

poco servirán decisiones fuertes y progresistas de la Comisión y de la Corte, si los Estados las incumplen sistemáticamente.

Las medidas cautelares y el caso de Belo Monte están aún en trámite por lo que nos queda un largo camino por recorrer. Confiamos que a lo largo del trámite la Comisión vuelva a ser aquel órgano de protección de los derechos humanos que esté dispuesto a jugárselo todo por proteger a las víctimas más vulnerables del continente. Que Brasil, demostrando su tradición de respetar el derecho internacional, responda y participe en el trámite ante la Comisión y muestre su voluntad de contribuir a resolver este caso. Especialmente ahora que el proceso de fortalecimiento ha finalizado, es esencial que la CIDH de mande de Brasil—y el Estado acate—el cumplimiento de sus medidas cautelares, su plena participación en el procedimiento y que finalmente de un trámite rápido a la petición ya que, a medida que avance la construcción y los daños continúen consumándose a pasos acelerados aquella perderá su efecto útil.

El acceso a la justicia de las víctimas de daño ambiental en Chile: obstáculos y retos pendientes

GABRIELA BURDILES PERUCCI¹
Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Chile

1. INTRODUCCIÓN

Todo Estado de Derecho democrático debe ofrecer a sus ciudadanos un sistema capaz de resolver los conflictos de relevancia jurídica que se susciten entre ellos, o entre éstos y el Estado. Es por esto que, de acuerdo a la obra de Cappelletti y Garth², cualquier sistema judicial, debe tener dos propósitos básicos y copulativos: primero, que el sistema sea igualmente accesible para todos; y segundo, que brinde resultados individual o socialmente justos.

De este modo, el concepto de “acceso a la justicia ambiental” será entendido en el presente trabajo, bajo este doble propósito, es decir, como la posibilidad de que las personas sin distinción de ningún tipo, tengan el derecho efectivo a obtener una respuesta satisfactoria³, des- de las autoridades judiciales, o administrativas⁴ en su caso, respecto de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental.

¹ Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magister en Estudios Internacionales del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como Investigadora y Directora de Proyectos de la Organización Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA.

² CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, Fondo de Cultura Económica, México, primera edición en español, 1996.

³ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia, Instituto Talcahuano, Buenos Aires, 2005, p. 7.

⁴ En materia ambiental, el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, establece que los Estados deberán proveer acceso efectivo tanto a los procedimientos judiciales como administrativos, “entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

No obstante, el derecho de acceso a la justicia en materia ambiental presenta algunos obstáculos particulares de este tipo de conflictos. Uno de ellos es que generalmente nos encontramos con intereses en conflicto que son colectivos y difusos, y en segundo lugar, que debemos enfrentarnos a la complejidad propia de los casos ambientales. Estas dos complicaciones implican que para hacer valer estos derechos ante los tribunales de justicia, se requiera de una "especial capacidad de organización de los afectados, la que debe ir acompañada de la capacidad económica y técnica para enfrentar estos procesos"⁵. Es por ello que generalmente en estos procesos deban intervenir personas, instituciones u órganos que puedan representar este interés público o colectivo y que además, los operadores jurídicos involucrados en la resolución del conflicto, cuenten con una preparación especial en materia de derecho ambiental.

El presente trabajo tiene por objeto realizar un diagnóstico acerca de la existencia de tales obstáculos en el acceso a la justicia en Chile para las víctimas de daño ambiental. Para ello examinaremos en primer lugar, el marco jurídico bajo el cual se consagran el derecho al acceso a la justicia y los derechos ambientales. A continuación se analizarán las dificultades presentes en las diferentes vías de acceso a la justicia. En particular, se examinará en cada una de ellas la efectividad de las modificaciones efectuadas recientemente en nuestra legislación e institucionalidad para disminuir dichas complicaciones. Finalmente, en las conclusiones se plantean algunos retos pendientes.

2. MARCO JURÍDICO

2.1. La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y el debido proceso

El inciso 1° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR) asegura a todas las personas: "*La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*" y a continuación,

⁵ BRÁÑEZ BALLESTEROS, Raúl. "El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible", en *Memorias del Simposio Judicial* realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000., p. 40.

en los incisos 4° a 7°, se establecen las garantías del "proceso justo o debido proceso", que se aplican no sólo a los tribunales del Estado, sino a cualquier órgano que ejerza jurisdicción.

Esto significa que la Constitución asegura a todas las personas la igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Pero no basta que se declaren los derechos si se carece de las vías, idóneas y expeditas, para reclamar su cumplimiento y, a través de ellas, lograr resultados semejantes en casos cuyos hechos son parecidos o incluso, idénticos. Es decir, este derecho exige al legislador que siempre contemple acciones y recursos jurisdiccionales eficaces y efectivos, para que sea realidad el conjunto de derechos y deberes asegurados en la Constitución⁶. Estos recursos en materia ambiental se examinarán en el capítulo tercero del presente trabajo.

En materia de acceso a la justicia, el inciso 2° del artículo 19 N° 3 señala que "*Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. (...)*".

La norma citada establece el derecho a la defensa jurídica ante cualquier órgano que ejerza jurisdicción, y que no puede ser impedido, esto es, estorbado ni menos dejado de antemano sin posibilidad de ser ejercido, ya sea por cualquier autoridad, persona o grupo de personas. Tampoco cabe que sea restringido, obstruido o dificultado, por ejemplo, al ser muy oneroso para su titular⁷.

Es por esto que el inciso 3° del artículo 19 N° 3 establece que: "*La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos*". Esta disposición obliga al Estado a establecer por una parte mecanismos de asistencia jurídica gratuita, y por otra, a revisar los costos de los procesos y la localización de los tribunales. Así existe por ejemplo el denominado "privilegio de pobreza"⁸, que es un beneficio que se otorga a personas de escasos recursos, que consiste en la gratuidad de las costas procesa-

⁶ CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II. Segunda edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, p. 153.

⁷ *Ibid.*, p. 157.

⁸ Consagrado en el Artículo 591 del Código Orgánico de Tribunales.

les del juicio, los abogados de turno designados mensualmente por los juzgados de letras⁹ y las corporaciones judiciales¹⁰ cuya finalidad es atender gratuitamente causas civiles, penales y laborales, sin perjuicio de las numerosas críticas que aún persisten respecto de su funcionamiento¹¹. Sin embargo, estas corporaciones y abogados de turno no atienden temas ambientales y en general, hay bastante consenso en que la atención en estas dos instancias no es de buena calidad, ya que no se destinan recursos suficientes, como tampoco hay un control ni evaluación en relación al desempeño de éstas¹².

Esta situación, como se verá, genera una diferencia importante entre quienes tienen los medios para pagar los honorarios de abogados particulares, frente a aquellas personas que no los pueden costear¹³.

2.2. *El Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación*

En cuanto a la consagración de los derechos ambientales en Chile, el inciso primero del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de 1980 establece:

"La Constitución asegura a todas las personas: 8. El derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la Naturaleza".

Como vemos, esta garantía constitucional se manifiesta bajo la doble fórmula de: "a) derecho subjetivo público a un ambiente sano o no contaminado, que permite exigir del Estado y demás miembros

⁹ Artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁰ Ley 17.995, Concede Personalidad Jurídica A Los Servicios De Asistencia Jurídica que se Indican en las Regiones Que Se Señalan, publicada en el Diario Oficial con fecha 08-MAY-1981.

