solicitarle que se declare incompetente y le remita todos los antecedentes para iniciar el procedimiento respectivo”*. Como puede apreciarse, la disposición establece, por una parte la obligación para el órgano sectorial de denunciar la infracción que conozca ante la SMA; y por la otra el poder discrecional de ésta de solicitar que se declare incompetente y le remita los antecedentes. Este último aspecto implica, a *contrario sensu*, que la SMA podría no solicitar la remisión de los antecedentes y optar porque el procedimiento administrativo sancionador se mantenga en la sede sectorial. Esta opción de la SMA podría justificarse por múltiples razones, desde la imposibilidad material de llevar adelante todos los procedimientos administrativos que pudieren darse lugar con ocasión de la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental, hasta la desproporcionalidad que podría conllevar la aplicación de las sanciones que dispone la LOSMA. Así por ejemplo, a la SMA le corresponde la fiscalización y sanción de los Planes de Prevención y Descontaminación Ambiental (PPDA). Dentro de las medidas de dichos planes se encuentran, durante los episodios críticos, la restricción vehicular y la prohibición de uso de calefactores a leña. Si la SMA ejerciera la fiscalización y sanción de todas las infracciones que se cometan a dichas medidas de los PPDA, se produciría un doble efecto, probablemente no tenido a la vista por el legislador de la LOSMA. En primer lugar, colapsaría la SMA el primer día de restricción vehicular o prohibición de uso de leña, toda vez que son cientos o miles los infractores denunciados, sin que la autoridad ambiental tenga las capacidades para llevar adelante, bajo la forma de un procedimiento administrativo sancionador, todas las infracciones denunciadas. Y en segundo término, implicaría una situación de desproporción a la baja o al alza, ya que la sanción o bien será sólo formal (amonestación); o bien una multa, que como mínimo ascenderá a una Unidad Tributaria Anual (alrededor de US\$1.000.-, mil dólares americanos), lo que en la mayoría de los casos sería imposible de ser pagado por un ciudadano común y corriente, ya que dichas multas fueron pensadas sobre todo respecto de empresas.

4.4 Proporcionalidad

La proporcionalidad consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción administrativa sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva a materializar el principio de proporcionalidad, ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador⁷⁶.

⁷⁶ Juan Manuel Sánchez-Terán, Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social, *op. cit.*, p. 26.

Se ha entendido al principio de proporcionalidad como aquel *"en virtud del cual una medida que afecta un derecho fundamental (o algún otro contenido constitucional susceptible de operar como principio) sólo es válida a condición de que sea idónea para contribuir al logro de un fin legítimo (constitucionalmente justificado); necesaria, en tanto no existan alternativas que permitan lograr el mismo fin con un menor sacrificio para los principios constitucionales afectados por la medida enjuiciada; finalmente, que ésta sea proporcional en sentido estricto, lo que ocurrirá cuando los beneficios que la medida reporta, en términos de contribución al logro de un fin constitucionalmente justificado, compensen los sacrificios que aquella representa para los derechos"*⁷⁷. Para que una sanción sea proporcional entonces, debe cumplir con estos tres requisitos, a saber: ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

En materia sancionadora el principio de proporcionalidad, que como se verá tiene su base en la Constitución, obliga tanto al legislador en el establecimiento de las sanciones, como a quien finalmente deba aplicarlas, en su determinación concreta. *"En definitiva, el principio de proporcionalidad debe ser tomado en cuenta en dos fases o etapas. En un primer momento, por el legislador, al establecer el marco sancionador (decidir qué son infracciones y qué no lo son; qué infracciones son leves, graves o muy graves; cuál es el tipo o cuantía de las sanciones, etc.); y, en un segundo momento, cuando el órgano sancionador tiene que fijar una sanción concreta dentro del marco legal"*⁷⁸.

En el proceso de la aplicación de sanciones, *"La proporcionalidad constituye un principio general del Derecho Administrativo que se extiende a todas las áreas de la actuación administrativa, este principio supone un proceso integrador y valorativo de los tres elementos contenidos en la norma jurídica habilitante: del presupuesto de hecho, los medios y el fin. Ello se aplica, sobre todo, a la potestad sancionadora"*⁷⁹.

Reconocimiento Constitucional

En este punto, se ha señalado que el principio de proporcionalidad se encuentra implícito en diferentes normas constitucionales. Primeramente emana de la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la institucionalidad, que dan forma al Estado de Derecho (arts. 6 y 7). Por otro lado, lo encontramos en el principio de prohibición de las conductas arbitrarias, art. 19 N° 2 y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos, art. 19 N° 26 de la CPR, además del valor justicia inherente al Derecho. Asimismo, puede encontrarse implícito en el art. 19 N° 3, a propósito del debido proceso, y en el art. 19 N° 20 al reconocer el derecho a la igual repartición de los tributos y de las cargas públicas⁸⁰. A mayor abundamiento, la aplicación de una sanción que no

⁷⁷ Gloria Lopera Mesa, Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 2011, vol. 24, N° 2, pp. 115.

⁷⁸ Enrique Alcalde, Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa, en Revista de Derecho Universidad del Desarrollo Año 2011, Número 24, p. 80. Citando a Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Buen Armijo, (2005), p. 36.

⁷⁹ Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, p. 299.

⁸⁰ Humberto Nogueira Alcalá, Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Ed. Librotecnia, Santiago, Chile, 2010, p. 116.

se ajuste al principio de proporcionalidad podría incluso constituir una discriminación arbitraria del Estado, en materia económica (art. 19 N° 22 CPR).

Reconocimiento Jurisprudencial

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 21 de octubre de 2010 señala: *“Que el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material, como es – entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada.”*⁸¹.

En definitiva, el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho administrativo que se extiende a todas las áreas de la actuación de la Administración. Por tanto, debe ser el primer principio que debe considerar en todo procedimiento administrativo sancionador por parte de la SMA y deberá ser considerado dentro de los demás criterios a que se refiere el art. 40 letra i) LOSMA.

La aplicación del principio de proporcionalidad supone un proceso integrador y valorativo de los tres elementos contenidos en la norma jurídica habilitante: el presupuesto de hecho; los medios y el fin. Ello se aplica sobre todo a la potestad sancionadora, lo que trae como consecuencias las siguientes:

- El principio opera sobre elementos reglados del acto administrativo, por tanto constituye una primera vía para el control de tales elementos presentes en toda actuación administrativa, incluyendo el aspecto reglado de la discrecionalidad.
- La aplicación de este principio obliga a encontrar una única solución justa, frente al espectro de posibilidades sancionatorias que tiene la Administración.
- La potestad sancionadora debe ponderar la entidad de la infracción y a la gravedad de la sanción que le corresponde como retribución.
- La potestad sancionadora de la Administración debe ejercerse ponderando las circunstancias concurrentes, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Las sanciones deben determinarse para el caso, en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho.

Constituyen límites a la aplicación del principio de proporcionalidad los siguientes:

- *Reserva legal*: existen muchos casos en que el propio legislador entrega una única sanción (no hay margen de apreciación).
- *Concurrencia de otros elementos*: que no necesariamente son límites, sino más bien un com-

⁸¹ Sentencia del TC Rol N° 1518 de 2010, considerando 28°.

plemento en la labor de determinación de la sanción (reincidencia, daño efectivamente causado, situación económica, etc.).

- *Discrecionalidad técnica*: en algunos casos existe un margen de apreciación propio de la Administración Pública que sanciona. Este límite, como se ha señalado, es más que discutible atendido lo dispuesto en el art. 38 inc. 2º CPR, y si se considera que el juez siempre se puede apoyar en peritos.

4.5 Protección de la Confianza Legítima

El principio de protección de la confianza legítima constituye una garantía para los ciudadanos frente al ejercicio de las potestades de la Administración del Estado. En tal sentido, las consecuencias de su vulneración variarán dependiendo del tipo de acto administrativo o de situación jurídica en que se encuentre el ciudadano. En efecto, el respeto del principio protección de la confianza legítima, si se trata de actos administrativos de contenido favorable, impondrá que el acto administrativo se conserve o bien que para que sea dejado sin efecto el particular sea indemnizado. Tal ha sido la solución adoptada por la jurisprudencia administrativa y judicial, como se ha visto en otras partes⁸². Frente al acto administrativo favorable, la jurisprudencia ha optado por conservar el acto y, por tanto, la protección de la confianza legítima ha operado como un límite a los poderes de invalidación y nulidad.

Una situación distinta se produce cuando se trata de actos administrativos de contenido desfavorable —como lo son los que aplican sanciones administrativas—. La protección de la confianza traicionada por dicho acto trae como consecuencia la extinción del acto administrativo desfavorable. Dicha extinción podrá ser por la vía de la nulidad o de la invalidación, dependiendo de la sede en que se encuentre. La invalidación del acto administrativo corresponde a una situación de extinción del mismo en sede administrativa, por razón de su ilegalidad. Por su parte, la nulidad su extinción por igual causal, pero en sede judicial. Si el fundamento de la decisión vulnera el principio tantas veces citado, se torna en una decisión infundada o lo que es lo mismo para el Derecho administrativo, en un acto administrativo arbitrario, lo que conduce a la mencionada invalidación o nulidad.

En definitiva, si la confianza que deposita el particular en la actuación administrativa merece amparo, ello implicará que la SMA deberá considerarla como una regla cardinal para el ejercicio de su potestad sancionadora, puesto que *“una práctica administrativa continuada puede generar —y de hecho genera— la confianza en el ciudadano de que se le tratará del mismo modo que en los casos anteriores. Por ello, no parece justo que la Administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva”*⁸³. Por lo tanto, entre los demás criterios o reglas que deberá considerar la SMA para la imposición de las sanciones administrativas de su competencia, el principio de protección de la confianza legítima se alza como un principio capital, cuya observancia entregará certeza en la actuación y posibilidades de proyectar las consecuencias jurídicas de una determinada infracción.

⁸² Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, op. cit., pp. 85-95.

⁸³ Silvia Díez Sastre, *El precedente administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 379. En el mismo sentido, Sabine Altmeyer, *Vertrauensschutz im Recht der europäischen Union und im deutschen Recht* (La confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho alemán), Ed. Nomos, Baden Baden 2003, p. 130.

4.6 Publicidad y registro de sanciones

El régimen de publicidad para las sanciones administrativas ha sido incorporado en diferentes ámbitos, incluyendo el sector de la protección ambiental. Consiste en una medida complementaria, que en ocasiones puede ser tanto o más efectiva que la sanción principal. Como se ha señalado: *“al infractor –cuando se trata de una industria de gran potencial económico–, le preocupará más el desprestigio y la pérdida de clientela que puede implicar la multa, al ser conocida por el público, que no la concreta cantidad que debe desembolsar por aquélla”*⁸⁴.

Se trata de un régimen previsto en el art. 58 LOSMA, que dispone: *“La Superintendencia deberá consignar las sanciones aplicadas en un registro público en el cual se señalarán los nombres, apellidos, denominación o razón social, de las personas naturales o jurídicas responsables y la naturaleza de las infracciones y sanciones. Este registro deberá estar a disposición de cualquier persona que lo requiera, debiendo permitirse su consulta también por vía electrónica”*. Como se observa, la información se hace extensible a cualquier clase de sanción aplicable, debiendo también publicarse la naturaleza de la infracción. Se tratan de aspectos que deberán ser considerados también por la propia Administración. Así, por ejemplo, será una herramienta que otros servicios deberán tener en cuenta para evitar un eventual cúmulo de represiones, sin perjuicio de servir para el rediseño de programas y subprogramas de fiscalización, a efectos de garantizar la efectividad del instrumento.

El registro de la sanción se enmarca dentro del contexto de publicidad que, en general, es pretendido por la LOSMA y que se manifiesta en el derecho de acceso a la información pública ambiental (C.III, 15). Dicha publicidad, por ejemplo, es también aplicable en el ámbito de los programas y subprogramas de fiscalización. Así, conforme al art. 18 LOSMA: *“Al finalizar el año respectivo, deberán publicarse los programas y subprogramas de fiscalización, con sus respectivos resultados individualizados por tipo de instrumento fiscalizado y organismo que las llevó a cabo. Serán de conocimiento público las metodologías y guías de fiscalización aprobadas por la Superintendencia”*. A ello se agrega la obligación de la SMA de informar a la comunidad en el mes de marzo de cada año *“sobre las sanciones aplicadas en el año calendario anterior. Para ello, el Superintendente podrá disponer las medidas de publicidad que permitan su conocimiento por parte de la comunidad, incluyendo la publicación de insertos en medios de comunicación de alcance nacional, que considere el listado de las sanciones aplicadas, ordenadas por fecha, gravedad, infractor u otro criterio que se determine”* (art. 20 Reglamento del sistema nacional de información de fiscalización ambiental y de los registros públicos de resoluciones de calificación ambiental y de sanciones, RSNIFA, DS N° 31 de 2012 Ministerio del Medio Ambiente).

A lo anterior se agrega que el registro de sanciones *“será público y de libre acceso a toda persona respecto de la información que en éste se consigne. El soporte del Registro será electrónico, sin perjuicio de estar disponible, además, en dependencias de la Superintendencia”* (art. 17 RSNIFA)⁸⁵.

⁸⁴ Joaquín Tornos Mas, en Blanca Lozano Cutanda, Derecho ambiental administrativo, op. cit., p. 523.

⁸⁵ Ver: <http://snifa.sma.gob.cl/registropublico/snifahome>

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los órganos administrativos que ejercen potestades sancionadoras, la LOSMA dedicó un párrafo completo destinado al procedimiento administrativo sancionador (arts. 47 a 54). Desde el momento en que, por aplicación expresa del art. 62 LOSMA, la LBPA tiene aplicación supletoria en el procedimiento administrativo sancionador, se puede deducir que al igual que el procedimiento administrativo general, la orientación del procedimiento administrativo sancionador es la de adopción de una decisión con carácter vinculante para su destinatario. La sola existencia de una adecuada densidad normativa en la que se contengan las normas procedimentales mínimas es constitutiva de un límite al ejercicio de la potestad sancionadora y, por ende, es una garantía⁸⁶ desde una doble perspectiva:

- *De correcta aplicación del ordenamiento jurídico*: La que se identifica con la función tradicional del procedimiento administrativo, esto es, de asegurar que la decisión que se adopte, que es el producto del procedimiento, sea manifestación o realización del Derecho material. Se trata de una garantía de ajuste o cumplimiento de la juridicidad, lo que justifica que en el procedimiento administrativo sancionador existan normas de impugnación administrativa, por la vía administrativa a través del recurso administrativo de reposición (art. 55 LOSMA) y jurisdiccional ante los Tribunales Ambientales (art. 56 LOSMA).
- *De protección de los derechos de las personas*: El procedimiento administrativo tiene una vinculación constitucional directa⁸⁷. En virtud de ella los ciudadanos no pueden ser considerados objetos del procedimiento administrativo, sino que son sujetos de derechos y partes, que están vinculados en el proceso de toma de decisiones, y en el cual deben tener la posibilidad de que sus conocimientos, puntos de vista y proyectos sean tomados en cuenta. *"El principio del Estado de Derecho exige –dice Maurer– no sólo una clara y previsible conformación, sino también una conformación justa"*⁸⁸ del procedimiento administrativo. De ello se sigue que la compatibilidad entre decisión administrativa y derechos constitucionales o fundamentales tiene un carácter bifronte: por una parte, manifestada en la decisión misma, a través del cumplimiento de los mandatos de no afectación y protección de los derechos de las personas, y por otra, dentro del propio procedimiento administrativo, es decir, en la conformación del mismo. Así los trámites previstos deben traducirse en una garantía procedimental de tales derechos. Mientras más específica y compleja es la decisión, mayores serán los requerimientos en la conformación del procedimiento administrativo⁸⁹.

En consecuencia, la aplicación de sanciones no sólo requiere de garantías sustantivas, sino también procedimentales, lo que supone analizar a la represión administrativa ambiental desde una perspectiva dinámica. La garantía dinámica que otorga el procedimiento administrativo sancionador impedirá

⁸⁶ Francisco García Gómez de Mercado, Sanciones Administrativas, Garantías, derechos y recursos del presunto responsable, Ed. Comares, Granada 2004, p. 105.

⁸⁷ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12ª edición, Ed. C.H. Beck, Munich 1999, p. 465.

⁸⁸ Ibidem p. 465.

⁸⁹ Jorge Bermúdez Soto, Función y Tipología del Procedimiento Administrativo, en Acto y Procedimiento Administrativo, Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, pp. 25-26.

la aplicación de sanciones de plano. Ellas sólo podrán ser impuestas previa tramitación de un expediente sancionador, conforme a los artículos 47 y siguientes LOSMA.

Con anterioridad a la Ley Nº 20.417, el procedimiento sancionador administrativo ambiental sólo era regulado mediante la aplicación general de la LBPA. A partir de la entrada en vigor de la Ley Nº 20.417 –y, más concretamente, del funcionamiento de los Tribunales Ambientales– la aplicación de la LBPA sólo será parcial, respecto de lo no previsto por el legislador ambiental, como ocurre en el ámbito de los derechos de los administrados en sus relaciones con la Administración⁹⁰.

5.1 Separación de funciones en la fiscalización y el procedimiento administrativo sancionador

Una de las garantías destacables que otorga la LOSMA se encuentra en la separación y distribución de funciones que se ha hecho respecto de los poderes de fiscalización, instrucción del procedimiento administrativo sancionador, y de imposición de la sanción.

5.1.1 Separación de funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento administrativo sancionador

Una de las innovaciones que plantea la LOSMA dice relación con la potestad de auto organización que le confiere el art. 9. En efecto, el Superintendente, en cuanto jefe del Servicio, establecerá la organización interna y determinará las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades⁹¹. Dentro de la regulación de dicha potestad, la ley fija algunas condiciones que se erigen en verdaderos límites al ejercicio de la potestad sancionadora.

En primer término, las funciones de fiscalización y de instrucción del procedimiento administrativo sancionador deben quedar a cargo de unidades distintas, siendo esa la interpretación más garantista que se desprende del art. 7 inc. 2º LOSMA. Esta separación de funciones tiene su fundamento en el principio de imparcialidad (art. 11 LBPA), que obliga a la Administración del Estado a conducir los procedimientos administrativos con objetividad. La separación de funciones implica, entonces, que una vez recibida la información obtenida producto de las labores de fiscalización, ésta podrá derivar en un procedimiento administrativo sancionador, siempre que pudiera estimarse que es constitutiva de infracción. Es decir, requiere para ello que el funcionario a cargo de la instrucción del procedimiento administrativo no se encuentre vinculado con la información remitida por el ente fiscalizador, sea éste la unidad de fiscalización de la propia SMA, o de un órgano sectorial, en virtud de un subprograma de fiscalización.

⁹⁰ En este mismo sentido, puede señalarse la duración completa del procedimiento sancionador, que no ha sido consagrada de manera especial por la LOSMA. De este modo, deberá seguirse la regla de seis meses, vigente en general para el procedimiento administrativo, debiendo entenderse que este plazo se habrá de computar desde que se verifique alguna de las formas de iniciación previstas, sin perjuicio que los efectos de interrupción de prescripciones se produzcan sólo desde la notificación de cargos. Por su parte, el efecto de silencio positivo no podrá estimarse aplicable en estos casos, en la medida que el procedimiento se hubiere iniciado mediante una denuncia.

⁹¹ El ejercicio de dicha potestad se plasmó en la Resolución Nº 133/2014 SMA de 5 de marzo de 2014, que establece estructura y organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente y deroga resolución exenta Nº 75 de 7 de febrero de 2014.

