

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
Centro de Derecho Ambiental

# **El Acceso a la Justicia Ambiental en Chile:**

## **Un desafío pendiente**

MEMORIA DE GRADO  
**MAURICIO GUTIÉRREZ SÁEZ**  
**SERGIO MONTENEGRO ARRIAGADA**  
MAYO  
**2005**



<b>ÍNDICE . .</b>	<b>4</b>
<b>I) EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL . .</b>	<b>6</b>
<b>II) VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO . .</b>	<b>10</b>
<b>A) Vías judiciales . .</b>	<b>10</b>
a) El Recurso de Protección. . .	10
b) Acción Ambiental o de Reparación . .	12
c) Acción de Indemnización. . .	15
d) Acción de Requerimiento del artículo 56 . .	16
e) Otras vías judiciales . .	16
f) Análisis del Derecho Comparado . .	20
<b>B) Vía administrativa . .</b>	<b>24</b>
<b>III) EFICACIA DE LAS VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO . .</b>	<b>28</b>
<b>A) Vías judiciales . .</b>	<b>28</b>
a) El Recurso de Protección. . .	28
b) Acción Ambiental. . .	35
<b>B) Vía administrativa . .</b>	<b>36</b>
<b>IV) PROPUESTAS PARA PERFECCIONAR EL SISTEMA DE ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL . .</b>	<b>40</b>
<b>Aspectos procesales . .</b>	<b>40</b>
<b>B) Instauración de la mediación como una forma alternativa de resolver los conflictos ambientales . .</b>	<b>42</b>
<b>C) Propuestas relativas a los procedimientos administrativos . .</b>	<b>45</b>
<b>Participación ciudadana en los procedimientos administrativos en general . .</b>	<b>45</b>
<b>Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental . .</b>	<b>47</b>
<b>D) Evolución Administrativa . .</b>	<b>49</b>
<b>V) Reflexión Final. . .</b>	<b>52</b>
<b>ANEXO . .</b>	<b>53</b>
<b>Bibliografía. . .</b>	<b>55</b>

# ÍNDICE

## **I) El acceso a la Justicia Ambiental**

### **II) Vías jurisdiccionales para solicitar la protección del derecho a vivir en un ambiente sano**

#### **A) Vías judiciales**

- a) El recurso de protección
- b) Acción ambiental o de reparación
- c) Acción de indemnización
- d) Acción de requerimiento del artículo 56
- e) Otras vías judiciales
  - i) Nulidad de derecho público
  - ii) Recurso de reclamación del artículo 50 de la Ley N° 19.300
  - iii) Recurso de amparo económico
  - iv) Acciones penales
  - v) Normas sanitarias
- f) Análisis del derecho comparado
  - i) España
  - ii) Alemania
  - iii) Estados Unidos
  - iv) Breve referencia al derecho latinoamericano

#### **B) Vía administrativa**

### **III) Eficacia de las vías jurisdiccionales para solicitar la protección del derecho a vivir en un ambiente sano**

#### **A) Vías judiciales**

- a) El recurso de protección
- b) Acción ambiental

#### **B) Vía administrativa**

### **IV) Propuestas para perfeccionar el sistema de acceso a la Justicia Ambiental**

#### **A) Aspectos procesales**

- B) Instauración de la mediación como una forma alternativa de resolver los conflictos ambientales**

- C) Propuestas relativas a los procedimientos administrativos**
  - a) Participación ciudadana en los procedimientos administrativos en general
  - b) Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental
- D) Evolución Administrativa**
- V) Reflexión Final**
- Anexo**
- Bibliografía**

# I) EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

El tema del acceso a la justicia ambiental es de reciente data. Obviamente, con antelación hubo de florecer la rama del derecho ambiental. En el contexto del presente estudio no es ocioso recordar que si bien durante milenios la actitud del hombre fue de desafío frente a la naturaleza, siendo su orgullo el dominarla hasta sentirse vencedor, una serie de catástrofes de gran magnitud, determinadas por fallos de las previsiones establecidas en muchos casos deficientemente; más otras perturbaciones ambientales de distinto carácter, como el incremento de la temperatura de la Tierra por efecto de la contaminación atmosférica y la disminución, por análogas causas, de la capa de ozono, hicieron que la humanidad tuviera que tomar conciencia de la problemática ambiental.

Si a esto sumamos el dilema que significa la limitación de los recursos naturales frente a una población mundial cada día en aumento, necesariamente debieron surgir normas jurídicas dirigidas a regular la conducta humana en el campo ambiental.

En este sentido, la piedra angular de este proceso la sigue constituyendo el reconocimiento formal, que los Estados hicieron a sus ciudadanos, del derecho a vivir en un medio ambiente sano.

“En el caso de nuestro país -en palabras de González Silva- la consagración de este derecho comienza en las bases mismas de nuestra institucionalidad, al establecerse en el artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Con este objeto, debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la sociedad su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.”<sup>1</sup>

“Sin lugar a dudas -afirma el mencionado autor- que el camino para lograr esta realización material y espiritual es a través del desarrollo económico, social, político y cultural, cuyo objetivo principal es mejorar la calidad de vida de las personas. Este concepto de calidad de vida, va mucho más allá que el satisfacer el “nivel de vida” de una sociedad, pues en él concurren necesidades más profundas, que dicen relación con el hombre y la comunidad, como con su entorno. No podemos pretender la calidad de vida si al mismo tiempo estamos deteriorando el medio ambiente.”<sup>2</sup>

Por otra parte -continúa- las necesidades que determinan una calidad de vida, no son sólo materiales, sino también espirituales, y deben beneficiar no sólo al hombre en su plenitud, sino también al ecosistema del cual depende. Este último es la base misma de su existencia y ambos están ligados por una suerte común. De ahí que se hable de un desarrollo “sustentable”, definido como un proceso destinado a la satisfacción plena de las necesidades del hombre y de toda la sociedad no sólo presente, sino también y

---

<sup>1</sup> González, Francisco. “¿Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿cómo construir su adecuada tutela jurídica?”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, Vol. 28 N° 2, p. 272.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

principalmente futura, con el objeto de mejorar la calidad de vida, fundada en principios de equidad y protección del medio ambiente”.<sup>3</sup>

Ahora bien, la consagración explícita de este derecho, por primera vez en la historia constitucional de nuestro país, la encontramos en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República de Chile del año 1980, que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, estableciéndose que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado e intentar la preservación de la naturaleza, y permitiéndose a la Ley establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Para Bertelsen Repetto, “es necesario tener presente que este derecho a vivir en un medio ambiente no contaminado se presenta en una doble perspectiva. En una de sus vertientes, es un derecho público subjetivo que, al igual que ocurre con los derechos de libertad clásicos, tiene como correlativa una obligación de no hacer: la obligación, que pesa sobre toda persona o autoridad, de no incurrir en conductas contaminantes. Y en la otra, es uno más de los derechos sociales que reconoce la Carta Fundamental y cuya finalidad es orientar la actividad de los órganos del Estado en un sentido determinado. El primer aspecto -afirma el autor- es susceptible de tutela jurisdiccional, mientras que el segundo fundamenta los deberes del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza, como asimismo sienta las bases para la legislación protectora del medio ambiente”.<sup>4</sup>

Pero como el reconocimiento de un derecho está lejos de garantizar su pleno ejercicio, correlativamente tuvieron que formularse instrumentos jurídicos que habilitaran la defensa judicial del mismo. En otras palabras, acciones judiciales que pudieran incoarse en los casos que el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado fuera vulnerado.

Son, justamente, las normas jurídicas que establecen las vías para solicitar la protección de este derecho, los cimientos que nos permiten aproximarnos al concepto de “acceso a la justicia ambiental”.

En cuanto a su definición, Brañes Ballesteros, en aras de facilitar su comprensión, sostiene que el acceso a la justicia ambiental debe ser entendido como “la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”.<sup>5</sup>

Aún cuando estamos de acuerdo con este concepto, pensamos que en el marco institucional que aborda los conflictos jurídico-ambientales suscitados en Chile, es insuficiente. Tal apreciación se funda en que en términos prácticos, y tal como quedará de manifiesto a lo largo de esta investigación, no son únicamente las autoridades judiciales las llamadas a desempeñar un rol jurisdiccional en la materia. Por el contrario, desde la entrada en vigencia de la Ley de Bases del Medio Ambiente, la Administración del Estado ha asumido el protagonismo a la hora de determinar la primacía de los derechos confrontados.

<sup>3</sup> *Ibíd.* p. 272-273

<sup>4</sup> Bertelsen, Raúl. “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia.”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, Vol. 25 N° 1, p. 142.

<sup>5</sup> Brañes, Raúl. “El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible”. Ponencia presentada en el Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: El acceso a la justicia ambiental en América Latina”. <http://www.rolac.unep.mx/deramb/esp/simposio>

Si bien las resoluciones adoptadas por la Administración, en los casos en que un ciudadano considera que ha sido vulnerado en sus derechos, pueden ser impugnadas mediante la acción constitucional de protección, la peculiar cultura jurídica de nuestro país, más otros aspectos de orden procesal, hacen que en la práctica las decisiones de la CONAMA sean muy difíciles de modificar.

Por lo demás, nos parece que el tema del acceso a la justicia ambiental no puede ser abordado única y exclusivamente a partir de aspectos formales. Muy por el contrario, es fundamental un análisis que contemple el aspecto sustancial de las decisiones adoptadas por nuestras autoridades. Esto es, no sólo analizar las vías jurisdiccionales establecidas para solicitar la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; sino que también la eficacia que han tenido en la protección del mismo.

El determinar si en nuestro país es posible acceder a la justicia ambiental no es un asunto baladí. Una gran parte de nuestra doctrina se halla conteste a la hora de señalar que el bien jurídico protegido por este derecho no es el simple bienestar de las personas. Así, Soto Kloss es de la opinión que este derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho de la persona humana “y directa emanación de su derecho a la vida”. Corral, por su parte, señala que este derecho se reconoce para asegurar “el desarrollo de la salud y la vida de las personas”. Tallar y Guiardo, en la misma dirección, sostienen que este derecho se “configuraría como una ampliación de aquellos derechos consagrados en el artículo 19 N° 1 y 9, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de la salud”. Cea, por último, también vincula este derecho con el derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud.<sup>6</sup>

En esta misma línea de pensamiento, se debe señalar que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución consignó que “para dar protección al derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo, será necesario evitar la contaminación del medio ambiente, estableciendo las normas que conduzcan a tal fin”.<sup>7</sup>

Es tal la creciente importancia de este tema, que a principios del año 2000 el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente de México convocaron a los más altos jueces provenientes de nueve países de América Latina, incluido Chile, a participar en el simposio “Derecho Ambiental y desarrollo sostenible: El acceso a la justicia ambiental en América Latina”, el que se realizó en Ciudad de México. En esta instancia se concluyó que *“aún queda mucho por hacer en el campo del desarrollo de la legislación ambiental y en el establecimiento de los mecanismos jurídicos apropiados para la instrumentación de las políticas públicas encaminadas a proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible. La práctica judicial de nuestros países nos indica que muchos de los conflictos jurídicos que llegan a los tribunales de justicia no pueden ser resueltos satisfactoriamente para los litigantes y para la propia protección del medio ambiente”*. Análisis que se refuerza al agregarse *“que los profundos cambios que han tenido lugar en el interior de las sociedades durante el siglo XX y la emergencia de nuevos y dramáticos problemas exigen soluciones jurídicas distintas a las tradicionales, como es el caso de los problemas que afectan al medio ambiente. El derecho ambiental se ha incorporado con mucho vigor en estos últimos años al proceso de transformaciones del*

---

<sup>6</sup> Citados por Bordalí, Andrés. “El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado: ¿qué protege? ¿a quiénes protege?”, *Gaceta Jurídica*, Chile, N° 232, p. 11.

<sup>7</sup> *Ibid.*



*derecho de las sociedades contemporáneas característico de ese siglo. Lo que queda por hacer es, con todo, mucho más de lo que se ha hecho hasta ahora”.*<sup>8</sup>

Podemos adelantar que a nivel internacional, particularmente en Europa -siempre visionaria en el desarrollo de la legislación ambiental- hace poco fue adoptada por diversos países la “Convención de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación Ciudadana en la toma de decisiones y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales”. Tal como veremos en el desarrollo de esta investigación, es éste el modelo legislativo más acabado sobre el tópico que nos convoca.

Sin embargo, a pesar de lo contingente de esta materia, es escasa la doctrina nacional que la ha abordado. La mayoría de nuestros autores ha estudiado el tema sólo a partir de aspectos parciales. Es así como existen una serie de trabajos relativos al recurso de protección en materia ambiental. Otros se han avocado a la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales. En este contexto, destacamos el aporte de José Agustín Ramírez, que en su “Impugnación judicial de los actos administrativos dictados en el procedimiento de evaluación ambiental” analiza la relación que, particularmente en esta materia, se da entre las autoridades administrativas y judiciales, y hasta qué punto los órganos con jurisdicción ambiental están cumpliendo el mandato de proteger el derecho a vivir en un ambiente sano.

Es por lo mismo que queremos desarrollar el objeto de nuestra investigación en forma integral, realizando un análisis riguroso del mismo. Creemos que sólo de esta forma, además de contribuir a un punto que ha sido escasamente abordado por nuestra doctrina, podremos sacar conclusiones válidas en torno a un tema de creciente importancia.

---

<sup>8</sup> “Simposio judicial sobre derecho ambiental y desarrollo sostenible: el acceso a la justicia ambiental en América Latina”, en *Gaceta Jurídica*, n° 237, p. 13.

## II) VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO

En consonancia con lo señalado en la introducción, en esta parte de nuestro trabajo identificaremos las principales vías jurisdiccionales para resolver un conflicto de naturaleza ambiental.

Estas vías de acceso a la justicia ambiental son, primordialmente, el recurso de protección, la acción de daño ambiental, y en sede administrativa, los recursos contra las resoluciones que adopta la autoridad en el sistema de evaluación de impacto ambiental y en procesos de dictación de normas ambientales y de elaboración de planes de prevención y descontaminación.

Además, junto a estas importantes vías jurisdiccionales efectuaremos un somero estudio de aquellas otras que, por su escasa relevancia en la praxis jurídica, no ameritan ser objeto de un análisis más profundo en el marco de esta investigación.

### A) Vías judiciales

#### a) El Recurso de Protección.

---

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversas acciones judiciales destinadas a garantizar el pleno ejercicio del derecho a vivir en un ambiente sano. Sin embargo, es el recurso de protección en materia ambiental el pilar sobre el que descansa la tutela jurídica del mismo.

Este recurso se encuentra consagrado en la Constitución Política del Estado, la que expresa que toda persona que vea afectada por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada su garantía constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puede recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva a fin de requerir que se ponga fin a dicho acto arbitrario e ilegal. En efecto, el artículo 20 de la Constitución Política del Estado señala en su inciso segundo: *“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del número 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”*.

Como es sabido, antes de la dictación de la Constitución de 1980, la preocupación ambiental no se encontraba en el ánimo de los constituyentes nacionales. Es por ello que la carta fundamental de 1833, que rigió hasta la promulgación de la Constitución

## II) VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO

---

de 1925, la que a su vez rigió al país entre el año citado y el quiebre constitucional de 1973, no presentaban de manera directa normativas de orden ambiental. Por esta razón, el derecho a vivir en un ambiente sano solía construirse dogmáticamente en base al criterio de la función social de la propiedad, razonamiento sobre el cual se podía cimentar el establecimiento de ciertas normas ambientales, estructuradas doctrinariamente bajo los supuestos de restricciones genéricas y específicas al derecho de dominio.<sup>9</sup>

En la actualidad, se reconoce la legitimación activa en el recurso de protección a cualquier persona, natural o jurídica, afectada en su derecho a vivir en un ambiente sano. Estamos con J. A. Ramírez cuando señala que “a pesar de existir jurisprudencia disímil en la materia, todo parece indicar que se impone el criterio manifestado por la Corte Suprema en los recursos vinculados al caso Trillium, al afirmar que el derecho consagrado en el artículo 19 N° 8 es un Derecho Público Subjetivo, y a la vez, un Derecho Colectivo Público. Dicha sentencia discurre por un razonamiento que ha sido reproducido en otros fallos y que otorga legitimidad a determinadas entidades para solicitar el pronunciamiento judicial ante privaciones, perturbaciones o amenazas de dicho derecho”.<sup>10</sup> En esta línea, el mencionado autor nos ofrece el extracto de una sentencia, que por ser particularmente ilustrativa sobre este aspecto, nos interesa reproducir. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas declara: *“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. El primer aspecto se caracteriza porque su ejercicio corresponde, como lo señala el artículo 19 de la Constitución Política, a todas las personas, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad a través de los recursos ordinarios y el recurso de protección. Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo, no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras”*.<sup>11</sup>

Por último, respecto a la compatibilidad del recurso de protección con las otras acciones, Bertelsen Repetto es claro al reseñar la evolución jurisprudencial en esta materia. Esto, porque “al igual que ha ocurrido en diversas oportunidades con recursos de protección en que se invocaba como derecho infringido alguno de los derechos que enumera el inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política, cuando se ha solicitado tutela constitucional para el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, más de una vez se ha pretendido que la acción de protección resultaba improcedente dada la existencia de otras acciones sobre la materia, sea que ellas se hubiesen efectivamente ejercitado en la especie, o bien, por el sólo hecho de estar contempladas en el ordenamiento

<sup>9</sup> Caballero, Francisco. “Interpretación de conceptos ambientales a la luz de la legislación anterior a la ley de bases generales del medio ambiente: antecedentes de derecho nacional y comparado”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 17, p. 265.

<sup>10</sup> Ramírez, Juan. Presentación al libro “El sistema de evaluación de impacto ambiental ante la jurisprudencia: 1996 – 2000”, CONAMA, Chile, p. 22.

