

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

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

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 ambiental<sup>41</sup>. Independientemente de esta cuestión, se trata de un Derecho transversal u horizontal al ordenamiento jurídico, en cuanto el elemento común no es la rama a la que 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*.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 529.

<sup>41</sup> 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*<sup>42</sup> o de Derecho de carácter transversal a las diversas ramas del ordenamiento jurídico. Y ello, dado que el Derecho ambiental *reúne normas de diversas ramas del Derecho*. Así, será posible hablar de un Derecho administrativo ambiental, Derecho constitucional ambiental, Derecho penal ambiental, Derecho civil ambiental, Derecho internacional ambiental, etc.

Sin embargo, *es en el Derecho público, y específicamente en el Derecho administrativo, donde el Derecho ambiental encuentra su centro de gravedad*<sup>43</sup>. Y ello por tres razones fundamentales<sup>44</sup>:

- En primer lugar, por razones históricas, ya que el Derecho ambiental actual tiene su origen en el denominado Derecho administrativo de policía, el que por la vía de mandatos, prohibiciones y sanciones, regulaba las actividades que podían afectar a la salud y vida de las personas<sup>45</sup>.
- En segundo término, porque la finalidad de protección ambiental constituye, como se señaló, una política pública, que se traduce en una actividad del Estado y de su Administración. 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

<sup>42</sup> Cfr. *Joachim Sanden*, *Umweltrecht*, 1999, p. 27, quien señala que Derecho ambiental desde la perspectiva de un concepto- recopilación (*Sammelbegriff*) comprende todas las normas orientadas al cuidado y conservación de los recursos naturales y aquellas destinadas a la protección de las personas, frente a efectos ambientales dañinos, y la mantención de las condiciones de vida.

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

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

<sup>45</sup> Sin perjuicio de ello, es posible encontrar en el Derecho privado instituciones con una clara orientación protectora del medio ambiente o que sirvieron –y aún sirven– a dicho fin, 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 sostenible<sup>46</sup>. En el sistema jurídico chileno, así como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos comparados, el otorgamiento de derechos propios a la naturaleza o a otros objetos de derecho, sin consideración a las personas, es del todo dudoso<sup>47</sup>. Ello no ha obstado a que la doctrina plantee el problema de la titularidad de derechos, por ejemplo, de los animales<sup>48</sup> 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 humanos<sup>49</sup>. 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 animales<sup>50</sup>. 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

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

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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*<sup>51</sup>.

Sólo para efectos ilustrativos, vale la pena una referencia al Derecho medieval español, en el que se destaca el Fuero Real del año 1250 cuya Ley VI denominada “*Que pena ha el que cierra rio de los que entran al mar*”, Título VI “*De los que cierran caminos, e egidos e los rios*”, contiene la prohibición de cerrar los ríos mayores que entran en el mar, sancionando tal conducta con el pago de 30 sueldos y con la obligación de deshacer la obra construida<sup>52</sup>. Esta disposición resulta de asombrosa actualidad ya que impone una obligación de actuación material para el dañador del medio ambiente. Tal forma de reparación es del todo novedosa frente a un sistema indemnizatorio tradicional, basado en la idea de la equivalencia monetaria, como por ejemplo la establecida en el Código Civil chileno. Dicha forma de reparación *in natura* fue la que el legislador adoptó al establecer el sistema reparatorio de la LBGMA.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la legislación contempla un sinnúmero de disposiciones de contenido eminentemente ambiental, normas dictadas de forma “*casual*” con incidencia en la protección del medio ambiente<sup>53</sup>. 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 disposiciones<sup>54</sup>.

#### 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;

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

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

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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*”<sup>55</sup>. 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 ambiente<sup>56</sup>.

Sin embargo, el hito fundamental tiene su fuente en el Derecho internacional público y viene dado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo entre el 5 y 16 de junio de 1972, cuya Declaración es considerada por muchos el acta de fundación del Derecho ambiental moderno<sup>57</sup>. Veinte años más tarde, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, más conocida como Cumbre de Río, por haberse celebrado en Río de Janeiro, entre el 3 y el 14 de junio de 1992, supuso un nuevo impulso al desarrollo de la protección ambiental. Como resultado de esta conferencia se desprenden cinco documentos, de diverso valor jurídico e impacto práctico:

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

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

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

<sup>57</sup> Denominación que se utiliza para oponerla a la denominada Prehistoria del Derecho ambiental, Cfr. *José Juste Ruiz*, Derecho Internacional del Medio Ambiente, *op. cit.*, pp. 16-20.

## 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 setenta<sup>58</sup>, en la que la mayoría de los nuevos textos fundamentales se han hecho eco de la nueva sensibilidad que se abre paso<sup>59</sup>. Ello se hace presente en un reconocimiento constitucional de la cuestión ambiental, que se manifiesta fundamentalmente a través de dos fórmulas: la consagración de un principio rector o deber del Estado en materia ambiental, o bien, la consagración de un derecho público subjetivo ambiental. *"Se sigue con ello una tendencia que se encuentra en todas las modernas constituciones que se acogen al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho"*<sup>60</sup>.