¹¹ Ver por ejemplo el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2008, disponible en: [http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2008/\(26/12/12\)](http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2008/(26/12/12)).

¹² Iniciativa Acceso Chile. "Estado del Acceso a la Información, la Participación Ciudadana, la justicia y el fortalecimiento de las capacidades en temas ambientales". Informe de Evaluación TAI, Chile 2009. Disponible en: <http://www.participa.cl/wp-content/uploads/2012/01/Estado-del-Derechos-de-acceso-Chile-2009.pdf> (31/12/12).

¹³ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004, op. cit., p. 11.

de la sociedad que la naturaleza sea preservada; y, b) de "principio estructurante" del Estado en cuanto a su deber objetivo de velar por que esos derechos no sean afectados y tutelar la preservación de la naturaleza"¹⁴.

El primer aspecto de este derecho es susceptible de ser garantizado jurisdiccionalmente en forma directa, a través de mecanismos como por ejemplo el Recurso de Protección, que la misma Constitución establece en esta materia en su artículo 20 inciso segundo. El uso y alcances de este recurso se analizarán extensamente en el siguiente capítulo.

En cuanto a la titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de la Excm. Corte Suprema el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho subjetivo individual y a su vez, colectivo que no se traduce en la radicación exclusiva en una determinada persona y que por tanto, los titulares del derecho, es decir, todas las personas, pueden verse afectadas en su derecho cuando por un acto u omisión ilegal no sólo se contamina afectando la calidad de vida, sino también cuando no se preserva la naturaleza o no se conserva el patrimonio ambiental, indistintamente de la cercanía o lejanía geográfica de quienes impugnen la acción u omisión antijurídica respectiva¹⁵.

Además, este derecho contiene un deber correlativo respecto de todas las personas, incluido el Estado, de velar y responsabilizarse por la protección del medio ambiente, asumiendo en su caso su responsabilidad por el daño ambiental producido.

El segundo aspecto de este derecho, es decir, la obligación del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado no sea afectado, y tutelar la preservación de la naturaleza, fundamenta la

¹⁴ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando. "Reflexiones sobre algunos principios y valores que regulan el medio ambiente en Chile", en Revista Justicia Ambiental N° 1, mayo 2009, p. 116.

¹⁵ En sentencia de la Excm. Corte Suprema de Chile, de fecha 19 de marzo del año 1997, recaída en la causa Rol N° 2.732-1996, apelación de un recurso de protección interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Punta Arenas por la aprobación ambiental del proyecto Trillium, se estableció: 13° (...) El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público (...)" (Lo destacado es nuestro).

creación de una serie de instrumentos de gestión ambiental regulados principalmente en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) que entró en vigencia el año 1994 y su reglamento¹⁶, como son el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), las normas de calidad ambiental, las normas de emisión, los planes de manejo, prevención o descontaminación, y la educación y la investigación ambiental, y además, sienta las bases para todo el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones que debe desarrollar nuestra institucionalidad ambiental.

La Constitución también permite en el inciso 2° del mismo artículo, que la ley pueda “establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con el fin de proteger el medio ambiente”. No obstante, el N° 26 del mismo artículo 19 impide que esas restricciones anulen esas garantías por afectarlas en su esencia: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”¹⁷.

En cuanto al contenido del derecho establecido en el art. 19 N° 8, se ha desarrollado una extensa discusión doctrinaria en torno a la pregunta sobre qué significa la expresión “medio ambiente” y cuándo el medio ambiente está “libre de contaminación”, que sólo enunciaremos brevemente en sus aspectos principales.

Respecto del concepto de “medio ambiente”, sólo diremos que en un comienzo, la jurisprudencia temprana de la Excma. Corte Supre-

¹⁶ Ley N° 19.300 APRUEBA LEY SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE, publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de marzo de 1994.

¹⁷ En este sentido, la LBGMA, sobre todo el párrafo 2° de su Título II, está relacionado con la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución, esto es el derecho a realizar cualquier actividad económica lícita, dado que lo que se impide en el artículo 8° de la LBGMA es la ejecución de cualquier proyecto o actividad de las enumeradas en su artículo 10, esto es, las más relevantes y susceptibles de generar impacto ambiental, sin que ellas previamente hayan sido evaluadas ambientalmente. Asimismo, podemos señalar la causal de la función social prevista en el artículo 19 N° 24 inciso 2°, que permite a la ley limitar el derecho de propiedad o establecer ciertas obligaciones a su respecto, en razón de la conservación del patrimonio ambiental.

ma, dijo que éste sólo comprendía los elementos naturales (concepto restringido)¹⁸, sin embargo, posteriormente el legislador en la letra II) del artículo 2° de la ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, definió “medio ambiente” incluyendo a los elementos creados por el hombre y a los aspectos socioculturales¹⁹. El efecto es que por ejemplo, la LBGMA hace necesaria la consideración en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno, de circunstancias que no son ambientales propiamente tales como, las indicadas en el artículo 11 en sus letras c) y f)²⁰.

En este sentido, la Excma. Corte Suprema de Chile ha sostenido reiteradamente en los fallos de los últimos años que el medio ambiente debe entenderse en un sentido amplio, esto es, comprensivo no sólo de las cosas físicas o naturales, sino también de los elementos socioculturales y las interacciones que se producen entre el ser humano y los elementos físicos o naturales²¹.

En cuanto a la expresión “medio ambiente libre de contaminación”, el artículo 2° de la LBGMA definió “contaminación” (letra c); “contaminante” (letra d); y “medio ambiente libre de contaminación”

¹⁸ Véase por ejemplo el conocido fallo del caso Chungará, de fecha 19 de diciembre de 1985, que establece que: “El medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y la fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistema ecológico de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven”.

¹⁹ “II) Medio Ambiente: 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”.

²⁰ “c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”, y “f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”.

²¹ Considerando quinto de la sentencia recaída en la causa rol 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009, confirmada por la Corte Suprema mediante sentencia recaída en la causa rol 7287-2009, de 30 de noviembre del mismo año. Véase también el considerando decimotercero de la sentencia recaída en la causa rol N° 150-2011, de 3 de mayo de 2011, de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, confirmada por la Corte Suprema mediante sentencia recaída en la causa rol N° 4289-2011, de fecha 17 de junio del mismo año.

(terra m)²². Sin embargo, las definiciones adoptadas en dicha norma son contradictorias y explican los problemas de aplicación que persisten hasta el día de hoy para establecer cuándo el medio ambiente está libre de contaminación y en consecuencia, cuándo se vulnera dicha garantía²³. Así mientras que "contaminación" se definió en consideración de parámetros eminentemente técnicos "establecidos por la legislación vigente", las definiciones de "contaminante" y "medio ambiente libre de contaminación" consideraron criterios más abiertos como lo son el "riesgo para la salud de las personas, la calidad de vida de la población, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental". Es decir, las definiciones aluden a parámetros que no son coincidentes²⁴.