<sup>11</sup> Guido Girardi Lavín y otros contra Comisión Regional de Medio Ambiente de la XII Región. Recurso de protección, rol 47-96. Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

jurídico.<sup>12</sup> En esta perspectiva, el recurso de protección aparece como una acción supletoria que únicamente podría admitirse a tramitación a falta de otras acciones, correspondiendo a los tribunales apreciar su procedencia.<sup>13</sup> La jurisprudencia, con el curso de los años, ha evolucionado y hoy acepta criterios más amplios a favor de la interposición del recurso de protección cuando existen otras acciones a través de las cuales, por los mismos hechos, podría obtenerse la actuación de los tribunales. Así, en “Bórquez Muñoz”, que también podría denominarse el caso del “humo de Paipote”, la Corte Suprema, en los nuevos considerando que añadió para confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 15 de febrero de 1991, señaló de modo expreso que *“la particularidad de que exista un procedimiento especial para reclamar de una determinada situación no excluye el recurso de protección. Lo dispone expresamente el artículo 20 inciso primero de la Constitución Política al declarar que se podrá ocurrir mediante él “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”*.<sup>14</sup>

Claro está, el recurso de protección que es acogido – en consonancia con su naturaleza cautelar, tiene el efecto de paralizar la acción contaminante y, de este modo, proteger el derecho a vivir en un ambiente sano.

### b) Acción Ambiental o de Reparación

---

Otra importante vía jurisdiccional establecida para la protección del medio ambiente es la acción de daño ambiental. Antes de 1994, en Chile se percibía una creciente preocupación por los temas ambientales en la agenda social, la política y en los acuerdos comerciales. No obstante, el Gobierno se declaraba incapaz de resolver los problemas ambientales con la legislación e institucionalidad existentes.

Al respecto, el catastro de legislación ambiental realizado en 1992 logró identificar 1.200 normas ambientales dispersas en diversos cuerpos legales. Como era de esperar, muchas de ellas se consideraban obsoletas o inaplicables, otras eran demasiado amplias y sujetas a la discreción de las autoridades administrativas y, finalmente, había áreas donde existían verdaderos vacíos en la normativa, lo cual hacía inefectivo el sistema en su conjunto.

En este contexto, en el ámbito de la responsabilidad por los daños provocados al medio ambiente, el rápido desarrollo de nuestro país y su creciente internacionalización generó la necesidad de abordar la problemática ambiental y su protección desde una perspectiva más específica y eficaz que la mera aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual de nuestro Derecho Civil.

Para estos efectos la Ley de Bases del Medio Ambiente fijó normas sobre responsabilidad por daño ambiental, que si bien no consagraron un delito penal ecológico general al estilo español, sí avanzó en la consagración de un ilícito ambiental de carácter civil que naturalmente va más allá del sistema de responsabilidad clásico que sólo comprende la obligación de indemnizar el daño sufrido por otro, es decir, que sólo equipara

---

<sup>12</sup> Bertelsen, Raúl. “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación Examen de quince años de jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, Chile, Vol. 25 N° 1, p. 147-148.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 149

<sup>14</sup> *Ibid.*

una disparidad que se produjo en los patrimonios de dos personas, sea por un problema de daño material o moral.<sup>15</sup>

En efecto, de acuerdo al artículo 53 de la Ley de Bases del Medio Ambiente (LBMA), “*producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado*”.

De la lectura de esta disposición, entonces, se concluye que la acción ambiental es aquella que tiene por objeto reparar el medio ambiente dañado, entendiendo por reparación “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, reestablecer, al menos, sus propiedades básicas”.<sup>16</sup>

Desde luego, de lo que se trata con esta acción ambiental es que el autor del daño vuelva a poner las cosas en el lugar o estado que éstas tenían antes de su deterioro de una manera similar a la que existía, si ello es posible, situación que tendrá que determinarla y definirla la tecnología disponible en ese momento. En todo caso es necesario tener presente que la ley emplea la palabra similar, es decir, semejante, en ningún caso emplea o se puede entender que se trata de dejar las cosas en forma igual a la que existían antes del daño.<sup>17</sup>

Ahora bien, si ello no es posible, el autor del daño deberá ser conminado a restablecer las propiedades básicas del medio ambiente o de uno o más de sus componentes dañados, vale decir, recuperar las propiedades fundamentales que son de la esencia del funcionamiento de un ecosistema sin el cual éste deja de cumplir con su objetivo.<sup>18</sup>

Esto debe ser así porque tal como reza el artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, publicado en el Diario Oficial de 6 de Mayo de 1995, el ecosistema es “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”. En otras palabras, la principal característica de un ecosistema es la interrelación que existe entre los elementos bióticos y abióticos que conforman la unidad ecosistémica, “en que todo está relacionado con todo, interactuando mutuamente, formando una estrecha malla de relaciones”.<sup>19</sup> De esta forma, si pensamos en el caso de un derrame de petróleo en un lago, el autor de la acción contaminante deberá reponer el componente del medio ambiente dañado a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al accidente. Ahora bien, si en el ejemplo propuesto recuperar la pureza original de las aguas es imposible, la ley lo obliga a reestablecer, al menos, sus propiedades básicas, lo que significaría depurar las aguas de modo tal que no afecte el normal desenvolvimiento de las especies animales o vegetales que tienen como hábitat el lago.

En todo caso, para que un hecho o una omisión que causa daño al medio ambiente engendre responsabilidad por daño ambiental, es indispensable que el hecho o la omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, porque dentro del sistema de nuestro ordenamiento

---

<sup>15</sup> González, Francisco. “¿Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿cómo construir su adecuada tutela jurídica?”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, Vol. 28 N° 2, p. 274.

<sup>16</sup> Artículo 2, letra s), de la Ley 19.300.

<sup>17</sup> Fernández, Pedro. “Responsabilidad y Acción Ambiental”, *Ius Publicum*, Chile, N° 10, 2003, pág. 92.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Fernández, Pedro. “Manual de Derecho Ambiental Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 12.

jurídico, recogido por la LBMA, son éstos elementos esenciales de la responsabilidad, y si faltan, ella no existe.<sup>20</sup>

También, para que la responsabilidad por daño ambiental se configure es necesario que el daño ambiental se haya producido, que sea cierto y, además, que sea significativo, sea en cuanto a la alteración del medio ambiente o de uno o más de sus componentes.<sup>21</sup>

Respecto al daño futuro, pero cierto; esto es, que aún no habiéndose producido o manifestado se sabe con certeza (y no eventual o hipotéticamente) que sobrevendrá, también engendra la obligación de repararlo. Sin embargo, como en este caso el daño aún no se ha producido, esta obligación se traduce en la de adoptar las medidas de prevención o mitigación que el juez estime convenientes.

Por otra parte, para determinar si el daño es significativo, se debe atender a la magnitud, duración, gradualidad y ubicación del mismo. En este sentido, en el Título II del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en las disposiciones comprendidas entre los artículos 5 y 11 del mismo, se establecen parámetros, que a partir de los distintos componentes del medio ambiente, buscan determinar en qué casos el daño potencial o sufrido se debe entender como significativo. De esta forma, en caso de descargas de efluentes líquidos o de emisiones a la atmósfera, el artículo 5 precisa que para estimar la significancia del daño se debe atender tanto a la composición, peligrosidad, cantidad y concentración de los efluentes o emisiones, como a la frecuencia, duración y lugar en que se van a realizar. O, analizando otro ejemplo, para determinar si la alteración de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos generados por un proyecto o actividad es significativa, el artículo 8 señala que se deberá atender al cambio producido en las dimensiones geográfica, demográfica, antropológica y socio-económica de la población.

Luego, el artículo 54 de la LBMA dispone que *“son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el sólo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio.*

*“Cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. La municipalidad demandará en el término de 45 días, y si resolviere no hacerlo, emitirá dentro de igual plazo una resolución fundada que se notificará al requirente por carta certificada. La falta de pronunciamiento de la municipalidad en el término indicado la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado.”*

De su lectura, se desprende que la ley legitima activamente para interponer la acción ambiental para la reparación del ambiente dañado, a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño, además de las municipalidades, por los

<sup>20</sup> Ibid, p. 274.

<sup>21</sup> Ibid.

hechos acaecidos en sus respectivas comunas y al Estado por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

En el caso de los terceros, tal como queda de manifiesto al leer el inciso final del artículo 54, deben concurrir a la municipalidad en que se produjo el daño para requerir que se accione contra los culpables. Sin embargo, será el municipio respectivo el que decida si deduce la acción o no. Si decide no hacerlo debe comunicárselo al requirente, mediante resolución fundada, en el plazo de 45 días. La falta de pronunciamiento de la municipalidad en el término indicado la hace solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasione al afectado.

Por último, deducida una demanda de reparación del ambiente dañado, por cualquiera de los legitimados activamente para ello, no pueden los otros entablar otra demanda, sino que la norma consagra la posibilidad de que ellos sólo puedan integrarse al juicio como terceros, presumiéndose que, en el caso de las municipalidades y el Estado, tienen interés actual en los resultados del juicio.<sup>22</sup>

### c) Acción de Indemnización.

---

Cuando por daños al ambiente se generan, indirectamente, daños a una persona determinada o a sus bienes, existe, además, como se encarga de repetir el artículo 53 de la LBMA, la acción de indemnización de perjuicios.<sup>23</sup>

La acción a la que alude el citado artículo, es la acción de indemnización ordinaria establecida en el artículo 2.314 y siguientes del título XXXV del Libro IV del Código Civil, referido a los delitos y cuasidelitos civiles en los casos de responsabilidad extracontractual.

Son titulares de esta acción de indemnización los directamente afectados, sean personas naturales o jurídicas.

Por ende, conforme a esta ley los directamente afectados son titulares de dos acciones: la acción ambiental para obtener la reparación del daño, y la acción indemnizatoria, las que, por cierto, pueden ser ejercidas conjuntamente. Sin embargo, hay un caso en que no se puede iniciar la acción de reparación y sólo se puede iniciar la acción de indemnización ordinaria en contra del causante del daño. Ello sucede cuando éste, en su calidad de responsable de fuentes emisoras, se encuentre sujeto a planes de prevención o descontaminación, o regulaciones especiales para situaciones de emergencia, y acreditar estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en tales planes o regulaciones.<sup>24</sup>

Por todo lo anterior, puede señalarse que, en nuestro derecho, la acción de indemnización de perjuicios por daños ocasionados al ambiente tiene clara y obviamente un carácter privado, mientras que la acción ambiental tendente a la reparación del ambiente dañado presenta una “cara marcadamente pública”.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Bordalí, Andrés. “Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Chile, Vol. 9, p. 62.

<sup>23</sup> *Ibid*, p. 59.

<sup>24</sup> Artículo 55 de la Ley 19.300.

<sup>25</sup> Barros, Enrique, “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, citado por Andrés Bordalí en artículo señalado en nota 22, p. 60.

#### **d) Acción de Requerimiento del artículo 56**

---

En conformidad al artículo 56 de la LBMA, *“corresponderá a las municipalidades, en conformidad con su ley orgánica constitucional, y a los demás organismos competentes del Estado, requerir del juez a que se refiere el artículo 60, la aplicación de sanciones a los responsables de fuentes emisoras que no cumplan con los planes de prevención o descontaminación, o con las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, o a los infractores por incumplimiento de los planes de manejo a que se refiere esta ley. El procedimiento será el contemplado en el párrafo 2º del Título III de la presente ley, y a los responsables se les sancionará con:*

*Amonestación;*

*Multas de hasta mil unidades tributarias mensuales, y*

*Clausura temporal o definitiva.*

*En todos estos casos, el juez podrá, según la gravedad de la infracción, ordenar la suspensión inmediata de las actividades emisoras u otorgar a los infractores un plazo para que se ajusten a las normas.*

*Si cumplido dicho plazo los responsables de fuentes emisoras continúan infringiendo las normas contenidas en los respectivos planes o regulaciones especiales, serán sancionados con una multa adicional de hasta cuarenta unidades tributarias mensuales diarias”.*

De lo transcrito, puede concluirse que si bien en nuestro ordenamiento jurídico no se ha tipificado un ilícito penal ambiental de carácter general, sí se han identificado algunas conductas que en virtud del especial desvalor que importan para la sociedad pueden ser denunciadas por las personas, naturales o jurídicas, señaladas en la ley, para que el Juez de Letras respectivo aplique, en base a las distintas consideraciones establecidas en el mismo texto legal, alguna de las sanciones descritas.

Es por ello que creemos que esta acción se acerca a lo que podría significar la incorporación, a nuestro estatuto de tutela jurídica ambiental, de aquellas conductas, que por su especial gravedad, sean constitutivas de delito y que, como tales, lleven aparejada la pena establecida por el legislador. Incluso el artículo 57 de la LBMA, en forma análoga a lo que ocurre con los delitos de acción penal pública, señala que cuando el juez que acoja una acción ambiental o indemnizatoria, establezca en su sentencia que el responsable ha incurrido en alguna de las conductas descritas en el artículo anterior, impondrá de oficio alguna de las sanciones que este último enumera.

#### **e) Otras vías judiciales**

---

Como habíamos señalado en la introducción a la segunda parte de este trabajo, además de las vías jurisdiccionales - judiciales anteriormente individualizadas, existen otras que se han calificado como idóneas para requerir, de parte de los tribunales, la protección del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Sin embargo, dada su escasa trascendencia en la praxis jurídica, hemos preferido reunir las en el presente acápite, a objeto de diferenciarlas de aquellas que presentan mayor relevancia en el acceso a la justicia ambiental.

##### **i) Nulidad de Derecho Público**



La nulidad de derecho público como acción dirigida a declarar la ineficacia de un determinado acto de la Administración, ha sido incoada por terceros interesados en anular resoluciones aprobatorias de proyectos o actividades agraviantes al derecho a vivir en un ambiente sano.

En esta línea, las acciones se deducen alegando la nulidad de un determinado acto administrativo (que en estos casos tiene contenido ambiental) sea porque no se ha actuado dentro de la competencia del órgano respectivo o en la forma que prescribe la ley.

Sin embargo, la escasa celeridad con que se han desarrollado estos juicios, ha sido una fuerte motivación para encauzar los conflictos de naturaleza contenciosa administrativa a través del recurso de protección. En efecto, tal como señala Galindo Villarroel, ninguna de las acciones de nulidad de derecho público deducidas hasta el año 2001 para impugnar resoluciones de calificación ambiental – siendo interpuesta la primera en el año 1996 – había terminado por sentencia definitiva. Esto ha llevado a que en la actualidad esta vía sea escasamente considerada por aquellos que persiguen la protección del medio ambiente.

### ii) Recurso de Reclamación del Artículo 50 de la Ley 19.300.

Otra vía judicial instituida para la protección del medio ambiente es aquella que establece un recurso para la reclamación de los Decretos Supremos que contengan normas primarias y secundarias de calidad ambiental, normas de emisión, que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas o que establezcan planes de prevención o descontaminación, cuando el recurrente alegue que el Decreto Supremo es ilegal y que su cumplimiento, tal como está concebido, le causa perjuicio.

La importancia de estos instrumentos de gestión ambiental radica en que su establecimiento define los niveles de contaminación que originan situaciones de emergencia ambiental, establece la cantidad máxima permitida para un contaminante o son primordiales para enfrentar aquellas situaciones en que se han superado los niveles de contaminación permitidos.

Es por eso que el artículo 32 de la Ley 19.300, en consonancia con el artículo 40 de la misma, y el Decreto Supremo N° 93/95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, estableció un procedimiento, para su formulación, que contempla las siguientes etapas: análisis técnico y económico; desarrollo de estudios científicos; consultas a organismos competentes, públicos y privados; análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad. En palabras de Gladys Camacho, estas exigencias persiguen que el procedimiento establecido para su elaboración responda “a los principios de objetividad e imparcialidad de la actuación administrativa, garantizando que las normas de calidad sean producto de un análisis complejo en el que se tenga en cuenta una evaluación de los impactos económicos y sociales de dichas normas, evaluándose los costos de cumplimiento de los emisores, impactos evitados y riesgos aceptados en salud”, y que, por lo mismo, debe tratarse “de un procedimiento público, con etapas y plazos definidos, orientado a garantizar la participación ciudadana en la definición de los riesgos que la sociedad, en su conjunto, está dispuesta a aceptar en materia ambiental”.<sup>26</sup>

Por todo lo anterior el legislador estableció un recurso de reclamación para aquellos casos en que la formulación normativa de estos Decretos Supremos no se ajuste a la ley y su cumplimiento produzca perjuicio. En efecto, el artículo 50 de la L.B.M.A. señala que “*estos decretos serán reclamables ante el juez de letras competente, de acuerdo con lo*

<sup>26</sup> Camacho, Gladys. “Las normas ambientales, un desafío pendiente para la coordinación administrativa”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, n° 64, p. 242-243.

*dispuesto en los artículos 60 y siguientes, por cualquier persona que considere que no se ajustan a esta ley y a la cual causen perjuicio. El plazo para interponer el reclamo será de treinta días, contado desde la fecha de publicación del decreto en el Diario Oficial o desde la fecha de su aplicación, tratándose de las regulaciones especiales para casos de emergencia. La interposición del reclamo no suspenderá en caso alguno los efectos del acto impugnado”.*

Sin embargo, Gladys Camacho intuye la ineficacia de este recurso judicial cuando señala que en su regulación “se puede percibir la debilidad del sistema de protección del ciudadano frente a la actuación ilegal de la Administración, expresada en el ejercicio de su potestad reglamentaria”. Esta mayor protección del legislador reglamentario se funda “en que el plazo para recurrir por ilegalidad, como es en este caso, contra los Reglamentos aprobados mediante Decreto Supremo, son extremadamente cortos, computándose desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial. No es difícil reconocer que los probablemente afectados por la aplicación de estas normas no se hallen en la disyuntiva de reaccionar sino cuando se les aplique concretamente la norma, y no cuando ésta se publique.