- **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 Justicia<sup>61</sup>. También el caso de la Ley fundamental alemana, que con la modificación acaecida en 1994, introdujo en virtud del artículo 20A un deber del Estado para la protección del medio ambiente<sup>62</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y administrativa alemanas, así como la doctrina, se encuentran contestes en que a partir de dicho deber no es posible deducir derecho subjetivo ambiental alguno, susceptible de ser ejercido ante los tribunales de justicia<sup>63</sup>.
- **Derecho subjetivo.** Para ilustrar la consagración de un derecho subjetivo al medio ambiente de rango constitucional se utilizará el caso español<sup>64</sup>. La Constitución española en su art. 45

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> En Latinoamérica existen múltiples manifestaciones de esta tendencia constitucional, en virtud de la cual se recoge de manera expresa la protección del medio ambiente en su conjunto, por ejemplo en las constituciones de Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979), Chile (1980), Honduras (1982), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), México (1987), Brasil (1988), Colombia (1991) y Paraguay (1992).

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de noviembre de 1990.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Artículo 20A Ley Fundamental (Grundgesetz): "Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung". Protección de los fundamentos naturales de la vida. El Estado protege también en responsabilidad por las generaciones futuras, las bases naturales de la existencia, en el ámbito del orden constitucional, a través de la legislación y con medidas legales y jurídicas, llevadas a cabo a través del poder Ejecutivo y Judicial (traducción del autor).

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

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

dispone<sup>65</sup>: *“Artículo 45. 1.- Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2.- Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3.- Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.*

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 legislador<sup>66</sup>.

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. 53.2<sup>67</sup>, 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)<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> En el mismo sentido, la Constitución portuguesa de 1976 en su artículo 66 dispone expresamente que: *“Todos tienen derecho a un medio ambiente de vida humano, salubre y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo”.*

<sup>66</sup> 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”.*

<sup>67</sup> 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”.*

<sup>68</sup> Cfr. Francisco Velasco Caballero, El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector? en Revista Andaluza de Administración Pública N° 19, julio-agosto-septiembre de 1994, p. 77 y ss. Francisco Delgado Piqueras, Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, *op. cit.*, p. 54. Y Jesús Jordano Fraga, El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva, en Revista “Humana Iura”, N° 6 año 1996, p. 121 y ss. A modo de ejemplo, la posición contraria, que se debe reconocer sigue siendo mayoritaria, en: Lorenzo Martín-Retortillo 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 chileno<sup>477</sup>. Dicha ley, en cuanto ley de bases y por tanto conformadora de una parcela del ordenamiento, contiene hoy seis aspectos fundamentales, a saber:

- La fijación de un catálogo de definiciones de conceptos y principios directores de naturaleza ambiental o que provienen, en términos estrictos, de las Ciencias Ambientales, ello en el art. 2<sup>º</sup>.
- 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. <sup>478</sup> Jorge Bermúdez Soto, Sistemas Sancionadores de protección ambiental, casos español y chileno. Tesis doctoral, Madrid, 1998, pp. 490 y ss.

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



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

- La creación de una Administración Ambiental<sup>71</sup>, 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 Protegidas<sup>72</sup>.
- 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 Ambiental<sup>73</sup>.

Cada uno de estos aspectos resulta ser de crucial importancia en la conformación de un verdadero ordenamiento jurídico ambiental. Este carácter conformador se resalta más aún por el hecho de estar considerados dentro de una ley que se denomina a sí misma como ley de bases. A continuación se examinarán las especiales características y consecuencias que tiene la LBGMA en cuanto *ley de bases*<sup>74</sup>.

#### 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.

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> Debe recordarse además, que el proyecto de la actual LBGMA fue objeto del control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. La decisión contenida en la Sentencia Rol N° 185 de 1994, en especial su considerando 12° ya han sido suficientemente criticados. Al respecto se puede ver: Eduardo Aldunate Lizana, La desconstitucionalización de la Constitución, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXII, 2001, pp. 17-36.

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)<sup>75</sup>. 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

<sup>75</sup> 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 existentes<sup>76</sup>.

#### 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 anterior<sup>77</sup>, olvidando que es el propio constituyente el que entrega la misma en el artículo 63 N° 20 CPR, al señalar entre las materias de ley *“toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales del ordenamiento jurídico”*.

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

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

<sup>77</sup> Eduardo Soto Kloss, Derecho administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II el principio de juridicidad, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1996, p. 72, señala en tal sentido que *“La Ley N° 19.300 a pesar de su título de ‘ley de bases generales’, es una ley común, ordinaria, sin apellidos; no es una ley orgánica...”*

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

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

## 5. PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

Si se revisa la literatura especializada, podrá constatar 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 moderno<sup>78</sup>. 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 formales<sup>79</sup>, 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 jurídicas<sup>80</sup>, 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 principios<sup>81</sup>. 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 jurídicos<sup>82</sup>.

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

<sup>78</sup> 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

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

<sup>80</sup> Eberhard Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, op. cit., p. 115.

<sup>81</sup> Reinhold Spornwasser, Rüdiger Engel y Andreas Vosskuhle, Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts op. cit. p. 67.

<sup>82</sup> Michael Kleppfer, Umweltrecht, op. cit., pp. 169-172.