Frente a este conflicto la mayor parte de la doctrina nacional se ha inclinado por una postura marcadamente positivista para comprender esta garantía constitucional²⁵. Es decir, de acuerdo a esta postura, si existe una norma que regule las concentraciones o permanencias de algún "contaminante", debe estarse a ella para determinar si se ha vulnerado o no el derecho a vivir en un medio ambiente libre de

²² "Art. 2: c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente;

d) Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental;

m) Medio Ambiente Libre de Contaminación: aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental".

²³ En este sentido véase GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile*. Abeledo Perrot, Segunda ed., Santiago, 2010. *Ibid.*

²⁴ Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional al sostener que "(...) jurídicamente contaminación no es cualquier impacto o alteración ambiental sino la situación que supera los parámetros ambientales establecidos (...)". STC de fecha 26.04.2007, Rol N° 577-2006, Considerando Decimotercero.

contaminación²⁶. El problema surge entonces cuando no existe norma alguna que regule algún contaminante determinado²⁷. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido en este punto que no sólo se vulnera la garantía del artículo 19 N° 8 de la Constitución mediante la generación efectiva de contaminación, en términos estrictos, sino que también cuando, por ejemplo, en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), no se evalúan mediante los instrumentos adecuados los impactos que pueda generar un determinado proyecto o sus modificaciones y no se solicitan anticipadamente las autorizaciones pertinentes, lo cual atentaría contra el principio preventivo, que informa la ley 19.300 y al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación²⁸.

En relación a los derechos de Participación Ciudadana y Acceso a la Información en materia ambiental, es posible reconocer también su consagración constitucional. En efecto, la CPR dispone en el inciso quinto del artículo primero que es deber del Estado "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". En tanto, el Principio de Publicidad queda establecido en el artículo 8° inciso segundo, el cual dispone que "son públicos los actos y

²⁶ BARROS BORDEAU, Alberto. "Alcance del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución Chilena. Juicio crítico a una sentencia del Tribunal Constitucional. En *Revista de Derecho Ambiental*, Año III, N° 3, mayo de 2009, p. 171.

²⁷ En estos casos, sostiene Guzmán Rosen, "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 (...) En el evento que no exista precepto jurídico que regule la materia (fenómeno de contaminación en sentido estricto o legal), se le afectará (al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) cuando se genere un impacto ambiental o un daño ambiental, tomando como base la prohibición constitucional de no afectar el legítimo ejercicio de este derecho(...)". GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile*. Op. cit., pp. 59-63.

²⁸ Por ejemplo recientemente en el Caso conocido como "Central Bocamina" (CONFEDERACIÓN NACIONAL DE FEDERACIONES DE PESCADORES ARTESANALES DE CHILE CONTRA COMISIÓN DE EVALUACIÓN VIII REGIÓN DEL BIO BIO. Rol: 3141-2012), la Excma. Corte Suprema acogió la apelación y revocó la sentencia apelada que rechazó un recurso de protección, ordenando al titular de un proyecto ingresado al SEIA, a presentar un Estudio de Impacto Ambiental y no una Declaración de Impacto Ambiental.

resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen". Luego consagra el principio de reserva señalando que "sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

En virtud de estos dos preceptos, el 16 de febrero de 2011, se publicó la ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la que reconoce el derecho de todas las personas a participar en las políticas, planes, programas y acciones estatales, prohibiendo toda conducta destinada a excluir o discriminar, sin razón justificada, el ejercicio del derecho de participación ciudadana.

Además, con la reciente modificación a la Ley 19.300 se reconoce en el inciso primero del artículo 4° el principio participativo que establece que *es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente*. De este modo, según veremos, se regula en sus artículos 26 y siguientes la participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Por su parte, la ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública publicada el 20 de agosto de 2008, significa un importante avance regulatorio ya que trata con especificidad el Derecho de Acceso a la Información. Esta ley establece dos formas de transparencia; la transparencia activa, referente a la información que los servicios e instituciones públicas deben tener a disposición del público y de forma actualizada a través de Internet. Por otro lado, la transparencia pasiva permite que los ciudadanos soliciten información y el gobierno debe entregarles esta información en un plazo reglamentado. Es importante destacar que se ha creado una instancia de fiscalización de esta ley denominado Consejo para la Transparencia, organismo autónomo que tiene facultades de penalización a los servicios públicos que no cumplan la ley. Esta ley tiene límites para el acceso a la información, estableciendo excepciones claras para no poder acceder a ésta²⁹.

²⁹ Iniciativa Acceso Chile. "Estado del Acceso a la Información, la Participación Ciudadana, la justicia y el fortalecimiento de las capacidades en temas ambientales". Informe de Evaluación TAI, Chile 2009. Cit. 13.

Por último, el Párrafo 3° BIS de la LBGMA establece específicamente un sistema de información ambiental que debe estar a disposición del público por parte de las diferentes autoridades ambientales.

3. VÍAS DE ACCESO A LA JUSTICIA A DISPOSICIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DAÑO AMBIENTAL

3.1. Los conflictos en el sistema de evaluación de impacto ambiental

Según el Mensaje Presidencial de la LGBMA³⁰, la finalidad de esta ley "marco" era dar "un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura el derecho a todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" y sin duda, uno de los instrumentos más importantes que se creó fue el sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA).

El SEIA es hoy el procedimiento más usado por los particulares para hacer presente sus aprehensiones tanto a la autoridad, como a los titulares de un determinado proyecto u actividad, susceptible de generar daños al ambiente y a las comunidades colindantes. Es en este marco también, en el cual se han desarrollado los conflictos ambientales más importantes en los últimos años.

Tras dieciséis años de funcionamiento, el 26 de enero de 2010 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.417, que modificó la LBGMA en su aspecto institucional, creando el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental (que vino a reemplazar a la Comisión Nacional del Medio Ambiente o CONAMA y a las Comisiones Regionales o COREMAS) y la Superintendencia del Medio Ambiente³¹. Además, esta ley reformó importantes aspectos en materia de regulación y elaboración de políticas, gestión, fiscalización y sanciones ambientales.

³⁰ Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id...3/.../HL19300...>

³¹ Respecto de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), de acuerdo al artículo Noveno transitorio de la ley 20.417, se estableció que su vigencia comienza el mismo día que comenzaran su funcionamiento los Tribunales Ambientales. Estos fueron creados por la Ley N° 20.600 publicada el 28 de junio de 2012, y entraron en funcionamiento el pasado 28 de diciembre de 2012.

En cuanto a la gestión ambiental, se realizaron importantes y positivas modificaciones al SEIA y se estableció que su administración estaría a cargo del nuevo Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). En materia de participación ciudadana, ésta se amplió en las instancias administrativas de calificación de proyectos a cualquier persona natural o jurídica (antes existía sólo respecto de personas directamente afectadas y organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica), como también en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA)³² respecto de proyectos que generen "cargas ambientales". Además se contempla una nueva etapa de participación ciudadana durante la evaluación cuando se modifican sustancialmente los proyectos, como también en la recién implementada evaluación ambiental estratégica³³, y por último, se contempla un recurso administrativo de reclamación cuando las observaciones ciudadanas no hayan sido debidamente consideradas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

En términos generales, quienes quieran presentar observaciones a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), pueden hacerlo por escrito e incluso por medios electrónicos, en el plazo de 60 días, que comienzan a correr desde que el titular publica un extracto del proyecto en el Diario Oficial y en un diario de la capital de la región o de circulación Ambiental (RCA).