Por otra parte – continúa la autora – la vía de la acción de nulidad de derecho público, de naturaleza ordinaria y por ende de lata tramitación, no constituye un mecanismo de protección eficaz contra los actos ilegales de la Administración. Esta situación atenta contra la vigencia efectiva del Estado de Derecho, el cual debe contar con instrumentos que permitan ajusticiar al poder público de forma oportuna y así, garantizar la observancia del principio de legalidad por parte de éste”.<sup>27</sup>

### **iii) Recurso de Amparo Económico**

Si bien se ha mencionado esta acción judicial como una vía idónea para reclamar en contra de las resoluciones administrativas del Consejo Directivo de la CONAMA, la ínfima jurisprudencia que existe sobre la materia apunta en el sentido contrario. Así, en el único recurso deducido hasta el año 2001 (nos referimos al presentado por la Compagnie Generale D`enterprises Automóviles Chile S.A. contra la CONAMA por el rechazo del proyecto de relleno sanitario “El Rutil”) la Corte sostuvo que “*en relación a la petición de dejar sin efecto la resolución reclamada y “calificar favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental presentado por C.G.E.A., bajo las condiciones expresadas por los órganos del Estado con competencia ambiental”, tal petición escapa al ámbito del presente recurso, por tratarse de un estudio de carácter eminentemente técnico, que es requisito previo y obligatorio para la aprobación de un proyecto determinado, para cuya aprobación la ley ha establecido un procedimiento con instancias administrativas y jurisdiccionales de carácter especial, en los cuales podrá contarse con antecedentes técnicos pertinentes”*.<sup>28</sup>

Además de lo anterior, se argumenta que antes de resolver sobre la calificación ambiental de un proyecto, se debe elaborar, por la misma Comisión Regional del Medio Ambiente, un informe técnico del estudio de impacto ambiental en que se resumen los planteamientos de los órganos sectoriales con competencia ambiental, las observaciones de la ciudadanía y se contienen las conclusiones relativas a cada uno de los aspectos que digan relación con el cumplimiento de la normativa de carácter ambiental y con la proposición de las medidas de mitigación, compensación o reparación que sean

<sup>27</sup> Ibid., p. 250-251.

<sup>28</sup> “Compagnie Generale D`enterprises Automobiles Chile S.A. contra Comisión Nacional del Medio Ambiente”. Amparo Económico, rol 4845-99. Corte de Apelaciones de Santiago.

precedentes.<sup>29</sup> Por ello, fluye, indubitadamente a juicio de la Corte, la potestad que ha tenido la recurrida para adoptar las decisiones materia del reclamo -lo cual constituye la premisa fundamental del fallo- “...por lo que fuerza es concluir que la Comisión Nacional del Medio Ambiente actuó dentro de la esfera de sus atribuciones, desde que, como puede verse, ella es quien tiene la facultad de aprobar o rechazar en definitiva un proyecto de evaluación de impacto ambiental”.

### iv) Acciones penales

Aún cuando nuestro Código Penal no contiene tipos delictivos que protejan el medio ambiente, dicha tutela aparece como consecuencia del amparo de otros bienes jurídicos. Así, en el Párrafo 14 del Libro II, Título VI, referido a “Crímenes y simples delitos contra la salud pública”, se establecen algunos delitos vinculados con la contaminación del agua destinada al consumo público.

Asimismo, se puede mencionar, entre otras normas, el artículo 289 del Código Penal, que establece el delito de propagación de una enfermedad animal o plaga vegetal; o el artículo 476 N° 3 del mismo cuerpo legal, que sanciona el incendio de bosques, pastos, montes o plantíos.

Además, existen diversas leyes especiales en cuyo articulado se contempla la protección de algún elemento del ambiente. Por ejemplo, la Ley General de Pesca y Acuicultura tipifica en su Título IX, Párrafo 1°, artículos 76 al 91, diversas conductas vinculadas a la explotación ilegal de la fauna acuática; por ejemplo, capturar especies en períodos de veda extractiva, realizar labores de pesca sin el permiso correspondiente, capturar especies en exceso de lo permitido o realizar labores extractivas con métodos, sistemas, artes o aparejos de pesca prohibidos (como ocurre con el uso de explosivos). Asimismo, el Decreto 4.363, que aprobó el texto definitivo de la Ley de Bosques, sanciona en sus artículos 17, 18, 21 y 22 la corta o destrucción de árboles mediante el empleo de fuego sin la autorización del Ministerio de Agricultura y la corta de árboles y arbustos nativos en terrenos con determinadas características topográficas, por ejemplo, pendientes superiores a 45 grados. También podemos mencionar la Ley de Seguridad Nuclear, que en su Párrafo 2°, artículos 41 al 48, tipifica penalmente una serie de acciones, entre ellas, atacar, dañar o sabotear instalaciones, plantas, centros, laboratorios o establecimientos nucleares, sustraer o apropiarse ilícitamente de materiales radioactivos o, derechamente, causar un daño nuclear. Por último, queremos citar la Ley N° 35.576, que en su Título VI, artículos 29 al 38, penaliza una serie de conductas, por ejemplo, cazar fuera de temporada o sin la autorización correspondiente, utilizar instrumentos o métodos de caza prohibidos, cazar especies cuya captura se encuentra prohibida o comerciar, indebidamente, especies exóticas.

A estas normas pueden agregarse aquellos tratados internacionales aprobados por Chile y que constituyen leyes de la República, como el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos fronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación o la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (CITES), que instan a los Estados suscriptores a sancionar penalmente el transporte ilegal transfronterizo de desechos peligrosos y/o nucleares, y el comercio ilegal de especies de la flora y fauna en peligro de extinción.

<sup>29</sup> Galindo, Mario. “El sistema de evaluación de impacto ambiental ante la jurisprudencia: 1996-2000”, CONAMA, Chile, p.

No obstante lo anterior, creemos que la tipificación penal de estas conductas sólo será eficaz en la medida que inhiba la comisión de estos delitos, ya que una vez cometidos la sanción prevista en nada repara el medio ambiente dañado. Por lo demás, la latitud de nuestro procedimiento penal dificulta el castigo de los responsables. Incluso, en el marco del nuevo proceso penal, la dificultad para reunir las pruebas de la comisión del hecho delictivo o la escasa relevancia que a estas conductas pudiera dar el fiscal del caso, en el marco de las facultades discrecionales que le concede la ley, hacen que estos delitos puedan ser discriminados de la persecución penal.

### **v) Normas sanitarias**

A este conjunto de acciones se deben agregar aquellas disposiciones del Código Sanitario que, pese a no establecer una vía jurisdiccional para la resolución de conflictos jurídicos de contenido ambiental, tienden a proteger, en forma indirecta, el derecho a vivir en un ambiente sano. Por ejemplo, el artículo 11 de este cuerpo legal, que señala como una obligación de los municipios proveer a la limpieza de los sitios públicos, de tránsito y de recreo de la respectiva comuna, y la recolección, transporte y eliminación por métodos adecuados, a juicio del Servicio Nacional de Salud, de las basuras, residuos y desperdicios que se depositen o produzcan en la vía pública. O el artículo 67, que expresa que *“corresponde al Servicio Nacional de Salud velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes...”*.

De esta forma, en aras de tutelar la salubridad pública, se colabora, consecuentemente, a la protección del ambiente. No obstante, es plausible imaginar que el cumplimiento de la normativa dependerá, en gran medida, de los recursos económicos con que cuente la municipalidad respectiva y de la capacidad fiscalizadora de la autoridad sanitaria.

## **f) Análisis del Derecho Comparado**

---

Tras haber revisado el catálogo de acciones judiciales destinadas a la protección del derecho a vivir en un ambiente sano, las que, por cierto, constituyen la mayoría de las vías jurisdiccionales establecidas con tal objeto, nos parece oportuno observar lo que ocurre, en esta materia, en algunos casos de la legislación comparada.

### **i) España.**

Se puede afirmar que, en términos formales, nuestro sistema se aproxima al existente en el derecho español, cuyo pilar descansa en la Constitución Política del Estado, más específicamente dentro del Capítulo III relativo a los Principios Rectores de la Política Social y Económica. En su artículo 45 señala que *“todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*, agregando que *“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”*. Finalmente, y esto es lo importante para afirmar la tutela jurídica del medio ambiente, esa disposición señala que *“a quienes violen lo dispuesto precedentemente, en los términos que la Ley determine, se les aplicarán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”*

De lo anterior, podemos desprender que para el ordenamiento jurídico español el medio ambiente es portador de una tutela que implica la aplicación de sanciones de distinta naturaleza.<sup>30</sup>

Desde el punto de vista civil, la finalidad de las acciones consagradas es hacer cesar conductas perturbadoras del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, restablecer, en su caso, el medio ambiente dañado y, finalmente, indemnizar por daños y perjuicios a las víctimas de esos daños.<sup>31</sup>

Desde el punto de vista penal, también se ha contribuido a tutelar el medio ambiente, basado en el principio de necesidad, que recogiendo el mandato del artículo 45 de la Constitución Política, obliga o exige otorgar protección penal en esta materia. Así, el Código Penal de 1995, en sus títulos XVI, XVII y XXIV, estableció una amplia gama de tipos penales que sancionan delitos relacionados con el medio ambiente y los recursos naturales.<sup>32</sup>

Por su parte, el derecho administrativo entrega el grueso de las disposiciones tutelares del medio ambiente, las cuales, además de ser la modalidad clásica por la que se dictan las leyes o normas de carácter general protectoras del medio ambiente, fijándose en ellas las normas de emisión o calidad ambiental en vigor, sirven de fuente receptora del necesario reenvío legislativo que el derecho penal requiere para construir los tipos penales protectores del medio ambiente, a través de las llamadas leyes penales en blanco.<sup>33</sup>

### ii) Alemania

La Constitución de Weimar de 1919 fue la primera en consagrar una norma dedicada a la tutela del patrimonio ambiental y cultural, al señalar en su artículo 150 N° 1 que “*los monumentos históricos, las bellezas de la naturaleza y el paisaje son protegidos y cuidados por el Estado*”. Sin embargo, esta norma no fue reproducida en la Constitución Federal de 1949, que extrañamente omitió cualquier referencia al tema. En consecuencia, a lo largo de las últimas décadas se han planteado distintos proyectos tendientes a establecer normas constitucionales ambientales, pero han sido rechazados por discrepancias respecto a su contenido. Se sostiene, en este sentido, que ello podría romper el equilibrio entre el poder judicial y el legislativo, al tener que resolver el primero la gran cantidad de conflictos que crearía la formalización de este derecho.<sup>34</sup> Además, se ha señalado que este anhelo es algo intrínsecamente utópico y que, por ende, crearía falsas esperanzas que podrían poner en peligro la misma fuerza normativa de la Constitución.

Por todo lo anterior, se puede señalar que en Alemania el medio ambiente siempre ha sido un tema infraconstitucional, es decir, su regulación ha estado en manos de la ley. Sin embargo, no existe un código o una ley de carácter general que establezca una normativa común que regule la materia. Por el contrario, siempre ha existido una multiplicidad de leyes que abordan áreas específicas del Derecho Ambiental.

<sup>30</sup> González, Francisco. “Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿cómo construir su adecuada tutela jurídica?”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, Vol. 28 N° 2, p. 273.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid., p. 274

<sup>34</sup> Correa, Rodolfo. “Protección del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación en el derecho chileno y comparado”, *Memoria de Prueba*, Universidad Adolfo Ibáñez, 2002, p. 62 y ss.

En el ámbito de la responsabilidad civil hay dos artículos del B.G.B. (Bürgerliches Gesetzbuch o Código Civil Alemán) que vale la pena mencionar. En primer lugar, el artículo 823, que constituye la norma básica en materia de responsabilidad civil. Esta disposición se debe vincular con el artículo 906 del mismo cuerpo legal, que determina los límites de lo tolerable respecto del sujeto afectado por una fuente contaminante. Aunque estos artículos establecen claramente un sistema de responsabilidad subjetiva, la jurisprudencia ha ido desvirtuando su tenor mediante el mecanismo de la inversión del *onus probandi*, lo que en la práctica ha propiciado un sistema de responsabilidad objetiva.<sup>35</sup>

Por lo demás, dentro del ordenamiento jurídico alemán existen varias normas que establecen explícitamente esta responsabilidad. Así, la Ley de Aguas (Wasserhaushaltsgesetz) establece la responsabilidad objetiva por los daños a las personas y a la propiedad provocados por cambios en la composición física, química o biológica de las aguas, salvo en los casos suscitados por fuerza mayor. Otras leyes que también establecen este sistema de responsabilidad son la Ley de Instalaciones de Producción de Energía (Haftpflchtgesetz) y la Ley de Instalaciones que Producen Emisiones Peligrosas para el Medio Ambiente (Bundes-Immissionsschutzgesetz).

Sin embargo, lo que ha puesto a Alemania a la vanguardia en materia ambiental es la Ley de Responsabilidad Ambiental (Gesetz Uber Die Umwelthaftung, Umwelt HG), del 10 de diciembre de 1989. Esta ley fue dictada en vista de que las normas existentes, a pesar de ser relativamente modernas, no satisfacían las necesidades de protección efectiva del ambiente. Así, la ley amplió el ámbito regulador de la responsabilidad objetiva, aplicándola a casos de riesgo menor.

Finalmente, en el ámbito penal, las infracciones sobre el ambiente se encuentran sancionadas en el Título XXVIII del Código Penal, llamado "Delitos contra el ambiente", y comprende 7 artículos (324 al 330). Este título fue introducido al Código Alemán en 1981, y en él están comprendidos aquellos delitos relacionados con la contaminación de las aguas y el aire, la contaminación acústica, la eliminación de residuos peligrosos y otras actividades que dañen algún componente del medio ambiente. Las penas van desde multas a prisión de 5 años, o 10 años en los casos especialmente graves, es decir, cuando se pone en peligro la vida o la integridad física de las personas.

### iii) Estados Unidos

La Constitución Norteamericana adolece de una disposición, al modo de la Chilena o Española, que garantice un medio ambiente decente y protegido.

Sin embargo, un elevado número de autores han afirmado que aún careciendo de tal disposición expresa, el medio ambiente se halla constitucionalmente protegido a través de las enmiendas quinta, novena y decimocuarta. Sin embargo, como podremos observar, solamente a través de una interpretación extraordinariamente amplia se puede llegar a tal conclusión.<sup>36</sup>

La novena enmienda establece: "*La inclusión en la Constitución de ciertos derechos no se interpretará como una negación o merma de otros previamente adquiridos por la población*". Lo cual supone un reconocimiento de los derechos no incluidos expresamente en el texto constitucional, entre ellos, el derecho a la protección ambiental, que como

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Vercher, Antonio. "Comentarios al delito ecológico. Breve estudio de Derecho Comparado entre España y los Estados Unidos", Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p.69-72.

tales deberán ser respetados. Para exigir tal respeto cualquier ciudadano puede hacer uso del derecho al debido proceso legal reconocido en las enmiendas quinta y decimocuarta. En síntesis, existe protección para todos los derechos adquiridos por la población, tanto constitucionales como no, y el debido proceso legal sirve para hacer efectiva tal protección.

A pesar de tales argumentos los Tribunales han negado en varios casos la tutela al medio ambiente. Así en “Hageborn v. Union Carbide” el Tribunal desconoció que existiera una protección constitucional del medio ambiente en casos de polución atmosférica, remitiéndose a otro caso anterior, “Ely v. Valverde”, donde el Tribunal del Cuarto Circuito ya había hecho una manifestación semejante.<sup>37</sup>

Sin embargo, tal laguna no significa que la protección del medio ambiente en los Estados Unidos sea menos importante que en otros países, donde sí existe una expresa previsión constitucional. Es así, que dentro de su ordenamiento jurídico, encontramos dos áreas de protección legal. Por un lado, las Leyes de Protección Ambiental (Statutory Environmental Protection), y por el otro, el Derecho Común (Common Law).<sup>38</sup>

En el grupo de Leyes de Protección Ambiental se comprenden todas aquellas promulgadas por el Congreso norteamericano para el control de las actividades públicas y privadas. Entre ellas, podemos citar como sobresalientes la Ley de Política Nacional Ambiental (The National Environmental Policy Act), la Ley para la Protección del Aire (The Clean Air Act), la Ley Federal para la Protección del Agua (The Federal Water Pollution Control Act), la Ley para el Control Ambiental de Ruidos (The Environmental Noise Control Act), la Ley de Disposición de Residuos Sólidos (The Solid Waste Disposal Act) y la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos (The Resource Conservation and Recovery Act). Sobre este punto, cabe destacar que la ciudadanos están legitimados para iniciar demandas civiles – llamadas “toxic claims” – para hacer que se cumpla la ley por medio de multas.

Junto a esta regulación legal emanada del Congreso para la protección del medio ambiente, las leyes tradicionales o Common Law, basadas en costumbres y prácticas anglosajonas, son también frecuentemente utilizadas con esa misma finalidad. El fundamento del Common Law se encuentra en la interpretación por parte de los Tribunales de las costumbres y prácticas del territorio. El peso de la tradición y las resoluciones de los Tribunales, dictadas con anterioridad, conforman la esencia del Common Law utilizado contra cualquier violador de la práctica tradicional. Es de esta forma que mediante demandas civiles, las garantías tradicionales de derechos individuales y las tradicionales definiciones de lo justo y de lo injusto, se han utilizado para detener o prevenir la degradación ambiental.<sup>39</sup>

Finalmente, en el ámbito de la *ultima ratio*, no se puede afirmar que en los Estados Unidos exista un Derecho Penal sustantivo para la protección ecológica, como ocurre en Alemania, ni de un Código Penal donde está expresamente prevista la protección ambiental, tal como ocurre en España. El sistema consiste en una serie de leyes ambientales que incorporan preceptos penales y la aplicación, por interpretación extensiva, de otros preceptos y leyes dirigidos a otros fines. Así, la Ley para la Protección del Aire impone responsabilidad penal a toda persona que, a sabiendas, viole los planes de normalización ambiental, órdenes para el cumplimiento de los estándares y niveles de emisión

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid., p. 67.