Lo anterior no debe conducir a la conclusión de que un funcionario con el carácter de fiscalizador no pueda intervenir durante el procedimiento administrativo sancionador. En efecto, durante dicho procedimiento el instructor podrá disponer la realización de pericias e inspecciones que estime pertinentes (art. 50 inc. 1º LOSMA). Para la realización de las mismas resultará evidente —y mucho más eficiente— que deberá recurrir al fiscalizador habilitado como tal, el cual tiene carácter de ministro de fe (art. 8 inc. 2º LOSMA).

5.1.2 Separación de funciones de instrucción del procedimiento administrativo sancionador y aplicación de la sanción

La fase de instrucción del procedimiento administrativo sancionador concluye con el dictamen del funcionario instructor, también denominado como fiscal. En el dictamen, el fiscal propone al Superintendente la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar (art. 53 LOSMA). La atribución de aplicar la sanción se reserva de manera privativa al Superintendente, quien estará incluso privado de la posibilidad de delegar su ejercicio (arts. 4 letra h) 7 inc. 3º LOSMA). Nuevamente aquí la ley quiso profundizar la garantía procedimental, siendo a primera vista el principio de imparcialidad el fundamento de la separación⁹². Sin embargo, esta primera conclusión debe cuestionarse. La LOSMA entrega al Superintendente amplios poderes de ordenación interna, que incluso van más allá de los que habitualmente tiene un jefe de servicio. Así por ejemplo, el Superintendente puede declarar la vacancia de un cargo de planta, por necesidades de la Superintendencia, y fundado en razones vinculadas al buen, oportuno y eficiente funcionamiento de la SMA (art. 12 letra a). Se trata de una facultad discrecional de difícil control externo. En consecuencia, parece dificultoso que un funcionario que ejerce labores de fiscal instructor se aparte de los criterios e instrucciones que de manera formal o informalmente le dé el Superintendente cuando pesa sobre aquél la posibilidad de la vacancia. Es por ello que la atribución privativa de la aplicación de sanciones debe entenderse como una forma de atribuir al Superintendente y sólo a él la responsabilidad en el ejercicio de tan importante poder.

5.2 Medidas provisionales

El art. 48 LOSMA permite adoptar diferentes medidas provisionales, antes o una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, con el objeto de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas⁹³. Se trata de un poder que puede ser adoptado de oficio o a petición de parte, caracterizado por una regulación más sucinta que la aplicable a las medidas cautelares jurisdiccionales, adoptadas por los Tribunales Ambientales, conforme al art. 24 de la Ley N° 20.600. Siguiendo la tutela anticipada en general, estas medidas —impuestas con ocasión de otras medidas sancionadoras— comparten los siguientes aspectos básicos:

- **Tutela cautelar.** Se trata de medidas cautelares orientadas a evitar daños ambientales o a la salud de personas, los cuales deben ser apreciados según su ámbito de aplicación. La LOSMA

⁹² Reglas similares existen en el derecho comparado, y con el mismo fundamento. Cfr. *Francisco García Gómez de Mercado*, Sanciones Administrativas, Garantías, derechos y recursos del presunto responsable, *op. cit.*, pp. 105-108.

⁹³ El 25 de junio de 2013 la SMA comenzó la aplicación de medidas en este sentido. Así por ejemplo, en relación a proyectos no ingresados al SEIA, se determinó la clausura total y temporal de las instalaciones del Proyecto Hidroeléctrico Central Muñoz Huilo, debiendo someterse a evaluación conforme al art. 10 letra c) LBGMA.

exige que para la adopción de una medida cautelar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. Este elemento es denominado como peligro en la demora (*periculum in mora*), en cuya virtud se pretende evitar un daño mayor, en este caso al medio ambiente o a la salud, producto de la tardanza en la actuación administrativa. En este sentido, estas medidas deben integrar al principio de la precaución en la valoración de ciertos estándares generales de adopción, como la necesidad de contar con “*elementos de juicio suficientes*” (art. 32 LBPA). Dicha lectura es aun más relevante respecto de medidas adoptadas con anterioridad a la iniciación del procedimiento, donde la reglamentación general requiere estándares superiores de certeza. Tal es el caso de la noción de *urgencia* señalada en términos generales por el art. 32 inc. 2º LBPA. Sin embargo, en el ámbito de la protección ambiental, la adopción de medidas provisionales responde a la precaución o principio precautorio, en que la medida se debe imponer a pesar de no existir certeza de la relación causal entre determinada acción y el daño, con lo que “*la falta de certeza no es una excusa admisible para no tomar medidas preventivas*”⁹⁴.

- **Naturaleza provisoria.** Una segunda característica de las medidas vendrá dada por su transitoriedad. Ellas son “*esencialmente temporales y tendrán una duración de hasta 30 días corridos*” (art. 48 inc. 3º LOSMA), sin perjuicio de su renovación, cumpliendo las mismas condiciones de imposición. La regulación de la LOSMA hace aplicable para estos efectos las condiciones generales del art. 32 LBPA, razón por la cual aquellas medidas establecidas con anterioridad a la tramitación del procedimiento deberán mantenerse expresamente una vez iniciado, lo que deberá ocurrir en un plazo no superior a quince días.
- **Vinculación a un procedimiento administrativo sancionador.** Las medidas provisionales deberán ser adoptadas siempre en relación con un procedimiento administrativo sancionador, sea de manera anterior a su iniciación o durante la tramitación del mismo. En el primer caso, la SMA estará obligada a iniciar el procedimiento administrativo sancionador en un plazo de quince días y estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento (art. 32 inc. 2º LBPA). En este primer supuesto, la ley exige que las medidas sean proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el art. 40 (art. 48 inc. 2º LOSMA). Sin embargo, este requisito deberá tenerse siempre en cuenta, ya que la SMA no podría adoptar una medida desproporcionada, a pesar de no exigirlo expresamente el inc. 1º del art. 48, ya que la proporcionalidad constituye un principio general para toda actuación administrativa. En el caso de las medidas provisionales decretadas durante el procedimiento administrativo sancionador, la SMA deberá observar los requisitos ya vistos, dispuestos en el art. 48.

La Superintendencia se encuentra limitada en la imposición de estas medidas provisionales, las cuales sólo pueden corresponder a las del catálogo del art. 48 LOSMA. No obstante, se trata de una enumeración genérica, que permite un margen de apreciación a la autoridad ambiental, en la medida que ellas no causen un “*perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación*”

⁹⁴ Beatriz Arcila Salazar, Las medidas cautelares en el proceso ambiental, en Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín, Vol. 12 Nº 23, enero-junio 2012, p. 39.

de derechos amparados por las leyes³⁵. El catálogo comprende: a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño; b) Sellado de aparatos o equipos; c) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones; d) Detención del funcionamiento de las instalaciones; e) Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental; f) Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor.

La principal distinción que debe hacerse en este catálogo dice relación con la necesidad de ser autorizadas previamente por el Tribunal Ambiental, cuando se trate de las medidas de los literales c), d) y e). El Tribunal Ambiental competente para dicha autorización será el del lugar en que las medidas vayan a ser ejecutadas (art. 17 N° 4 LTAA). La autorización debe obtenerse por la vía más expedita posible, incluyendo la telefónica, de alguno de los ministros del tribunal, según una regla de turno.

De forma paralela a las medidas provisionales, el art. 3 letras g) y h) LOSMA establece como una de las atribuciones de la SMA la de suspender las autorizaciones de funcionamiento de la RCA o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente. La ley dispone que *"la exigencia contemplada en el inciso anterior, deberá cumplirse igualmente cuando la Superintendencia desee aplicar las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del art. 3º de la presente ley"* (art. 48 inc. final LOSMA). La referencia que efectúa la norma es a la autorización previa que debe solicitarse al Tribunal Ambiental, en este caso, para adoptar la suspensión de la autorización de funcionamiento. En efecto, las medidas de las letras g) y h) del art. 3, son de dos clases, a saber: las suspensiones, sometidas a la autorización previa del Tribunal Ambiental; y otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente, respecto de las que la ley no ha previsto la exigencia de una autorización previa. Asimismo, se debe tener en cuenta que estas medidas suspensivas o de otra naturaleza no han sido establecidas como medidas provisionales, sino como poderes de suspensión que la Superintendencia puede adoptar fuera de un procedimiento administrativo.

5.3 Etapas del procedimiento

Al igual que el procedimiento administrativo general, el sancionador consta de las etapas de iniciación, instrucción y finalización. Estas etapas han sido reguladas en términos generales, sin preverse modificaciones que permitan la tramitación abreviada del mismo para la comisión de infracciones de menor entidad, como las leves. Sin embargo, en virtud de los poderes de auto ordenación que tiene

³⁵ Respecto del criterio del perjuicio para las suspensiones de obras en materia ambiental, *Jesús Jordano Fraga*, El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Estudio sobre la base de la Comunicación presentada en el Congreso italo-español de profesores de Derecho administrativo, Barcelona-Gerona, 1996: *"Esta doctrina que tiene en mente la irreparabilidad de determinados perjuicios económicos también se aplica a las sanciones administrativas e indemnizaciones derivadas de la comisión de infracciones administrativas tipificadas en las leyes ambientales. En este sentido se pronuncian las STS de 29 I 1996 (62), Ar. 461. de 26 3 1996 (63), Ar. 2569 y STS de 6 5 1996 (64), Ar. 4151, ambas de la Sala 3ª, Sección 3ª, Ponente, González y González. Para el Tribunal Supremo la reparabilidad del daño, no debe contemplarse exclusivamente desde la perspectiva de la solvencia de la Administración a los efectos de devolver lo ya ingresado en sus arcas como consecuencia de la inmediata ejecución, sino también, desde la vertiente del patrimonio del administrado, que con esa ejecución puede ponerse en situación de inestabilidad tal que haga imposible su recuperación, dada la importante cifra a que asciende la sanción e indemnización"*.

la SMA (art. 3 letra s) LOSMA) es dable esperar que se instruya la tramitación de un procedimiento administrativo más breve respecto de infracciones de carácter leve⁹⁶.

5.3.1 Iniciación

Conforme al art. 47 LOSMA, *“el procedimiento administrativo sancionatorio podrá iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia”*. Así, todos los supuestos de iniciación de la LBPA (art. 29) son consagrados en materia sancionadora ambiental. Sin perjuicio de ello, existen algunos matices:

- *Iniciación de oficio*. La iniciación de oficio supone que la Superintendencia tome conocimiento, por cualquier medio, de hechos que pudieren ser constitutivos de alguna infracción de su competencia. Lo natural será que dicha información sea producida con ocasión de una fiscalización ambiental y que conste en un informe de fiscalización elaborado por la División correspondiente.
- *Organismo sectorial*. La solicitud de otro órgano corresponde a una hipótesis de iniciación de oficio siguiendo el régimen general del procedimiento administrativo (art. 29 inc. 1º LBPA). Además de esta separación, la LOSMA ha limitado esta forma de iniciación en algunos sentidos. Primero, porque sólo se aplica a organismos sectoriales. Y en segundo lugar, considerando la vía aplicable, esto es, la emisión de informes por parte de organismos con competencia en materia de fiscalización ambiental. Dichos informes deben contener *“en especial la descripción de las inspecciones, mediciones y análisis efectuados así como sugerir las medidas provisionales que sean pertinentes decretar”* (art. 47 inc. 2º LOSMA).

Por su parte, toda comunicación de un organismo no sectorial sólo deberá entenderse procedente mediante denuncias. Lo mismo cabe concluir respecto de aquellas infracciones comunicadas por organismos sectoriales, a través de mecanismos diversos a la emisión de informes.

- *Denuncia*. El régimen de la denuncia reemplaza a la solicitud de parte interesada establecido en la LBPA. Sin embargo, de acuerdo con el art. 21 inc. 2º LOSMA debe entenderse que siempre que existe una denuncia, también existe un interés. En efecto, dicha norma dispone que: *“En el evento que producto de tales denuncias se iniciare un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento”*. El concepto de interesado, por tanto, se beneficia de la amplitud que posee el mecanismo de denuncia, como también de la garantía expresa de interés aplicable en tales casos, el que incluso se extiende a la sede jurisdiccional.

El contenido de la denuncia ha sido reglamentado en particular, debiendo cumplir con los siguientes requisitos: deberán ser formuladas por escrito a la Superintendencia; deben contener el lugar y fecha de presentación; la individualización completa del denunciante, quien deberá suscribirla personalmente o por su mandatario o representante habilitado; debe contener una descripción de los hechos concretos que se estiman constitutivos de infracción,

⁹⁶ Así lo hizo, por ejemplo, la Superintendencia de Educación Escolar, al dictar la resolución exenta N° 290, del 17 de abril 2013, por la que regula un procedimiento administrativo *“acelerado”*.

precisando lugar y fecha de su comisión y, de ser posible, identificando al presunto infractor (art. 47 inc. 3º LOSMA).

Es evidente que la denuncia debe ser presentada ante la SMA, sin embargo, a ello se agrega la posibilidad de presentarlas ante las municipalidades; el art. 65 inc. 1º LBGMA dispone que *"las municipalidades recibirán las denuncias que formulen los ciudadanos por incumplimiento de normas ambientales y las pondrán en conocimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente para que ésta les dé curso"*. Por su parte, *"La municipalidad requerirá a la Superintendencia del Medio Ambiente para que le informe sobre el trámite dado a la denuncia. Copia de ésta y del informe se hará llegar a la respectiva Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente. Con el mérito del informe, o en ausencia de él transcurridos treinta días, la municipalidad pondrá los antecedentes en conocimiento del Ministerio del Medio Ambiente"* (art. 65 inc. 2º LBGMA).

El art. 47 inciso final LOSMA contempla una regla especial en materia de denuncias. Conforme a ella, *"la denuncia formulada conforme al inciso anterior originará un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente"*⁹⁷. Esta etapa consagra un margen de apreciación a favor de la Superintendencia, para efectos de iniciar o no la tramitación del expediente sancionador. Dicho margen es lógicamente inaplicable respecto de la hipótesis de iniciación de oficio, debiendo también interpretarse como improcedente frente a una solicitud del organismo sectorial, en la medida que la vía corresponda efectivamente a la emisión de informes.

Por otra parte, la LOSMA no entrega al funcionario instructor del procedimiento administrativo sancionador un poder de decisión o apreciación de la información, salvo en el antes mencionado supuesto, en que apreciará si la denuncia está *"revestida de seriedad y tiene mérito suficiente"* (art. 47 inc. 3º LOSMA). Por lo tanto, la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador se rige por un principio de legalidad y no de oportunidad, con lo que —al menos al tenor de la ley— remitida la información se deberá iniciar el procedimiento administrativo sancionador. Esta intención del legislador chocará con la realidad, en que en muchas ocasiones, por razones de simple imposibilidad física, la SMA no podrá iniciar todos los procedimientos administrativos sancionadores por las infracciones que les sean denunciadas. En efecto, se ha señalado que *"materialmente es imposible que la SMA pueda fiscalizar y sancionar a la totalidad de sujetos reglados por los instrumentos de su competencia, razón por la cual deberá focalizar sus acciones sobre aquellas actividades más riesgosas, sea porque el tipo de actividad presenta un alto grado de peligrosidad para la salud humana o el medio ambiente o porque sus titulares ostentan altas tasas de incumplimiento normativo"*⁹⁸.

5.3.2 Instrucción

Pese a que la LOSMA nada señale al respecto, la instrucción del procedimiento sancionador corresponde a la etapa destinada al conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales de-

⁹⁷ Se trataría de un periodo previo de análisis de la denuncia, similar al de información previa. Sobre este aspecto, Blanca Lozano Cutando, *Derecho Ambiental Administrativo op. cit.* p. 508: *"Si, como resultado de estas actuaciones previas —o sin necesidad de llevarlas a cabo—, resulta la existencia, al menos en apariencia, de hechos constitutivos de infracción administrativa ser la emisión del acuerdo de incoación del procedimiento por la autoridad competente"*.

⁹⁸ Paolo Torrejón Estefane, *Instrumentos de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, op. cit.*, p. 19.

berá pronunciarse o no la sanción administrativa. Como en todo procedimiento administrativo, en la fase de instrucción la Administración Pública recopilará la información necesaria para la adopción de una decisión o resolución fundada.

Esta etapa debe ser llevada a cabo por un funcionario de la Superintendencia, que recibe el nombre de instructor. Los intervinientes en el procedimiento administrativo sancionador pueden solicitar la realización de actuaciones durante la fase de instrucción, pero corresponde al instructor decidir sobre su procedencia. Los artículos 49 y 50 LOSMA desarrollan la instrucción desde la perspectiva de la formulación de cargos y descargos.

Formulación de cargos

Conforme al art. 49, la etapa de instrucción se inicia con la formulación de cargos, debiendo ser notificada por carta certificada al presunto infractor. Dicha notificación producirá como efecto la interrupción del plazo de prescripción de la infracción (art. 37 LOSMA). El contenido de esta formulación se señala en el art. 49 inc. 2º LOSMA, que requiere: *“una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada”*. No obstante, este contenido debe estimarse de manera provisoria, dado que las pericias, inspecciones y demás medios de prueba pueden llevar a modificarlo, por ejemplo, en relación a la infracción cometida y, por tanto, la sanción anudada. En tal caso, corresponderá reformular o ampliar los cargos, considerando que conforme al art. 54 LOSMA *“ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”*.

El presunto infractor tiene un plazo de quince días para formular sus “descargos”. El contenido de su escrito no se señala expresamente en la ley, pero en la práctica contendrá la información o documentos que el infractor considere relevantes para su defensa, así como las defensas y argumentaciones jurídicas. A ello se agrega que se contempla la posibilidad de proponer *“medidas o diligencias probatorias”*, debiendo dar lugar a ellas si resultan pertinentes o conducentes⁹⁹. No obstante, el instructor no puede atenerse únicamente al contenido del descargo, debiendo *“ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan”* (art. 50 LOSMA). En tales casos, resultará aplicable supletoriamente la regla general sobre el momento de prueba, debiendo comunicarse a los interesados el inicio de las actuaciones, con la suficiente antelación, consignando el lugar, fecha y hora en que se practicarán (art. 36 LBPA). Ello es posible incluso con posterioridad, al contemplarse la posibilidad de *“requerir los informes de otros organismos sectoriales con competencia ambiental, que estime pertinentes para ilustrar su resolución”* (art. 52 LOSMA).

Cumplidos los trámites anteriores, el instructor posee un plazo de cinco días para proponer la absolución o la aplicación de la sanción que corresponda a los cargos formulados. *“Dicho dictamen deberá contener la individualización del o de los infractores; la relación de los hechos investigados y la forma*

⁹⁹ De este modo, se aumenta el estándar de rechazo previsto para las pruebas en general. El art. 35 inc. final LBPA dispone: *“El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”*.

como se ha llegado a comprobarlos, y la proposición al Superintendente de las sanciones que estimare procedente aplicar o de la absolución de uno o más de los infractores" (art. 53 LOSMA). El dictamen y la competencia es posteriormente elevada al Superintendente, quien deberá resolver en el plazo de diez días.

Prueba y valoración

El principio de libertad de prueba, vigente en general para los procedimientos administrativos, ha sido reiterado en materia sancionadora. En este sentido, el art. 51 LOSMA señala: *"Los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho"*. Su valoración, sin embargo, no es libre, sino que se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 51 inc. 1º 2º parte LOSMA), es decir, conforme a los dictados de la lógica (que implica unas reglas concretas e invariables) y la experiencia (que implica desprender de casos anteriores reglas abstractas, aplicables a otros nuevos).

Por otro lado, el art. 51 inc. 2º LOSMA da el valor de presunción legal a las pruebas derivadas de fiscalizaciones. En efecto, atendiendo al carácter de ministro de fe que posee el personal habilitado como fiscalizador de la Superintendencia, dicha presunción valdrá respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignent en el cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras y consten en el acta de fiscalización (art. 8 inc. 2º LOSMA).