³² Artículo 18 de la LGBMA. "Los titulares de los proyectos o actividades que deban someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental y que no requieran elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, presentarán una Declaración de Impacto Ambiental, bajo la forma de una declaración jurada, en la cual expresarán que éstos cumplen con la legislación ambiental vigente". Según estadísticas del SEA, más de un noventa por ciento de los proyectos ingresan al sistema por dicha vía.

³³ "Artículo 7° bis. Se someterán a evaluación ambiental estratégica las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros, señalado en el artículo 71, decida.

En todo caso, siempre deberán someterse a evaluación ambiental estratégica los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen (...)"

nacional en su caso³⁴, "correspondiendo a la autoridad ambiental respectiva el establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad"³⁵.

En el caso de las DIAs, sólo aquellas que se refieran a proyectos que generen "cargas ambientales" para las comunidades próximas (es decir aquellos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades negativas durante su construcción u operación), la autoridad ambiental "podrá decretar la realización de un proceso" por un plazo de 20 días, pero debe existir una solicitud de a los menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, o como mínimo de 10 personas naturales "directamente afectadas". Es decir, respecto de las DIAs existe aún una fuerte limitación, entregándose una facultad discrecional respecto de la autoridad para determinar la procedencia de la participación ciudadana, además del deber de acreditar ciertos requisitos previos.

La información de la misma empresa proponente, es decir, el EIA o la DIA que esta misma genera así como las eventuales adendas del proyecto, y las observaciones o pronunciamientos que realiza el SEA en conjunto con los demás servicios públicos competentes en temas ambientales, se encuentra archivado en lo que se denomina el expediente del proyecto, el cual es público y se puede acceder a él a través de internet, en la Municipalidad respectiva o en el mismo servicio.

El problema es que los expedientes están contruidos con un lenguaje técnico y complejo, lo que en sí mismo es una barrera para el acceso a la información y a la participación. Esto imposibilita que el ciudadano común tenga el tiempo y la capacidad de comprender la información que está a su disposición, lo que resulta peor aún respecto de comunidades con baja escolaridad. Por otro lado, en zonas rurales el acceso a internet es limitado por lo que resulta altamente costoso para las comu-

³⁴ Posteriormente a esto, se realiza generalmente una reunión con la comunidad, en la cual se les da a conocer el proyecto que se efectuará junto con explicarles sus posibilidades de participación en el SEIA. Lo recién descrito hace que el plazo se reduzca por la pérdida de días transcurridos entre la publicación y la reunión.

³⁵ Respecto a esto último, cabe señalar que a casi dos años de la entrada en vigencia de la ley 20.417, aún no existen los reglamentos que prescribe la ley para determinar la forma en que el SEA facilitará los procedimientos de participación ciudadana en el SEIA.

nidades trasladarse a la ciudad y pagar las copias del expediente el que además, puede tener varias páginas, tomos y anexos.

El SEA tiene oficinas de información que deben mantener funcionarios expresamente encargados de facilitar el acceso a la información a los particulares. Sin embargo, ya sea por falta de funcionarios o en general por déficit presupuestario, no se realiza una traducción y sistematización adecuada de la información, para que la comunidad comprenda la información que es entregada por los titulares de los proyectos³⁶. Además, no existe en general un conocimiento por parte de las comunidades respecto del funcionamiento, plazos y etapas del SEA. En este sentido destacamos la participación de los Municipios y de las organizaciones de la sociedad civil en estas instancias, ya que muchas veces éstas colaboran con la convocatoria de las comunidades a las diversas reuniones y facilitan la comprensión del proyecto y posterior participación en la formulación de observaciones³⁷.

La ley establece que la Comisión de Evaluación³⁸ establecida en el art. 86 de la ley (si afecta sólo a una Región), o el Director Ejecutivo del SEA (si se afecta a más de una Región) sólo podrán aprobar o rechazar un proyecto sometido al "Sistema de Evaluación Ambiental" de acuerdo a lo establecido en el "Informe Consolidado de Evaluación" (ICE) elaborado por el SEA, sobre la base de las observaciones

³⁶ Iniciativa Acceso Chile. "Estado del Acceso a la Información, la Participación Ciudadana, la justicia y el fortalecimiento de las capacidades en temas ambientales", op. cit, p. 41.

³⁷ Esto se dio por ejemplo durante la evaluación del polémico proyecto eléctrico Hidroaysén, consistente en la construcción de cinco mega-represas en los ríos Baker y Pascua, ubicados en el sur de Aysén, XI Región de Chile. Este proyecto, poseía más de 10.000 páginas de información técnica, no comprensible para el grueso de la población. Al respecto, el servicio público competente no realizó acción alguna que ayudase a la ciudadanía a tener una mayor comprensión de esto, debiendo la propia ciudadanía, organizada mediante el Consejo de Defensa de la Patagonia, elaborar resúmenes cuyos contenidos tuviese un carácter menos complejo y técnico, para el ciudadano promedio.

³⁸ Artículo 86 LBGMA. "Los proyectos serán calificados por una Comisión presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio, quien actuará como secretario".

de los distintos organismos con competencia ambiental que hayan participado en el proceso y debiendo contener una evaluación técnica de las observaciones de la comunidad³⁹, el cual, en definitiva, debe concluir con una recomendación de aprobación o rechazo del proyecto. En base a este informe las autoridades pueden aprobar el proyecto, exigiendo determinadas medidas de mitigación, reparación o compensación ambiental, o rechazar fundadamente los proyectos⁴⁰.

Otro cambio relevante es que desde la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el Estado de Chile se encuentra obligado desde 2009 a consultar a las comunidades indígenas que puedan ser afectadas por el desarrollo de proyectos sometidos al SEA. En este punto la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema ha sido categórica en cuanto a reafirmar la obligación de la autoridad ambiental y de los titulares de los proyectos de desarrollar consultas a las comunidades indígenas sobre la base de la buena fe, llegando incluso a dejar sin efecto por esta causa, algunos procedimientos de evaluación ambiental ya concluidos⁴¹.

Cabe señalar, que pese a esta importante regulación de la participación ciudadana, conforme a la LBGMA las observaciones formuladas no son vinculantes para la Comisión evaluadora al momento de calificar el proyecto y éstas tienen un valor meramente referencial. Es por ello que en la práctica, el proceso de Participación Ciudadana que establece la ley 19.300 se aplica más bien como una instancia de acceso a la información y de difusión de los proyectos.

Ahora bien, si la participación ciudadana y sus observaciones debían o no ser vinculantes para la autoridad es un tema álgido y de difi-

³⁹ Antes de la modificación a la LBGMA, se exigía únicamente una "ponderación" de las observaciones ciudadanas.

⁴⁰ La LBGMA establece en su artículo 19 bis que los proyectos sometidos al SEA como EIA o DIA también se entienden aprobados si transcurren los plazos que la misma ley establece (120 y 60 o 30 días, respectivamente) "sin que la Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo se hubieren pronunciado (...)".