<sup>39</sup> Ibid., p. 68.

de contaminantes, previsiones para la protección e investigación de la capa de ozono o impago de ciertas sanciones civiles, denominadas “non-compliance”, impuestas a su vez por infracciones ambientales previas. Esta ley establece como pena el pago de una multa de hasta 25.000 dólares por día de infracción, o privación de libertad hasta de un año. Si se trata de una segunda condena por el mismo delito, la multa podrá ascender hasta 30.000 dólares por día de infracción, o dos años de privación de libertad.<sup>40</sup>

### iv) Breve referencia al Derecho Latinoamericano

Al respecto, podemos señalar que varias de las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico de nuestro país, son comunes en la mayoría de los países latinoamericanos. Tal es el caso de nuestro recurso de protección (más conocido como acción de amparo o, en el caso de Colombia, acción de tutela), la acción indemnizatoria por daños y perjuicios y los recursos para el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público o de su inacción. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico de cada país, cada una de esas acciones se ha desarrollado con matices que no siempre son iguales y, a su vez, a través de la jurisprudencia se han dado interpretaciones que aclaran o amplían en distintos sentidos el alcance de las mismas, en términos, por ejemplo, de la legitimidad para actuar, las cargas procesales, los poderes del juez para dictar medidas cautelares, los efectos de la cosa juzgada de la sentencia o los costos del juicio.<sup>41</sup>

## B) Vía administrativa

La Ley Ambiental dedica el Título II, Párrafos 2º y 3º, y el Título IV al estudio del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Su articulado abarca un tercio de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, lo que es una manifestación evidente de la importancia que el texto legal otorga a este instrumento de gestión ambiental.<sup>42</sup>

Por su parte, el Decreto Supremo N° 95, de 7 de diciembre del año 2002, contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con el cual se puso en vigencia el mencionado Párrafo 2º del Título II de la Ley Ambiental.

La CONAMA da un concepto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, señalando que debe entenderse como un conjunto de procedimientos que tienen por objeto identificar y evaluar los impactos ambientales positivos y negativos, que un determinado proyecto o actividad generará o presentará, permitiendo diseñar medidas que reduzcan los impactos negativos y fortalezcan los impactos positivos.<sup>43</sup>

La Ley Ambiental radica en la misma CONAMA la administración del SEIA, así como la coordinación de los organismos del Estado involucrados en el mismo para los efectos de obtener los permisos o pronunciamientos necesarios.

<sup>40</sup> Ibid., p. 72.

<sup>41</sup> Martínez, Isabel. “El acceso a la justicia ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la década de 1990”, Serie Documentos sobre Derecho Ambiental, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México.

<sup>42</sup> Fernández, Pedro. “Manual de Derecho Ambiental Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 157.

<sup>43</sup> “Gestión Ambiental del Gobierno de Chile”, CONAMA, Chile, 1997, p. 196.



La importancia que el legislador le otorga a este instrumento de gestión ambiental no es exagerada. Fundamentalmente, porque es una eficaz herramienta para prevenir, o en el peor de los casos, atenuar, los daños que una actividad puede generar en el medio. Pero, también, porque un buen uso del mismo permite ponderar los conflictos de intereses vinculados a la ejecución del proyecto, pudiéndose incluso resolver las diferencias en el marco del sistema. La evaluación del impacto ambiental del proyecto analizado finaliza con la resolución que lo califica en términos ambientales, que es, precisamente, el acto administrativo que en caso de resolver favorablemente un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental da viabilidad y continuidad a dicho proyecto o actividad.

Sin embargo, la paradoja radica en que los antecedentes que la CONAMA analiza para aprobar o rechazar la ejecución del proyecto o actividad son de diversa índole - y no sólo ambientales - y en la resolución de calificación ambiental que autoriza la ejecución de una determinada actividad, pueden ser desestimados o simplemente desatendidos los antecedentes que aconsejaban el rechazo del proyecto por ser devastador para el ambiente.

Es por esta razón que nuestro ordenamiento jurídico contempla diversas vías de impugnación judicial de los actos de la autoridad ambiental. En este sentido, J. A. Ramírez nos recuerda que la forma más habitual de recurrir contra los actos de la autoridad ambiental es a través del recurso de protección previsto en el artículo 20 de la Carta Fundamental. Ilustrativo resulta precisar que hasta el año 2.000, de las 35 acciones emprendidas en contra de las resoluciones originadas en los procesos de evaluación ambiental, 32 correspondieron a recursos de protección.<sup>44</sup>

En este sentido, hasta el 9 de Enero del 2.000, más de un 10 % de las resoluciones de calificación ambiental aprobatorias fueron impugnadas, por lo general, por ciudadanos que se oponían a la ejecución de un proyecto productivo o extractivo. De este número de casos - 32 en total - sólo en tres oportunidades los tribunales decidieron revocar la resolución de la autoridad ambiental. Incluso, dos de ellos correspondieron a iniciativas de impugnación presentadas por parlamentarios. En estos casos, la declaración de ilegalidad se fundamentó en que el SEIA no estaba vigente, pero los titulares del proyecto impugnado regularizaron la situación bajo la vigencia del sistema, obteniendo la calificación ambiental requerida.<sup>45</sup>

“El único caso respecto del cual se podría pensar que existen algunos criterios que difieren de los principios sentados por el resto de la jurisprudencia, es el de Daisy Benavides contra Director ejecutivo de CONAMA (recurso de protección), ya que se interpone durante la vigencia del SEIA. No obstante, si bien la Corte deja sin efecto una resolución de calificación ambiental desestimando por primera vez las argumentaciones de CONAMA, no significó un éxito para los recurrentes; un grupo de vecinos de Valdivia que se oponían a la instalación de una “planta de depuración de aguas servidas” próxima a sus viviendas. Éstos fundaban su pretensión en que el plano regulador de la ciudad no admitía plantas de tratamiento de aguas servidas. En un primer momento, el SEREMI de Vivienda había interpretado que dicha planta difería sustancialmente de la actividad descrita como prohibida por el plano regulador vigente, y que, por lo tanto, podría construirse en el lugar presupuestado. Sin embargo, momentos antes de que se emitiese la resolución que se pronunciaba respecto de la reclamación, el Ministerio de Vivienda cambió la anterior interpretación en sentido inverso, lo que no impidió que la CONAMA emitiera el

<sup>44</sup> Ramírez, José. Presentación al libro “El sistema de evaluación de impacto ambiental ante la jurisprudencia: 1996-2000”, CONAMA, Chile, p. 17.

<sup>45</sup> *Ibid*, p. 21 y ss.

certificado favorable. El tribunal, más que analizar si, efectivamente, el derecho invocado se encontraba amenazado, privado o perturbado, acogió el criterio interpretativo del Ministerio respectivo, en contra del parecer de este órgano coordinador, que es la CONAMA. No fue entonces una verdadera protección al derecho del artículo 19 N° 8 sino que, más bien, un análisis de la legalidad del acto recurrido, en función de revertir una posición oficial de interpretación de normas sectoriales, dando la razón al órgano sectorial legalmente facultado para hacerlo. Tanto es así que la Administración procedió a modificar el Plano Regulador de la zona, de manera de permitir entre otros objetivos el funcionamiento de la planta, que además se construyó en virtud de una autorización provisoria”.<sup>46</sup>

Lo reseñado nos lleva a concluir que, frente a las decisiones de la autoridad ambiental, el recurso de protección ha sido ineficaz. Entre las razones que se esgrimen para explicar esta situación hay dos fundamentales. La primera es de carácter procesal. El inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política del Estado exige para la procedencia de este recurso que el acto impugnado sea ilegal. De esta forma, en el análisis judicial frente al recurso de protección que nos ocupa, el tribunal, antes de determinar si el derecho a vivir en un medio libre de contaminación se encuentra lesionado, se centra en la legalidad formal del acto. De esta forma, la Corte de Apelaciones de Santiago ha tenido a bien considerar que “por consiguiente, al haberse ajustado el organismo administrativo a las normas legales y reglamentarias para otorgar la tantas veces mencionada autorización, no ha incurrido en ilegalidad alguna, de suerte que por no concurrir copulativamente en el acto impugnado las exigencias que señala el inciso final del artículo 20 de la Constitución Política de la República, procede desestimar los recursos”.

La segunda razón que explica la ineficacia del recurso de protección frente a los actos de la autoridad ambiental, es la idea, expresada por los tribunales en sus fallos, que las calificaciones de impacto ambiental son decisiones de carácter técnico que deben ser adoptadas por el órgano correspondiente.<sup>47</sup> Así, en el caso Trillium se ha reiterado el criterio mencionado en diversas sentencias, de que “no forma parte de su estudio el pronunciarse sobre las bondades técnicas que presenta un proyecto, que ha sido sometido a la autoridad competente, ni le corresponde referirse a las conclusiones a que hayan arribado los órganos idóneos o expertos sobre la materia en que incide el proyecto, una vez concluidas o agotadas todas las instancias que han sido establecidas por la normativa que regula su quehacer”. O, por ejemplo, que “acorde a lo expuesto antes, debe señalarse que será el organismo técnico especializado, en el ejercicio de sus facultades legales privativas, el ente que decidirá en definitiva si es o no correcta la proposición o criterio de la empresa proponentora, lo que hará en base a las actuaciones y previsiones que la normativa ambiental establece”.<sup>48</sup>

Pero, sin lugar a dudas, el pronunciamiento que más llama nuestra atención es aquel que señala que las decisiones de la autoridad ambiental “son de carácter técnico, cuya resolución escapa a los márgenes de este procedimiento sumarísimo, quedando su resolución entregada al conocimiento de los organismos jurisdiccionales especializados que la citada Ley 19.300 contempla en sus artículos 20 y 29”.<sup>49</sup> Una primera aproximación

<sup>46</sup> Ibid, p. 25 y 26.

<sup>47</sup> Ibid, p. 28.

<sup>48</sup> “Juan Carlos Strello Retamales y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII región”. Recurso de protección, rol 124-98. Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

<sup>49</sup> “Marcelo Castillo Sánchez y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII región”. Recurso de protección, rol 46-98. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Confirmada por la Corte Suprema, rol 2648-98.

a esta sentencia nos podría llevar a concluir que la referencia es al Juez de Letras contemplado en el inciso segundo del artículo 20. Pero una lectura integral nos obliga a asumir que la alusión jurisprudencial es al Director Ejecutivo de la CONAMA y el Consejo Directivo de la CONAMA, quienes además de ser mencionados en el artículo 20, son aludidos en el artículo 29, cuando en su inciso tercero señala: *“Las organizaciones ciudadanas y las personas naturales cuyas observaciones no hubieren sido debidamente ponderadas en los fundamentos de la respectiva resolución, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior de la que la hubiere dictado dentro de los quince días siguientes a su notificación, para que ésta, en un plazo de treinta días, se pronuncie sobre la solicitud”*.

Nos llama la atención, porque no es corriente que los tribunales revistan de facultades jurisdiccionales a un órgano de la Administración del Estado. Menos aún cuando el legislador no ha efectuado tal concesión. Pero más que criticar *a priori* el hecho o emitir juicios de valor sobre el criterio referido, lo que nos interesa, por el momento, es resaltar que en virtud de un pronunciamiento de nuestros más altos Tribunales, la CONAMA, actualmente, posee atribuciones jurisdiccionales.

## III) EFICACIA DE LAS VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO

Tras haber identificado las principales vías jurisdiccionales establecidas para la protección del derecho a vivir en un ambiente sano, a saber, los tribunales de justicia en los casos del recurso de protección, la acción de daño ambiental y el recurso de reclamación previsto en el artículo 50 de la Ley 19.300, y el Director Ejecutivo y el Consejo Directivo de la CONAMA cuando conocen de los recursos interpuestos contra las resoluciones que autorizan o rechazan una Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, consideramos imprescindible efectuar un riguroso análisis sobre la eficacia, que en la práctica jurídica, han tenido estas acciones judiciales e instrumentos de gestión ambiental.

### A) Vías judiciales

#### a) El Recurso de Protección.

---

Para garantizar el pleno ejercicio del derecho que tienen los ciudadanos a vivir en un ambiente sano, el constituyente decidió ampararlo por medio de la acción constitucional de protección.

Sin embargo, únicamente respecto de este derecho fundamental, estableció una serie de requisitos para limitar su procedencia.

El primero de éstos exige que la conducta susceptible de fundamentar la protección sea efectuada a través de una acción. O sea, el recurso, en este caso, **sólo procede respecto de actos y no de omisiones**. Soto Kloss explica esta restricción porque “contaminar, como su expresión lo indica, es una acción, es un quehacer, es una actividad que implica un obrar positivo, es algo transitivo, que implica movimiento de un agente para producir un hecho (sea querido directamente, o bien sea el resultado natural de algo querido: intencional, o bien preterintencional); si ello es así no puede caber duda alguna -ni siquiera duda razonable- que contaminar es el efecto directo o indirecto de una actividad, de una acción, de un acto, del hombre, de personas,

de seres humanos. De allí que aparezca difícil, por no decir imposible, que sea el fruto de una inactividad del hombre, de su pasividad”.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Soto, Eduardo. “El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia”, Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 106.

### III) EFICACIA DE LAS VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO

---

Por lo demás, tal como explica el autor, “la negativa para conceder la acción de protección en los casos de omisión está referida claramente en las Actas de la Comisión<sup>51</sup> para evitar los recursos de protección en contra del Estado, o que hubieran podido dirigirse contra él, cuando éste no actúa en su tarea “de mejorar la calidad del ambiente”, o no realice una labor que asegure el derecho a vivir en un medio no contaminado; porque en este caso ve el constituyente un “derecho social” en cuanto aspiración general de la colectividad a ver concretada una mejor calidad ambiental, y ello a través de las políticas, planes, programas y legislación que el Estado pueda ir concretando a medida de sus posibilidades socioeconómicas”.<sup>52</sup>

Así, en “Navarro Piña”, uno de los tantos recursos planteados con motivo de la actividad de las pesqueras de Iquique, la acción judicial no prosperó, pues dirigida contra las autoridades regionales y locales por no haber adoptado los resguardos suficientes para evitar la contaminación provocada por el olor de las industrias pesqueras, los tribunales la rechazaron por haberse fundamentado en una omisión. “*Los recurrentes -observó la Corte de Apelaciones de Iquique- han imputado a las autoridades recurridas...la omisión de no cumplir con el deber de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no resulte afectado por las emanaciones de olores que afectan a la población de Iquique...y, tal como lo sostienen los informantes, el recurso de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, procede solamente cuando dicha garantía sea afectada por un acto arbitrario o ilegal imputable a una persona o autoridad determinada; mas, no cuando se refiere a omisiones, cual es el caso de que se trata*”.<sup>53</sup>

Dejando aparte este problema, y tal como observa Bertelsen Repetto, el examen de la jurisprudencia permite constatar que en los últimos años los tribunales han admitido algunos recursos de protección a favor del medio ambiente basados en la omisión de la autoridad recurrida como conducta agravante. El autor aludido expone el caso de una feria libre que, como tal, funcionaba en la vía pública. La Corte de Apelaciones de San Miguel acogió el planteamiento de los recurrentes, que solicitaban el traslado de la feria, en base a un par de omisiones: la de no acabar el funcionamiento de la feria a la hora debida y la de no efectuar el aseo de los lugares en que se instala, siendo esta omisión, vocablo que aparece subrayado en la sentencia, la que produce “menoscabo en los derechos de los vecinos en cuanto a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. Podemos, por nuestra parte, citar el conocido caso de los “humos de Paipote”, en el que la Corte de Apelaciones de Copiapó, con fecha 15 de febrero de 1991 (en un fallo que luego sería confirmado por la Corte Suprema con fecha 13 de junio de 1991) dictaminó que la Empresa Nacional de Minería había incurrido en actos – contaminar la atmósfera – y omisiones – no adoptar las medidas para impedirla – que constituían una amenaza a la integridad física y química de las personas, además de una perturbación al legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; y que “atento a lo expuesto, existiendo en la especie actos y omisiones arbitrarias e ilegales que perturban y amenazan el legítimo ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 19 N° 1 y 8 de la Constitución Política de la República de Chile, resulta procedente acoger los recursos de protección interpuestos”.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Comisión de Estudio de la Constitución Política del Estado de 1980.

<sup>52</sup> Ver nota 50, p. 109.

<sup>53</sup> Bertelsen, Raúl. “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, 1998, Vol. 25 N° 1, p. 155.

<sup>54</sup> “Bórquez Muñoz, Bernabé y otros con Fundación de Paipote (ENAMI)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Chile, 1991, tomo 88, vol. 2, sección 5, p. 144.