La ley nada señala sobre el mérito de las fiscalizaciones realizadas por organismos externos, que consten en el expediente respectivo, por lo que éstas no estarán amparadas por la presunción legal, sin perjuicio de la valoración que se haga de ellos conforme a las reglas de la sana crítica.

Dictamen del instructor

El funcionario instructor del procedimiento administrativo sancionador tiene un plazo de cinco días para emitir su dictamen. Dicho plazo se cuenta desde que se han agotado las diligencias probatorias de la fase de instrucción. En cuanto al contenido del dictamen, éste deberá comprender (art. 53 inc. 2º LOSMA):

- la individualización de él o los infractores;
- la relación de los hechos investigados;
- la forma en que se ha llegado a comprobarlos;
- la propuesta al Superintendente de absolución o de sanción que a su juicio corresponda aplicar.

El dictamen del instructor constituye un acto de mero trámite dentro del procedimiento administrativo sancionador. Se trata de un acto de aquellos que la LBPA (art. 15 inc. 2º) declara como inimpugnables, salvo que causare indefensión. Con el dictamen elevado al Superintendente, finaliza la etapa de instrucción.

Reapertura de la fase de instrucción

El Superintendente puede ordenar la realización de nuevas diligencias probatorias, o bien, que se corrijan vicios del procedimiento administrativo sancionador, para ello se deberá fijar un plazo y se dará audiencia al presunto infractor (art. 54 inc. 2º LOSMA).

5.3.3 Finalización

El procedimiento administrativo sancionador finaliza, sea con la resolución que determina a inexistencia de la infracción y por tanto absuelve, sea con la resolución que estima que hubo infracción y por tanto con la sanción aplicable por la infracción cometida. Tal atribución es una competencia exclusiva del Superintendente, siguiendo la regla del art. 7 inc. 2º LOSMA, al disponer que *“El Superintendente tendrá la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la presente ley”*. La norma en cuestión plantea una interrogante respecto de los casos de ausencia por cualquier motivo por parte del Superintendente, por ejemplo, permisos, feriados, licencia médica, e incluso por aplicación de alguna causal del abstención (art. 12 LBPA). En tal caso, será procedente la subrogación, según lo dispuesto en los arts. 79 y ss. del Estatuto Administrativo¹⁰⁰.

En este sentido, el Superintendente podrá o no seguir la propuesta de sanción que hubiere señalado el instructor del procedimiento, en la medida que se respeten los parámetros para la ponderación y cuantificación de sanciones. No obstante, su competencia se encuentra ligada a los hechos identificados en la instrucción, ello se traduce en una garantía para el infractor, ya que *“Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”*. Ello también justifica la atribución ya señalada, para ordenar se realicen nuevas diligencias, al igual que una regla especial para la corrección del procedimiento, debiendo en ambos casos fijarse un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado (art. 54 LOSMA).

La resolución con la que finaliza el procedimiento administrativo sancionador, sea sancionando o absolviendo, deberá dictarse en el plazo de diez días. Como es lógico, debe ser una resolución fundada (art. 54 inc. 2º LOSMA). En la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental, la exigencia de motivación —en cuanto expresión de los fundamentos de la resolución sancionadora— ha sido latamente desarrollada, así ha señalado que: *“este Tribunal exigirá la debida motivación por parte del Superintendente en todo el proceso anteriormente señalado, para lo cual no será suficiente referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de establecer la sanción específica”* (sentencia de 3 de marzo de 2014, Rol Nº 6-2013, considerando 36º). A ello se agrega la exigencia de publicidad, inteligibilidad y autosuficiencia de la resolución, como imperativo que impone la motivación de los actos administrativos. En efecto, en la misma sentencia el Segundo Tribunal Ambiental señaló que *“es imperativo que la motivación deba cumplir con los requisitos de publicidad, inteligibilidad y autosuficiencia, siendo estos de vital importancia en las decisiones que tanto la autoridad administrativa como la judicial adopten en materia medio ambiental, al tratarse de asuntos*

¹⁰⁰ Sebastián Silva Sepúlveda, Potestad Sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente, Memoria de Grado, Facultad de Derecho PUCV, 2014, p. 64.

de interés general, cuyas consecuencias no se agotan en las partes y los jueces que participan del proceso" (considerando 33º).

La resolución debe notificarse al presunto infractor, como también a los interesados en el marco del procedimiento lo que dependerá, entre otras razones, de la forma de iniciación que se hubiere seguido.

La resolución sancionadora produce ejecutoriedad, lo que se basa en el art. 3 inc. final LBPA. Ello quiere decir que podrá ser llevada a la práctica por la Administración del Estado, incluso forzosamente. Asimismo, la ley ha previsto especialmente el mérito ejecutivo de las sanciones pecuniarias (art. 45 LOSMA), efecto que no se verá limitado por la interposición del recurso administrativo conforme, lo que se desprende *a contrario sensu* de lo dispuesto a propósito de los recursos jurisdiccionales (art. 56 inc. 2º LOSMA).

5.4 Prescripción de infracciones y sanciones

Los efectos extintivos del tiempo han sido reconocidos expresamente en el ámbito sancionador medioambiental. El art. 37 LOSMA dispone: *"las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas"*. De este modo se resuelve en el ámbito de la protección ambiental la problemática que plantea el plazo aplicable para la prescripción de infracciones administrativas en general, distanciándose de las soluciones penales (mediante la aplicación del plazo de seis meses previsto en el art. 94 del Código Penal para las faltas)¹⁰¹ y civiles (a través de la regla general de cinco años a que se refiere el art. 2515 del Código Civil)¹⁰².

No obstante, la uniformidad del régimen no se alcanza si se considera el momento a partir del cual se computa el tiempo. En efecto, el plazo de tres años se contabiliza desde la época en que la infracción se comete. Considerando que la ley se refiere a la comisión de la infracción, mas no de la conducta que la genera, podrá tratarse de un momento más o menos complejo de determinar, según la infracción de que se trate. Así, por ejemplo, comisión y contravención coincidirán en ilícitos formales, como las infracciones leves previstas en el art. 36 Nº 3 LOSMA. Sin embargo, el momento de la comisión de infracciones que requieren afectaciones materiales o exposiciones a riesgos será mucho más complejo de determinar. Entre otros, éste será el caso de las infracciones que requieren una afectación o riesgo en la salud de la población (letras b) del art. 36 Nºs 1 y 2 LOSMA).

Por su parte, la aplicación de las sanciones administrativas se encuentra sujeta al plazo de prescripción de tres años *"desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme"*. El supuesto para que opere la prescripción de la sanción será, entonces, el caso en que no obstante

¹⁰¹ Este es el criterio uniforme de la jurisprudencia administrativa, seguido mayoritariamente también por los Tribunales de Justicia. Entre otras resoluciones, cabe considerar las Sentencias de Corte Suprema, Causas Roles Nºs 5455, 6068 y 7629, todas del año 2009.

¹⁰² Así, la Corte Suprema en Causa Rol Nº 5702 – 2009 ha resuelto: *"Que, entonces, el defecto normativo de omisión de un plazo razonable y prudente de prescripción en la Ley N° 18.410, en que incurriera el legislador, impone el deber de encontrar en la legislación positiva, actual y común, la solución del problema que ha sido promovido debiendo acudir a las normas generales del derecho común dentro del ámbito civil y, en ese entendido, hacer aplicación de la regla general de prescripción extintiva de cinco años a que se refiere el art. 2515 del Código Civil"*.

dictarse la resolución sancionatoria ésta no ha sido ejecutada por la autoridad ambiental. Ello podrá deberse, por ejemplo, a la imposibilidad de hallar al infractor, a la imposibilidad material de aplicarla (por ejemplo, el establecimiento desaparece por un caso fortuito), o incluso por la desidia de la propia autoridad (sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que le corresponde en este último caso al funcionario). La prescripción de la sanción se interrumpe *“por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada”* (art. 44 LOSMA).

Finalmente, debe considerarse que en materia de daño ambiental, tanto el tiempo como la fórmula de cómputo se separan de la estructura del régimen sancionador administrativo. Como se sabe, en este ámbito la acción ambiental prescribe en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño (art. 63 LBGMA) (C.IV,12). Por ello, el tiempo para ejercer las acciones ambientales y civiles derivadas permanecerá luego de la prescripción de infracciones y sanciones ambientales. Dicha prescripción podrá ser más o menos extensa, según se interprete, pero necesariamente anterior al momento en el que comienza el cómputo del plazo para ejercer la acción de reparación del daño ambiental, considerando que dicho daño lógicamente es anterior al momento en el que se manifiesta de manera evidente.

5.5 Impugnación administrativa de la resolución sancionadora

En esta materia el art. 55 LOSMA dispone que:

“En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

El plazo para resolver cada uno de estos recursos será de treinta días hábiles.

La interposición de estos recursos suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materias por las cuales procede dicho recurso”.

La disposición transcrita es aparentemente clara, sin embargo, plantea algunas dudas respecto del régimen de impugnación de otras resoluciones, no sancionadoras, emanadas de la SMA. Evidentemente, en tal caso procederán los recursos administrativos generales (ordinario de reposición y extraordinario de revisión), previstos en la LBPA (arts. 15 y 59). En efecto, dado el carácter descentralizado de la SMA, el único recurso ordinario procedente es el de reposición. A ello se agrega que, por aplicación del art. 54 LBPA, la interposición de un recurso administrativo interrumpirá el plazo para el recurso jurisdiccional. Esto plantea una diferencia con lo dispuesto en el inc. 3º del art. 55 LOSMA, ya que el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución sancionadora sólo *“suspende”* el plazo. En consecuencia, para impugnar la resolución sancionadora en sede judicial se tendrán sólo diez días, considerando que se consumieron los cinco días para la interposición del recurso de reposición del art. 55 LOSMA. En cambio, respecto de toda otra resolución distinta de la sancionadora, que hubiere sido impugnada administrativamente por la vía del art. 59 LBPA, el plazo de impugnación judicial se contará completo, esto es 15 días hábiles (art. 56 inc. 1º LOSMA).

El plazo para la decisión del recurso de reposición es de 30 días, al igual que en la LBPA (art. 59 inc.

57. La LOSMA no prevé una regla de silencio administrativo, por lo que debe ser aplicada la del art. 65 LBPA⁵⁸, con lo que de no ser resuelto el recurso en el plazo, podrá impetrarse aquél de carácter negativo.

Otro aspecto a tener en cuenta de la regla de suspensión del plazo del art. 55 inc. 3º LOSMA, dice relación con que el efecto suspensivo no opera de plano, sino que se supedita a que *“se trate de materias por las cuales procede dicho recurso”*. El problema radica en que el recurso de reposición en la LOSMA no tiene otra regulación que la ya transcrita, por lo que carece de causales para su interposición. Lo cual está en consonancia con lo que ocurre en la LBPA, en consecuencia, será procedente siempre por razones de mérito o de legalidad o ambas. Por tanto, la exigencia no tiene sentido.

La impugnación de la resolución sancionadora se completa con la reclamación que puede ser interpuesta ante el Tribunal Ambiental (C.VI, 3.2).

⁵⁸ El art. 62 LOSMA se remite en todo lo previsto en ella a lo dispuesto en la LBPA. Remisión innecesaria, si se considera el carácter supletorio de esta última.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalde, Enrique, Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa, en *Revista de Derecho Universidad del Desarrollo* Año 2011, Número 24.
- Altmeyer, Sabine Vertrauensschutz im Recht der europäischen Union und im deutschen Recht, Ed. Nomos, Baden Baden 2003.
- Arcila Salazar, Beatriz, Las medidas cautelares en el proceso ambiental, en *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín*, Vol. 12 Nº 23, enero-junio 2012.
- Astorga Jorquera, Eduardo, *Derecho Ambiental chileno*, Parte General, Ed. LexisNexis 1ª edición, Santiago 2006.
- Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011.
- Bermúdez Soto, Jorge, Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública, en *Revista de Derecho Administrativo*, 2012, Nº 7.
- Bermúdez Soto, Jorge, Función y Tipología del Procedimiento Administrativo, en *Acto y Procedimiento Administrativo*, Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.
- Bermúdez Soto, Jorge, Fundamento y Límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental, en *Revista de Derecho de la PUCV*, XL, 1º semestre 2013.
- Calvo Chamorro, María, *Sanciones Medioambientales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Camacho Cepeda, Gladys, La actividad sustancial de la Administración del Estado, en *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Ed. LegalPublishing, Santiago 2010.
- Camacho Cepeda, Gladys, La problemática de la potestad normativa de las superintendencias, en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago, Ed. LexisNexis, 2005.
- Cano, Tomás, *Derecho Administrativo Sancionador*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 43, enero-abril 1995.
- Cordero Quinzacara, Eduardo, El Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Valdivia, Volumen XXV, Nº 2 diciembre de 2012.
- Cordero Vega, Luis, Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno, *Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho*, Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, 2008, Santiago.
- De Palma del Teso, Ángeles, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid 1996.
- Díez Sastre, Silvia, *El precedente administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Esteve Pardo, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid 2012.
- García Gómez de Mercado, Francisco, *Sanciones Administrativas, Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, Ed. Comares, Granada 2004.
- García Marcos, José, Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental, en *Revista Electrónica Medio Ambiente & Derecho*, Nº 12-13 (2005).

- García, José Francisco, ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. *Revista Actualidad Jurídica*, número 10, enero 2009, tomo I.
- Garrido Falla, Fernando, Los Medios de Policía y la Teoría de las Sanciones Administrativas, en *Revista de Administración Pública*, Nº 28, 1959.
- Guiloff Titun, Matías, Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Un análisis desde el diseño institucional, en: *Reforma a la Institucionalidad Ambiental: Antecedentes y Fundamentos*, Programa de Derecho y Política Ambiental, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010.
- Guzmán Rosen, Rodrigo, *Derecho Ambiental Chileno, principios, instituciones, instrumentos de gestión*, Ed. Planeta Sustentable, Santiago 2012.
- Informe de Desempeño Ambiental de Chile, OCDE-CEPAL, 2005.
- Jordano Fraga, Jesús, El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *Estudio sobre la base de la Comunicación presentada en el Congreso italo-español de profesores de Derecho administrativo*, Barcelona-Gerona, 1996.
- Lopera Mesa, Gloria, Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 2011, vol. 24, Nº 2.
- Lozano Cutanda, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- Lozano Cutanda, Blanca, El Principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad, en *Revista de Administración Pública* Nº 161, 2003.
- Lozano Cutanda, Blanca, La Responsabilidad de la Persona Jurídica en el Ámbito Sancionador Administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre), en *Revista de Administración Pública*, Nº 129, septiembre-diciembre 1992.
- Lozano Cutanda, Blanca, y Alli Turrillas, Juan-Cruz, *Administración y Legislación Ambiental*, Ed. Dykinson, 7ª edición, Madrid, 2013.
- Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12a edición, Ed. C.H. Beck, Munich, 1999.
- Mondaca, Alberto, Significado y Técnica Jurídica de la Policía Administrativa, en *Revista de Administración Pública*, Nº 28, 1959.
- Nieto, Alejandro *Derecho Administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1994.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Ed. Librotecnia, Santiago, Chile, 2010.
- Quintero, Gonzalo, La Autotutela, los Límites al Poder Sancionador de la Administración Pública y los Principios Inspiradores del Derecho Penal, en *Revista de Administración Pública*, Nº 126, septiembre-diciembre 1991.
- Rebollo, Manuel, et al., *Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España*, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos (Bogotá)*, Vol. 7, Nº 1, enero-junio 2005.
- Rivero, Jean, Le juge administratif: gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la égalité? *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, Tomo 2, 1974.

- Rojas Calderón, Christian, Los organismos autónomos y la Administración del Estado, en Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Administrativo, Antofagasta.
- Román Cordero, Cristián, Derecho Administrativo Sancionador ¿Ser o no ser? He ahí el dilema, en Derecho Administrativo: 150 Años de Doctrina (coord. R. Pantoja), Ed. Jurídica, Santiago, 2009.
- Saavedra Isla, Rossi y Reicher Salazar, Óscar, Autodenuncia en la ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, ¿un real incentivo al cumplimiento ambiental? en Revista Justicia Ambiental FIMA, Nº 3, 2011.
- Sánchez-Terán, Juan Manuel, Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social, Ed. Lex Nova, Madrid, 2007.
- Sánchez-Terán, Juan Manuel, Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social, .
- Santamaría Pastor, Alfonso, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- Schmidt-Assmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, Ed. Springer, 2ª edición, Berlin-Heidelberg, 2006.
- Schmidt, Eberhard, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, en Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969.
- Silva Sepúlveda, Sebastián, Potestad Sancionadora de la Superintendencia del Medio Ambiente, Memoria de Grado, Facultad de Derecho PUCV, 2014.
- Sepúlveda Solar, Doris, Invalidación sobreviniente, el caso de la Resolución de Calificación Ambiental, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago 2012.
- Soto Kloss, Eduardo, La potestad sancionadora de la Administración ¿se adecua a la Constitución?, en Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo AA.VV., Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005.
- Suay Rincón, José, El Derecho Administrativo Sancionador: Perspectivas de Reforma, en Revista de Administración Pública, Nº 109, enero-abril 1986.
- Torrejón Estefane, Paolo, Instrumentos de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, Memoria de Grado, Facultad de Derecho PUCV, 2014.
- Trayter Jiménez, Joan Manuel, Protección del medio ambiente: sanciones administrativas y competencias locales, en Derecho del Medio Ambiente y Administración Local (coord. José Esteve Pardo), Fundación Democracia y Gobierno Local, Ed. Civitas, Madrid, 2006.
- U.S. Environmental Protection Agency, Office of Enforcement and Compliance Assurance, Leveling the playing field: Eliminating the Economic Benefit of Violating Environmental Laws, 2000.
- Velasco Caballero, Francisco, Las cláusulas accesorias del acto administrativo, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- Weber Salazar, Pía, Reglas para la Imposición de Sanciones en Materia Ambiental, Memoria de Grado, Facultad de Derecho PUCV, 2013.

Capítulo Sexto

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

1. ASPECTOS GENERALES

El principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo en su frase final dispone que: *“Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”*¹. Lo que para la declaración constituye una aspiración que todos los Estados que la suscriben debían alcanzar, en el caso del Derecho chileno es un mandato constitucional y político. En el presente capítulo se analizará la forma en que este principio se materializa a través de la creación de una jurisdicción ambiental.

El control de la Administración del Estado es en primer lugar un control jurisdiccional. Y cuando se perfecciona una institucionalidad, o mejor dicho una Administración Pública Ambiental, como se prefiere decir en este libro, el Estado de Derecho no se verá satisfecho o completo, sino a través de la concreción de una jurisdicción competente para controlar a los órganos que conforman a aquélla. Como se afirmó hace ya ciento sesenta años, *“el Derecho y la ley sólo pueden adquirir significado y poder real donde encuentran un pronunciamiento judicial dispuesto para su realización”*².

Antes de avanzar en el análisis de la jurisdicción ambiental, conviene recordar brevemente la forma en que la Constitución consagra el control jurisdiccional. El art. 38 inc. 2º CPR dispone que: *“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*. Para buena parte de

¹ El Principio 10 de la Declaración de Río señala: *“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”*.

² Traducción de: *“Recht und Gesetz können nur da wahre Bedeutung und Macht gewinnen, wo sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereit finden”*. Otto Bähr, Rechtsstaat, eine politische Skizze, Göttingen 1864, p. 12.

la doctrina nacional, esta disposición establece una regla de responsabilidad de la Administración del Estado³, de hecho muchos fundan en ella una responsabilidad objetiva, y constituiría la piedra angular de todo el sistema. En la posición contraria, se ha señalado que dicha norma *"establece una cláusula general de acceso a la jurisdicción para todos los particulares frente a las actuaciones ilegales de la Administración del Estado"*⁴.