⁴¹ Ver por ejemplo las Sentencias de la Corte Suprema en, "Marcelo Condore Vilca Consejo Territorial Alto Tarapacá y Otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental", Rol 11040-2009 y también en "Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación III Región De Atacama", Rol 2211-2012.

cil respuesta. Existen argumentos en favor y en contra de ello. Sin embargo, lo que está a la vista es que el Sistema de Evaluación Ambiental no permite aún un debido equilibrio entre los intereses del solicitante de la aprobación ambiental de un determinado proyecto o actividad, y la defensa de los legítimos intereses de la comunidad afectada, ya sea a nivel local o nacional. En este sentido, creemos que para que los derechos de acceso a la información y participación de las decisiones medioambientales de las comunidades sean efectivos, es necesario que exista una política de integración respecto de las personas, sobre todo de aquellas más vulnerables y marginadas de la sociedad, a los espacios de toma de decisión mediante la capacitación sobre sus derechos y procedimientos de participación, y mediante la creación de mecanismos más eficientes y accesibles de consulta ciudadana.

Destacamos en este sentido, que a partir de la modificación de la ley N° 19.300 efectuada por la ley N° 20.417, se estableció una nueva vía de intervención administrativa, que permite que a cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, pueda presentar un recurso de reclamación ante un Comité formado por los Ministros de Medio Ambiente, Salud, Economía, Agricultura y Minería⁴². La autoridad debe resolver en un plazo de 30 o 60 días, según se trate de una DIA o de un EIA, plazo que por lo general, no se cumple. No obstante, esta importante modificación, a diferencia del titular del proyecto, este recurso tiene la limitante de que su interposición no suspende los efectos de la resolución de calificación ambiental. En contra de la resolución fundada que resuelva la reclamación se puede “reclamar” nuevamente, dentro del plazo de 30 días, ante el Tribunal Ambiental, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 60 y siguientes de la ley.

Además existe otra vía administrativa posible destinada a invalidar las decisiones de la autoridad ambiental, que está contemplada en el artículo 53 inciso primero de la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo y que opera de manera supletoria a las de la LBGMA:

Artículo 53. “Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa

audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”.

Esta vía ha sido bastante utilizada como un medio de impugnación de la RCA, al no existir en nuestro país un sistema estructurado de justicia administrativa, para no dejar en la indefensión a terceros afectados por un proyecto, que admite como legitimados activamente a otros actores diferentes a aquellos que participaron en el SEIA. Además, se interpone ante la misma autoridad administrativa que dictó el acto que se quiere invalidar, por lo que ésta se encontrará muchas veces mejor preparada para enfrentarse con proyectos complejos, que los Tribunales de Justicia. El problema es que el procedimiento para solicitar el ejercicio de esta facultad de invalidación no se encuentra suficientemente regulado en nuestra legislación, lo cual genera algunas complicaciones para los particulares.

Existe por último, la posibilidad de interponer un reclamo ante los Tribunales Ambientales en contra de la resolución que resuelve el procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, en el plazo de 30 días contados desde la notificación de la resolución respectiva (Artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600).

En resumen y con todos los inconvenientes descritos más arriba, las vías administrativas de participación e impugnación de las decisiones ambientales se han ampliado y tienen algunas fortalezas, ya que para dar inicio a estos procedimientos no se requiere la intervención de un letrado, lo que garantiza el acceso y permite que los costos de intervención sean menores. Además, los plazos considerados en los procedimientos administrativos establecidos por ley son más cortos que aquellos que corresponden a una intervención judicial. Por ello, aparecen como la vía más idónea, al menos en los inicios del conflicto ambiental, para obtener una decisión de la autoridad administrativa.

3.2. La acción constitucional de protección

Desde su creación, este recurso ha sido sin lugar a dudas la herramienta más eficaz de tutela y amparo de los derechos humanos en nuestro país. Además, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) relativos a los numerosos recursos de protección presentados en defensa del medio

ambiente, se ha constituido en una importante fuente del derecho ambiental.

El artículo 20 de la CPR consagra esta acción cautelar a favor de quien sufra "*privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio*" de alguno de los derechos y garantías constitucionales señaladas en dicha disposición por un "*acto u omisión ilegal o arbitrario*", para obtener de la Corte de Apelaciones respectiva las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, esto "*sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*".

No obstante, a diferencia de lo recién descrito, la protección relativa a la garantía del artículo 19 N° 8 sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, tiene reglas diferentes ya que sólo procede en contra de *actos u omisiones ilegales*⁴³, sin que sea posible esgrimirlo frente a actos arbitrarios (inciso segundo del art. 20 de la CPR).

Lo anterior es relevante, debido a que muchas materias relacionadas al medioambiente se encuentran reguladas a través de normativas generales que dejan un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad competente, por lo que la mayor parte de los conflictos ambientales surgen de la existencia de "arbitrariedades", ya sea emanadas de las autoridades o de los particulares, las cuales no pueden ser impugnadas mediante la acción de protección⁴⁴.

⁴³ Originalmente se requería copulativamente que la afectación proviniera de un acto y no de una omisión, y que ella fuera *arbitraria e ilegal*. El artículo 1° N° 11 de la Ley N° 20.050 de 26 de agosto de 2005 modificó este inciso, haciendo procedente el recurso de protección respecto de actos u omisiones ilegales, eliminando la causal de arbitrariedad.

⁴⁴ Esta diferencia vulnera el principio de la igual jerarquía que poseen todas las garantías constitucionales, de igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (art. 19 N° 2 y 3 de la CPR). Para un mayor desarrollo de esta postura véase DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando. "La modificación del inciso 2° del artículo 20 de la Constitución desde una perspectiva de interpretación axiológica", en "Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario", Actas de las III Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, octubre de 2006, pp. 59-76.

El artículo 20 inciso segundo exige además en materia ambiental que el acto u omisión sea "*imputable a una autoridad o persona determinada*". Según lo sostenido por la jurisprudencia, ello significa por ejemplo que la acción contaminante deba tener un origen cierto y culposo. De esta forma se restringe la acción de protección, que en lo referente al amparo de los demás derechos fundamentales, no requiere que el acto u omisión arbitraria o ilegal sea imputable a una persona o autoridad determinada. Es decir, en el resto de los casos el recurrente puede desconocer al autor del agravio⁴⁵.

Por último, en materia ambiental, a diferencia de los otros derechos, la acción surge cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación "*sea afectado*"⁴⁶. Se origina pues la duda de si para el potencial éxito de la acción es indispensable que se produzca un atentado efectivo en su ejercicio legítimo (privándolo o perturbándolo), o si también aplica a su respecto un agravio en grado de amenaza. De acuerdo a BERMÚDEZ SOTO, la afectación a que se refiere el artículo 20 inciso segundo, podría incluir implícitamente las tres modalidades de agravio, lo cual sería coherente con el principio de interpretación constitucional *in favor libertatis*, el cual permite preferir aquella interpretación de la norma fundamental que más favorece el ejercicio de los derechos constitucionales⁴⁷. En el mismo sentido, GUZMÁN ROSEN, sostiene que la "amenaza" en su legítimo ejercicio "permite conectarlo con la naturaleza de los daños o perjuicios que pueden causarse sobre el entorno, los cuales, en no pocas ocasiones, resultan ser irreversibles; si se espera su afectación concreta, se elimina toda posibilidad de prevenirlo o, al menos, de detenerlo. La jurisprudencia es, además, mayoritaria en cuanto a la inclusión de la amenaza"⁴⁸.