En segundo lugar, tal como afirma Bertelsen Repetto, otra de las diferencias más notorias “entre el recurso de protección cuando se interpone a favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y cuando se lo hace invocando otros derechos, es la que se refiere a la exigencia de **ser imputable la acción contaminante “a una autoridad o persona determinada”**, como dice el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política”.<sup>55</sup>

La exigencia de imputabilidad del acto a un sujeto cierto cuando se trata de tutelar el medio ambiente por la vía de la protección, impide acoger el recurso si constando la existencia de una actividad ilícita que degrada el medio ambiente, se desconoce su autor. Es ésta -la imputabilidad del acto-, un requisito que indudablemente restringe la procedencia del recurso de protección en materia ambiental, lo que no ocurre con otros derechos en que puede otorgarse y, de hecho, a veces se ha otorgado protección jurisdiccional ante agravios a los derechos de algunas personas provenientes de autor desconocido.<sup>56</sup>

De esta forma, hay recursos que han sido rechazados por no haberse podido determinar el autor o autores de los actos contaminantes. “Tal ocurrió en 1984 con “Bustamante Vidal”. Era inequívoca, en la especie, la existencia de una contaminación. “*No es necesario -acotó la Corte de Apelaciones de Santiago- efectuar mayores razonamientos para concluir que, por el mismo contenido de las materias que circulan por la red de alcantarillado, su aparición y depósito en la superficie de una propiedad urbana, por un determinado período de tiempo...obligadamente producirá cierto grado de contaminación del suelo y del aire, y podrá llegar a causar algún grado de polución ambiental*”. Polución era, para la Corte, la incorporación al medio de un elemento patógeno que acarrea o favorece enfermedades. Sin embargo, el origen de la contaminación no pudo determinarse al no aceptar la Corte que ella se debiera a la interconexión de las redes de alcantarillado de dos poblaciones contiguas dispuesta por la Municipalidad de Maipú, como sostenía la recurrente, de modo que, al no ser posible atribuir una relación de causa a efecto entre la interconexión realizada y la contaminación y atendido que la citada interconexión no presentaba defectos que la convirtiera en un peligro real de futuras inundaciones domiciliarias, el recurso fue rechazado”.<sup>57</sup>

Por último, y con el objeto de restringir aún más la procedencia del recurso en esta materia, el constituyente exige que el acto que sirve de fundamento al mismo, **debe ser, a la vez, arbitrario e ilegal**. Tal como advierte el autor referido, “es sabido que la regla general en materia de antijuricidad de la acción -y también de la omisión- que agrava alguno de los derechos susceptibles de tutela jurisdiccional, a través de la acción de protección del artículo 20 de la Carta Fundamental, es, alternativamente, la existencia de un reproche de ilegalidad o de arbitrariedad en la conducta que motiva el recurso, de modo que basta la concurrencia de uno de ellos para acogerlo y otorgar la protección solicitada. No obstante, tratándose del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el inciso segundo del mismo artículo 20 exige que el acto sea, a la vez, arbitrario e ilegal”.<sup>58</sup>

Así, uno de los casos en que la exigencia copulativa de ilegalidad y arbitrariedad en la acción contaminante impidió acoger la protección solicitada a favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es “Maldonado Mora”. “Un concesionario minero

<sup>55</sup> Ibid, p. 163.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid, p. 163-164.

<sup>58</sup> Ibid, p. 165.

### III) EFICACIA DE LAS VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO

---

realizó labores propias de las faenas de exploración, esto es, actuó legalmente en ejercicio de su derecho, pero lo hizo arbitrariamente, “*sin tomar las medidas que la prudencia y el conocimiento técnico imponen a toda labor de este tipo*”, con lo cual inundó terrenos de la recurrente. La Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, rechazó el recurso en lo que se refería a una lesión del derecho consagrado en el N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política, por no estar frente a un acto arbitrario e ilegal”.<sup>59</sup>

Curioso significa precisar que esta exigencia de “doble antijuricidad” no estaba contemplada en el proyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980. Es sabido, también, que el Consejo de Estado no encontró razones para introducir modificaciones al texto aprobado por la Comisión. Fue, entonces, la propia Junta de Gobierno, “la que en virtud de su potestad constituyente, introdujo un requisito adicional a los ya previstos en la disposición especial propuesta por la Comisión y el Consejo de Estado, al sustituir la conjunción disyuntiva “o” por la homónima copulativa “e” entre la palabra “arbitrario” y la palabra “ilegal””. Tal como reconoce Cea Egaña, “los motivos y propósitos del cambio aludido no han sido hasta la fecha publicados”.<sup>60</sup>

Este cúmulo de exigencias establecidas con el objeto de limitar la procedencia del recurso de protección, llevó a Sergio Montenegro a señalar que esta acción, en la materia que nos convoca, había nacido a la vida jurídica cargando un “pecado original”. Esto, porque tal como sostiene Rafael Valenzuela, “las exigencias excepcionalmente estrictas a que sujeta la Constitución el ejercicio del recurso, que deben concurrir copulativamente, hacen difícil imaginar siquiera un caso en que pudiera haber lugar a entablarlo”.<sup>61</sup> Predicamento que coincide con el del profesor Salvador Mohor, para quien “las exigencias impuestas en este caso al ejercicio de la acción son de tal envergadura que, en definitiva, las posibilidades de condenar son prácticamente nulas”.<sup>62</sup>

A pesar de este conjunto de requisitos, en nuestra opinión desmesurados, la acción constitucional en comento logró convertirse, durante una época, en una herramienta eficaz en la protección del derecho a vivir en un ambiente sano. Esta “época de oro” se extendió desde la década de los ’80 hasta la dictación de la Ley 19.300 – y posterior entrada en vigencia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental – y la caracteriza el hecho que los recursos se entablaban, preferentemente, en contra de empresas o particulares. A partir de la Ley 19.300, tal como observaremos más adelante, los recursos han sido dirigidos en contra de la Administración del Estado (CONAMA o COREMAS), circunstancia que, en parte, explica que el recurso de protección haya perdido su eficacia.

En el contexto de la primera etapa, un caso emblemático de la efectividad del recurso de protección fue el que se interpuso en contra de Codelco-Chile por la descarga de efluentes líquidos en la bahía de Chañaral. El día 23 de junio de 1988, la Corte de Apelaciones de Copiapó, luego de un extenuante proceso, falló a favor de los recurrentes y ordenó la suspensión del vaciado de los relaves de la mina El Salvador en el río Salado y la construcción de un tranque de relaves. “El caso se había originado en 1980, cuando la Comunidad de Chañaral interpuso un recurso de protección en contra de la Corporación

<sup>59</sup> Ibid, p. 166.

<sup>60</sup> Cea, José. “Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías Constitucionales”, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 336.

<sup>61</sup> Citado por Cea en obra señala en la nota anterior, p. 337.

<sup>62</sup> Ibid.

del Cobre, División Salvador, con el objeto de obtener protección para el derecho de los habitantes de Chañaral a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho que se estaba viendo afectado con el vaciado de los relaves al río Salado, puesto que dicho río desemboca en la bahía de Chañaral. La historia se remontaba a 1938, en que la antigua dueña de la mina El Salvador, la compañía Andes Mining Copper Corporation, decidió vaciar los desechos de su proceso industrial directamente al río Salado en lugar de seguir utilizando tranques de relave. Los relaves, conducidos por el río Salado, fueron a dar entonces directamente al mar en la desembocadura del río ubicada en la bahía de Chañaral. Esta forma de disposición de los relaves se verificó entre los años 1938 y 1975, de modo tal que se produjo la acumulación de 280 millones de metros cúbicos de relaves que fueron depositándose en el fondo del zócalo continental adyacente a la costa de Chañaral. La acumulación fue tan voluminosa que determinó el total embancamiento de la bahía y la formación de una playa alrededor de dos kilómetros mar adentro. Pero el depósito de relaves no sólo produjo el embancamiento, sino también la devastación de la vida marina del lugar que solía ser bastante abundante”.<sup>63</sup> La Corte, tras conocer de todos los antecedentes allegados al proceso señaló *“que el acto contaminante del medio ambiente que ejecuta la recurrida es ilegal, toda vez que si bien se ha sostenido por ella que cuenta con las mercedes de agua para uso industrial, tal autorización no puede entenderse que sea para devolver dichas aguas contaminadas, por lo que al restituirlas en tal forma comete un acto ilegal que sobrepasa la autorización concedida”*. A esto agregó *“que el acto contaminante del medio ambiente que ejecuta la recurrida, además de ilegal, es arbitrario de suyo; en efecto, importa por sí solo una violación al derecho, a principios jurídicos y de convivencia superiores, que lo tornan, más que ilegal, en injusto; así, jamás podrá decirse que una persona o autoridad tiene derecho a contaminar el medio ambiente en que vive y se desarrolla una comunidad de personas, por acto voluntario suyo, como ocurre en este caso. Más aún, dicho acto, al afectar a la naturaleza misma, resulta atentatorio de toda norma de convivencia civilizada del hombre con su medio, y siendo la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental preocupación del Estado, según nuestra Carta Fundamental, resulta a todas luces arbitrario el acto contaminante que ejecuta la recurrida por propia voluntad”*.<sup>64</sup>

Otro caso digno de mención fue el recurso de protección interpuesto en contra de la Dirección Regional de Riego de la I Región por el pretendido bombeo de aguas desde el lago Chungará al valle de Azapa con el objeto de aumentar su capacidad de riego y la generación de energía hidroeléctrica en la central Chapiquiña, situada aguas abajo. La principal preocupación de los recurrentes, a saber, la comunidad de regantes de la localidad de Putre, era el hecho de que la agregación de las aguas del lago Chungará a las del río San José, que es el que estos regantes utilizan, produciría un aumento de la salinidad de las aguas que disminuiría ostensiblemente la capacidad agrícola de sus tierras. En consecuencia, los recurrentes fundaron su recurso en la violación que el acto de la autoridad planteaba a su derecho de propiedad y a su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación por la alteración del equilibrio ecológico de un bien (el lago Chungará) situado en un bien nacional (el Parque Nacional Lauca). La Corte acogió el recurso, señalando entre otras consideraciones, que *“el “medio ambiente”, el “patrimonio ambiental”, la “preservación de la naturaleza” de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida, y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos*

<sup>63</sup> Bórquez, José. “Introducción al derecho ambiental chileno y comparado”, *Editorial Jurídica de Chile*, 1993, p. 17.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 19.



### III) EFICACIA DE LAS VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO

---

*y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida. Es deber del Estado -según el ordenamiento constitucional- velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza y evitar, en consecuencia, que por su propia acción o la de sus organismos que la componen, se efectúen obras o actividades que contaminen aguas o alteren el equilibrio ecológico, tanto más en aquellos lugares que el propio Estado ha declarado como Parque Nacional y se ha dado en régimen jurídico que lo proteja”.*<sup>65</sup>

Casos como los reseñados han llevado a afirmar categóricamente, y con justa razón, que el recurso de protección es la principal herramienta de resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Lamentablemente, debemos advertir que esta eficacia se ha visto mermada desde la entrada en vigencia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esto ocurre porque los proyectos o actividades industriales, que a la sazón, son las actividades que comúnmente afectan con mayor rigor el derecho de los ciudadanos a vivir en un ambiente sano, han solido contar al momento de ser evaluados ambientalmente con la aprobación de la Administración. Y, consecuentemente, esta “autorización” del Estado reviste a los proyectos o actividades de un aura legal que ha inhibido a los tribunales de investigar, si en efecto, el ente contaminante ha vulnerado con su funcionamiento la garantía establecida en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política del Estado.

Resulta evidente, en este sentido, que la tendencia respecto del análisis judicial de la procedencia de medidas cautelares suele pasar por el mero estudio de la legalidad del acto, el cual es un paso necesario, mas nunca suficiente, para determinar el grado de privación, perturbación o amenaza del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por de pronto, una de las características del derecho ambiental es ser eminentemente evolutivo. Los cambios tecnológicos y el progreso del conocimiento científico originan un permanente cuestionamiento sobre la certeza de la regulación actual. De forma habitual se descubre que lo que ayer era aceptado como un método productivo (uso de asbestos, harinas cárnicas para consumo animal, pesticidas, etc.), hoy puede dar origen a múltiples perjuicios para el hombre. Es evidente que en nuestro país existe normativa sectorial que está obsoleta y que es insuficiente para cubrir las necesidades actuales. Además, aún existen importantes vacíos normativos; por ejemplo, los relacionados con el sector forestal, una legislación de sustancias químicas u otra de residuos peligrosos. Por lo anterior, el análisis de legalidad debe complementarse con el de racionalidad de la norma.<sup>66</sup> Más aún, cuando Gladys Camacho ha detectado serias irregularidades en la elaboración de la normativa ambiental por parte de la Administración del Estado.<sup>67</sup> Es decir, el hecho de haber sido legalmente dictado el acto cuestionado no es más que una presunción de que no es atentatorio contra la garantía invocada.<sup>68</sup> De hecho, existen algunos pronunciamientos judiciales que apuntan en esta dirección. Así, en el voto disidente del Sr. Enrique Correa L., del fallo de 1986, “Soto Davison y Otro con Director Nacional de Aguas”, se advierte *“que la declaración de improcedencia del recurso, no constituye un pronunciamiento sobre*

<sup>65</sup> Ibid, p. 16-17

<sup>66</sup> Ramírez, José. “Impugnación judicial de los actos administrativos dictados en el procedimiento de evaluación ambiental”, p. 28. Comentario a la obra de Mario Galindo “El sistema de evaluación de impacto ambiental: 1997-2000”

<sup>67</sup> Camacho, Gladys. “Las normas ambientales, un desafío pendiente para la coordinación administrativa”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 64, 2002.

<sup>68</sup> Ramírez, José. “Impugnación judicial de los actos administrativos dictados en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, Comentario a la obra de Mario Galindo titulada “El sistema de evaluación de impacto ambiental: 1997-2000”, p. 33-34

*el derecho discutido en el recurso de protección -el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación- pues aquella decisión tiene el único alcance de establecer que los peticionarios no han tenido la facultad procesal para solicitarlo, desconociéndoles el derecho de accionar, sólo porque la resolución impugnada no es “arbitraria ni ilegal”. Pero, en el recurso no se discute la ilegalidad o arbitrariedad de la resolución - actividad de la Dirección General de Aguas (...) sino que la acción entablada se basa precisamente en los efectos de dicha resolución - actividad que va a producir o produce la contaminación de las aguas del río Bío - Bío, y por eso infringe el artículo 19 N° 8 de la Constitución (...) Pero, el fallo no se pronuncia sobre el derecho mismo que se ejercita e invoca en la acción o recurso entablado, toda vez que nada resuelve sobre la contaminación que fue propuesta justamente para ser decidida...”<sup>69</sup>*

Otra razón de esta ineficacia se halla en que, en la mayoría de sus fallos, nuestros jueces han afirmado que las calificaciones de impacto ambiental son decisiones de carácter técnico que deben ser adoptadas por el órgano correspondiente en uso de sus facultades. Probablemente el hecho de estar frente a decisiones técnicas complejas, y ante el ejercicio de las facultades discrecionales por el órgano competente, el razonamiento judicial tiende a excluir la calificación de arbitrariedad ante decisiones técnicas ejercidas en conformidad a la ley.<sup>70</sup> Sin embargo, mediante este razonamiento se ejerce una discrecionalidad quizás mayor: no analizar los efectos del acto recurrido que causa el agravio, sino únicamente la validez legal del mismo. Existe unanimidad doctrinaria en que la discrecionalidad de la Administración está limitada por la observancia de las garantías fundamentales y que el control judicial debe velar por el respeto de las mismas.<sup>71</sup> Así, Delgado Caldera, en su artículo “Límites Constitucionales de la Discrecionalidad Administrativa”, señala que “las potestades discrecionales (otorgadas por la ley) no pueden tener validez alguna cuando aquéllas sobrepasan o desbordan la Constitución Política de la República, peligro que se hace efectivo cuando el ejercicio de una atribución discrecional, que ha sido conferida por la ley, atropella o desconoce la esencia de las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas”.<sup>72</sup>

En este sentido, es posible que el órgano coordinador ambiental -o sea, la CONAMA- adopte una decisión carente de racionalidad o aparentemente caprichosa si, por ejemplo, otorga un permiso ambiental teniendo a la vista una serie de informes técnicos sectoriales que proponen el rechazo de la misma. No obstante, ante situaciones como la descrita, los tribunales han avalado el proceder del Estado. Así, en “Miguel Stutzin contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región, se dice que es “...*incuestionable que el Informe del Comité Técnico no obliga a la COREMA, pues, si bien dicho Comité lo establece el inciso 2° del artículo 81 de la Ley 19.300, sus funciones y atribuciones no aparecen especificadas en parte alguna...*”. Más contundente es todavía la doctrina sentada en “Marcelo Castillo y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región”, que en su considerando dieciséis señala “*que en relación a los informes de los Organismos del Estado con atribuciones en materia de otorgamiento de permisos sectoriales, preciso es señalar que no son vinculantes para la Comisión Regional del Medio Ambiente, por contar con la más amplia competencia para ponderarlos y aceptarlos; sin perjuicio de la facultad que le confiere la normativa para prescindir de ellos...*”. Por el contrario, más

<sup>69</sup> Ibid, p. 35

<sup>70</sup> Ibid, p. 28

<sup>71</sup> Ibid, p. 36.

<sup>72</sup> Citado en Ibid, p. 36.

adelante señala que “la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente sí es vinculante para los organismos con competencia ambiental”. Postura jurisprudencial que avala Galindo Villarroel cuando precisa que “la ley, al imponer a la autoridad el deber de fundamentar su resolución y de tener en cuenta ciertos antecedentes, claramente deja dentro de sus potestades la decisión final, sin establecer fuerza vinculante entre los elementos que legalmente debe considerar y la decisión que fundadamente adopte. Los permisos, pronunciamientos u opiniones de los organismos que participan del sistema de evaluación de impacto ambiental no son vinculantes para la autoridad al resolver sobre la calificación ambiental del proyecto o actividad.”<sup>73</sup>

A nuestro parecer -explica J. A. Ramírez- esto se debe a una errada asociación entre decisiones legalmente adoptadas y la razonabilidad de las mismas. Pero la idea de la discrecionalidad de la Administración limita precisamente con la toma de decisiones razonadas. Por lo tanto, los actos desprovistos de un razonamiento coherente o insuficientemente fundado, pueden -y deben- ser impugnados si lesionan garantías fundamentales aún cuando el órgano esté facultado para dictarlos.

## b) Acción Ambiental.

---

Tal como señalábamos en la segunda parte, la acción ambiental es aquella que tiene por objeto reparar el medio ambiente dañado, entendiendo por reparación la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas. Por ende, al analizar su eficacia como acción judicial, debemos estudiar con qué frecuencia el ejercicio de la misma trae como consecuencia la obligación del ente contaminante de restablecer el componente del ambiente que fue dañado en el ejercicio de su actividad.