No existe un antecedente claro que indique explícitamente el modelo que se tuvo a la vista para la redacción del art. 38 inc. 2º CPR⁵. Sin embargo, cuando se lee el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, llama la atención el parecido con dicha norma. Dicha disposición señala: *"Toda persona cuyos derechos sean vulnerados (dañados) por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria"*⁶. A partir de esta disposición, la doctrina y jurisprudencia alemanas han desarrollado toda la Teoría de la Tutela Judicial Efectiva (*Rechtsschutzgarantie*)⁷.

En estricto rigor la responsabilidad del Estado en general y no sólo de la Administración es posible fundarla en los inc. 3º de los arts. 6 y 7 CPR. Por el contrario, el sentido natural del art. 38 inc. 2º CPR está en la garantía de tutela judicial efectiva frente a la actuación de la Administración del Estado. En dicha norma no se dispone un sistema de responsabilidad frente a la Administración del Estado, sino que lo que garantiza es tanto la universalidad como la efectividad de la tutela jurisdiccional⁸.

En virtud de dicha garantía han proliferado en el Derecho chileno los contencioso-administrativos. En su versión menos elaborada, se tratará simplemente de un proceso judicial entregado a un juez o tribunal ordinario, para que revise una determinada actuación administrativa. En los casos más adelantados, la ley ha creado un órgano jurisdiccional específico, con competencias más o menos amplias, según sea el caso⁹. La creación de los Tribunales Ambientales por la Ley Nº 20.600 (LTAA) dan cuenta de esta segunda tendencia. En efecto, en el Derecho chileno se ha entendido que la mejor manera de abordar los conflictos jurídico-ambientales es a través de un órgano jurisdiccional especializado, lo que en realidad se encuentra en consonancia con lo que ocurre en sistemas jurídicos comparados de tradición distinta a la nuestra, como los anglosajones. En este sentido se ha señalado que: *"Cada vez más se ha reconocido que una Corte con especialización en materias ambientales se encuentran en mejor posición para jugar un rol en alcanzar el desarrollo sostenible. La Corte del Medio Ambiente y*

³ Fabián Huepe Artigas, Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 116-117.

⁴ Juan Carlos Ferrada Bórquez, Los Tribunales que Ejercen Justicia Administrativa en el Derecho Chileno, en Litigación Pública, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 130.

⁵ En efecto, la Subcomisión de lo Contencioso Administrativo propuso a la CENC la incorporación de un inciso 2º al artículo 80 de la Carta Fundamental, que dispusiese: *"Todo aquel que se sienta agraviado, sea por la acción u omisión de las autoridades políticas, administrativas o judiciales, podrá acudir ante los tribunales de la República en amparo de sus derechos"*.

⁶ La norma señala: art. 19.4 GG *"Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine Andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt"*.

⁷ Bernhard Schlink, Bodo Pieroth, Grundrechte, Staatsrecht II, 26ª edición, Ed. C. F. Müller, Hamburg 2010, pp. 274 y ss.

⁸ Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Ed. LegalPublishing Thomson Reuters, 3ª edición, 2014, Cap. XIV, numeral 6, pp. 529-532.

⁹ Cfr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Los procesos administrativos en el Derecho chileno, en Revista de Derecho de la PUCV, XXXVI, 2011, 1er Semestre, pp. 251 y ss.

la Tierra de Nueva Gales del Sur (Australia) es un ejemplo de una Corte especializada. Fue la primera Corte especialista en medio ambiente que se estableció en el mundo y entrega un interesante caso de estudio¹⁰. Por el contrario, esta tendencia no es apreciable en ordenamiento jurídico de Derecho Administrativo continental, en donde las materias ambientales normalmente se mantienen en la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria.

2. NATURALEZA DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

El art. 1 LTAA define a los tribunales de la siguiente forma: *“Concepto. Los Tribunales Ambientales son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento”*.

La creación de los TTAAs responde a la necesidad de controlar los actos provenientes de la Administración Pública ambiental, en particular de la SMA, y de facilitar el acceso a la justicia en el ámbito ambiental¹¹. En tal sentido se entiende que su ámbito de competencias esté dado por las controversias medioambientales y las demás controversias que la ley le entregue, por lo que no se debe descartar que en el futuro se agreguen otras materias que hoy día no aparecen expresamente consideradas como ambientales. A pesar de su componente ambiental general, cuando se analizan las competencias de los TTAAs fijadas en el art. 17 LTAA, donde se establecen las distintas clases de acciones de que conoce, se puede concluir que dentro de la materia ambiental, el tribunal conocerá básicamente de la legalidad de los instrumentos de gestión ambiental y de las normas y actos administrativos vinculados a ellos. Como se verá más adelante, independientemente de la materia sobre la que ejerce su competencia, la naturaleza jurídica de las controversias que se ventilan ante los TTAAs es, por regla general, de carácter contencioso-administrativo y específicamente de nulidad o impugnación.

La excepción corresponde a la competencia para conocer de las demandas de responsabilidad por el daño ambiental y las facultades autorizatorias de medidas provisionales, medidas suspensivas y san-

¹⁰ Traducción de: *“Increasingly, it is being recognized that a court with special expertise in environmental matters is best placed to play this role in the achievement of ecologically sustainable development. The Land and Environment Court of New South Wales is an example of a specialist environment court. It was the first specialist environment court established as a superior court of record in the world and provides an instructive case study”*. Brian J. Preston, Benefits of Judicial Specialization in Environmental Law: The Land and Environmental Court of New South Wales as case Study, en Pace Environmental Law Review, Vol. 29 Issue 2, Winter 2012, p. 398.

¹¹ En efecto, en el mensaje del ejecutivo del proyecto de ley que crea los tribunales ambientales se señalaba: *“Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de la administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable”*.

Esto explica por qué resulta necesario crear un tribunal, pero concretamente el de un tribunal especializado. Medio Ambiente es un buen espacio para conjugar ese equilibrio. En él está en juego el bienestar de la comunidad, pero también el derecho de personas específicas que puedan verse afectadas por las decisiones de la autoridad pública.

Por tal motivo el Ejecutivo ha accedido a la creación de un Tribunal Ambiental, pero en el contexto de un acceso a una tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos en estas materias, de modo de no restringir su competencia solo al control de las decisiones de la Superintendencia, sino que también ampliarlo a todo el contencioso de la Ley N° 19.300, permitiendo de ese modo, el igual acceso a la jurisdicción a todos los ciudadanos”.

ciones de clausura y revocación de la RCA (art. 17 N°s 2 y 4, respectivamente). Respecto de la primera excepción, la acción de responsabilidad por el daño ambiental no se establece como vía para obtener la responsabilidad del Estado, sino de cualquier sujeto que causa daño ambiental, por lo que perfectamente puede tratarse de un conflicto entre privados, independientemente de que en dicho caso, igualmente serán aplicables las normas público-ambientales que rigen la materia y del interés público que existe en toda controversia relativa al daño significativo al medio ambiente. En el segundo caso, las competencias autorizatorias en rigor no corresponden a una función jurisdiccional, sino más bien a un trámite que debe dar garantía al ciudadano en el correcto ejercicio de poderes muy intensos por parte de la SMA. Su ejercicio no implica una preclusión de las facultades jurisdiccionales del Tribunal Ambiental, ya que éste puede conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que se impugnen a través de las acciones analizadas más adelante.

2.1 Honores, Número e Integración

Cada Tribunal Ambiental tendrá el tratamiento de "*Ilustre*", y cada uno de sus miembros el de "*Ministro*" (art. 2 Inc. final LTAA). En este punto los Tribunales Ambientales se diferencian de lo que ocurre con la justicia ordinaria, ya que la LTAA innovó respecto de lo dispuesto para los jueces ordinarios que reciben el tratamiento de "*Señoría*" (art. 306 Código Orgánico de Tribunales). Aparentemente, la intención de la LTAA fue de darle al juez ambiental un rango similar a la de un ministro de Corte de Apelaciones, lo que se confirma con la Ley N° 20.749 que dispone la suplencia de los ministros letrados de los tribunales ambientales por un ministro de la CA de Antofagasta, Santiago y Valdivia, dependiendo de si se trata del Primer, Segundo o Tercer Tribunal Ambiental, respectivamente. Esta simple utilización del lenguaje delata la ambigüedad conceptual que el tribunal posee, ya que si bien ejerce una competencia preferente en el contencioso administrativo ambiental, conserva aspectos propios de un tribunal de jurisdicción común.

La ley crea tres tribunales ambientales²², los que tienen competencia relativa o territorial en macro zonas del territorio nacional (art. 5 LTAA), a saber:

- Primer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Antofagasta, y con competencia territorial en las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá, de Antofagasta, de Atacama y de Coquimbo.
- Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Santiago, y con competencia territorial en las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y del Maule.
- Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Valdivia, y con competencia territorial en las regiones del Biobío, de La Araucanía, de Los Ríos, de Los Lagos, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena.

El art. 5 LTAA, que dispone el número y competencia relativa de los TTAA incurre en un error de téc-

²² Hasta el momento del cierre de edición del presente libro, el proceso de nominación de los integrantes del Primer Tribunal Ambiental se encontraba suspendido y en riesgo de fracasar, al igual que los dos procesos llevados con anterioridad para el mismo tribunal.

nica legislativa, toda vez que el inciso primero se refiere a "*jurisdicción territorial*", y luego se refiere a la "*competencia territorial*" para cada tribunal. Fuera de la falta de consistencia en el uso de los términos, la norma incurre en el error de hacer sinónimos jurisdicción y competencia, lo que evidentemente no es así¹³. Por otra parte, la fuente material que justifica la distribución territorial de competencias no es clara. En principio, la idea del legislador de la Ley N° 20.600 fue crear un único tribunal ambiental con asiento en Santiago. El desarrollo de la tramitación legislativa llevó a que otros dos tribunales fueran incorporándose al diseño inicial. Sin embargo, la determinación de zonas de algunos de ellos (como es el caso del tercer tribunal ambiental, con asiento en la comuna de Valdivia) no aparece fundado en la conflictividad que posee la región, sino en una decisión política, aspecto que puede incidir en un adecuado acceso de los ciudadanos de otras comunas del país a la justicia ambiental.

Los TTAA están integrados por tres ministros titulares y dos suplentes. Uno de los ministros titulares y uno de los suplentes deberá ser licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales, los demás son abogados con especialización en Derecho Administrativo o Derecho Ambiental (art. 2 inc. 1º LTAA). En consecuencia, se trata de un tribunal de composición mixta, en que uno de los jueces es lego, aunque con un conocimiento técnico de las materias ambientales.

Durante la discusión parlamentaria tanto el Gobierno que impulsó el proyecto como la mayoría de los parlamentarios, estuvieron contestes en la conformación mixta de los Tribunales Ambientales. Sin embargo, ello puede presentar ciertas dificultades cuando se analizan las competencias que la ley le entrega. En efecto, los TTAA son órganos jurisdiccionales especializados, con una competencia que es básicamente de carácter contencioso-administrativa de impugnación. Es decir, de revisión de la legalidad de los actos administrativos ambientales. En consecuencia, la intervención de un profesional lego, aunque versado en aspectos técnicos ambientales, puede significar un aporte en la valoración de los antecedentes de hecho de una actuación. Sin embargo, cuando se trata de contrastar el acto administrativo con el ordenamiento jurídico, para efectos de determinar su ajuste a la legalidad, la tarea se vuelve eminentemente jurídica y no técnica.

Por otro lado, la utilización de la preposición "o", al establecer los requisitos de los jueces letrados, puede dar a entender que el dominio del Derecho administrativo por parte del juez ambiental es alternativo y no esencial. En la práctica, ello podría justificarse considerando que conocer el Derecho ambiental supondrá, necesariamente, conocer el Derecho aplicable a la Administración Pública, pues como se ha afirmado, tal disciplina está constituida en gran medida por el Derecho de los servicios públicos y de la mantención del orden público. Si esta salvedad en cierto modo garantiza el dominio teórico que el juez debe poseer sobre la regulación administrativa, su familiaridad con la práctica de la Administración no se encuentra asegurada. Claro está, el juez ambiental no ignora el Derecho aplicable a este sector de la actividad estatal. No obstante, juzgar a la Administración requiere algo más que eso. Una vinculación estrecha en este sentido hubiera sido deseable, pues mientras mayor sea el conocimiento que el juez ambiental posee acerca de las posibilidades y límites de la Administración Ambiental, mayor será el equilibrio que éste podrá asegurar entre los derechos de la Administración y del ciudadano. El legislador no parece haber considerado esta perspectiva, o antes bien la ha desatendido deliberadamente, intentando salvaguardar una errada idea acerca de la independencia del

¹³ Cfr. Álvaro Pérez Ragone y Raúl Núñez Ojeda, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ed. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago 2013, en particular capítulos 2 y 6.

tribunal. Este concepto de independencia no es del todo aplicable a una jurisdicción especializada, que requiere de un conocimiento y de una cercanía constante con la vida de la Administración. En resumen, la independencia del juez ambiental no implica su alejamiento de la Administración, ni mucho menos su ignorancia acerca de su funcionamiento.

2.2 Características de los Tribunales Ambientales

Existe una tendencia mundial hacia la creación y el fortalecimiento de una jurisdicción ambiental. Se estima que existen al menos 350 foros a nivel mundial especializados en resolver disputas relativas a la protección del medio ambiente, los recursos naturales y el uso del suelo¹⁴. Esta tendencia es explícita, ya que, como se ha señalado *"El poder judicial es también un socio crucial en la promoción del medio ambiente, la gobernabilidad, la defensa del Estado de Derecho y garantizar un equilibrio justo entre las consideraciones ambientales, sociales y de desarrollo a través de sus sentencias y declaraciones. Los tribunales de muchos países han demostrado sensibilidad en la promoción del Estado de derecho en el ámbito del medio ambiente y desarrollo sostenible, lo que se ha demostrado ampliamente en varios simposios regionales de jueces organizados por el PNUMA en todo el mundo y en el Simposio Mundial de Jueces celebrado en vísperas de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, en agosto de 2002"*¹⁵.

La forma y contenido que la LTAA ha dado a los Tribunales Ambientales permite formular un conjunto de características de estos órganos jurisdiccionales especializados. En este punto, no se analizarán las características comunes de un órgano jurisdiccional, tales como independencia, imparcialidad, su carácter permanente, etc. Por el contrario, se analizarán aquellas características específicas de esta clase de tribunales, en particular pueden mencionarse las siguientes:

- *Especialización de sus integrantes.* La ley crea un órgano especializado en el conocimiento de materias ambientales. La especialización del mismo se aprecia, por una parte, en las materias de que conoce, y por la otra, en el nivel de conocimiento y especialización de sus integrantes¹⁶. Respecto de las primeras, en el numeral siguiente se analizarán las mismas, por lo que se remite su estudio a él. El segundo aspecto puede apreciarse en la exigencia legal relativa a que uno de los ministros titulares y uno de los suplentes deberá ser licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales; los demás son abogados con especialización en Derecho administrativo o Derecho ambiental. Estos últimos deben haberse destacado en la actividad académica o profesional en tales materias y haber ejercido la profesión por al menos 10 años (art. 2 inc. 1º LTAA). A ello se agrega que en el proceso de selección de los integrantes

¹⁴ George (Rock) Pring y Catherine (Katty) Pring, *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, The Access Initiative, 2009, p. 1.

¹⁵ Klaus Topfer, UNEP Global Judges Programme, United Nations Environmental Programme, 2005, mensaje p. V. Traducción del texto original que señala: *"The judiciary is also a crucial partner in promoting environmental governance, upholding the rule of law and in ensuring a fair balance between environmental, social and developmental considerations through its judgements and declarations. The courts of many countries have shown sensitivity to promoting the rule of law in the field of environment and sustainable development, which has been amply demonstrated at several regional judges symposiums organized by UNEP across the world and at the Global Judges Symposium held on the eve of the World Summit on Sustainable Development, in August 2002"*.

¹⁶ La exigencia de especialización también se aprecia en el Derecho Comparado, así George (Rock) Pring y Catherine (Katty) Pring, *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, op. cit., p. 73.

tes de los TTAA se han especificado tales requisitos a través de los denominados “*perfiles del cargo*” exigidos por la Corte Suprema.

- **Jerarquía de tribunal superior.** La LTAA le da tratamiento de Ilustre a cada tribunal y a sus integrantes de ministro. Sin embargo, la LTAA evita denominar a los TTAA como tribunales superiores y de darle cualquier denominación que los acerque a aquéllos. En efecto, los TTAA no son tribunales de segunda instancia, ya que las materias de las que conocen son vistas por primera vez ante ellos. Sin embargo, por el régimen de recursos jurisdiccionales, respecto de la sentencia definitiva, se asemejan a una Corte de Apelaciones¹⁷, ya que de estos conoce la Corte Suprema por la vía de la casación en el fondo y en la forma con modificaciones (art. 26 inc. 4º LTAA). Sin embargo, para otras resoluciones, procede el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva. En efecto, el art. 26 inc. 1º LTAA dispone: “*En estos procedimientos sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada*”. No obstante lo anterior, la jerarquía de los TTAA se reforzó con la Ley Nº 20.749 que dispone la suplencia de los ministros letrados de los tribunales ambientales por un ministro de la CA de Antofagasta, Santiago y Valdivia, dependiendo de si se trata del Primer, Segundo o Tercer Tribunal Ambiental, respectivamente.
- **Forma de nombramiento compleja.** La forma de nombramiento de los ministros integrantes del Tribunal Ambiental no tiene parangón en el Derecho Público chileno. Se trata de las únicas autoridades públicas respecto de las que, para su nombramiento, deben intervenir todos los poderes del Estado. El art. 2 inc. 2º LTAA dispone: “*Cada ministro será nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la Corte Suprema*”. En los incisos siguientes de dicho artículo se regula detalladamente el proceso de nombramiento de los integrantes del Tribunal Ambiental.
- **Nombramiento temporal.** Los ministros de los TTAA no tienen permanencia indefinida en el cargo, al modo de los tribunales ordinarios de justicia. Aquéllos son nombrados por seis años, pudiendo ser reelegidos hasta por dos periodos sucesivos y se renovarán parcialmente cada dos años (art. 2 inc. 12 LTAA)¹⁸.
- **Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.** El establecimiento de un régimen de inha-

¹⁷ En el Derecho comparado se sigue una tendencia similar, en el sentido que los tribunales o cortes ambientales tengan la jerarquía de tribunal superior, o una sala o cámara de éste. Así por ejemplo en las Cortes Ambientales de Nueva Gales del Sur (Australia); la división ambiental de la Corte de Vermont; la Corte Ambiental de Nueva Zelanda, la Corte de Planificación y Medio Ambiente de Queensland y la Corte de Medio Ambiente y Recursos Naturales de South Australia.

¹⁸ De conformidad con el artículo cuarto transitorio “*El nombramiento de los primeros integrantes de los Tribunales Ambientales se efectuará conforme a las siguientes reglas:*

- 1.- Un ministro titular abogado lo será por dos años y el otro por seis; el ministro titular licenciado en ciencias será nombrado por cuatro años.
- 2.- Entre los ministros abogados la determinación de quién asumirá el periodo de dos o seis años se efectuará por sorteo.
- 3.- *Tratándose de los ministros suplentes, el abogado será nombrado por cuatro años y el licenciado en ciencias lo será por seis años*”.

bilidades, incompatibilidades y prohibiciones es una herramienta para garantizar la independencia e imparcialidad de todo órgano jurisdiccional y de todo juez. En el caso de los integrantes de los TTAA, estas inhabilidades se han reforzado en función de la materia de que conoce el tribunal. Al respecto el art. 3 inc. 1º LTAA dispone que: *"No podrá ser elegido ministro titular o suplente quien en los dos años anteriores a su nombramiento se haya desempeñado como Ministro del Medio Ambiente, Subsecretario del Medio Ambiente, Secretario Regional Ministerial del Medio Ambiente, Director del Servicio de Evaluación Ambiental o Superintendente del Medio Ambiente, así como cualquiera que hubiese desempeñado un cargo directivo en las precitadas instituciones en el mismo período"*. Una vez nombrado en el cargo y durante el ejercicio del mismo resulta aplicable el régimen de inhabilidades que establece el art. 9¹⁹.