⁴⁵ BRANÉZ BALLESTEROS, Raúl. "El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible", op. cit., p. 126.

⁴⁶ Artículo 20° inciso segundo: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

⁴⁷ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, pp. 99-100.

⁴⁸ GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, La regulación Constitucional del Ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos. Historia, doctrina y Jurisprudencia. Op. cit., p. 235.

En cuanto a su tramitación, de acuerdo al Auto Acordado de la Corte Suprema, de 29 de marzo de 1977, sobre tramitación del recurso de protección de las garantías constitucionales, el foro encargado de conocer sobre estas materias, en primera instancia, es la Corte de Apelaciones respectiva (aquella del lugar en que ha acaecido el hecho), "*dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos*". Del conocimiento de la apelación, el foro encargado será la Corte Suprema (Tribunal Supremo del ordenamiento jurídico nacional).

La interposición del Recurso de Protección no implica costo alguno y es bastante expedito e informal. En efecto, tampoco se requiere de la asistencia de un abogado ni mandato para poder interponerlo. Así, cualquier persona que vea afectado su derecho o cualquier persona en su nombre, puede recurrir de acción de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Como ya lo hemos señalado, la titularidad para la defensa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, recae sobre cualquier persona que sufra una vulneración a este derecho, tal como ha sido expresamente reconocido por la Excm. Corte Suprema en sentencia de fecha 19 de marzo de 1997 relativa al caso Trillium⁴⁹. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que en materia ambiental la acción de protección no es de carácter popular, de modo que es indispensable que quien o para quien se acude de protección sea el personal o directamente afectado y se encuentre debidamente individualizado⁵⁰.

Respecto de las personas jurídicas, en materia ambiental, los tribunales han dado soluciones opuestas, en ocasiones acogiendo y en otras, rechazando su legitimación activa. Así por ejemplo, en relación a las organizaciones no gubernamentales, se les ha atribuido legitimación atendiendo a la sustancia de sus actividades y finalidades, cuando éstas son acordes con la garantía del art. 19 N° 8 de la CPR. Otras

⁴⁹ Excm. Corte Suprema, fallo apelación de recurso de protección, CAUSA ROL N° 2732-96 (Sentencia caso Trillium, "Girardi y otros con COREMA XII Región"), Considerando N° 13.

⁵⁰ GUZMÁN ROSEN, Rodrigo., op. cit., p. 289.

veces se ha fallado que no tienen legitimación y que ésta es privativa de las personas naturales, ya que esta garantía se vincula al derecho a la vida, que en nada se vincularía entonces con las personas jurídicas. Esto se ha señalado también en ocasiones respecto de empresas y Municipalidades⁵¹.

Una ventaja de este recurso es que la Corte "*cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar*", esto significa que puede decretar de inmediato las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho mientras se tramita el recurso, lo cual es muy relevante en casos de contaminación o daño ambiental.

La sentencia de protección es una sentencia definitiva, que tiene efectos declarativos respecto del derecho afectado y efectos relativos (sólo partes intervinientes), además está dotada de imperio y debe ser acatada por todas las autoridades, instituciones y personas. La potestad jurisdiccional en materia de protección es además de naturaleza restitutoria referida al restablecimiento de la situación anterior a la acción u omisión que provocó la contaminación y si ello no es posible, a buscar las medidas que intenten mitigar el mal causado.

No obstante la sentencia de protección sólo produce cosa juzgada formal. Esto porque es un procedimiento de urgencia que trata de dar una respuesta jurisdiccional rápida a la pretensión deducida por el actor como titular de un derecho indubitado, generalmente relativa a la conservación de un estado de derecho o de hecho, donde la fase de discusión se caracterizará por la superficialidad. Es decir, estos procedimientos no pretenden constituir una respuesta definitiva sobre la aplicación de la regla de derecho a una determinada situación y muchas veces no significan una solución definitiva a un conflicto ambiental. Es por esto que aquella parte que haya sido derrotada podrá iniciar otro proceso posterior, de lato conocimiento, para que con todos los medios de prueba que franquee la ley, pueda acreditar su pretensión⁵².

⁵¹ Ver por ejemplo "Comité Nacional Pro-Defensa de la Fauna y de la Flora. SCAC, 15.12.1993, Considerando único, confirmada por SCS, 04.01. 1994 GJ N° 163, 1994.

⁵² BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. Temas de derecho procesal constitucional, Editorial fallos del mes, 2002, pp. 191 y ss.

Se ha criticado frecuentemente, que en los últimos años este recurso constitucional, pese a su naturaleza cautelar, por su accesibilidad y efectividad, haya sustituido en la práctica al procedimiento contencioso-administrativo, interponiéndose reiteradamente en contra de los actos de las autoridades administrativas, específicamente del SEA y cuestionando sus potestades discrecionales de tipo técnico al evaluar estudios y declaraciones de impacto ambiental⁵³.

Queda la duda entonces de si con la entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales y con ello, el nuevo procedimiento contencioso administrativo del SEA (reclamaciones del art. 20 de la LBGMA y reclamaciones en contra de las resoluciones que resuelvan procedimientos administrativos de invalidación respecto de actos de carácter ambiental), se reducirá el número de recursos de protección en contra de actos administrativos de carácter ambiental. Sin embargo, puede advertirse que al requerirse en el nuevo procedimiento el agotamiento de la vía administrativa previa, el incentivo para interponer directamente el recurso de protección en contra de estos actos, se mantendrá inalterable.

3.3. La responsabilidad por daño ambiental

La LBGMA estableció, el principio de la responsabilidad por el daño ambiental, consagrando reglas que constituyen en su conjunto un régimen especial o descodificado de responsabilidad civil, que se suple en sus lagunas por las normas del título 35° del libro IV del Código Civil referido a los delitos y cuasidelitos civiles en los casos de responsabilidad extra contractual, y que obligan a quien contamina a reparar materialmente y a su costo, el daño causado: “Artículo

⁵³ Véase por ejemplo el caso de la Central Termoeléctrica Castilla, en la Región de Atacama, donde la Tercera Sala de la Corte Suprema el 28 de agosto de 2012, acogió de manera unánime un recurso de protección presentado por comunidades agrícolas contrarias a la central, dejando sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de dicha Región. El fallo argumenta que en la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), el titular debía presentar en conjunto el proyecto de la Central, incluyendo al Puerto Castilla, puesto que éstos “constituyen una unidad”. Esta infracción al principio preventivo en opinión de la Corte vulnera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Rol 1960-2012.

3°. Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley (“responsabilidad sancionatoria” en sea administrativa o judicial), todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible e indemnizarlo conforme la Ley”.

El artículo 2° letra c) de la LBGMA define daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a una o más de sus componentes”. Es decir, el daño ambiental se configura como tal sólo en la medida en que resulte ser esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo “significativos”. Esto no está definido en la ley, por lo que es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el tribunal, pero generalmente se relaciona por ejemplo con su magnitud geográfica o la cantidad de personas afectadas⁵⁴.