Sin embargo, por el escaso tiempo que ha transcurrido desde la entrada en vigencia de la Ley 19.300 -hito que fundó su existencia jurídica- no es posible emitir un juicio definitivo sobre su utilidad práctica. Pese a lo anterior, existen “problemas estructurales” que nos hacen presumir que la acción de reparación difícilmente podrá constituirse en un instrumento jurídico eficaz.

El primero de éstos dice relación con la legitimación activa para demandar por esta vía. De acuerdo con el artículo 54 de la Ley 19.300, sólo pueden hacerlo los individuos directamente afectados, las municipalidades y el Estado. Los terceros, en cambio, sólo pueden intervenir a través de un alcalde. Debido a esta disparidad, la estructura actual restringe sustancialmente el poder de las organizaciones ciudadanas, ya que sólo pueden actuar mediante un alcalde que no siempre estará dispuesto a hacerlo. Esto cobra importancia cuando, en la mayoría de los casos, las personas directamente afectadas no tienen los recursos suficientes para litigar, además, contra poderosos inversionistas, ni mucho menos para generar los medios probatorios, situación que no es fácil, es costosa y requiere, en gran cantidad de casos, de equipos sofisticados para lograrlo.

La segunda razón se centra en el *onus probandi*. En general, en el derecho, conforme lo consagra el artículo 1698 del Código Civil, le corresponde el peso de la prueba a quien alega la existencia de una obligación o su extinción. La Ley 19.300 siguió, en este aspecto, las normas generales; sin embargo, tal como señala Fernández Bitterlich, no es ése el

<sup>73</sup> Galindo, Mario. “El sistema de evaluación de impacto ambiental ante la jurisprudencia: 1996-2000”, CONAMA, Chile, 2001,

camino correcto, pues esta carga debería recaer sobre quien va a ejecutar o está ejecutando un acto que pueda producir deterioro ambiental. Es él quien tiene que formar evidencia ante la sociedad de que sus acciones no dañarán a la naturaleza, que no destruirán el medio ambiente, y no al revés, como sucede en la actualidad. Sobre todo cuando, tal como señalábamos en el párrafo anterior, las personas afectadas no tienen los recursos económicos suficientes para elaborar pruebas técnicas de alto costo.<sup>74</sup>

Por último, una tercera razón que nos hace ser pesimistas sobre el futuro de esta acción judicial, se centra en la adopción, por nuestra L.B.M.A., del sistema de responsabilidad subjetiva. Esto significa que la persona afectada tiene la obligación de probar que el demandado, al momento de contaminar, ha actuado culposa o dolosamente. En otras palabras, los que sufren el daño no sólo deben comprobar la capacidad delictual, el daño ambiental y la relación de causalidad, sino que además deberán acreditar que el autor del hecho u omisión actuó en forma negligente o maliciosa. Esto en la práctica es complejo “si se considera que normalmente el que contamina está actuando legalmente, es decir, lo hace acorde con todos los permisos administrativos y municipales que se requieren”.<sup>75</sup> Concuerdan con este criterio diversos autores, entre ellos Hernán Corral, quien asume que el sistema de responsabilidad subjetiva, aplicado a esta materia, coloca a las víctimas en una situación procesal compleja puesto que “difícilmente estarán en condiciones de comprobar judicialmente el dolo o la culpa de los agentes del daño”.<sup>76</sup>

En toso caso, el tiempo dirá si, pese a sus falencias, la acción de daño ambiental logra constituirse en una herramienta capaz de proteger el ambiente en aquellos casos en que pueda ser reparado.

## B) Vía administrativa

---

A lo largo de este estudio hemos constatado la innegable trascendencia que, en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental, ha adquirido la resolución administrativa. Incluso, pudimos comprobar que la misma Corte Suprema ha delegado, en algunas de sus sentencias, sus facultades jurisdiccionales al Director Ejecutivo y Consejo Directivo de la CONAMA. Por eso, al ser sus decisiones, en la praxis jurídica, inmodificables (por mucho que la CONAMA supere los límites de una juiciosa discrecionalidad), se vuelve imperativo analizar el espacio que, en el marco del SEIA, se ha otorgado a los ciudadanos para solicitar la protección de su derecho a vivir en un ambiente sano.

Ello es irrenunciable, por cuanto son justamente los proyectos o actividades sometidos a este sistema, los que acarrearán un mayor peligro de afectar el aludido derecho público.

Por lo demás, la misma CONAMA ha tenido a bien apuntar entre los objetivos de fomentar la participación ciudadana, el asegurar la transparencia del sistema, aumentar la calidad de las decisiones ambientales a través del uso eficiente de la información, facilitar la aceptación de la decisión ante la comunidad impactada, evitar conflictos originados

<sup>74</sup> Fernández, Pedro. “Manual de Derecho Ambiental Chileno”, *Editorial Jurídica de Chile*, 2001, p. 128.

<sup>75</sup> Pérez, María de los Ángeles. “Las normas de responsabilidad ambiental y la responsabilidad civil”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 1993, p. 26.

<sup>76</sup> Corral, Hernán. “Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 1, 1996, p. 170.

### III) EFICACIA DE LAS VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO

---

en decisiones incomprendidas o percibidas como impuestas por la comunidad, y crear la plataforma idónea para solucionar las disputas mediante la negociación.<sup>77</sup>

Lamentablemente, pese a esta declaración de principios, Hale E. Sheppard, en su riguroso análisis del sistema de evaluación de impacto ambiental, advierte una serie de deficiencias legales que obstan a una efectiva participación de los ciudadanos en el marco de este procedimiento administrativo.<sup>78</sup> A continuación, revisaremos sus conclusiones más importantes:

a) El momento idóneo para iniciar la participación. Conforme a la Ley Marco, los proyectos señalados en el artículo 10, sólo podrán ejecutarse o modificarse después de presentar un EIA o un DIA, según corresponda. En estos casos, es el titular del proyecto quien se encarga de realizar tal análisis ecológico, normalmente mediante la contratación de un grupo de expertos. Aunque la ley exige que la CONAMA o la COREMA pertinente establezca los mecanismos que aseguran la participación informada de la comunidad en el proceso, en la práctica, tal comunidad sólo puede intervenir después de que el EIA se haya entregado. Esto se ha calificado como un “grave error”, puesto que, a raíz de tal espera, la gente suele estar “llena de prejuicios, suspicacias, rumores y temores y...la discusión se ha cargado de elementos emocionales”.<sup>79</sup> Por lo demás, al momento de presentar un EIA, la compañía ya ha invertido una gran cantidad de dinero en obtener la propiedad en cuestión, contratar a expertos para llevar a cabo la EIA e investigar sobre usos potenciales. Con tantos recursos económicos en juego, es probable que la empresa esté determinada a seguir adelante con el proyecto, independientemente de las inquietudes justificadas en torno al medio ambiente. En este sentido, las comunidades afectadas se han quejado de que generalmente son consultadas sólo de manera superficial durante las etapas finales, lo cual básicamente imposibilita que sean capaces de tener influencia en las decisiones claves.

b) Factores económicos que obstaculizan el proceso. Si bien la Ley Marco proporciona a los afectados la posibilidad de participar en el proceso mediante la formulación de observaciones al EIA, tal participación implica ciertos costos. En el artículo 53 del Reglamento del SEIA, por ejemplo, se establece que si los interesados desean informarse sobre el contenido del EIA, podrán solicitar “a su costa” reproducciones totales o parciales. En caso de proyectos de gran envergadura suelen elaborarse múltiples tomos sumamente gruesos. Por de pronto, el precio de estas reproducciones suele ser elevado, máxime en el caso de una población marginal. Pero además, las observaciones formuladas por la comunidad deben hacerse por escrito y con fundamentos precisos. Si a esto se suma que todo el proceso requiere recursos económicos (desde el simple papeleo de la oficina hasta la búsqueda de información, la traducción de documentos y las asesorías de investigación) tenemos que la participación se ve gravemente obstruida, sobre todo en el caso de comunidades pobres. Al igual que numerosos países en América Latina, Chile se caracteriza por severas desigualdades en el nivel de ingreso, registrándose un porcentaje apreciable de personas que viven en condiciones de pobreza. Estos grupos suelen ser los que sufren las consecuencias perjudiciales de los grandes proyectos. Sin embargo, debido a su incapacidad económica para contratar la asistencia necesaria, su oportunidad

<sup>77</sup> Comisión Nacional del Medio Ambiente, *Gestión Ambiental del Gobierno de Chile*, 1997, p. 111.

<sup>78</sup> Sheppard, Hale. “El uso sustentable del bosque nativo chileno: las deficiencias en la ley de bases del medio ambiente y los mecanismos multilaterales relevantes”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II, N° 2, 2000, p. 495 y ss.

<sup>79</sup> Torey, Sofía. “La participación ciudadana en la evaluación de impactos ambientales”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 1996, p. 8; citada por Hale E. Sheppard en *Ibid*, p. 496.

de participar en el SEIA es bastante restringida. Normalmente, los afectados por proyectos son grupos dispersos cuya experiencia en organización formal es limitada. A esta escasez de trabajo grupal se puede agregar una carencia de fondos y de personal técnico que pueda dedicarse por completo a la defensa de sus intereses. Las compañías pretendientes, en cambio, suelen gozar de presupuestos sustanciales destinados a la realización de un proyecto determinado, desequilibrio que hace que los pobladores se encuentren en una evidente desventaja frente a quienes promueven los proyectos.

c) La difusión de información es inadecuada. Pese a las numerosas disposiciones que pretenden que la ciudadanía posea la información necesaria para poder contribuir al proceso, se ha subrayado que, en realidad, los interesados son excluidos debido a la naturaleza técnica de los datos entregados por las empresas. Por ejemplo, varios representantes comunales han argumentado que los EIAs se manifiestan en observaciones fundamentadas en aspectos altamente técnicos y científicos a fin de evitar una verdadera participación ciudadana.<sup>80</sup>

d) Tiempo insuficiente para participar efectivamente. De acuerdo con la Ley Marco, si las organizaciones o personas desean formular observaciones sobre el EIA ante el organismo competente, cuentan con un plazo de sesenta días, contado desde la publicación del extracto. Este período se ha calificado de insuficiente puesto que “en el caso de un proyecto cuya elaboración haya tomado dos o tres años, ¿cómo puede ser seriamente analizado y cuestionado en 60 días?”<sup>81</sup>

Se sugiere, asimismo, que quienes están obligados a demostrar los efectos perjudiciales, en la práctica, deben llevar a cabo una especie de contraproyecto de evaluación ambiental, tarea que es muy difícil de realizar, si no imposible, en proyectos de gran envergadura. Como se estableció con anterioridad, cuando se trata de un proyecto significativo, el EIA tiende a ocupar numerosos tomos, lo cual presenta dificultades temporales para una comunidad afectada. Aparte de eso, este lapso tan limitado puede permitir una cierta incidencia de fraude por los empresarios puesto que, con el fin de desviar la atención de algunos aspectos posiblemente dañinos a la comunidad, se pueden ocultar entre los centenares de páginas repletas de datos técnicos y de menor relevancia. De hecho, uno de los problemas más frecuentes que se enfrentan al revisar los EIA es la presencia de un exceso de información irrelevante, lo que “se ha transformado en una práctica habitual de algunas firmas consultoras para abultar los informes, como si la evaluación dependiera del número de páginas del EIA”.<sup>82</sup>

Se ha criticado, también, la desigualdad de condiciones en lo que concierne a las oportunidades que tienen los proponentes para adjuntar nuevos antecedentes, ampliar plazos e interactuar con los organismos evaluadores. Conforme a la Ley Marco, las comunidades sólo pueden realizar observaciones por escrito sobre los EIA en un plazo no prorrogable de sesenta días y suelen invertir la mayoría de su tiempo y energía en solicitar precisiones metodológicas y de información de los EIA. Una vez respondidas éstas por los proponentes en el correspondiente addendum, el SEIA no contempla nuevas instancias de participación, limitación que disminuye la efectividad de la participación ciudadana.

<sup>80</sup> Zavala, José. “Análisis jurídico del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 1998, p. 26; citado por Hale E. Sheppard, en *Ibid*, p. 500.

<sup>81</sup> Torey, Sofía. “La participación ciudadana en la evaluación de impactos ambientales”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 1996, p. 10-11; citada por Hale E. Sheppard, en *Ibid*, p. 502.

<sup>82</sup> Ormazábal, César. “Análisis crítico desde la perspectiva de los actores y su responsabilidad en los EIAs”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 1997, p. 57; citado por Hale E. Sheppard, en *Ibid*, p. 502.

### **III) EFICACIA DE LAS VÍAS JURISDICCIONALES PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO**

---

Por consiguiente, tras haber analizado los principales obstáculos que deben enfrentar los ciudadanos para hacer efectiva su participación en el marco del SEIA, no podemos sino concluir que la vía administrativa para solicitar la protección del derecho a vivir en un ambiente sano carece de los mecanismos que garanticen la participación de los ciudadanos. Esto es especialmente grave cuando, tal como pudimos comprobar, lo que resuelven las autoridades del Estado, en esta materia, es prácticamente inmodificable.

## IV) PROPUESTAS PARA PERFECCIONAR EL SISTEMA DE ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

Tal como hemos podido comprobar a lo largo de este estudio, las pocas vías jurisdiccionales establecidas para solicitar la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano tienen escasa eficacia. Si bien el recurso de protección parece escapar a este diagnóstico, desde la entrada en vigencia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, su utilidad como herramienta jurídica se ha visto seriamente afectada.

Es por eso que en el contexto de este trabajo hemos querido presentar tres conjuntos de propuestas, concisas, pero no excluyentes, para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia ambiental. La primera de ellas dice relación con algunos aspectos procesales que deben ser modificados para que no sigan siendo un obstáculo en la consecución de tal fin. En segundo lugar, esbozamos el marco jurídico en que se debe desarrollar la participación ciudadana en los procedimientos administrativos. Por último, insinuamos la evolución que debiera seguir la Administración del Estado, en la materia que nos convoca, para desarrollar sus funciones de mejor forma.

### Aspectos procesales

Si bien se han apuntado nociones generales que se deben propiciar para diseñar un régimen jurídico procesal más apto y eficaz para resolver los conflictos judiciales - como, por ejemplo, la existencia de procedimientos gratuitos o poco costosos - creemos que hay algunos aspectos puntuales de nuestra legislación que deben ser prontamente modificados.

En lo que respecta al **recurso de protección**, de los varios obstáculos procesales que fija la ley, hay uno de especial importancia. Nos referimos a la exigencia copulativa de ilegalidad y arbitrariedad que debe concurrir en la conducta que motiva el recurso. Ya señalábamos en la tercera parte de este trabajo, que ni la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980 ni el Consejo de Estado de la época - entes jurídicos encargados de la elaboración de la nueva Carta Fundamental - habían contemplado tal exigencia, y que muy por el contrario, la peculiar iniciativa había surgido en el seno de la Junta Militar. Lamentablemente, este singular requerimiento ha propiciado diversos absurdos jurídicos. Por ejemplo, bajo este régimen legal cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, puede contaminar si este hecho aparece como una consecuencia "necesaria" - y no arbitraria - de la actividad que suele desarrollar. O un órgano del Estado está autorizado para adoptar una medida irracional siempre y cuando lo haga en el ámbito de su competencia. Por lo demás, este capricho jurídico, cuyos motivos y propósitos nunca han sido conocidos por la opinión pública, ha importado la inutilidad de esta acción constitucional frente a las resoluciones que, únicamente en esta materia, dictan los funcionarios administrativos. Es por eso que consideramos imprescindible, en este ámbito, la adopción de la regla general



en materia de antijuricidad. Esto es, que la acción agravante del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea, alternativamente, o ilegal o arbitraria, de modo que baste la concurrencia de uno de estos caracteres antijurídicos para acoger el recurso.

En segundo lugar, respecto a la **acción de daño ambiental**, consecuente al análisis efectuado en la tercera parte de este trabajo, hay tres sugerencias que debemos formular en aras de que ésta se convierta en un instrumento jurídico eficaz.

La primera consiste en legitimar activamente, para demandar por esta vía, y sin que sea necesaria la intervención de un alcalde, a los terceros. Ya hemos reseñado que esto es de vital importancia cuando las personas directamente afectadas no tienen los recursos suficientes para litigar. Por lo demás, la misma Corte Suprema ha tenido a bien precisar que el resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación “interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional”.<sup>83</sup>

La segunda recomendación consiste en poner el peso de la prueba en manos del causante del daño. Tal como señala Fernández Bitterlich, esta carga “debería recaer sobre quien va a ejecutar o está ejecutando un acto que pueda producir deterioro ambiental. Es él quien tiene que formar evidencia ante la sociedad de que sus acciones no dañarán la naturaleza, que no destruirán el medio ambiente, y no al revés, como sucede en la actualidad”. Esto se agrava cuando la persona o comunidad no cuentan con los recursos suficientes para lograr la prueba, situación que no es fácil, es costosa y requiere, en gran cantidad de casos, de equipos sofisticados.<sup>84</sup>

Por último, nos parece pertinente que, en este ámbito, nuestra legislación adhiera a un sistema de responsabilidad objetiva. Como hemos señalado con anterioridad, quienes sufren el daño ambiental deben acreditar, además de la capacidad delictual, el daño y la relación de causalidad, que el autor del hecho actuó en forma negligente o dolosa, “situaciones cuya prueba es engorrosa y difícil, lo que hace que este tipo de responsabilidad - llamada subjetiva - termine protegiendo al autor del daño en contra de su víctima”.<sup>85</sup> En este sentido, es importante tener presente que hay una diferencia substancial entre el daño causado al patrimonio individual y el que se produce a todo un ecosistema. En este último caso es la sociedad entera la perjudicada, son sus recursos, sus fuentes de vida y la subsistencia de varias generaciones.<sup>86</sup> Es por eso que “la tendencia actual del derecho internacional en esta materia - que algunas leyes chilenas recientes también recogen - es lo que se conoce en la doctrina por “responsabilidad objetiva” o “sin culpa”, de tal manera que el responsable del daño a la naturaleza lo es por el sólo hecho de producirlo, con independencia de si actuó con culpa o dolo”.<sup>87</sup> A modo de ejemplo, “el artículo 144 de la ley de navegación contenida en el Decreto Ley 2.222 de 1970, hace responsable del daño por contaminación que se produzca en el mar, al propietario, armador u operador de la nave por el solo hecho de causarlo, a menos que él pruebe que los daños se produjeron por fuerza mayor, como sería el caso de un acto de guerra, o por acción u omisión dolosa o culpable de un tercero extraño al dueño de la nave. En el artículo 147 de este mismo cuerpo legal, respecto del caso de instalaciones terrestres que produzcan daño al medio ambiente marino por vertimiento o derrame de sustancias contaminantes, el dueño de

<sup>83</sup> Ver nota 11.