A ello se agrega que el art. 3 inc. 2º LTAA dispone: *"El cargo de ministro titular de Tribunal Ambiental es de dedicación exclusiva e incompatible con todo otro empleo, cargo, función o comisión, remunerada o no, que se ejerza en entidades privadas o públicas, sean estas últimas fiscales, municipales, fiscales autónomas o semifiscales, en empresas del Estado o en las que éste tenga participación por aportes de capital. Asimismo, es incompatible con todo cargo de elección popular"*. La excepción a esta incompatibilidad está en el desempeño de tareas docentes, hasta por doce horas semanales (art. 3 inc. 3º LTAA).

Durante el desempeño del cargo los integrantes del Tribunal Ambiental están sometidos a las prohibiciones que establece el art. 11 LTAA, cuya transgresión es sancionada de conformidad a lo dispuesto en la misma norma²⁰.

¹⁹ El art. 9 LTAA dispone: *"Inhabilidades. Serán aplicables a los ministros de los Tribunales Ambientales las causales de inhabilidad contempladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales."*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que el ministro titular o suplente, según corresponda, estará especialmente inhabilitado cuando:

a) En una causa que deba conocer, tengan interés su cónyuge o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o personas que estén ligadas al mismo por vínculos de adopción, o las empresas o sociedades en las cuales estas mismas personas sean sus representantes legales, mandatarios, directores, gerentes o desempeñen otros cargos directivos, posean directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas un porcentaje del capital de la sociedad superior al cinco por ciento, o que les permita elegir o hacer elegir uno o más de sus administradores, o ejerzan una influencia decisiva en la administración o gestión de la sociedad, según lo dispuesto por el artículo 99 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, y

b) Haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de parte en la causa de que se trate, en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de aquélla o durante el procedimiento sancionador por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente que lo haya originado, así como en el procedimiento de evaluación ante el Servicio de Evaluación Ambiental.

Será causal de inhabilidad que el ministro haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que tengan o hayan tenido, en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de la causa en cuestión, la calidad de contraparte de las personas a que se refiere la letra b) del inciso segundo de este artículo, en algún proceso judicial o de negociación comercial que pueda afectar la imparcialidad del ministro.

La causal invocada podrá ser aceptada por el ministro afectado. En caso contrario, será fallada de plano por el Tribunal, con exclusión de aquél, aplicándose una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias mensuales al inculpa, si la imputación o la recusación fuere desestimada, por manifiesta falta de fundamento, en forma unánime.

²⁰ El art. 11 LTAA dispone: *"Prohibiciones. Los ministros de los tribunales ambientales no podrán celebrar o caucionar contratos con el Estado ni actuar, ya sea por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que formen parte, como mandatarios en cualquier clase de juicios contra el Fisco, o como procuradores o agentes en gestiones particulares de carácter administrativo, en la provisión de empleos públicos, consejerías, funcio-*

- *Competencia amplia.* La competencia de los TTAA puede ser agrupada en aquélla que es propia de un tribunal, es decir, para conocer de las acciones que se interpongan ante él, y una competencia que abarca facultades de autorización, referida a las medidas provisionales y suspensivas y de aplicación de cierta clase de sanciones por parte de la SMA. Dentro de la primera categoría, esto es la competencia para conocer de las acciones o demandas que se interpongan ante el tribunal ambiental, se cuentan las acciones de naturaleza estrictamente contencioso administrativa y las de reparación por el daño ambiental. Las primeras se refieren al conocimiento y revisión de la legalidad de un acto administrativo o de una norma ambiental. Es decir, se trata de verdaderas acciones contencioso-administrativas de impugnación o de revisión de normas. Por su parte, las segundas se refieren al conocimiento de la acción de responsabilidad por el daño ambiental (Ver C.IV, 9). Esta amplitud de acciones permite afirmar que la competencia ambiental de los TTAA es amplia, ya que la intención fue concentrar ante ellos el conocimiento de los asuntos de dicha naturaleza. En el mensaje del proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales, se señalaba expresamente que el tribunal *“Dispone de competencias generales en materia ambiental, de manera que se trasladan todas las atribuciones contenciosas administrativas de la ley N° 19.300 a este tribunal, tratando de ser consistentes con lo que persigue el proyecto de ley de rediseño institucional, en la medida de buscar integralidad de la regulación ambiental y por ésta vía, consistencia en el sistema de reclamaciones y solución de controversias”*. Como se verá en el numeral siguiente, la amplitud de las materias dependerá en buena medida de la forma en que los TTAA interpreten el alcance de las acciones entregadas a su conocimiento, lo que, por el régimen de recursos, deberá ser confirmado por la Corte Suprema.
- *Incorpora elementos científicos y técnicos en el conocimiento y decisión de las controversias.* Esta característica puede apreciarse en los siguientes elementos: la sentencia emanada del Tri-

nes o comisiones de similar naturaleza, ni podrán ser directores de banco o de alguna sociedad anónima, o ejercer cargos de similar importancia en esas actividades.

Tampoco podrán ejercer la abogacía, pudiendo solamente defender causas personales o de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos o pupilos.

Asimismo, no podrán, por el lapso de dos años contado desde que cesaron en el cargo de ministro, asesorar o prestar servicios profesionales a personas naturales o jurídicas en cualquier tipo de gestiones que se realicen en los tribunales ambientales ubicados en la región en la que ejercieron su cargo. Dicho término se reducirá a un año tratándose de los demás tribunales ambientales.

La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos por el período de cinco años y con una multa de tres a doce remuneraciones mensuales que hubiere percibido en el cargo de ministro. Estas sanciones serán aplicadas por la Corte Suprema, a requerimiento de cualquier interesado.

El requerimiento a que alude el inciso precedente, señalará con claridad y precisión los hechos que configuren la infracción y a él se acompañarán o se ofrecerán, si fuera el caso, los medios de prueba en que se fundaren. Si el requerimiento no cumpliera estos requisitos, el pleno, convocado al efecto, lo declarará inadmisibile en cuenta, sin más trámite. Admitido a tramitación el requerimiento, el Presidente de la Corte Suprema dará traslado de éste al requerido, el que deberá ser evacuado dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de recepción del mismo, el cual le será remitido junto con sus antecedentes por la vía que se estime más expedita.

Evacuado el traslado o transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente, el Presidente de la Corte citará a una audiencia en que se recibirá la prueba que se hubiere ofrecido y designará al ministro ante el cual deberá rendirse. Efectuadas las diligencias o vencidos los plazos sin que se hubieren evacuado, ordenará traer los autos en relación ante el pleno de la Corte Suprema, especialmente convocado al efecto. La Corte sólo podrá decretar medidas para mejor resolver una vez terminada la vista de la causa.

Cualquiera de las partes podrá comparecer ante la Corte Suprema hasta antes de la vista de la causa”.

bunal Ambiental debe enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia (art. 25 LTAA); la figura del *Amicus Curiae* permite la intervención de un profesional de reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia que conoce el tribunal (art. 19 inc. 2º LTAA); el tribunal es de integración mixta, para lo cual incorpora a un ministro titular y a uno suplente licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales (art. 2 inc. 1º LTAA); puede decretar de oficio medidas para mejor resolver consistentes en la audiencia a especialistas en una determinada materia (art. 29 inc. final LTAA)²¹; procede la prueba pericial especializada en materia de daño ambiental (art. 42 LTAA); y considera dentro de la planta de funcionarios de cada Tribunal Ambiental la colaboración de profesionales universitarios del ámbito económico y del ámbito de las ciencias (art.13 LTAA).

3. ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS EN PARTICULAR

A lo largo del presente numeral serán analizadas las acciones contencioso administrativas cuyo conocimiento ha sido entregado a los TTAA. Todas ellas tienen como elemento común que se trata de acciones de impugnación o de revisión de normas y actos administrativos, por lo que la competencia del tribunal es de naturaleza contencioso-administrativo, la que sólo se refiere a la facultad de examinar la legalidad de una norma o de un acto administrativo. Por el contrario, los TTAA no tienen competencia para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado como consecuencia de su actuación ilegal. Desde la perspectiva procesal, la LTAA agrupa todas las acciones de impugnación bajo un proceso que denomina como “reclamaciones”²².

El carácter de contencioso administrativo de impugnación se confirma en el art. 30 LTAA que a propósito de la sentencia en materia de reclamaciones dispone: “*Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda la actuación impugnada*”. En consecuencia, a partir de esta sola disposición puede concluirse que cuando la LTAA alude a las reclamaciones, se quiere referir al conjunto de acciones de impugnación de actos administrativos y normas, consistente en el examen judicial de legalidad de los mismos. Sin embargo, como se verá a propósito de cada acción específica, aparentemente, la ley limita el ámbito de control, restringiendo el contraste sólo a una parte del ordenamiento jurídico. Esta falta de coherencia de la norma sólo puede salvarse a partir de una lectura desde la norma constitucional que garantiza la tutela judicial efectiva (art. 38 inc. 2º CPR), en cuanto de ella se desprende la universalidad y efectividad de la tutela, con lo que el contraste que debe efectuar el juez siempre deberá ser respecto de todo el bloque normativo y no sólo respecto de una parte de éste.

²¹ Tal fue el caso, en la causa sobre impugnación del DS Nº 20 de 2013 del MMA, que deja sin efecto la norma primaria para MF 10, seguida ante el Segundo Tribunal Ambiental, Rol Nº 22-2014.

²² Se debe criticar esta denominación ya que en realidad lo que regula la LTAA son acciones de impugnación, es decir, vías jurídicas para obtener la revisión de legalidad de actos administrativos y normas ambientales. A ello se agrega que la LTAA en su art. 20 también utiliza la expresión “reclamación” para referirse al recurso administrativo especial que allí se establece.

3.1 Acción de impugnación de normas ambientales

Esta acción contencioso administrativa busca la impugnación de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas; y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, en conformidad con lo dispuesto en el art. 50 de la ley Nº 19.300 (art. 17 Nº 1º LTAA). La LTAA no innova respecto de la antigua acción existente en el art. 50 LBGMA en su versión original. En efecto, tanto la Ley Nº 20.417 que modificó la Administración Pública Ambiental, como la LTAA fueron recalitrantes en mantener los errores de que adolecía la antigua acción²³.

Según dispone el art. 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”*. A ello se debe agregar que, como cualquier DS firmado por el Presidente de la República, deberán haber sido examinados, previamente, por la Contraloría General de la República en el trámite de toma de razón²⁴. 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. Confirma esta crítica lo dispuesto en el art. 48 LBPA, sobre la obligación de publicar, el cual 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”*²⁵.

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 en el art. 50 y el art. 17 Nº 1º LTAA han dispuesto una acción contencioso administrativa especial, pero lo han hecho de una manera tan restrictiva que, en realidad, constituye un *“ejemplo de manual”* de una disposición que se autoanula y que, a menos que los TTAA intenten una interpretación progresiva y desde el Derecho ambiental, se tratará de un mero papel mojado. En efecto, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos de la regulación de la acción para demostrar este aserto:

El objeto de la reclamación es la impugnación del acto, pero aparentemente sólo se contrasta con la LBGMA

El art. 17 Nº 1 LTAA señala que los TTAA son competentes para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los mencionados DS. Normalmente, en los casos en que el legislador utiliza la expresión *“reclamo”* o *“reclamación”* quiere significar una acción de impugnación del acto

²³ Jorge Bermúdez Soto, El control judicial de las normas primarias de derecho ambiental. Déficit de Aplicación y errores en el diseño legal, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor), La Justicia Administrativa, Ed. LexisNexis, Santiago 2005, pp. 271-299.

²⁴ Sobre el tema, Iris Vargas Delgado, La toma de razón ambiental, Ed. ConoSur, Santiago, 2000.

²⁵ 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.

administrativo. El art. 50 LBGMA al referirse a la legitimación activa señala que la acción puede ser interpuesta por cualquier persona que considere que no se ajustan —los DS— a esta ley y a la cual causen perjuicio. Por su parte, el art. 18 N° 1° LTAA al referirse a la legitimación activa, dispone en terminos similares que pueden intervenir como parte, en esta acción que impugna los mencionados DS, cualquier persona que considere que los decretos que tal numeral menciona no se ajustan a la ley N° 19.300 y le causan perjuicio.

En consecuencia, el examen de legalidad se verificará contrastando el texto del DS con el de la LBGMA. El art. 50 LBGMA no establece ninguna otra restricción, en consecuencia el examen se realizará respecto de todo el articulado de dicha ley y no sólo respecto de las normas procedimentales establecidas para la dictación de dichos DS.

La pregunta que surge aquí es si puede ser utilizada esta vía para reclamar respecto de otras ilegalidades de que pueda adolecer el DS, e incluso de su inconstitucionalidad. Los términos del art. 50 LBGMA son claros, el requisito es que el DS no se ajuste a la LBGMA, por lo que frente a otras ilegalidades o inconstitucionalidades, aparentemente no podría ejercerse este contencioso especial, sino que deberá interponerse la acción ordinaria de nulidad del acto administrativo, sin perjuicio de la vía ante el TC, en aplicación del art. 93 N° 16 CPR. Esta alternativa tendría la virtud de reservar a los TAA como una sede de contencioso propiamente ambiental, situación que excluiría otros contenciosos administrativos. La propia idea de una jurisdicción especializada, integrada de la forma en que los TAA lo son, fundamentaría esta posición. De cualquier forma, una solución en este sentido sería limitada, al reservarse el análisis de la ilegalidad administrativa únicamente a la LBGMA (y no a otras leyes ambientales sectoriales), lo que como se dijo, pugna con la tutela judicial efectiva. Por lo demás, la propia ley no ha sido sistemática en este aspecto, si se considera que otras reclamaciones permiten efectivamente un contraste reglamentario, legal e inclusive constitucional. Es claramente una cuestión mayor, si se observa que de esta solución depende la calificación del tribunal, en tanto juez de Derecho común de la Administración Ambiental, o únicamente de una parcela del ordenamiento que le es aplicable a ella. Finalmente, una interpretación contraria, es decir, que no es posible revisar otras ilegalidades de los DS en otra sede, 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. Por su parte, la circunstancia que el análisis de la legalidad del DS sólo quedase reducida a su contraste frente a la LBGMA llevaría a la situación de que en realidad, dichos actos también son impugnables por la vía de la acción de nulidad ante un tribunal ordinario. En consecuencia, la falta de cuidado que en este punto ha tenido el legislador de la Ley N° 20.600, al reiterar el error en que incurrió la LBGMA, podría poner en entredicho la propia viabilidad del carácter de contencioso-administrativo de normas, que se le pretendió dar a los TAA.

Como se ha dicho, la única solución radica en interpretar que todas las acciones de impugnación de la LTAA quedan cubiertas por el art. 30 y que, en consecuencia, la revisión es completa. En efecto, dicha disposición habilita al tribunal ambiental para que declare en la sentencia que acoge la acción que *“el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido”*. Por lo que el juez ambiental tendrá a la vista en su análisis todo el ordenamiento jurídico y no sólo la LBGMA, circunstancia que por lo demás explica el que los ministros de cada Tribunal Ambiental al sumir su cargo juren o prometan, desde el inicio, *“guardar la Constitución y las leyes de la República [en plural] ante el Presidente de la Corte Suprema en audiencia”* (art. 4).

Legitimación activa improbable

Pueden ejercer la acción de impugnación de normas todos aquellos que consideren que el DS no se ajusta a la LBGMA y les cause perjuicio (art. 18 N° 1 LTAA). 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.

La 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 los primeros, o los niveles de emisión que introducen las segundas. 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, 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. Hasta aquí puede apreciarse una deficiencia de la norma, aún bajo una interpretación tradicional de la expresión “perjuicio”.

Sin embargo, será evidente que si el DS fija, por ejemplo, un estándar para material particulado MP10 o 2,5 que supera, en el mejor de los casos, en tres veces a la peor norma del Derecho comparado (como ocurre en el caso chileno), buena parte de la ciudadanía se verá perjudicada por dicho nivel (por lo pronto, niños y ancianos que por problemas respiratorios llenan los hospitales durante los meses de invierno). En consecuencia, el perjuicio exigido no puede asimilarse al requisito general que se requiere para la procedencia de las acciones de responsabilidad civil. Por el contrario, el perjuicio en el ámbito ambiental se materializa en el interés que tiene cualquier persona en que las normas ambientales que se dicten, efectivamente, sirvan para proteger el medio ambiente. Así, en las acciones de impugnación de normas la exigencia de perjuicio debe ser entendida como un interés legítimo vulnerado por el DS que fija el estándar insuficiente o demasiado laxo, 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* de la acción contencioso administrativa de los arts. 50 LBGMA y 17 N° 1 y 18 N° 1 LTAA. De otra manera, se perdería de vista el carácter colectivo que tienen el medio ambiente y la protección ambiental, lo que incluye también la posibilidad de acceder a la jurisdicción ambiental.

Plazo de interposición

La publicación del DS en el Diario Oficial abre un plazo de 30 días para interponer el reclamo ante el TTA. 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 art. 50 LBGMA señala expresamente que “estos decretos serán reclamables...”. Y dichos decretos a los que se refiere dicha norma son los del art. 49, dentro de los que no se menciona ningún DS relativo a una regulación especial para casos de emergencia. Una interpretación que permite salvar

este nuevo problema parte de la base que dentro de los planes de prevención y descontaminación se consideraran instrumentos de gestión ambiental específicos para cumplir los objetivos del plan (art. 45 letra e) LBGMA), entre dichos instrumentos deben ser consideradas estas regulaciones específicas (a ellas también se refiere el art. 56). Dichas regulaciones específicas probablemente se contendrán en actos administrativos distintos del DS, las que por lo general adoptarán la forma de resoluciones. En consecuencia, ellas también deberían ser consideradas dentro de esta vía de impugnación jurisdiccional especial.

A lo anterior debe agregarse que el plazo previsto para la impugnación es demasiado breve si se considera que éste se computa desde la publicación y no desde la manifestación evidente del daño. En consecuencia, cuando una norma ambiental fija un estándar inadecuado y genera un daño acumulativo en el medio ambiente o en la salud de la población, la manifestación del daño se producirá años después de dictada la norma.

Suspensión de la norma impugnada

Finalmente, debe considerarse el art. 50 inc. 2° LBGMA que establece que *"La interposición del reclamo no suspenderá en caso alguno los efectos del acto impugnado"*. Ello impediría solicitar alguna medida cautelar tendiente a suspender provisionalmente el acto. Sin embargo, esta norma choca con lo dispuesto en el art. 24 LTAA, el que establece la posibilidad para el tribunal de adoptar medidas cautelares innovativas y conservativas, sin ninguna restricción. La contradicción entre las citadas disposiciones plantea el clásico problema de hacer prevalecer las reglas de aplicación temporal de las normas o bien, de especialidad de las mismas. Evidentemente, lo deseable hubiere sido que el legislador hubiese divisado la contradicción expuesta, dándole una solución normativa. Como ello no ocurrió, debe entenderse que la norma del art. 24 LTAA deroga tácitamente la restricción del art. 50 inc. 2° LBGMA, con lo que el Tribunal Ambiental que conoce de la impugnación podrá suspender la aplicación de la norma o disposición impugnada por la vía de una medida cautelar (art. 24 LTAA).

