

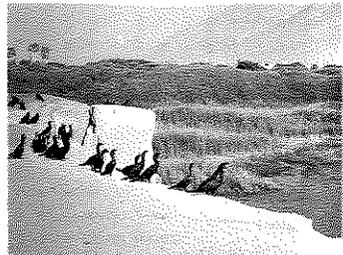
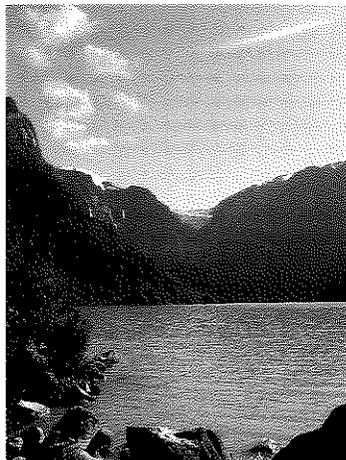
FUNDAMENTOS DE

DERECHO AMBIENTAL

2ª Edición

JORGE BERMÚDEZ SOTO

 Ediciones
Universitarias
de Valparaíso
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE VALPARAÍSO



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 a) 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 Kloepfer, *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. Srebotnjek, 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 positivizan 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, supraregional, 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 ambiental 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 Nº 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 Nº 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 Kloepfer, *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) LOCM dispone que las municipalidades en el ámbito de su territorio pueden desarrollar, directamente o conjuntamente con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la protección del medio ambiente.

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), N° 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), Nº 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, Nº XXVIII, año 2007, pp. 307-333.

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

midad, 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 la condiciones de vida.

⁴³ Cfr. entre otros, *Dietrich Murswieck*, *Umweltrecht und Grundgesetz*, en *Die Verwaltung*, Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft, 33. Band 2000, p. 241, *Michael Kloepfer*, *Umweltpolitik und Umweltrecht: Privatrecht und insbesondere Öffentliches Recht*, en *Hans-Werner Rengeling*, *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, op. cit., pp. 94-101, *Philip Kunig*, *Umweltrecht*, en *Umweltpolitik*, M. Jänicke, P. Kunig y M. Stitzel, editado por Bundes Zentrale für politische Bildung, Bonn 2000, pp. 169-170.

⁴⁴ Cfr. *Eberhard Schmidt-Assmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo*, Ed. Springer, 2ª edición, Berlín-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 Kloepfer*, *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 Vosskuhl*, *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 chileno⁶⁹. 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. 2⁷⁰.
- 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. ⁶⁹ *Jorge Bermúdez Soto*, Sistemas Sancionadores de protección ambiental, casos español y chileno. Tesis doctoral, Madrid, 1998, pp. 490 y ss.

⁷⁰ 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 periodos 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 aquélla 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 Nº 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 Nº 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 Reinhard Sparwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, op. cit., p. 67.

⁸² Michael Kloepfer, Umweltrecht, op. cit., pp. 169-172.

causas originaron un determinado daño ambiental, y cuáles son los medios más eficientes para poder atacarlas⁸³. 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 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 reparar⁸⁸.

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 reparar⁸⁹. Por ello, el principio precautorio constituye la primera fase de la secuencia exigida para abordar los problemas ambientales⁹⁰, 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 ecosistema⁹¹.

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 materializan⁹². 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 daño⁹³.
- 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 precautorio⁹⁴. Sólo en la medida en que se actúe

⁸⁸ Cuestión que se ve agravada si se considera que según el artículo 2 letra e) LBGMA sólo es daño ambiental aquel de carácter *significativo*.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Cfr. *Fernando López Ramón*, *Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental*, *Revista de Administración Pública* (España), N° 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.

⁹¹ *John C. Dernbach*, *Sustainable Development as a Framework for National Governance*, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 49, N° 1, 1998, p. 61.

⁹² *Reinhard Sparwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle*, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, *op. cit.*, p. 71.

⁹³ 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).

⁹⁴ 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 Sparwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, op. cit., p. 78.

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

¹⁰¹ Elli 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 Ramón, *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 Rüdiger 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 alemán¹⁰⁷. 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 genérico¹⁰⁸, se cuentan:

¹⁰⁷ Para una visión general del tema, se puede ver: *Peter M. Huber* (Editor), *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, Ed. Berlin-Spitz, Berlin 1999; *Anke Holzmann*, *Das Kooperationsprinzip: kooperatives Staatshandeln zwischen Demokratie und Rechtsstaatsprinzip*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2006; *Nadja Salzborn*, *Das umweltrechtliche Kooperationsprinzip auf unionaler Ebene*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2011.