<sup>84</sup> Fernández, Pedro. “Manual de Derecho Ambiental Chileno”, *Editorial Jurídica de Chile*, 2001, p. 128.

<sup>85</sup> Fernández, Pedro. “De la responsabilidad frente al daño ambiental”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 1993, p. 33.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

dichas instalaciones será siempre civilmente responsable y deberá indemnizar de todo perjuicio causado. Incluso, en el caso de daño nuclear nuestra legislación va más lejos. No sólo consagra expresamente la responsabilidad objetiva, sino que el causante del daño lo es aún en el caso de que éste se produzca por caso fortuito o fuerza mayor”.<sup>88</sup> Esta tendencia es, a nuestro juicio, la adecuada en esta materia, y de existir la voluntad política de proteger el derecho de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, más temprano que tarde deberá ser acogida por nuestra legislación ambiental de forma general.

## **B) Instauración de la mediación como una forma alternativa de resolver los conflictos ambientales**

En segundo lugar, en forma complementaria a las reformas procesales mencionadas en el capítulo anterior, queremos referirnos a los sistemas alternativos de resolución de conflictos, a los que se ha definido como el conjunto de prácticas destinadas a resolver un conflicto, distintas a la vía judicial.

Las razones que han determinado el creciente interés en establecer los sistemas alternativos de resolución de disputas son varias. De partida, las propias autoridades públicas han revelado la carga de trabajo que los agobia, haciendo explícita la necesidad de buscar vías alternativas que canalicen una serie de litigios que no merecen ser resueltos por el aparato del Estado. Luego, es una ventaja de estos métodos alternativos la intervención activa y directa que las partes pueden desarrollar en la solución del conflicto, “lo cual permite conocer y trabajar la complejidad y heterogeneidad de cada conflicto concreto, así como utilizar las diferentes riquezas y cosmovisiones personales en el tratamiento del mismo”.<sup>89</sup> Lo es, también, la mayor probabilidad de cumplimiento de los acuerdos, por el trabajo personal que las partes hacen en él y, por ende, la mayor satisfacción de sus intereses que ellos mismos involucran. Es una tercera ventaja de estas formas, el hecho de que los acuerdos negociados permiten preservar las relaciones de las partes, pues ellas se autoconciben e involucran en el proceso de resolución de la disputa no como adversarios sino como colaboradores para la solución de un conflicto común. En cuarto lugar, constituye otra ventaja la mayor rapidez en la solución del conflicto por tratarse, en general, de formas de resolución de conflictos que se desarrollan a través de procedimientos no estructurados o demasiado formalizados, o bien, que cuentan con estructuras flexibles. En fin, resultan también ventajosos los menores costos, económicos y personales que involucran, en virtud del menor tiempo que lleva desarrollarlos y concluirlos, así como en razón del clima no adversarial que se requiere para que se realicen.

En virtud de estas premisas nos parece que, del conjunto de métodos alternativos de resolución de conflictos, el que más se ajusta a las características de los conflictos jurídicos ambientales es la mediación. Diversas falencias se pueden advertir en sus congéneres.

La negociación, por de pronto, es demasiado informal para resolver conflictos jurídicos que nos importan a todos. Se trata de un proceso voluntario, en virtud del cual las partes de un conflicto buscan su resolución con prescindencia de terceros ajenos a la contienda,

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Gómez Barboza, Paulina. “La mediación, una forma alternativa de resolución de conflictos. Su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas frente a la solución judicial”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, Tomo XX, pág. 382 y ss.

mediante el intercambio de sus puntos de vista, y con la finalidad de lograr un acuerdo que los satisfaga. Pese a su carácter informal, nada obsta a que en un conflicto perfectamente delimitado las partes logren un acuerdo que permita la sana convivencia de los diversos actores de la sociedad. De hecho, el *lobby* se ha vuelto una práctica común entre el Estado y otras organizaciones sociales, fundamentalmente conglomerados empresariales, cuando se pretende adecuar una regulación sectorial a los requerimientos ambientales.

En seguida, el arbitraje, como forma de resolución de conflictos, posee un perfil más orientado hacia el derecho privado. Por eso es que tiene un origen generalmente contractual, expresado en un convenio previo de las partes que le da existencia. Este mismo enfoque explica que aquellas materias que envuelven un interés público hayan sido declaradas de “arbitraje prohibido”.

La mediación, en cambio, ha demostrado ser un método eficaz en la resolución de este tipo de conflictos. De hecho, en Estados Unidos, pionero en la materia, “la mediación ambiental existe conceptualmente desde el año 1974”.<sup>90</sup>

Generalmente se la ha definido como el proceso por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral, trabajan en la determinación de sus puntos de acuerdo y de desacuerdo, explorando situaciones alternativas y considerando compromisos con el objeto de alcanzar mutuos acuerdos sobre los temas en conflicto.

Es un proceso extremadamente flexible que no permite definiciones absolutas en cuanto a la forma en que debe ser conducida. Existen diversas formas de mediación dependiendo de las materias a tratar y la técnica empleada por el negociador. Consecuencia de ello es que algunas formas corresponden a esquemas más clásicos, preestablecidos, mientras que otras son más *sui generis*. Dentro del primer grupo encontramos la mediación del derecho de familia y la mediación vecinal. Dentro del segundo grupo aparece la mediación ambiental.

Así, en el ámbito de nuestro estudio, la mediación es un método alternativo de solución de conflictos cada día más popular. Comenzó como un experimento a mediados de los años setenta y gradualmente ha dejado ese *status* para ser reconocida como una alternativa efectiva a los métodos tradicionales de solución de conflictos como la negociación directa o procedimientos administrativos y judiciales. Actualmente, la mediación es considerada un mecanismo de múltiples virtudes en la solución de conflictos ambientales.<sup>91</sup>

Existen algunas barreras que deben ser superadas para lograr un proceso de mediación ambiental exitoso. Malentendidos, escepticismos y el uso de maniobras dilatorias, entre otras, han jugado en contra de su plena aplicación. Si estos temas son abordados eficazmente y se realiza una certera identificación de las partes, disputa y método para alcanzar una solución aceptable, la sociedad llegará a admitir el uso de la mediación ambiental en más y más casos.

Sus partidarios afirman que las virtudes de la mediación, en comparación con los métodos tradicionales de resolución de conflictos, son del todo evidentes. Estos últimos suelen ser lentos, caros, inadecuados para el manejo de temas ambientales, afectan relaciones preexistentes y futuras, son rígidos y generan mala publicidad. Por su parte, la

---

<sup>90</sup> Balmaceda Jimeno, Nicolás. “Mediación ambiental en los Estados Unidos de América: doctrina y práctica”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Chile, Vol.III, N°1, 2001, pág. 79.

<sup>91</sup> *Ibid*, p. 88.

mediación es usualmente más rápida, económica, es un foro ideal para resolver disputas ambientales, protege relaciones preexistentes y futuras, es flexible, reservada y definitiva.<sup>92</sup>

Las ventajas de la mediación ambiental han sido permanentemente resaltadas por la doctrina comparada. Así, Talbot, señala que frente a un conflicto ambiental, la mediación es un proceso más expedito y de soluciones más duraderas que la habitual litigación.<sup>93</sup> Por su parte, Schneider and Tohn, señalan que en el contexto de una mediación ambiental los involucrados logran un gran entendimiento de los intereses de las otras partes.<sup>94</sup> Coincide con estos planteamientos Amy, para quien las potenciales ventajas de la mediación incluyen: (1) la posibilidad de una más directa y profunda participación de las partes en la resolución de sus conflictos; (2) la posibilidad de incrementar la eficiencia del proceso de resolución, reduciendo demoras y alentando la oportuna solución del conflicto; y (3) la posibilidad de obtener soluciones más duraderas y satisfactorias al conflicto que los aqueja.<sup>95</sup>

Por lo demás, el campo de aplicación de esta forma de resolver conflictos es bastante amplia. Según Perelló, la mediación ambiental podría aplicarse en conflictos derivados de grandes proyectos de infraestructura (como en el caso de carreteras), en la construcción de vertederos, en la ubicación de incineradoras de residuos, en la construcción o ampliación de aeropuertos, en la protección de especies en peligro, en la destinación del recurso hídrico, en la prevención de catástrofes naturales, la ordenación territorial y la elaboración, en general, de políticas ambientales.<sup>96</sup>

La mediación ambiental tiene críticos que ponen en duda las ventajas mencionadas precedentemente. Según éstos, la mediación mina el proceso legal destinado a proteger el interés público instando al Congreso y a las autoridades ejecutivas a delegar sus funciones, restringiendo de paso importantes derechos, especialmente si ésta es conducida en forma confidencial. Finalmente, critican la falta de uniformidad en la solución de casos similares, la inexistencia de un mecanismo de arrastre como el que existe en juicio, la irresponsabilidad de las partes y la imposibilidad de cuestionar y cambiar el orden jurídico y social.

Así y todo, la mediación ambiental está probando a las partes que es productivo para ellas sentarse a definir sus disputas y solucionar los puntos que las separan. Contando con un lugar apropiado y la asistencia de un mediador profesional capaz de superar los obstáculos propios de este tipo de conflictos, las partes estarán en condiciones de llegar a un mejor conocimiento de los temas, motivaciones y circunstancias que subyacen a la disputa. De este modo, expresarán correctamente sus problemas, describirán mejor sus intereses y propondrán soluciones mutuamente aceptables.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>93</sup> Talbot, Allan. "Setting Things: Six case studies in environmental mediation". Washington D.C.: Conservation Foundation / Ford Foundation. 1983.

<sup>94</sup> Schneider, Peter and Ellen, Tohn. "Success in negotiating environmental regulations", citado por O'Leary Rosemary en su trabajo "Environmental Mediation and Public Managers: what do we know and how do we know it?". Indiana Conflict Resolution Institute. [http://www.spea.indiana.edu/icri/env\\_medi.htm](http://www.spea.indiana.edu/icri/env_medi.htm)

<sup>95</sup> Amy, Douglas J. "Environmental mediation: an alternative approach to policy stalemates", citado por O'Leary Rosemary en su trabajo "Environmental Mediation and Public Managers: what do we know and how do we know it?". Indiana Conflict Resolution Institute. [http://www.spea.indiana.edu/icri/env\\_medi.htm](http://www.spea.indiana.edu/icri/env_medi.htm)

<sup>96</sup> Perelló, Catherine. "La mediación ambiental y el PHN", La voz del experto, Boletín CEIA. [www.terrabit.ictnet.es/butlleti/castella/butllet45.htm#article](http://www.terrabit.ictnet.es/butlleti/castella/butllet45.htm#article)

<sup>97</sup> *Ibid.*

## C) Propuestas relativas a los procedimientos administrativos

### Participación ciudadana en los procedimientos administrativos en general

---

En un sistema democrático, la participación ciudadana proporciona a la población la posibilidad de intervenir en la toma de decisiones en el ámbito público, en un contexto de obligaciones y derechos.

A raíz de ello, la L.B.M.A. estableció una serie de normas destinadas a garantizar la participación informada del pueblo. El espíritu de esta ley es claro, pues en el artículo 4 se señala que “es deber del Estado facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente”.

Según la CONAMA, para poder efectuar los programas ambientales en conformidad con estos lineamientos, es necesario comprender los objetivos de hacer participar a la población, a saber, cumplir con la legalidad ambiental vigente, asegurar la transparencia del sistema, aumentar la calidad de las decisiones ambientales a través del uso eficiente de la información, facilitar la aceptación de la decisión ante la comunidad impactada, evitar conflictos originados en decisiones incomprendidas o percibidas como impuestas por la comunidad, y crear la plataforma idónea para solucionar las disputas mediante la negociación.<sup>98</sup>

A pesar de la inclusión de varias disposiciones respecto a este tópico, es evidente la ausencia de mecanismos o procesos de participación formales. Dicho en otros términos, exceptuando el precario espacio que se les concede a los ciudadanos para expresar su opinión en el marco del SEIA o de algún otro procedimiento administrativo, no existen otras disposiciones que les aseguren la posibilidad de participar en la toma de decisiones que afecten, o puedan afectar, su derecho a vivir en un ambiente sano. En este contexto, la posibilidad que tiene los organismos de la sociedad civil de jugar un rol importante en la gestión ambiental queda entregada a la “buena” voluntad de los respectivos entes públicos.

Un interesante ejemplo que sirve para ilustrar lo expresado -especialmente por la gran cantidad de proyectos desarrollados durante la última década - lo constituye la construcción de caminos públicos. Como es sabido, la L.B.M.A. no contempla como regla general que estos proyectos de construcción deban someterse al SEIA. Es por eso que, “ante este vacío, se ejecutan hoy en día significativas obras viales en lugares de alto valor y fragilidad ambiental, los cuales se fraccionan de tal manera que son sometidas al SEIA sólo aquellas secciones directamente construidas en un área de protección, disminuyéndose artificialmente el área de influencia del proyecto y los impactos sometidos a evaluación, o dejando escasa posibilidad de modificación, al estar los demás tramos o partes del proyecto ya concluidos”.<sup>99</sup> El caso de la Carretera de la Costa es ilustrador: de 317 kilómetros a construir en la Región de Los Lagos, hasta el año 2002 sólo se habían sometido al SEIA 6.2 kilómetros correspondientes al Área de Protección Turística Río Contaco. Ante esto surge la

<sup>98</sup> Comisión Nacional del Medio Ambiente, *Gestión Ambiental del Gobierno de Chile*, 1997, p. 111.

<sup>99</sup> Solís, Francisco. “Participación ciudadana local en un modelo de gestión ambiental centralista”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 2002, p. 16.

gran interrogante - señala Francisco Solís - de por qué se restringe artificialmente el área de influencia de un proyecto mucho mayor sin someter el resto del trazado a dicho sistema.<sup>100</sup>

Situaciones como la descrita en el párrafo precedente, han motivado la confluencia de grupos y organizaciones con intereses y visiones distintas, cuyo objetivo común es abordar el desarrollo sustentable de manera eficaz. Sin embargo, tanto para las autoridades del gobierno como para los empresarios, ha sido difícil concebir la participación de la sociedad civil tanto en el marco democrático como en los aspectos técnicos. En no pocas ocasiones se rechaza el aporte y presencia de detractores legítimos en las decisiones que afectan significativamente el territorio. Así, ante la falta de espacios públicos de debate y cultura democrática, resulta común el tratar de excluir la legítima participación de la sociedad civil organizada en asuntos de interés público como inversión fiscal, ordenación territorial, desarrollo regional, conservación cultural y natural y otros.

Sin embargo, el rol de la ciudadanía y sus coaliciones es mucho más amplio que el mero activismo. De hecho, en el caso de la Carretera de la Costa, el proyecto alternativo propuesto por las sociedades civiles que, a la sazón, presentaba innumerables ventajas respecto al proyecto gubernamental, obligó a los entes públicos involucrados a firmar, durante el año 2003, un protocolo de acuerdo que modificaba en diversos aspectos el trazado original. Sin embargo, este caso es excepcional, y en diversas oportunidades ha quedado de manifiesto la imposibilidad que tienen los ciudadanos de evaluar, alterar, modificar o mejorar aquellos proyectos o actividades gubernamentales que los afectan, negándose las autoridades a la posibilidad de que los mismos objetivos perseguidos al ordenarse su ejecución, puedan ser alcanzados en mejor forma a través de una alternativa distinta.

Por lo demás, en los escasos procedimientos administrativos en los que se les garantiza a los ciudadanos un espacio para participar – nos referimos a los procedimientos de elaboración de las normas de calidad ambiental y de los planes de prevención y descontaminación – las condiciones establecidas para que se haga efectiva esta participación no son las ideales.

En efecto, a partir de la publicación del resumen del respectivo anteproyecto en el Diario Oficial, los ciudadanos cuentan con un plazo de 60 días para realizar sus observaciones o consultas técnicas. Considerando que el campo jurídico ambiental presenta una enorme complejidad técnica y científica, y que los probablemente afectados por la aplicación de estas normas no se hallen en la disyuntiva de reaccionar sino cuando se les aplique concretamente la norma, y no cuando ésta se publique, nos parece que la instancia formulada para la participación de la comunidad no es suficiente.

En este contexto, es común que las únicas agrupaciones participantes sean ONG's con vocación ambiental u organizaciones empresariales. Todo esto, teniendo presente que éstas últimas suelen influir en el proceso nomogenético con anterioridad, en la etapa de elaboración del anteproyecto de la norma, mediante el siempre vigente *lobby* empresarial.

Todo lo dicho nos obliga a concluir que en Chile todavía no existen las instancias adecuadas que aseguren a los ciudadanos la posibilidad de participar en la toma de decisiones ambientales.