Hoy en materia de daño ambiental, rige el principio de la reparación integral que ordena que todo daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser reparado (artículos 2314 y 2329 CC.). Así el artículo 51 de la ley 19.300 establece que “todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley”. Tratándose del daño ambiental, esta acción buscará la reparación en naturaleza; en cambio, respecto del daño civil, la responsabilidad se traducirá en el pago de una indemnización, sometiendo a la responsabilidad por el daño civil que deriva del daño ambiental a un régimen que hace excepción al establecido en el título 35° del libro IV del Código Civil⁵⁵.

Se debe acreditar por la víctima, que el daño ambiental es atribuible a un acto u omisión dolosa o culposa. Se ha definido la culpa

⁵⁴ GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. Derecho Ambiental Chileno. Principios, Instituciones, Instrumentos de Gestión. Planeta Sostenible, 1° Ed., Santiago, 2012, p. 179.

⁵⁵ Sin embargo, el inciso segundo del artículo 51 establece que “... en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”. Esto hace procedente la acción preventiva de daños del art. 2.333 del Código Civil en materia ambiental, que “concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

como la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho o en el cumplimiento de una obligación. La culpa extracontractual no admite grados como en la responsabilidad contractual. El dolo a su vez lo define el Código Civil en su artículo 44 diciendo que es la intención positiva de inferir injurias a la persona o propiedad de otro.

Por tanto, a diferencia de otros países de la región, este es un régimen de responsabilidad subjetiva, aunque se prevé una hipótesis de culpa infraccional u objetiva que se da por acreditada con la sola prueba de la contravención de la norma. De este modo, el Artículo 52 establece que se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, "si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias". Sin embargo, la ley continúa señalando en su inciso segundo que, con todo, "sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido". La prueba de la causalidad ha sido uno de los principales problemas a la hora de declarar la reparación del medioambiente.

Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado⁵⁶, "lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado", conforme a las reglas generales (art. 53). Antes de la creación de los Tribunales Ambientales, la víctima de un daño civil que provenía de un daño ambiental, podía optar entre ejercitar ambas acciones conjuntamente con la acción ambiental en el mismo juicio o separadamente en juicio ordinario⁵⁷; o conformarse con el ejercicio de la acción ordinaria por el

⁵⁶ La LGBMA contempla dos causales de exclusión de la acción reparatoria por daño ambiental: Cuando el daño se genera pero en pleno cumplimiento de la normativa ambiental, en los casos descritos en el art. 55 de la LGBMA y cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia.

⁵⁷ Salvo en la hipótesis en que la acción ambiental la ejercita el Estado a través del Consejo de Defensa del Estado o la Municipalidad correspondiente, ya que en este caso se excluye el ejercicio por parte de quien sufrió el daño o perjuicio,

daño civil, dejando de lado la acción ambiental. Como se verá, hoy no es posible reclamar conjuntamente ante los nuevos tribunales ambientales la responsabilidad civil derivada de daño ambiental, ya que ésta debe demandarse ante la justicia ordinaria, una vez acreditado el daño.

La acción ambiental tiene por objeto reparar el medio ambiente dañado, en naturaleza o reparación *strictu sensu*, y que se la define como "la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas" (artículo 2 letra s) de la LGBMA). Es decir, el objeto inmediato de la acción ambiental es una condena de hacer⁵⁸.

Son titulares de la acción ambiental o de reparación del medio ambiente dañado, de acuerdo al artículo 54 de la LBGMA "las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que hayan sufrido el daño o perjuicio (...)". Siguiendo a BERMÚDEZ, para determinar que una persona sufre un daño ambiental deberá existir un cierto grado de vinculación entre la persona natural o jurídica, y el daño al medio ambiente que le afecta, para lo cual recurre a la tesis del *entorno adyacente*. Esto es "el lugar necesario para que el individuo se desarrolle, es decir, el espacio que él necesita para poder desplegar sus capacidades, en definitiva el entorno relacionado al individuo, necesario para alcanzar la mayor realización espiritual y material posible, que asegura el artículo 1 inc. 4° de la CPR"⁵⁹. En consecuencia según BERMÚDEZ no se trata de una acción popular con legitimados activos amplios, porque el que sufre directamente un daño ambiental es quien sufre una pérdida o deterioro del medio ambiente que le es adyacente⁶⁰.

Son también legitimados activos de esta acción "las Municipalidades por los hechos acaecidos en su territorio y el Estado por medio del Consejo de Defensa del Estado", a requerimiento de las personas que pue-

pudiendo sólo intervenir en el juicio como tercero coadyuvante, en los términos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁸ Vidal Olivares, Álvaro. "Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley n° 19.300". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007, pp. 119-140.

⁵⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental, Valparaíso, 2007, p. 81.

⁶⁰ Ibid., p. 247.

dan verse afectadas por un daño ambiental (artículo 54 de la LBGMA). Esto permite que la protección del medio ambiente no quede sujeta a la opción que tome la víctima que ha sido dañada civilmente, sobre todo si los afectados son comunidades vulnerables o de escasos recursos, que se podrían ver impedidos de iniciar ésta acción de manera particular.

Según el artículo 63 la prescripción de las acciones derivadas del daño ambiental (la reparación ambiental y la de ordinaria de indemnización) es de cinco años “*contados desde la manifestación evidente del daño*”.

Como decíamos, a partir de la modificación de la ley N° 19.300 por la ley N° 20.417 se cambió el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad de las personas por este tipo de ilícitos (arts. 51 al 63). Además, la Ley N° 20.600 dispuso la creación de tres Tribunales Ambientales⁶¹ a nivel nacional con asiento en las comunas de Antofagasta, Santiago y Valdivia⁶², los cuales resolverán, entre otras materias, “las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300” (artículo 17 N° 2).

Para conocer estas demandas, será competente “*el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado*”. Al respecto, estimamos que al estar presentes estos tribunales en sólo tres comunas del país, el acceso a ellos es bastante restringido y podría resultar difícil para las víctimas intervenir en el procedimiento.

El artículo 33 de la Ley N° 20.600 dispone que en la demanda sólo se podrá pedir la *declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado y la condena de éste a repararlo*

⁶¹ Ley N° 20.600 CREA LOS TRIBUNALES AMBIENTALES, publicada en el Diario Oficial el 28 de junio de 2012. “Artículo 1°. Concepto. Los Tribunales Ambientales son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento”.

⁶² Actualmente sólo se encuentra en funcionamiento el Segundo Tribunal Ambiental con sede en Santiago, en virtud de las normas para su implementación establecidas en la misma ley.

materialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.300”. Es decir, como ya se ha indicado, de acuerdo a esta modificación la acción civil emanada del daño ambiental no será conocida por los Tribunales Ambientales, por lo que los directamente afectados deberán recurrir a los tribunales ordinarios para el sólo efecto de determinar el monto del daño a indemnizar.

Estimamos que esta modificación también es una importante barrera para el acceso a la justicia de las víctimas, ya que la acción civil presupone la prueba del daño ambiental en el procedimiento seguido ante los tribunales ambientales, la que puede en ocasiones tornarse muy compleja y, además, costosa; pudiendo peligrar el derecho a la reparación del daño civil por no concurrir el presupuesto de daño ambiental, o por alargarse demasiado el procedimiento y obligar, en la práctica, a los afectados a renunciar a seguir un nuevo juicio. Es muy probable que ellos para ahorrar tiempo prefieran seguir directamente el procedimiento de la acción indemnizatoria ordinaria. Ello dependerá, en definitiva, de la prontitud y celeridad con que actúen en estas materias los nuevos tribunales ambientales.