Tribunal Ambiental competente

Dependiendo de la norma ambiental impugnada variará el Tribunal Ambiental competente. En el caso de las normas primarias de calidad y de las normas de emisión, será competente el Tribunal Ambiental que en primer lugar se avoque a su conocimiento, excluyendo la competencia de los demás (art. 17 N° 1 2° frase LTAA). El fundamento de esta regla está en el entendido del alcance nacional de las normas primarias y de emisión. Sin embargo, esto debe considerarse como erróneo, toda vez que, por una parte, aparece como dudoso desde la perspectiva constitucional que las normas primarias de calidad ambiental puedan tener un alcance nacional (C.III, 4.3.3) y en el desconocimiento de la existencia de normas de emisión de carácter acotado a una parte del territorio²⁶. A ello se agrega que la aplicación de esta regla planteará otros problemas procesales. En efecto, el legitimado pasivo de esta acción es el Estado centralizado, representado por el CDE. Por tanto, el domicilio del demandado será siempre la ciudad de Santiago. Si se reputa que la acción de impugnación es de carácter mueble, la acción de-

²⁶ Así por ejemplo, el DS N° 80, 2006 MINSEGPRES, establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén.

bería conocerla el tribunal del domicilio del demandado, es decir, el Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en Santiago (por aplicación del art. 138 COT). En consecuencia, en la práctica el CDE podría plantear la excepción de incompetencia relativa respecto del Primer y Tercer Tribunal Ambiental, ya que en realidad la norma en el art. 17 N° 1 2ª frase LTAA, opera frente a situaciones de tribunales con igual competencia territorial, lo que no es el caso de los TTAA que tienen competencia sobre macro zonas distintas.

En relación con las demás normas impugnadas por esta vía (normas secundarias de calidad ambiental, decretos supremos que declaran zonas como saturadas o latentes y decretos supremos que establezcan planes de prevención o descontaminación) corresponde su conocimiento al Tribunal Ambiental que tenga competencia²⁷ sobre la zona del territorio en que sea aplicable el respectivo decreto.

3.2 Acción de impugnación de sanciones administrativas y otros actos de la SMA

El art. 17 N° 3 LTAA dispone que los TTAA son competentes para *“Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción”*.

Se trata de una acción de impugnación que no tiene más regulación que la citada, y la de legitimación activa que establece el art. 18 N° 3 LTAA, la que dispone que pueden intervenir como partes las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la SMA.

Lo que aparentemente se establecía como un claro contencioso de impugnación de sanciones de la SMA, en realidad debe ser analizado con mayor detalle, ya que, como se verá, se trata de un contencioso que se abre a la revisión de toda actuación de la SMA.

Actos impugnables

Es impugnable por esta vía toda resolución de la SMA, y no sólo la que impone una sanción. En efecto, ello se desprende de lo dispuesto del art. 56 inc. 1º LOSMA: *“Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental”*. La literalidad de la disposición no limita la impugnación a los actos administrativos sancionadores de la SMA, sino a cualquier resolución de ésta. En consecuencia, otras clases de actuaciones terminales de la autoridad ambiental podrán ser revisadas judicialmente. Así, por ejemplo, las resoluciones que aprueban un plan de reparación, aceptan la autodenuncia, requieren el sometimiento al SEIA o aprueban un programa de cumplimiento, podrán ser revisadas por esta vía judicial. En este punto no debe olvidarse que lo impugnable en el Derecho administrativo chileno son los actos terminales, es decir, el acto administrativo propiamente dicho, pero no lo son los actos de trámite. En consecuencia, los actos que se insertan en un procedimiento administrativo, como el acto por el que se formulan cargos, niega una actuación, etc. sólo serán im-

²⁷ El art. 17 N° 1 2ª frase LTAA se refiere al tribunal con “jurisdicción” lo que, como se ha dicho, es técnicamente erróneo.

pugnables en la medida que causen indefensión o pongan fin al procedimiento administrativo (art. 15 inc. 2º LBPA).

Alcance de la revisión

La redacción de la norma del art. 56 inc. 1º LOSMA resulta curiosa, ya que para el contraste de legalidad se enumera que éste debe ser en relación con la ley, reglamentos y otras disposiciones que le corresponda aplicar a la SMA. Sin embargo, precisamente el control de legalidad en la acción de impugnación consiste en contrastar el acto administrativo con el ordenamiento jurídico en su conjunto y no sólo con las normas que debe aplicar un determinado órgano de la Administración del Estado. En ese sentido, el art. 56 LOSMA incurre en el mismo error de la acción de control de normas, que restringe el contraste de legalidad en relación con la LBGMA, aunque aquí, claro está, se amplía al Derecho que debe aplicar el acto en particular. Nuevamente, la situación se puede salvar si se interpreta sistemáticamente la LTAA y se aplica en su extensión lo dispuesto en el art. 30 en materia de contenido de la sentencia.

Legitimación activa

De acuerdo con el art. 18 N° 3) LTAA, están legitimadas activamente *"las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente"*. En primer término, se debe descartar que la norma considere sólo como legitimado activo al titular de un derecho, toda vez que la ley no exige una lesión, que presupone un derecho, sino sólo que sea afectado directamente. En tal sentido, la persona afectada puede contar con un interés en el acto administrativo, el que pretende que sea dejado sin efecto con su reclamación ante el tribunal. Sin embargo, se debe tratar de un interés directo, ello limitará desde luego a aquellas posiciones jurídicas más alejadas de los efectos de la actuación, como por ejemplo quienes pudieran esgrimir un mero interés en la actuación legal de la SMA. Por el contrario, si estarán legitimados todos aquellos a quienes la actuación de la SMA no les resulta indiferente, sea porque la actuación es demasiado laxa y por tanto, admite una actividad que afecta al medio ambiente, o porque es demasiado estricta, impidiéndola, y dicha actuación vulnera un interés individual o colectivo. Será demostrativa del interés directo en la acción, la intervención del reclamante durante el procedimiento administrativo sancionador en calidad de denunciante, de acuerdo con el art. 47 inc. 3º LOSMA. Es decir, si una persona ha denunciado ante la SMA, tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado (art. 21 inc. 2 LOSMA), lo que le habilitará para actuar en el procedimiento administrativo sancionador, pero también para la impugnación judicial, al contar con interés individual o colectivo, lo que será suficiente para ejercer la acción.

Suspensión de los efectos del acto administrativo

El reclamo, por regla general, no suspende de forma automática la eficacia del acto administrativo de la SMA, salvo en el caso de *"las resoluciones que impongan multas"* las que *"serán siempre reclamables"*, lo que es una repetición innecesaria, atendida la vigencia del principio de impugnabilidad de todos los actos administrativos (art. 15 LBPA) y de tutela judicial efectiva (art. 38 inc. 2º CPR). Las multas *"no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta"*.

Renuncia de acción y pago anticipado

El art. 56 inc. final de la LOSMA dispone que *“Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, se le reducirá un 25% del valor de la multa. El pago deberá ser acreditado en el plazo señalado presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República”*. En este caso la norma no exige una renuncia expresa al ejercicio de la acción de impugnación, que para este caso la ley denomina reclamo de ilegalidad, y entiende que con el pago de la multa dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la resolución sancionatoria, estará tácitamente renunciando al ejercicio de aquélla y obtendrá el mencionado beneficio del descuento de la multa. Al respecto, eso sí, debe tenerse en cuenta en primer término que el beneficio señalado sólo será aplicable respecto de una clase de sanciones –la multa– omitiendo otras posibilidades de rebaja, por ejemplo, en el plazo de una clausura parcial, frente a la renuncia de la acción. Y además, que la renuncia de la acción afecta sólo al infractor, sin que se vean privados de su derecho a accionar los demás directamente afectados por la resolución sancionatoria.

3.3 Acción de impugnación de la RCA negativa

Ni la LTAA ni la LBGMA disponen de una acción directa y general para la impugnación de la RCA. Por el contrario, lo que hizo la LTAA fue mantener el esquema de impugnación de estas resoluciones que existía bajo la sola vigencia de la LBGMA. En efecto, lo que se establece es la posibilidad de impugnar la RCA de contenido desfavorable para el titular, sea porque rechaza la calificación ambiental de su proyecto o actividad sometido al SEIA o la que ha establecido condiciones o exigencias que lo hacen muy gravoso. Así lo dispone el art. 17 N° 5 LTAA, que dispone que el tribunal ambiental será competente para *“Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso”*.

Como consecuencia de lo anterior, el legitimado activo de dicha acción sólo podrá ser el titular del proyecto. Por el contrario, la ciudadanía en general, las ONGs ambientalistas, o la comunidad afectada por los impactos ambientales de un proyecto o actividad no están legitimados ante los TAA para impugnar una RCA favorable al mismo o que, calificándolo favorablemente, le hubiere impuesto condiciones que estima insuficientes. En este contexto, algunos aspectos que se deben tener en cuenta de esta acción son los siguientes:

Agotamiento previo de la vía administrativa

Esta acción exige como requisito de procesabilidad el agotamiento previo de la vía administrativa, que implica la interposición de los recursos administrativos especiales a que se refiere el art. 20 LBGMA. Es decir, la RCA se impugnará administrativamente ante el Director Ejecutivo del SEA o ante el Comité de Ministros, para el caso de las DIA y los EIA, respectivamente. El plazo para la interposición de dichos recursos es de 30 días desde la notificación de la RCA. Sólo una vez que se han evacuado las respecti-

vas resoluciones expresas o fictas (ya que procede el silencio administrativo) de los correspondientes recursos administrativos, podrá impugnarse lo resuelto ante el tribunal ambiental del lugar en que se hubiere evaluado el proyecto correspondiente.

Legitimación activa

Como se señaló, sólo se encuentran legitimados activamente para ejercer esta acción los titulares de los proyectos o actividades sometidos al SEIA, que son, a su vez, *“las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley”* (art. 18 N° 5 LTAA).

En este caso, el objeto de la reclamación será la anulación del acto administrativo desfavorable, es decir, aquél que rechazaba la calificación del proyecto. O bien, que se modifiquen las condiciones con las que se aprobó una RCA favorable, es decir que se modifique la RCA que aprueba el proyecto, imponiéndole unas condiciones de ejecución menos gravosas.

La falta de un mecanismo de impugnación directa de la RCA por parte de otros interesados, es uno de los mayores límites del acceso a la jurisdicción ambiental del sistema chileno, el que por alguna razón se ha mantenido inalterado desde la entrada en vigor de la LBGMA. Sólo la acción de nulidad de Derecho público y el recurso de protección ambiental permiten que la situación, a primera vista, no pueda ser considerada como una negación propiamente dicha del acceso al tribunal, en los términos del art. 38 inc. 2° CPR. No obstante, en el estado actual del Derecho ambiental, el acceso por las vías generales mencionadas es particularmente criticable. No sólo adolecen de una deficiencia orgánica (ya que excluyen la intervención de los TTAA, en tanto órganos contenciosos especializados, pero instaurados como tribunales de Derecho común en materia administrativa ambiental) y procedimental (particularmente el recurso de protección ambiental, pues supone la aplicación de un procedimiento sumario, tradicionalmente criticado cuando se trata del análisis de materias técnicas, como la ambiental); sino que además conlleva las restricciones propias de la configuración del recurso (demostrativo en ciertos límites aun presentes, por ejemplo, en el recurso de protección ambiental, a partir de la idea de afectación, que es constantemente esgrimida) (Ver C.II, 3.2). En general, debe considerarse que el recurso o acción de protección no es *“un contencioso-administrativo más, sino un proceso de carácter constitucional y urgente, aun cuando pueda ser dirigido contra la Administración del Estado”*²⁸. Producto de este control contrapuesto de la RCA (radicado por una parte, en el Tribunal Ambiental si el reclamante es el titular; y por otra, en el juez de letras en lo civil o en la Corte de Apelaciones, si lo es la ciudadanía en general, a través de la acción de nulidad de Derecho público o del recurso de protección ambiental, respectivamente) se afecta, además, la seguridad jurídica, que ha sido uno de los objetivos principales de la creación de los TTAA. Es en último término el propio titular del proyecto o actividad uno de los principales afectados con la situación, pues, por ejemplo, el SEA no podrá oponer la excepción de subsidiariedad²⁹ propia del recurso de protección, ante la inexistencia de un recurso especial

²⁸ Juan Carlos Ferrada Bórquez, et. al., El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno, en Revista Ius et Praxis V. 10 N° 2, 2004, p. 169.

²⁹ No obstante, toda subsidiariedad en este sentido es de por sí particularmente cuestionable. En este sentido, Juan Carlos Ferrada Bórquez, et. al., El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno, op cit. *“Hay que diferenciar claramente el amparo del proceso contencioso-administrativo, puesto que si bien en ambos casos se está frente a contenciosos, el amparo está imbuido por la materia constitucional, en este caso determinado por la protección de los derechos fundamentales”*. En materia

establecido por la LTAA, dando lugar a una apertura indirecta del contencioso por la vía del Derecho constitucional ambiental, que tornará inestable e incierta la observancia de los criterios desarrollados por parte de la jurisdicción especializada frente a impugnaciones iniciadas por el propio titular del proyecto. Como se verá (*Infra* 3.7), la única solución a esta situación será la consideración de la acción general de impugnación como una vía de revisión de la RCA susceptible de ser incoada por terceros interesados. Sin embargo, su procedencia dependerá en buena –o toda– medida del criterio interpretativo que tengan los TTAA, que incluso puede variar entre ellos, y en definitiva, de la Corte Suprema.

3.4 Acción de impugnación de la revisión de la RCA por cambio sustantivo en las variables ambientales

El art. 25 quinquies LBGMA establece una facultad expresa para el SEA de revisar la RCA *“excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones”*.

La misma disposición establece en su inc. final que *“El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20”*. En consecuencia, valen aquí las mismas consideraciones que se han efectuado respecto de la impugnación de la RCA negativa.

3.5 Acción de impugnación de la RCA por falta de consideración de las observaciones ciudadanas

El art. 17 N° 6) LTAA le entrega competencia a los TTAA para *“Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo, cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso”*.

El art. 29 inc. 4° LBGMA dispone un recurso administrativo especial a favor de cualquier persona natural o jurídica³⁰ que hubiere participado del SEIA respecto de un EIA y que considere que sus ob-

ambiental, esta distinción se plasma claramente en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Ya en la Sentencia de 9 de diciembre de 1994, en Causa López Ostra c. España, se afirma: *“Like the Commission and the applicant, the Court considers that on the contrary the special application for protection of fundamental rights lodged by the applicant with the Murcia Audiencia Territorial (see paragraph 10 above) was an effective, rapid means of obtaining redress in the case of her complaints relating to her right to respect for her home and for her physical integrity (...) As to the need to wait for the outcome of the two sets of proceedings brought by Mrs López Ostra’s sisters-in-law in the ordinary (administrative and criminal) courts, the Court notes, like the Commission, that the applicant is not a party to those proceedings. Their subject-matter is, moreover, not exactly the same as that of the application for protection of fundamental rights, and thus of the application to Strasbourg, even if they might have the desired result”* (considerandos 36 y 37).

³⁰ Resultan aplicables a este respecto las definiciones contenidas en el Instructivo del Director Ejecutivo del SEA, ORD. N° 100142, del 15 de noviembre de 2010 sobre Admisibilidad de las Observaciones Ciudadanas en el Marco del SEIA. En

servaciones no fueron debidamente ponderadas en los fundamentos de la RCA. El mismo recurso se dispone a favor de los ciudadanos que hubieren intervenido en la evaluación de una DIA de un proyecto que genera cargas ambientales y que por tanto, contempla un período de participación ciudadana (art. 30 bis LBGMA). Este recurso administrativo especial se concede en los términos del art. 20 LBGMA, sin suspender los efectos de la resolución recurrida. La referencia expresa al art. 20 LBGMA hace aplicables, a este respecto, todas las consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de los recursos, plazos y autoridades que deberán resolverlos, antes señalados³¹.

En su versión original el objeto de este recurso administrativo no era la nulidad de la RCA, sino que su simple enmienda, en el sentido de la debida consideración o ponderación de las observaciones provenientes de la participación ciudadana³². Hoy día, y dada la modificación a la LBGMA y el nuevo RSEIA, es posible afirmar que la falta de consideración de las observaciones ciudadanas en los fundamentos de la RCA puede traer como consecuencia que la decisión se hubiere dictado sin motivación suficiente, por lo que podrá ser anulada por abuso o exceso de poder.

En contra de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo, resulta procedente el recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Ambiental, según lo dispuesto en el art. 20 inc. 4º LBGMA, encontrándose legitimados activamente sólo las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley (art. 18 N° 5 LTAA).

3.6 Acción de impugnación de actos administrativos de ejecución de normas ambientales

El art. 17 N° 7 LTAA entrega competencia a la jurisdicción ambiental para *“Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados”*. Se trata de una acción que no existía bajo la sola vigencia de la LBGMA, ella presenta algunos aspectos que conviene tener en cuenta:

Se trata de una acción destinada al control de los actos administrativos de ejecución de normas

En efecto, el supuesto de la acción es la mala ejecución por parte de un órgano administrativo sectorial

él se establece el sentido y alcance de la expresión persona jurídica, señalando que ésta comprende *“una entidad a la cual la ley atribuye personalidad propia e independiente de quien o quienes la conforman. Estas pueden ser de derecho público o derecho privado, y pueden o no perseguir fines de lucro”*.

³¹ Dado que el recurso procede en el plazo de treinta días desde la notificación de la RCA, se ha estimado implícito el deber de notificar dicha resolución a los participantes. En este sentido, Camilo Mirosevic Verdugo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación, RDPUCV XXXVI (1), Valparaíso, 2011, p. 307.

³² En contra, Camilo Mirosevic Verdugo, Mecanismos de Participación Ciudadana en el Ordenamiento Jurídico, Ed. Librotecnia, Santiago 2013, pp. 264-265: *“Como señalaba la doctrina y el propio RSEIA, en caso de acogerse el recurso el efecto no era su anulación, sino la modificación de la ‘rca.’ en el sentido de la debida consideración de las observaciones. Sin embargo, en mi opinión, si producto de no haberse considerado todas las observaciones en el procedimiento de evaluación, la autoridad que resuelve el recurso (director ejecutivo del SEA o Comité de Ministros) advierte que producto de tales observaciones resulta necesario alterar la calificación del proyecto, se encuentra plenamente facultada para modificar la resolución, ya sea estableciendo nuevas medidas para hacer frente a los impactos del proyecto o, incluso, para disponer la calificación negativa del proyecto o actividad”*.

de normas ambientales. Por tanto, no se trata de una vía de control de cualquier acto administrativo con contenido ambiental, sino sólo de aquéllos que tienen que ver con la ejecución o implementación de tales normas. En particular, esta acción permitirá controlar los actos administrativos, por ejemplo, que disponen una metodología de medición de una norma, aprueban un programa, implementan una medida etc. Como puede concluirse fácilmente, en este caso la LTAA admite sólo la impugnación de actos administrativos, es decir, de resoluciones formales. Por el contrario, la acción no está dirigida a sacar de la pasividad a la Administración del Estado en materia ambiental, tal como podría ocurrir con una acción de condena a dictar un acto³³. Para el caso de omisiones ilegales, en las que aquélla deja de ejecutar las normas ambientales, no se prevé acción alguna ante los TTAAs. En este último supuesto, a los ciudadanos interesados sólo les quedará la vía de solicitar la dictación del acto administrativo ante la misma Administración Pública ambiental, es decir, deberán forzar la dictación de un acto administrativo, y de su rechazo expreso o ficto podrán instar por el control ante el Tribunal Ambiental.