¹⁰⁸ 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 Contendida 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. 6°, 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 Kloepfer*, *Umweltgerechtigkeit, Environmental Justice in der deutschen Rechtsordnung*, Dunker & Humblot, Berlín, 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 Jan Boris Ingerowski, 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 Bela. H. Buck, 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 N° 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 - regression 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 aplicarlos 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 suelo¹³² 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.
- *Interdisciplinarietà.* 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, participa de la primera característica, por cuanto, v.gr., un derrame de hidrocarburo en el suelo podrá perfectamente infiltrar la napa 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 II) 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 N° 577-06, la normatividad de la Constitución queda completamente ocluida 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 II), 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 l) 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 desgranar de él, respecto de los cuales la acción de conservación debe ser realizada de un modo más intenso. Tales son aquellos elementos "*propios del país que sean únicos, escasos o representativos*". La pregunta que 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 N° 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*"¹⁴⁹. 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

¹⁴⁹ Al respecto ver Reglamento de la Ley de Caza, DS N° 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 inconmensurable¹⁵⁴.

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.

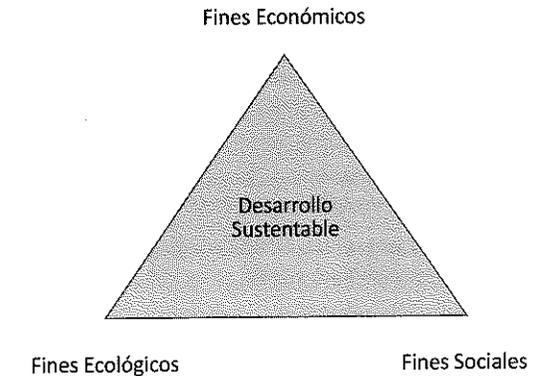
¹⁵⁷ En palabras de la propia Comisión: "What is required is a new approach in which all nations aim at a type of development that integrates production with resource conservation and enhancement, and that links both to the provision for all of an adequate livelihood base and equitable access to resources" (*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 *Ramón Martín Mateo*, *Manual de Derecho Ambiental*, op. cit., p. 42, refiriéndose a este concepto, manifiesta su preferencia por el de desarrollo "sostenible" argumentando: "Mantenemos la expresión 'sostenible', prefiriéndola a la de 'sustentable' empleada alternativa o predominantemente en ciertos medios científicos o culturales 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.



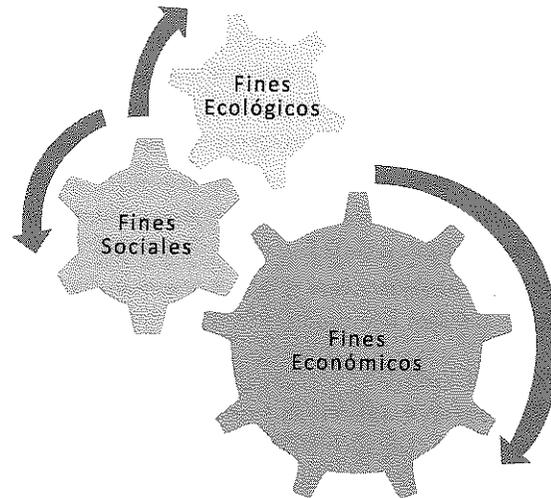
Sin embargo, cuando se desciende a la realidad, en no pocas ocasiones, es posible apreciar cómo siguen siendo los factores macroeconómicos los definidores del progreso y del desarrollo y cómo los Estados de naciones subdesarrolladas o en desarrollo, la mayoría con poco éxito, tratan de alcanzar niveles 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, declaró que "En su virtud [del artículo 45 CE] no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la 'utilización racional' de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida"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: "Hoy día, el discurso del desarrollo sostenible opera un vuelco de 360 grados (sic) y parece distorsionar las causas y efectos de la crisis ambiental con un fin: mantener un sistema económico que se resiste a cambiar. Parece ignorar las contradicciones del mercado y las condiciones ecológicas que aseguran la sustentabilidad de la vida y de la economía. La globalización económica -antes que fundarse en las leyes de la naturaleza para orientar las leyes de la producción- retrocede en el tiempo a las invocaciones mágicas. Parece tratarse de una nueva alquimia que quiere reconvertir a la naturaleza bajo los designios de la economía, acelerando la máquina devoradora de recursos finitos".

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. 4° 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. 2ª 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. 5º 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 desarrollo¹⁷². 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 Dürer, 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 N° 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. 2° y 3° LBGAE⁹, 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 María Teresa Vadri I Fortuny, *Los principios generales de distribución de competencias en el sistema francés de protección del medio ambiente*. La «loi n.° 95-101, du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'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 LBGAE⁹, 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 LBGAE⁹, 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 sectores¹⁹⁰. 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 N° 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 N° 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 N° 17.288, incorporadas por la Ley N° 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 N° 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 N° 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 N° 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 LBGAE⁹ y con las demás que pudieren entregarle otras disposiciones legales. Asimismo, debe recordarse que, conforme al mismo art. 22 LBGAE⁹, 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 LBGAE⁹.

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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 pruis 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 Nº 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 Nº 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 Matias 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. 1° 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. 2° 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 N° 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. 1° 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. 3° 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. 2° 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. 2° de la LBGAE.

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. 1° 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.