Algo novedoso es que se permite la intervención en este tipo de demandas como “*amicus curiae*”, para todo aquél (ya sea persona natural o jurídica, con patrocinio de un abogado) que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del juicio, siempre y cuando invoque la protección de un “interés público”. El tribunal deberá considerar estas observaciones en la sentencia definitiva (art. 19 inciso 2° y 3°).

El procedimiento es público e impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva, y se mantiene el requisito de que siempre las partes deben actuar representadas y con el patrocinio de abogado (artículo 21). También se establece que el Tribunal puede decretar medidas cautelares, en cualquier estado del juicio o antes de éste, que sean necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento (artículo 24).

El nuevo procedimiento además es concentrado. Se contempla la realización de una audiencia de conciliación y prueba, en la cual se admiten ampliamente todos aquellos “medios de prueba que hubieren sido obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe”. La ley establece que no hay testigos y peritos inhábiles y se mantiene

la regla de valoración de la prueba rendida, de acuerdo a "la sana crítica" (artículo 35), lo que le otorga un grado de flexibilidad coherente con la complejidad de las materias propias de estos procedimientos. En contra de la sentencia definitiva no procede el recurso de apelación, solo de casación en la forma y en el fondo los que serán conocidos y resueltos por la Corte Suprema (artículo 26).

Un cambio que estimamos positivo respecto de la prueba de peritos es que el artículo 42 de la ley establece que el Tribunal "podrá eximir a la parte, total o parcialmente, del pago del honorario del perito cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo" y que "la cantidad asumida por el Tribunal será de cargo fiscal".

En cuanto a la responsabilidad penal que deriva de casos de contaminación y daño ambiental, Chile no ha logrado legislar sobre delitos ecológicos o ambientales de una manera genérica, manteniendo algunas figuras penales que incidentalmente o por vía indirecta permiten perseguir la responsabilidad penal por daño ambiental (como por ejemplo el caso del artículo 291 del Código Penal, que tipifica el delito de maltrato animal). Es de esperar que en el corto plazo se materialicen algunas iniciativas legislativas en esta materia.

Por último, resta por expresar que como ya se ha adelantado, una de las grandes innovaciones introducidas por la ley N° 20.417 ha sido la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente, a la cual se le ha dotado de importantes funciones y atribuciones en materia de verificación del cumplimiento de la regulación ambiental y aplicación de sanciones, las cuales antes se encontraban dispersas en los diferentes órganos de la administración y en el propio órgano evaluador. Esto será esencial para efectos de prevenir los casos de contaminación y daño ambiental, como para proveer información a la ciudadanía respecto de las contingencias ambientales y las empresas infractoras.

4. CONCLUSIONES

En los años recientes nuestro país ha hecho esfuerzos importantes por modificar y ampliar los espacios de participación en las decisiones de carácter ambiental y facilitar las vías de acceso a las instancias administrativas y judiciales que permitan obtener soluciones respecto de los conflictos de carácter ambiental.

En el plano administrativo, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contempla instancias de participación ciudadana sin exclusiones (al menos respecto de los EIA) y la información está a disposición de todo el público, pero se requiere de una política más activa respecto de la autoridad ambiental en orden a capacitar a las comunidades y facilitar la información de los procedimientos del SEIA.

Además, este procedimiento aún no permite que la participación ciudadana incida realmente en la toma de decisiones respecto la puesta en marcha de los proyectos que operarán en el entorno de las comunidades. Esto explicará posteriormente el estallido de numerosos conflictos socio-ambientales a lo largo del país y su progresiva judicialización, al no contemplarse en la legislación mecanismos alternativos efectivos de participación de la comunidad y de las autoridades locales, en la toma de decisiones.

En este sentido, el recurso de protección, por su accesibilidad y eficiencia seguirá siendo el protagonista en cuanto al resguardo de los derechos ambientales cuando éstos se vean amenazados o vulnerados por actos u omisiones ya sea de autoridades o particulares. Sin embargo, por este medio no se resuelve adecuadamente el fondo de los conflictos y casos de contaminación, por lo que será fundamental el modo en que resuelvan los nuevos Tribunales Ambientales las acciones de reparación ambiental y demás reclamaciones en el procedimiento contencioso administrativo.

Al respecto creemos que se ha avanzado en materia de crear procedimientos más expeditos y concentrados, destinados a obtener resultados oportunos en casos de daño ambiental. También destacamos que se facilite en ellos el acceso a pruebas periciales mediante la liberación de su pago y la intervención de *amicus curiae*, pero es cuestionable que con sólo tres tribunales ambientales en todo el país, se garantice efectivamente el acceso a la justicia a las víctimas de daño ambiental.

Además, es necesario avanzar hacia el establecimiento de mecanismos que efectivamente permitan a dichas víctimas el derecho a la defensa jurídica en estas instancias, lo cual hasta el momento no se ha solucionado. Al respecto, se propone desde diferentes sectores la creación de un organismo independiente que pueda representar a los ciudadanos y apoyar a las comunidades a conocer y a entender la in-

formación sobre los procesos judiciales y administrativos posibles de realizar en relación a decisiones medioambientales.

Por último, creemos que la entrada en funcionamiento de la nueva Superintendencia del Medio Ambiente permitirá prevenir de mejor forma los casos de contaminación y daño ambiental, como proveer información valiosa a la ciudadanía respecto de las posibles emergencias ambientales y de las empresas infractoras, y así intervenir antes de que se desencadenen eventuales conflictos con las comunidades.

El caso de contaminación por plomo y otros metales pesados en la ciudad de Arica¹

GABRIELA BURDILES PERUCCI
Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Chile

1. INTRODUCCIÓN

En el año 1984 una serie de sucesos dieron inicio a una tragedia medioambiental que ha marcado la vida de una gran parte de la comunidad de Arica, ciudad ubicada al extremo norte de Chile. La importación de toneladas de barros tóxicos desde Suecia, negocio que fue celebrado por la minera Promel en Chile y su contraparte Boliden Metall AB de Suecia, seguida de una serie de negligencias por parte de las autoridades luego del importe, resultaron en que los residuos quedaran al descubierto y sin resguardo alguno durante años, exponiendo a poblaciones enteras a sus tóxicos efectos. Después de casi 30 años, aún no se sabe con certeza cuál es la extensión del daño causado ni el alcance de las medidas de auxilio que se han llevado a cabo.

El caso que comentaremos es significativo ya que plantea la doble configuración de la responsabilidad civil derivada de daño ambiental, en cuanto a la obligación de reparación del ambiente y la indemnización de los perjuicios causados a las víctimas. Además, el caso fija un precedente en la jurisprudencia nacional, al condenar al Servicio de Salud de Arica, es decir al propio Estado, al pago de una indemnización a 354 víctimas afectadas, por el daño moral derivado de su falta de servicio y control.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

Entre los años 1984 y 1989, la empresa chilena minera Promel, con base en Arica, importó cerca de 21 mil toneladas de residuos

¹ Agradezco la colaboración para la redacción de este comentario, de Florencia Ortúzar Greene, abogada e investigadora de FIMA.