Legitimación activa y pasiva

En este caso, se encuentra legitimado activamente cualquier persona que estime que los actos administrativos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados. Se trata de la clásica acción de nulidad o impugnación, en que la titularidad de la misma se entrega a cualquier persona, por el sólo hecho de haberse incurrido en una vulneración del ordenamiento jurídico. En consecuencia, el actor será “cualquier persona del pueblo” y no necesitará esgrimir derecho o interés alguno para ejercer la acción, simplemente deberá señalar el ordenamiento jurídico que se vulnera.

Desde la perspectiva de la legitimación pasiva, en este caso podrá dirigirse la acción en contra de cualquier órgano de la Administración del Estado (ministerios o servicios públicos) que ejerza competencias en materia ambiental, es decir, cualquiera administración sectorial a quien corresponda la ejecución de normas ambientales, a diferencia de las otras acciones ya vistas, en que los legitimados pasivos se limitan al SEA y la SMA. Dado que algunos órganos de la Administración Pública invisible, esto es, personas jurídicas de Derecho privado que ejercen potestades públicas, como CONAF, dictan actos administrativos de ejecución de normas, debe entenderse que la remisión a “servicios públicos” que hace la LTAA es en un sentido material y no formal y por tanto, se incluye a tales organismos.

Plazo para la reclamación

El plazo para reclamar será el establecido en el art. 50 LBGMA, es decir, 30 días desde la publicación del acto administrativo en el D.O. o desde su aplicación tratándose de las regulaciones especiales para casos de emergencia. Para poder explicar la remisión, debe descartarse el segundo supuesto para el cómputo del plazo, ya que el objeto de la presente acción es la impugnación de actos administrativos de ejecución o implementación de normas, los que no necesariamente corresponden a regulaciones para casos de emergencia. Sin perjuicio de ello, se debe hacer presente que la remisión al art. 50 LBGMA para efectos del cómputo del plazo, parte del supuesto erróneo de que todo acto administrativo de ejecución de una norma ambiental es publicado en el D.O., lo que evidentemente no es así. En

³³ Jorge Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Ed. LegalPublishing, Thomson Reuters, 3ª edición, Santiago 2014, p. 545.

consecuencia, para efectos del cómputo del plazo se deberá estar a la notificación del mismo. Aquí surge un nuevo problema, ya que el acto administrativo podrá ser impugnado por cualquier persona y no sólo por su destinatario, al que le será notificado. Por tanto, respecto de toda otra persona la jurisprudencia ha entendido, para casos análogos como el reclamo de ilegalidad municipal, que el plazo se cuenta desde que conoció o debió conocer la existencia de la resolución.

Tribunal Ambiental competente

El art. 17 N° 7 LTAA repite en idénticos términos la regla del art. 17 N° 1, al disponer que *“Tratándose de las normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión, conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración, excluyendo la competencia de los demás. Respecto de la aplicación de las normas secundarias de calidad ambiental, de los decretos supremos que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y de los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto”*. Nuevamente aquí, debe tenerse en cuenta que la aplicación de tales normas no sólo se realiza a través de DS, sino que a través de resoluciones.

3.7 Acción general de impugnación ambiental

Los TTA son competentes para *“Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución”* (art. 17 N° 8 LTAA). Se trata de la cláusula de cierre de la norma de competencia de los TTA, ya que no está restringida a un acto administrativo específico, sino que es general respecto de cualquier acto administrativo de contenido ambiental. La acción general de impugnación ambiental implica lo siguiente:

Agotamiento previo de la vía administrativa

Para la interposición de la acción se deberá haber intentado, previamente, la invalidación ante el órgano que dictó el acto administrativo que se pretende anular. En consecuencia, es aplicable aquí el plazo general de invalidación (art. 53 LBPA) y una vez resuelta ésta de manera expresa o ficta, será procedente la acción impugnatoria ante el Tribunal Ambiental competente. Al establecerse esta acción, la LTAA de paso da un carácter de vía administrativa de impugnación a la invalidación, ya que obliga al actor a solicitar la invalidación del acto administrativo de carácter ambiental para luego poder acceder a la revisión de la resolución del procedimiento administrativo de invalidación en sede judicial. En consecuencia, no se trata de una acción directa en contra del acto administrativo, sino que mediatizada por la resolución de la invalidación. La perspectiva favorable para el actor será el plazo de invalidación, el que como se sabe es de dos años, sin embargo, ello trae un problema de falta de certeza en la estabilidad del acto administrativo de carácter ambiental para aquél que esté disfrutando de sus efectos, en caso de que ellos le sean favorables.

Acto administrativo de carácter ambiental

Son impugnables por esta vía sólo esta clase de actos administrativos, es decir, los actos administrati-

vos de carácter ambiental en los términos que define la propia ley: *“Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos”* (art. 17 N° 8 inc. 2° LTAA). En consecuencia, los elementos que considera la ley para que resulte procedente la acción son:

- a) Que el acto administrativo emane de un órgano de la Administración del Estado que forma parte de ésta en un sentido formal. Ellos se incluyen en el art. 1° inc. 2° LBGAE⁹, es decir, órganos administrativos creados por la ley y que cuentan con personalidad jurídica de Derecho público. Lo cual plantea el problema de aquéllos órganos con competencias ambientales, que ejercen potestades públicas, pero que forman parte de la Administración invisible del Estado, constituyendo el ejemplo paradigmático a este respecto la Corporación Nacional Forestal (CONAF). En efecto, la CONAF es una corporación de Derecho privado que por una anomalía del régimen administrativo chileno, ejerce potestades públicas, sin formar parte de la Administración del Estado. Dada la referencia expresa al art. 1° inc. 2° LBGAE⁹, resultará muy difícil la procedencia de esta acción en contra de una resolución de dicha corporación.
- b) Que el órgano administrativo tenga competencia ambiental. Para determinar si un órgano de la Administración del Estado cuenta con competencia ambiental deberá estarse al concepto de medio ambiente, definido para todos los efectos legales en el art. 2 II) LBGMA, el cual lo hace en términos amplios. El art. 24 RSEIA, aunque para efectos del instrumento objeto de su regulación (el SEIA), define los órganos con competencia ambiental como los que participan en la evaluación de impacto ambiental y que cuentan con atribuciones en materia de permisos o pronunciamientos ambientales sectoriales respecto del proyecto o actividad en particular. Y además reconoce que pueden existir otros órganos que posean atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza o el uso y manejo de un recurso natural. Esta norma pone de manifiesto que la definición del órgano con competencia ambiental, incluso para un instrumento específico como el SEIA, debe entenderse siempre desde una perspectiva amplia, ya que no se limita al que emite un acto administrativo de contenido ambiental o emite un pronunciamiento ambiental, sino que además incluye a todo aquél órgano que posea atribuciones en la protección del medio ambiente o de cualquiera de sus elementos.
- c) Que el acto administrativo tenga carácter ambiental. Desde la perspectiva del contenido del acto administrativo, éste debe corresponder a un instrumento de gestión ambiental o que esté directamente asociado a éste. En la LBGMA el Título II se dedica a los instrumentos de gestión ambiental, sin embargo, no existe una definición de los mismos, y queda aquí la duda de si sólo pueden considerarse como tales los que se comprenden en dicho título, o bien, si es posible encontrar fuera de la LBGMA otros instrumentos de esta naturaleza. La respuesta debería ser la más amplia, ya que por instrumentos de gestión o de protección ambiental debe entenderse el conjunto de medidas de variado orden (ju-

ridicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental (C.III, 1.1). Así, por ejemplo, la fijación de una cuota de pesca en la LGPA, que tiene claramente una incidencia en la conservación y el aprovechamiento sustentable de los recursos hidrobiológicos debería ser considerado como un instrumento de gestión ambiental para estos efectos.

Incidencia en la impugnación de la RCA

El art. 17 N° 8 inc. 3° LTAA dispone que en los casos de la impugnación de la RCA *“no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido”*. De esta disposición queda la duda si la exclusión de esta vía de impugnación corresponde a una regla de ordenación de acciones, es decir, que los legitimados activos para impugnar la RCA por la vía específica de los numerales 5 y 6 del art. 17 LTAA no cuentan con la acción general de impugnación, lo que sería lógico, toda vez que ellos cuentan con una acción especial, diseñada al efecto. O bien, que el intento del legislador fue de excluir toda otra vía de impugnación de la RCA ante los TAA que no fuera la de los mencionados numerales 5 y 6 del art. 17. En consecuencia, cualquier tercero interesado quedaría privado de una acción impugnatoria contra la RCA. Esta segunda interpretación más restrictiva, debe ser descartada ya que colisiona con lo dispuesto en el art. 38 inc. 2° CPR, ya que impide alcanzar la tutela judicial efectiva y atentaría en contra del carácter amplio que se ha querido dar por la ley a la jurisdicción ambiental.

Legitimación activa y tribunal competente

Para ejercer esta acción están legitimados los que hubieren solicitado la invalidación o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación (art. 18 N° 7 LTAA). Por su parte, será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza su competencia en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación. En consecuencia, será esencial para determinar la legitimación activa en esta acción, la aplicación del art. 21 LBPA, que define los supuestos de interesado en el procedimiento administrativo y que corresponde, en general, a los titulares de derechos e intereses individuales o colectivos que pueden verse afectados por el acto administrativo. Esta definición amplia de interesados que pueden solicitar la invalidación, permitirá que una vez resuelta ésta, se pueda ejercer la acción general de impugnación ante el Tribunal Ambiental competente.

3.8 Acción de responsabilidad

Corresponde a los TAA *“Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado”* (art. 17 N° 2 LTAA). Atendido que no se trata de una acción de naturaleza contencioso administrativa, su tratamiento se remite al Capítulo IV sobre responsabilidad por el daño ambiental.

3.9 Procedimiento de reclamación

La LTAA establece un conjunto de disposiciones procesales de carácter general en el párrafo 1º Disposiciones Comunes, del Título III Del Procedimiento (arts 18 a 26). Estas se complementan con las disposiciones especiales del Párrafo 2º De las Reclamaciones, del mismo título (arts. 27 a 31); y con las disposiciones del Párrafo Final (arts. 45 a 48). En el presente numeral se estudiarán brevemente las disposiciones pertinentes al procedimiento de reclamación.

3.9.1 Demanda de reclamación

En la parte pertinente art. 27 LTAA dispone que *“Toda reclamación se presentará por escrito, y en ella se indicarán sus fundamentos de hecho y de derecho y las peticiones concretas que se someten a la resolución del Tribunal”*. Atendido que ésta es toda la regulación que hace la ley de la demanda, el demandante que ejerce alguna de las acciones contencioso administrativas deberá observar los requisitos generales de las demandas establecidos en el art. 254 CPC. Lo anterior, atendido que el art. 47 LTAA aplica supletoriamente las normas de los Libros I y II de dicho código.

La LTAA no establece una regla común para el plazo de interposición de las acciones contencioso administrativas. La regla mayoritaria, pero no general, será que el plazo de interposición de la demanda es de 30 días hábiles³⁴. Esta regla se aplica a las acciones del art. 17 N°s 1, 5, 6, 7 y 8 LTAA. En el caso de la acción en contra de las resoluciones de la SMA, el plazo es de 15 días hábiles (arts. 17 N° 3 LTAA y 56 inc. 1º LOSMA). Esta diferencia en la regulación resulta inexplicable y sólo contribuye a la situación caótica que existe en la regulación del contencioso administrativo chileno. El plazo de 30 días en el caso de las acciones de los numerales 1, 5, 6 y 7 del art. 17 LTAA se debe entender como de días hábiles, *“entendiéndose que son inhábiles los días sábado, domingo y festivos”* (art. 88 LBGMA). En estos casos, el plazo señalado se establece en los arts. 20 inc. 4º y 50 LBGMA y su cómputo se realiza de conformidad con la citada norma del art. 88 de la misma ley. En el caso de la acción del art. 17 N° 8 LTAA el plazo es de 30 días, pero la ley no señala si deben entenderse como hábiles o corridos. Este vacío normativo plantea la duda respecto de la forma en que debe computarse dicho plazo. La regla general será la del art. 50 del Código Civil, *“En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados”*. En consecuencia, el plazo de 30 días para esta acción, será de días corridos ya que la ley no dispone que sean útiles o hábiles. Por su parte, en el caso del plazo de la acción del art. 17 N° 3 LTAA el plazo se establece en el art. 56 inc. 1º es de días hábiles, por lo que se deben excluir sólo los días feriados (art. 50 Código Civil), computándose los días sábado; lo anterior, porque si bien el art. 62 LOSMA se remite en lo no previsto a lo dispuesto en la LBPA, el plazo de reclamación es para una actuación judicial, y no administrativa.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la regla del art. 20 LTAA, respecto de la presentación de la demanda, la que debe hacerse ante el Tribunal Ambiental competente. Sin embargo, *“si el domicilio del legitimado se encontrare fuera de la región de asiento del Tribunal, ellas podrán presentarse en*

³⁴ Atendido que se trata de un plazo para una actuación judicial y no una actuación en el procedimiento administrativo, debe descartarse la aplicación de la regla de cómputo de plazos administrativos del art. 25 inc. 1º LBPA.

el juzgado de letras en lo civil en cuyo territorio jurisdiccional aquél esté domiciliado. En este caso, el juzgado deberá remitir el documento al Tribunal respectivo el mismo día o, a más tardar, el día hábil siguiente al de su recepción". Esta regla permite facilitar el acceso a la jurisdicción ambiental a todos los ciudadanos, sin embargo la ley no establece regla alguna que permita continuar la tramitación del proceso para aquél que tenga su domicilio fuera de la región asiento del tribunal, salvo la posibilidad de recibir las notificaciones por correo electrónico (art. 22 LTAA). Asimismo, esta regla denota la visión centralista del legislador, al permitir la solución del art. 20 sólo en caso que el domicilio del actor esté fuera de la región. Efectivamente, en los casos de la Región Metropolitana de Santiago una regla de este tenor tiene sentido, atendida la infraestructura que permite el acceso a la capital. Tal no es la situación de las demás regiones del país, mucho más extensas que aquélla y con peor infraestructura. Cabe preguntarse entonces si no hubiere sido deseable que dicha regla se aplicase también a los habitantes de Tocopilla, María Elena, Petorca, Futrono, etc³⁵.

Examen de admisibilidad

El Tribunal Ambiental *"examinará en cuenta si la reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma. Podrá declararla inadmisibile mediante resolución fundada si, en opinión unánime de sus miembros, no hubiere sido interpuesta dentro de plazo, se refiera a materias que estén manifiestamente fuera de su competencia, no esté debidamente fundada o no contenga peticiones concretas. Esta resolución podrá impugnarse, mediante reposición con apelación subsidiaria, dentro de quinto día de notificada"*. Esta facultad es similar a la del juez civil (art. 256 CPC), aunque la norma agrega un elemento de análisis que no existe en la jurisdicción ordinaria. En efecto, el Tribunal Ambiental puede declarar inadmisibile la demanda que se refiera a materias que estén manifiestamente fuera de su competencia. La determinación de tales materias en la práctica es muy compleja si se tiene en cuenta, por ejemplo, las acciones de los numerales 7 y 8 del art. 17 LTAA, los que como se vio se asocian a impugnaciones de actos administrativos de ejecución o implementación de normas ambientales, o bien que sean de carácter ambiental. Desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, la interpretación de dicho poder deberá ser de carácter estricto, de modo de favorecer la vigencia de dicha garantía.

3.9.2 Solicitud de Informe

El art. 27 inc. 1º LTAA dispone que *"Declarada admisible la reclamación se pedirá informe al órgano público que emitió el acto impugnado, que deberá, además, adjuntar copia autenticada del expediente administrativo completo y debidamente foliado que sirvió de base para dictar el acto que se impugna, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880. El informe, que se limitará a consignar los fundamentos y motivos en los que el acto administrativo se basa, deberá emitirse en el plazo de diez días. Dentro de dicho lapso el órgano requerido podrá pedir, por una sola vez, una prórroga del mismo hasta por un máximo de cinco días"*.

Atendido que las acciones de impugnación buscan la revisión de la legalidad del acto administrativo, la actuación que corresponde evacuar al órgano de la Administración Pública Ambiental es un informe

³⁵ Incluso más, si se tomase seriamente lo dispuesto en el art. 3 CPR, cabría preguntarse si la regla del art. 20, en los términos previstos, es o no constitucional.

“que se limitará a consignar los fundamentos y motivos en los que el acto administrativo [impugnado] se basa”. La ley prescinde de la contestación de la demanda, y presupone una especie de contencioso objetivo³⁶, en que el órgano simplemente informa motivos y fundamentos del acto administrativo. Esta exigencia resulta innecesaria si se considera que, en general, todo acto administrativo debe ser motivado, lo que ha puesto de manifiesto de manera contundente la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental³⁷. A ello se agrega que además debe remitirse *“copia autenticada del expediente administrativo completo y debidamente foliado”*; con lo que el Tribunal Ambiental, en principio, tendrá todos los elementos necesarios para entender los motivos y fundamentos del acto administrativo. Sin embargo, en la práctica el informe que debe evacuar la autoridad cuyo acto se impugna constituye una verdadera contestación de la demanda, en la que se exponen las excepciones y alegaciones de hecho y de derecho que permitan afirmar la legalidad de la actuación. En consecuencia, en el informe se deberá argüir básicamente por qué la subsunción e interpretación de la norma que hizo la Administración Pública ambiental es legal y debe ser mantenida.

El plazo para evacuar el informe es de 10 días, sin perjuicio de la prórroga por 5 días y *“En caso de que el órgano no presente el informe en el plazo conferido se prescindirá del mismo”* (art. 29 inc. 2º LTAA). El hecho de que se prescinda del informe implica que la autoridad no podrá presentarlo fuera de plazo, ni el Tribunal Ambiental podrá admitirlo fuera de dicho término. En consecuencia, precluye el derecho del órgano público que debe informar, lo que confirma que en realidad se trata de evacuar un traslado de la demanda —es decir, la contestación de la demanda—, que por un error técnico de la ley se denomina informe. La LTAA no señala la forma en que se computa el plazo para evacuar el informe por parte del órgano reclamado, por lo que se deberá estar a la regla general en la materia, es decir, de días corridos, según lo dispuesto en el art. 50 del Código Civil.

3.9.3 Vista de la causa y medidas para mejor resolver

El procedimiento de reclamación no contempla una fase de prueba de manera expresa, lo que confirma la idea que tuvo el legislador de la LTAA de establecer un contencioso objetivo o de control de la legalidad. Por ello, evacuado el informe el Tribunal Ambiental debe traer los autos en relación y disponer la vista de la causa (art. 29 inc. 3º LTAA). Sin embargo, la realidad lleva a que una acción de impugnación, como lo es realmente el contencioso administrativo ambiental, deba muchas veces

³⁶ Cfr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, El Sistema de Justicia Administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses, en Revista de Derecho UACH, Vol. XXV Nº 1, julio de 2012, pp. 103-126.

³⁷ En efecto, en su sentencia Rol Nº 6-2013 de fecha 3 de marzo de 2014 recaída sobre el conocido caso Pascua Lama, el Segundo Tribunal señaló en el Capítulo II, *“Estándar de motivación para la resolución impugnada”* considerando 33º que: *“la obligación de motivar las resoluciones —sobre todo de aquellas que imponen sanciones como una manifestación del poder punitivo del Estado— es una exigencia que nace, en principio, como una forma de convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de su contenido, facilitarles los recursos y otorgar un control más cómodo al tribunal que deba conocer de los eventuales recursos que puedan deducirse; sin embargo, en la actualidad se ha ido aceptando cada vez más que los destinatarios de la motivación no son únicamente las partes del proceso ni los jueces que deben conocer de los recursos, sino que también los ciudadanos, quienes tienen como única fuente de conocimiento y control sobre la decisión, la fundamentación de ésta. De ahí entonces que es imperativo que la motivación deba cumplir con los requisitos de publicidad, inteligibilidad y autosuficiencia, siendo estos de vital importancia en las decisiones que tanto la autoridad administrativa como la judicial adopten en materia medio ambiental, al tratarse de asuntos de interés general, cuyas consecuencias no se agotan en las partes y los jueces que participan del proceso”.*

requerir de la prueba necesaria, por ejemplo, para determinar si la subsunción efectuada por la autoridad administrativa fue correcta o no; o bien para apreciar si los elementos de hecho que permiten la fijación de un concepto jurídico indeterminado fue la correcta. Estas dos labores requieren de prueba y es por ello que en la práctica el Tribunal Ambiental se debe valer de las medidas para mejor resolver que autoriza la ley (art. 29 inc. final LTAA) para hacerse de los medios probatorios. La falta de regulación de la prueba en el ámbito de las acciones contencioso administrativas se manifiesta, además, en que no existe una regla general de apreciación o valoración de la misma, ya que la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica se ha previsto sólo para la prueba en el procedimiento por daño ambiental (art. 35 inc. 1º LTAA). En consecuencia, toda la prueba que se genere durante el contencioso-administrativo de impugnación debería ser apreciada según las reglas supletorias del CPC, por aplicación de lo dispuesto en el art. 47 LTAA. Esta diferencia en las reglas probatorias constituye una inconsistencia de la LTAA que no tiene un fundamento, o al menos que no se ha detectado en este trabajo, y que sólo puede solucionarse por la vía legislativa.

3.9.4 *Amicus Curiae*

Si bien se establece como una disposición general a todo proceso ante el Tribunal Ambiental, se analiza dentro del contencioso administrativo ambiental, atendido el interés público que siempre existirá en la dictación de una norma o acto administrativo ambiental. En primer término, existe la obligación para el tribunal de dar a conocer la resolución que admite a tramitación la reclamación o la demanda por daño ambiental mediante la publicación de un aviso en su sitio electrónico. El aviso deberá incluir los datos necesarios para identificar la causa (art. 19 inc. 1º LTAA)³⁸.

Una de las innovaciones del proceso ambiental la constituye la institución del *amicus curiae* o amigo de la corte. El art. 19 inc. 2 LTAA dispone que *“Dentro de los treinta días siguientes a la publicación de dicho aviso, cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público, podrá presentar, por escrito y con patrocinio de abogado, una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias”*³⁹. En consecuencia, los requisitos para poder intervenir como amigo de la corte implican la reconocida idoneidad técnica y profesional, a lo que se agrega que se debe invocar un interés público para presentar la opinión con comentarios, observaciones o sugerencias. El Segundo Tribunal Ambiental tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia, señalando que el *amicus curiae*, además de las exigencias legales, es una institución que exige total independencia de las partes.

3.9.5 *Sentencia*

El art. 25 LTAA dispone lo siguiente: *“Contenido de las sentencias. La sentencia de los Tribunales Ambientales se dictará con arreglo a lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, en su caso, enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia”*. En esta disposición general para toda sentencia, debe destacarse que la sentencia

³⁸ Tales avisos pueden verse en: www.tribunalambiental.cl; www.tercertribunalambiental.cl

³⁹ Para un estudio completo de la institución: *Maria Angélica Martínez Gómez*, *El Amicus Curiae en la nueva jurisdicción ambiental*, Memoria de Grado, Facultad de Derecho PUCV, 2014.

definitiva del Tribunal Ambiental deberá siempre enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia. Esta exigencia se encuentra en consonancia con el carácter mixto y especializado que tiene el Tribunal Ambiental, con lo que la intervención del ministro no letrado o científico en esta parte será trascendental. En relación con las acciones de impugnación, la enunciación de los fundamentos técnico ambientales dependerá del tipo de actuación objeto de la acción. Así, si se trata de un proceso de revisión de normas, deberán señalarse los elementos técnicos (ambientales, químicos, físicos, médicos, etc.) conforme a los cuales se examina la norma. En el caso de las sanciones, por ejemplo, ello acontecerá en relación a los elementos económicos en virtud de los cuales la sanción es o no desproporcionada, etc.

En el caso específico de las acciones de impugnación, la ley dispone que *“La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada”* (art. 30 inc. 1º LTAA). De lo anterior se desprende que el Tribunal Ambiental puede ejercer los siguientes poderes, en orden de intensidad: declarar la ilegalidad; anular parcialmente; anular totalmente; y disponer que se modifique la actuación. Por el contrario, el Tribunal Ambiental no podrá dictar el acto de reemplazo.

El límite general a los poderes del Tribunal Ambiental viene dado por lo dispuesto en el art. 30 inc. 2º LTAA: *“En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*⁴⁰. Para poder determinar el alcance de la disposición en primer lugar deberá tenerse en cuenta que la intención de la norma fue la de acotar los poderes del control jurisdiccional. Dicho límite trae como consecuencia que la tutela judicial efectiva se pueda ver afectada, con lo que debe ser interpretado de forma estricta. Lo que impide la norma es que el juez pueda determinar el contenido de un acto administrativo discrecional, pero no impide que puedan ser controlados todos los

⁴⁰ Esta norma es una copia casi textual del art. 71.2 de la Ley española de la jurisdicción contencioso administrativa, la que establece: *“Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*. La restricción de la disposición de la ley española y su copia chilena contrasta con la tendencia comparada, en que el juez puede controlar el ejercicio del poder discrecional. Así, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa alemana dispone en el §144.1: *“En tanto que la autoridad administrativa esté facultada a actuar discrecionalmente el tribunal debe revisar también si el acto administrativo o la denegación o la omisión del acto administrativo es ilícita, en base a que se excedieron los límites del poder discrecional o el poder discrecional no ha sido ejercido de una manera que corresponde a la finalidad de la autorización”*. A partir de esta disposición la doctrina ha entendido que: *“La obligación de dictar un acto no está excluida si el legislador ha concedido un margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa competente. El tribunal examinará, en este caso, si se excedieron los límites del poder discrecional o si éste no ha sido ejercido de una manera que corresponde a la finalidad de la autorización (art. 114). Además, la jurisprudencia ha elaborado criterios para la reducción del margen de discrecionalidad hasta el punto de que puede quedar una sola correcta decisión en determinadas circunstancias, sobre todo cuando se trata de cumplir obligaciones de protección para derechos y bienes jurídicos de alto rango. De esta manera, puede ocurrir que un tribunal administrativo obligue a una autoridad policial a tomar una medida de protección a pesar de que el legislador ha establecido, como regla general, el principio de oportunidad”* Karl-Peter Sommermann, *El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho*, en Ley de la Justicia Administrativa Alemana, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 12-13.

elementos formulados para el control de la discrecionalidad⁴¹. Ello podría implicar, perfectamente, que se produzca una reducción de la discrecionalidad a cero, con lo que la Administración Pública sólo tendría una sola posibilidad de actuación legal.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que en un proceso de impugnación de una norma o de un acto administrativo de alcance general, su anulación implicará su extinción con efectos *erga omnes*. Así lo reconoce el art. 31 LTAA al disponer que *"Las sentencias firmes que anulen un acto administrativo de aquellos señalados en los números 1) y 7) del artículo 17 producirán efectos generales desde el día en que se publique la parte resolutive de la sentencia en el Diario Oficial, a costa del Tribunal, lo que deberá efectuarse dentro de quinto día de ejecutoriada"*.

4. CONCLUSIONES

Los deberes estatales de protección ambiental consagrados por el art. 19 N° 8 CPR se proyectan sobre los diferentes Poderes del Estado. También es el caso del Poder Judicial. El sistema de control de la legalidad administrativa instaurado por la Ley N° 20.600 es una reacción frente al inacabado cumplimiento de dichos deberes por parte de la función jurisdiccional a que dio origen el sistema inicial de la LBGMA. Los vuelcos jurisprudenciales, así como sus imprecisos criterios de solución, bajo el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, llevó a un clima de inestabilidad, incerteza e imprevisibilidad acerca de la procedencia de proyectos y actividades sujetas a la legalidad ambiental, tornando la situación incompatible con el mandato y la garantía de la seguridad jurídica (art. 19 N° 26 CPR), que por lo demás es necesaria e inherente a todo ordenamiento jurídico. El propio mensaje de la Ley N° 20.600 daba cuenta de esta necesidad⁴², considerando particularmente el control de la vertiente administrativa fiscalizadora y sancionadora, dada la entonces inminente creación de la Superintendencia del Medio Ambiente. De este modo, la formación histórica de la jurisdicción ambiental en Chile no obedece a una decisión política fundada en una idea de separación de poderes o funciones (lo que supondría la creación de una jurisdicción especializada, pero también independiente, propiamente administrativa, en el sentido del art. 38 inc. 2° CPR en su versión original⁴³), sino en una decisión basada en la búsqueda de una especialización para el conocimiento judicial de este tipo de materias, aunque con una sombra de exclusividad para los titulares de RCA, quienes comparativamente cuentan con varias acciones ante los TTAA.

A lo largo del presente capítulo se han planteado múltiples problemas e incluso deficiencias de la LTAA. Una de las principales críticas es la negación o el rechazo constante de su propia naturaleza, en tanto órgano principalmente contencioso administrativo. En tal sentido, el conocimiento de Derecho administrativo requerido por la ley para desempeñar la función de juez ambiental no parece suficiente para asegurar su familiaridad con la práctica de la Administración Ambiental. La propia

⁴¹ Jorge Bermúdez Soto, *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública*, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, 2013, pp. 3 y ss.

⁴² Aunque inicialmente esta idea era reflejada bajo la consideración de una creación de un único tribunal ambiental. Disponía el mensaje que *"este carácter único hace a sus decisiones esencialmente predecibles en relación a sus precedentes, contribuyendo por esa vía también a la seguridad jurídica"*.

⁴³ A nivel nacional, esta idea ha sido postulada por algunos autores. Ver: Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Universitaria, Santiago, 1959, p. 384.

ley llega a predicar la independencia del juez (consagrando la inhabilidad respecto de ciertos cargos directivos⁴⁴), idea que si bien satisface los requisitos de independencia propios de un modelo de jurisdicción unitaria, necesariamente restringe el conocimiento que todo juez administrativo requiere en torno a las posibilidades y límites que posee la Administración en su actuar. La independencia de un juez especializado no puede traducirse en su alejamiento respecto de la realidad administrativa a la que está llamado a controlar.

La protección de la jurisprudencia especializada puede presentar un déficit estructural tanto o más relevante, al someter la decisión de dichos tribunales al control de casación de fondo por parte de la Corte Suprema ¿Como podría ser de otro modo, si bajo dicho mecanismo se torna uniforme el criterio de una jurisdicción común, y con ello pierden su especificidad las soluciones emanadas de la jurisdicción especializada? El mismo fundamento respecto del descarte del recurso de apelación es aplicable en este sentido, pudiendo haberse optado en todo caso por un control en base a sistemas alternativos, como hubiera sido, por ejemplo, asignar a cada uno de los tres TTAA el rol de jurisdicción de casación de otro tribunal ambiental⁴⁵.

No obstante dichas deficiencias, ninguna de ellas resulta insuperable si el tribunal correspondiente interpreta sistemáticamente el ordenamiento jurídico que lo regula y tiene a la vista que, por esta vía, no sólo se controla la legalidad de la actuación administrativa-ambiental, sino que mucho más importante aún, se hace vigente la tutela judicial efectiva, como garantía formal e indirectamente, se dará eficacia al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como garantía material. En tal sentido, la ambición del legislador de la Ley N° 20.600 debe ser reconocida. La creación de la jurisdicción especializada en materia ambiental es uno de los mayores hitos de la protección del medio ambiente en Chile desde la entrada en vigor de la LBGMA. Ello genera impactos positivos tanto para la evolución de la disciplina, como para la salvaguardia de los derechos subjetivos. Desde el primer enfoque, la existencia del Derecho ambiental –como toda disciplina jurídica– se define por sus normas, principios y su jurisdicción de aplicación, aspecto donde la creación de los tribunales ambientales supone un progreso gravitante, que por lo demás puede considerarse prácticamente sin precedentes en los sistemas tradicionales de Derecho administrativo. Un progreso tanto o más importante se alcanza en la defensa del derecho subjetivo. Si un Estado de Derecho se define por el reconocimiento de derechos públicos y el sometimiento de la Administración a la legalidad (que desde la perspectiva ecológica se alcanza con la aplicación plena de la LBGMA, en 1997), la creación de los TTAA consolida este modelo desde la perspectiva ambiental, bien pudiendo estimarse que las bases efectivas del denominado Estado *Ambiental* de Derecho han sido ya asentadas en todos sus planos⁴⁶.

⁴⁴ La independencia es consagrada por el art. 3 de la LTAA, en los siguientes términos: “No podrá ser elegido ministro titular o suplente quien en los dos años anteriores a su nombramiento se haya desempeñado como Ministro del Medio Ambiente, Subsecretario del Medio Ambiente, Secretario Regional Ministerial del Medio Ambiente, Director del Servicio de Evaluación Ambiental o Superintendente del Medio Ambiente, así como cualquiera que hubiese desempeñado un cargo directivo en las precitadas instituciones en el mismo período”.

⁴⁵ Debe recordarse que la Corte Suprema consideró “que en las condiciones en que el proyecto se propone, éste no responde a los estándares mínimos para denominar tribunales a los órganos que se pretende crear. Se trata, en opinión del Tribunal, de órganos administrativos y no jurisdiccionales” (Segundo Informe de Corte Suprema, de 10 de septiembre de 2010, con ocasión del proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, Boletín N° 6747-12).

⁴⁶ Jesús Jordano Fraga, La Administración en el Estado ambiental de Derecho, en Revista de Administración Pública, 173 (2007), p. 110: “Afirmar el Estado ambiental de Derecho no es una opción inocente. Hoy se habla del Estado ambiental

BIBLIOGRAFÍA

- Bähr, Otto, *Rechtsstaat, eine politische Skizze*, Göttingen 1864.
- Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Ed. LegalPublishing Thomson Reuters, 3ª edición, 2014.
- Bermúdez Soto, Jorge, Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, 2013
- Bermúdez Soto, Jorge, El control judicial de las normas primarias de derecho ambiental. Déficit de Aplicación y errores en el diseño legal, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor), *La Justicia Administrativa*, Ed. LexisNexis, Santiago 2005.
- Bordalí Salamanca, Andrés, La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1, 2006.
- Burdyshaw, Cassandra ¿Qué puede aprender Chile de la experiencia de otros Tribunales ambientales en el mundo? en *Revista de Derecho ambiental*, N° 4, 2012.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos, El Sistema de Justicia Administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses, en *Revista de Derecho UACH*, Vol. XXV N° 1, julio de 2012.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos, *et al.*, El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno, en *Revista Ius et Praxis* V. 10 N° 2.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos, Los procesos administrativos en el Derecho chileno, en *Revista de Derecho de la PUCV*, XXXVI, 2011, 1er Semestre.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos, Los Tribunales que Ejercen Justicia Administrativa en el Derecho Chileno, en *Litigación Pública*, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2011.
- Guiloff Titun, Matías, Campiche: La Resolución de Calificación Ambiental es revisable, en *Anuario de Derecho Público*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.
- Huepe Artigas, Fabián, Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y Responsabilidad Objetiva en su Actividad Administrativa, Ed. LegalPublishing, Santiago, 2009.
- Jordano Fraga, Jesús, La Administración en el Estado ambiental de Derecho, en *Revista de Administración Pública*, 173, 2007.
- Lettera, Francesco, *Lo Stato ambientale e le generazioni future*, R.G.A., N° 2, 1992.
- Martínez Gómez, María Angélica, El Amicus Curiae en la nueva jurisdicción ambiental, Memoria de Grado, Facultad de Derecho PUCV, 2014.

como fórmula superadora constitucional (después del Estado de Derecho y del Estado Social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de Estado de nuestros días". En este sentido, Francesco Lettera, *Lo Stato ambientale e le generazioni future*, R.G.A., N° 2 (1992), pp. 235-255. Frente al carácter conservador de la Corte Internacional de Justicia en materia ambiental, queda pendiente el reto de un Tribunal Internacional que vele por la vigencia de los convenios y acuerdos desde la perspectiva de la protección ambiental. No obstante ello, una revisión sobre el rol que los tribunales ambientales pueden cumplir en materia internacional ha sido señalada por Osvaldo Urbina Silva, *Jurisprudencia Nacional, Nuevos Tribunales Ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente*, en *RD PUCV*, XL (2013), p. 475 y ss.

- Mirosevic Verdugo, Camilo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación, RDPUCV XXXVI (1), Valparaíso, 2011.
- Mirosevic Verdugo, Camilo, Mecanismos de Participación Ciudadana en el Ordenamiento Jurídico, Ed. Librotecnia, Santiago 2013.
- Pérez Ragone, Álvaro y Núñez Ojeda, Raúl, Manual de Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago 2013.
- Preston, Brian J., Benefits of Judicial Specialization in Environmental Law: The Land and Environmental Court of New South Wales as case Study, en *Pace Environmental Law Review*, Vol. 29 Issue 2, Winter 2012.
- Pring, George (Rock) y Pring, Catherine (Katty), Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals, The Access Initiative, 2009.
- Schlink, Bernhard, Pieroth, Bodo, Grundrechte, Staatsrecht II, 26ª edición, Ed. C. F. Müller, Hamburg 2010.
- Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Universitaria, Santiago, 1959.
- Sommermann, Karl-Peter, El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho, en *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- UNEP Global Judges Programme, United Nations Environmental Programme, 2005.
- Urrutia Silva, Osvaldo, Jurisprudencia Nacional, Nuevos Tribunales Ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente, en RDPUCV, XL, 2013.
- Vargas Delgado, Iris, La toma de razón ambiental, Ed. ConoSur, Santiago, 2000.
- Vega, Luis Cordero, Corte Suprema y medio ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental? *Anuario de Derecho Público*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN EL MES DE OCTUBRE DE 2014 EN SANTIAGO
C H I L E



La primera edición de Fundamentos de Derecho Ambiental fue publicada a fines de 2007. Desde ese momento hasta la fecha han ocurrido muchos cambios e innovaciones en el ámbito de la protección ambiental que ameritaban un estudio profundo de la materia. Esta segunda edición del libro se ha reestructurado y revisado completamente, en orden a incorporar las novedades de esta rama del Derecho. Algunos aspectos que diferencian a esta segunda edición de su antecesora son:

- El libro fue totalmente revisado, complementado, o reescrito donde correspondía.
- En todos sus capítulos la bibliografía y los temas antiguos y nuevos que se discuten son el resultado del estudio y análisis de los materiales normativos y doctrinarios más relevantes disponibles a la fecha.
- Se incorpora la discusión de dos principios que hoy aparecen como centrales para la protección ambiental: la *justicia ambiental* y la *no regresión*.
- La modernización de la Administración Pública Ambiental (Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente) también fue objeto de análisis.
- Se incorporan avances desde la perspectiva de la Constitución Ambiental, en particular el análisis de la libertad de adquirir toda clase de bienes (art. 19 N° 23 CPR).
- Se revisan todos los instrumentos de gestión ambiental, tanto los que contiene la LBG-MA como los que están fuera de ella.
- Hay una especial dedicación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Se revisa la responsabilidad por el daño ambiental, tanto por la jurisprudencia que surgió en la materia, como por las innovaciones introducidas con la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales.
- Un capítulo nuevo está dedicado a la fiscalización y la sanción ambiental.
- El libro concluye con el estudio del contencioso administrativo ambiental.