Este cuadro se ve agravado por las dificultades que tiene la ciudadanía para acceder a la información necesaria para actuar. Sobre el particular, Miguel Fredes señala que “si bien nadie ha negado el carácter de requisito *ex ante* al derecho a la información para una participación social responsable, ello está lejos de constituir una realidad en los países

<sup>100</sup> Ibid.

subdesarrollados y en vías de desarrollo. En nuestro país, por ejemplo, el proceso se ha iniciado al revés. El Estado ha preferido implementar bases de datos como el Sistema Nacional de Información Ambiental, que dar vida al derecho a la información ambiental. Por otra parte, actualmente las señales más negativas en Chile no apuntan a un vacío legal, sino al menosprecio estatal del papel cualitativo que juega la información en el sistema democrático y a una cultura de secretismo en relación a determinadas informaciones”.<sup>101</sup>

En esta materia, un avance modesto en Chile lo constituye la Ley sobre Probidad Administrativa, que por primera vez a partir del 14 de diciembre de 1999, fecha de su entrada en vigencia, establece que “son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial”. Sin embargo, claramente esta disposición es insuficiente para asegurar el derecho a acceder a la información ambiental. Es por eso que la dictación de una ley marco que contenga los principios rectores sobre la materia es imprescindible. Entre estos principios se ha señalado el libre acceso a la información, la regulación excepcional de la negativa de acceso a la misma, la exención de la obligación de acreditar interés para obtener información, la garantía de confidencialidad de la identidad del solicitante, la obligación de publicidad y difusión periódica de ciertas informaciones y la divisibilidad del acceso informativo. “Si bien es cierto que la dictación de una ley sobre acceso a la información ambiental no asegura *per se* una mayor y mejor participación social, su consagración constituye un punto de partida para actuar a tiempo y eficientemente en la gestión ambiental. Al mismo tiempo, contribuye a preparar cambios conductuales que fortalecen la democracia y estimulan la transparencia y probidad administrativa para un mejor proceso de toma de decisiones en los asuntos ambientales”.<sup>102</sup>

Es tan deficiente el sistema de participación ciudadana en materia ambiental - incluyendo, como acabamos de ver, la precariedad del acceso a la información que la CONAMA está elaborando actualmente una reforma legislativa en este ámbito. No obstante es éste un paso necesario para evolucionar en la esfera que nos ocupa, creemos que la reforma debe seguir los lineamientos trazados por la legislación europea, a la sazón, la más acabada sobre los derechos de acceso en el campo ambiental. En este sentido, el artículo 6 de la Convención de Aarhus sobre *Acceso a la Información, Participación Ciudadana en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales*, obliga a los Estados signatarios a informar a la ciudadanía de cualquier proceso de toma de decisión medioambiental, indicando el procedimiento administrativo específico en que será adoptada, las oportunidades para el público de participar, el lugar en el que la información pertinente estará a disposición de la ciudadanía y la indicación de la autoridad administrativa a la que se le deben formular las preguntas que pudiesen surgir. Por lo demás, se exige que los espacios establecidos para la participación ciudadana deberán ser lo suficientemente amplios como para que los ciudadanos puedan hacerlo en forma adecuada y eficaz. Por último, este artículo precisa que en la decisión gubernamental deberán estar contempladas las opiniones surgidas de la participación pública, estableciendo un procedimiento de revisión ante una Corte de Justicia u otro cuerpo independiente e imparcial establecido por la ley, para aquellos casos en que esto no se cumpla.

### Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental

---

<sup>101</sup> Fredes, Miguel. “El derecho de acceso a la información”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 2000, p. 16.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 22.

El sistema de evaluación de impacto ambiental es el otro procedimiento administrativo que presenta mecanismos formales de participación ciudadana. A pesar de ello, tal como hemos podido constatar, el público debe enfrentar una serie de obstáculos al hacer efectiva su participación en el marco de este procedimiento. Es por eso que consecuente al análisis efectuado en la tercera parte, consideramos pertinente realizar las siguientes sugerencias.

Primeramente, sería oportuno incluir las observaciones ciudadanas en la elaboración del EIA. Tal como está formulada la Ley, el público sólo es incluido en el SEIA cuando el estudio está terminado y ha sido presentado para su calificación. Así, en esta etapa de calificación del EIA el proyecto por lo general ya está decidido, con su ubicación y características técnicas comprometidas, y con pocas posibilidades de llevar a cabo algún cambio relevante. Sin duda, bajo estas condiciones es difícil que el público contribuya participando libremente – sin tomar actitudes estratégicas – y que acate con respeto y confianza las resoluciones de la autoridad.<sup>103</sup> Es por eso que debería ser una obligación del proponente que en su EIA incluya un acápite dedicado a las observaciones formuladas por la comunidad que será afectada por el proyecto, sin perjuicio que, con posterioridad, los ciudadanos puedan expresar sus reparos o sugerencias frente a la autoridad ambiental. Aún cuando la implementación puede ser complicada, el concepto de participación pre-EIA ya se usa con éxito en varios países.<sup>104</sup>

En segundo lugar, es necesario atenuar los factores económicos que obstaculizan el proceso de participación ciudadana. Ya veíamos que en algunos proyectos suelen elaborarse estudios sumamente gruesos. Y que al disponer la ley que los interesados que deseen informarse al respecto deberán solicitar “a su costa” reproducciones totales o parciales, y que siendo el precio de éstas elevado, las comunidades afectadas se ven imposibilitadas de participar de la evaluación. Es por ello que nos parece adecuado que la ley imponga al proponente la obligación de acompañar al EIA un número de copias destinadas a los ciudadanos interesados, máxime cuando el costo de las mismas es irrisorio en el marco de las millonarias inversiones que suelen hacer las empresas. Por otro lado, sería oportuno que la CONAMA creara un departamento de asistencia jurídica destinado a orientar a los ciudadanos en el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para sus observaciones escritas. De lo contrario, aparece como poco equitativo que se le exijan estas formalidades para hacer efectiva su participación.

En tercer lugar, hemos señalado que muchas veces los ciudadanos afectados son excluidos del proceso de evaluación debido a la naturaleza técnica de los datos entregados por las empresas. “En este sentido, si bien es necesario incluir datos complejos de manera que la COREMA pueda llegar a una conclusión adecuada, urge la utilización de una terminología más entendible por los que no son especialistas. Por ende, la meta es hacer un esfuerzo conjunto para una mejor información en materia ambiental, de manera de asegurar la participación oportuna, fundada y competente. Como una alternativa, el gobierno podría proporcionar a los ciudadanos apoyo técnico gratuito, asesoría que posibilitaría que ellos pudieran realizar un EIA particular. Como otra opción, se ha sugerido la implementación de programas educativos en las áreas potencialmente afectadas por un proyecto dado que el principio participativo se vislumbra en la educación. Por último, se ha recomendado el uso de campañas de concientización planteadas en lenguaje sencillo. Independientemente del

<sup>103</sup> Blanco, Hernán. “La participación ciudadana en la Evaluación de Impacto Ambiental: Comparación de la legislación en Chile con la experiencia inglesa”, *Ambiente y Desarrollo*, Chile, 1996, p. 24.

<sup>104</sup> Wood, Christopher. “Evaluación de impacto ambiental: un análisis comparativo de ocho sistemas EIA”, *Estudios Públicos*, Chile, Nº 61, 1996, p. 129.



mecanismo que se emplee para mejorar la cuestión informática, de acuerdo con el espíritu de la Ley Marco, lo fundamental es que la ciudadanía no se vea excluida involuntariamente del proceso”.<sup>105</sup> Sobre este punto, además, consideramos que nuestra legislación debe adoptar lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención de Aarhus, que exige que junto al estudio técnico del proyecto o actividad propuesta, se debe acompañar un resumen no técnico del anterior, de forma que no se inhiba a la comunidad de participar en el proceso de evaluación de impacto ambiental.<sup>106</sup>

Por último, dado que el tiempo establecido para que la comunidad afectada pueda participar es claramente insuficiente, creemos urgente la necesidad de ampliar este plazo de 60 a 120 días. En el caso de proyectos cuya elaboración toma dos o tres años no vemos por qué un plazo como el sugerido debiera inhibir a los proponentes de llevar a cabo sus proyectos. Por lo demás, este lapso de tiempo es fundamental para que las comunidades que van a ser directamente afectadas por el proyecto o actividad puedan analizarlo en forma seria y formular los reparos o sugerencias que les parezcan pertinentes.

## D) Evolución Administrativa

-Otro aspecto, en aras de perfeccionar el sistema de acceso a la justicia ambiental, es la evolución de la Administración. Al respecto, podríamos dedicar varias páginas a los serios problemas que actualmente presenta la CONAMA, pero el temor a desviarnos del objeto de nuestra investigación nos motiva a concentrarnos en la idea de una Procuraduría Ambiental Nacional.

Ya en el año 2001, el Ministro de la Corte Suprema, Domingo Kokisch, abordaba esta propuesta cuando en el discurso de inauguración del año académico de la Universidad Central señaló que “el principal aporte al acceso a la justicia ambiental lo constituiría la creación de una Procuraduría Ambiental”.<sup>107</sup> Similar predicamento al sostenido por Fernández Bitterlich, quien agrega “que no se trata de crear una procuraduría en defensa únicamente de los ciudadanos, sino en establecer un mecanismo que, con total independencia, cuide, vigile, actúe y aplique toda la normativa jurídica dictada en resguardo del medio ambiente”.<sup>108</sup>

Al respecto, es necesario tener en cuenta que la L.B.M.A. - que establece la creación de la CONAMA - constituyó sólo el primer paso para resolver los problemas ambientales existentes en Chile, pero que la institucionalidad ambiental puede, y aún debe, experimentar un importante desarrollo. El “principio de gradualidad”, en este sentido, fue resaltado en el mensaje presidencial como uno de los fundamentos de la L.B.M.A., lo cual significa que la institucionalización del tema ambiental, la dictación de normas sectoriales y la educación en

<sup>105</sup> Sheppard, Hale E. “El uso sustentable del bosque nativo chileno: las deficiencias en la ley de bases del medio ambiente y los mecanismos multilaterales relevantes”, *Revista Chilena de Derecho Administrativo – Económico*, vol. 2, n° 2, 2000, p. 500.

<sup>106</sup> Convención de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación Ciudadana en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, Artículo 6.

<sup>107</sup> Kokisch, Domingo. “El acceso a la justicia ambiental en Chile”, Discurso de inauguración del año académico de la Universidad Central, 26 de Abril de 2001, Chile.

<sup>108</sup> Fernández, Pedro. “Manual de Derecho Ambiental Chileno”, *Editorial Jurídica de Chile*, p. 132.

cuanto al medio ambiente deben desarrollarse gradualmente.<sup>109</sup> Es en consonancia con esa idea que, a diez años de la promulgación de la L.B.M.A., nos parece oportuno comenzar a bosquejar el desarrollo de la institucionalidad que, como en el caso de una procuraduría ambiental, complementa lo que se ha realizado hasta el momento.

La Procuraduría Ambiental Nacional es un órgano administrativo, con una estructura institucional independiente de los demás poderes del Estado, que tiene dos funciones primordiales. La primera es vigilar el cumplimiento de las leyes ambientales, comprendiendo las relacionadas con la protección ambiental en un sentido estricto (lo que convencionalmente se llama prevención y control de la contaminación), las destinadas a la protección de los recursos naturales, y las que tienen por objeto regular el impacto ambiental de obras y actividades. En este sentido, en lo que respecta, por ejemplo, a las empresas industriales y de servicios, un rol central tendría la ejecución de un programa de inspección y vigilancia de las fuentes de contaminación, que giraría en torno a las visitas que constantemente debería practicar su cuerpo de inspectores. Este procedimiento administrativo tiene por objeto identificar irregularidades, dictar medidas técnicas destinadas a corregirlas y, en los casos más graves, imponer sanciones. Entre estas últimas destacan las clausuras, que pueden afectar a una parte o a toda una instalación, y que se realizan cuando existen irregularidades graves que pueden importar un riesgo de desequilibrio ecológico, de daño grave a los recursos naturales o con repercusiones para la salud pública. Así, las clausuras no se retirarían antes que las irregularidades que las motivaron no se hayan corregido. Esta práctica, junto con la gran cantidad de visitas de inspección serían, probablemente, el factor más importante para elevar los niveles de cumplimiento de la legislación.

La segunda misión de este organismo sería ejercer las acciones judiciales establecidas en la Constitución y las leyes ante los actos de contaminación o de daño ambiental graves. Esta función sería vital en aquellos casos en que las afectadas son comunidades que carecen de los medios económicos necesarios para litigar judicialmente. En esta labor, la Procuraduría debería contar con los medios técnicos de apoyo que le permitiesen aportar las pruebas del origen y existencia de la contaminación o daño ambiental.

En el derecho internacional se pueden nombrar varios países en los que se ha instaurado una figura administrativa de esta naturaleza. En el contexto latinoamericano, lejano a la utopía, uno de los casos más interesantes es la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente Mexicana. Entre los años 1992 y 1997, tras efectuar cerca de 69.000 visitas de inspección - a razón de mil por mes - se impusieron clausuras parciales temporales en 1.907 casos y totales temporales en 435. Además, en 54.261 visitas se encontraron infracciones que solamente implicaron la aplicación de sanciones económicas y en 14.815 no se encontraron infracciones. A raíz de este programa de acción, mientras en 1992 un 26.3% de las empresas visitadas se encontraba con irregularidades graves, para 1994 esa proporción había descendido a 4.1% y para 1997 ya era menor al 2%.<sup>110</sup> En ese país la labor de la Procuraduría está complementada por la creación y consolidación del Servicio Nacional de Inspección y Vigilancia de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, que centra su labor, como su nombre lo indica, en la protección de los recursos naturales.

Otros ejemplos de procuradurías o fiscalías del medio ambiente se pueden hallar en países tan cercanos como Perú, Venezuela, Brasil, Honduras o España, aunque en ellos

---

<sup>109</sup> Ley de Bases del Medio Ambiente, Chile, 1994, Mensaje del Presidente de la República, Patricio Aylwin Azócar, número 387-324.

<sup>110</sup> Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, "Informe Trienal: 1995-1997", México, p. 34 y ss.

su labor se concentra en la persecución judicial de los delitos ecológicos establecidos en sus cuerpos legales. Sobre este punto se puede señalar que si bien nuestra legislación no contempla ilícitos penales ambientales, su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico debería ser considerada prontamente por los legisladores de nuestro país.

## V) Reflexión Final.

A lo largo de esta investigación, hemos podido constatar que nuestro ordenamiento jurídico contempla tres vías principales, jurisdiccionales, para solicitar la protección del derecho a vivir en un ambiente sano. Dos de ellas, el recurso de protección y la acción de daño ambiental, persiguen el pronunciamiento de los Tribunales de Justicia. La vía restante, encarnada en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, busca la decisión de las autoridades de la CONAMA, funcionarios a los que la misma Corte Suprema ha conferido atribuciones jurisdiccionales.

Sin embargo, el análisis pormenorizado de estas vías nos demuestra que en la mayoría de los casos tienen una escasa eficacia. Así, el recurso de protección ha demostrado su inoperancia frente a las decisiones, muchas veces arbitrarias, de la autoridad ambiental. En otro frente, el llegar a determinar la responsabilidad por daño ambiental es, dada las limitaciones contempladas en la ley, un asunto del todo complejo. Por último, como hemos podido constatar, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental presenta una serie de obstáculos que impiden una efectiva participación ciudadana.

Es por eso que, en virtud de este diagnóstico desalentador, hemos considerado oportuno hacer una serie de propuestas, concisas, pero no excluyentes, para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia ambiental. La primera de ellas dice relación con algunos aspectos procesales que deben ser modificados para que no sigan siendo un obstáculo en la consecución de tal fin. En segundo lugar, esbozamos el marco jurídico en el que se debe desarrollar la participación ciudadana en los procedimientos administrativos. Por último, insinuamos la evolución que debiera seguir la Administración del Estado, en la materia que nos convoca, para desarrollar sus funciones de mejor manera. De esta forma, hemos querido contribuir a un tópico que, cada día, acrecienta su importancia en los nuevos horizontes del Derecho Ambiental.

---

# ANEXO

**Entrevista efectuada a don Fernando Dougnac,  
Premio Nacional del Medio Ambiente 2003,  
sobre el Acceso a la Justicia Ambiental.**

**1. En el campo del acceso a la justicia ambiental, ¿qué cambios ha observado en nuestro ordenamiento jurídico durante los últimos años? ¿es posible resolver conflictos jurídicos que antes no encontraban solución?**

Creo que desde la dictación de la Ley 19.300 ha existido un retroceso en el acceso a la justicia ambiental. Con anterioridad a su entrada en vigencia, en virtud de la garantía establecida en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política del Estado, se podía recurrir de protección directamente a los Tribunales, los que dándose cuenta que era una materia no reglada, solían tener un criterio de mayor latitud para avocarse al conocimiento de los problemas ambientales y resolverlos. A partir de la existencia de un organismo especializado como es la CONAMA, los Tribunales de Justicia se han sentido liberados de su obligación de velar por el medio ambiente. Por consiguiente, en un 90% de los casos han rechazado los recursos de protección que antes se acogían. Por otra parte, en algo que es más bien tradicional en nuestra esfera jurídica, tienden a confiar más en los funcionarios de la Administración que en cualquier ciudadano. Por ende, los recursos de protección dirigidos en contra de alguna resolución o autorización de la CONAMA han sido rechazados. Incluso, la Corte Suprema ha sostenido que no le corresponde juzgar las buenas o malas consecuencias de un proyecto, si no que si la decisión de la autoridad ambiental ha sido formalmente dictada, lo que significa someter el ejercicio del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación a la voluntad de los funcionarios de la Administración.

**2. ¿Hubo algún aporte de la Ley 19.300 en esta materia?**

Creo que no. Incluso, la ley quedó tan defectuosamente elaborada al respecto que, por ejemplo, si el que apela de la resolución que niega una autorización ambiental es el proponente del proyecto, debe hacerlo en un plazo de 30 días frente al Consejo Directivo de la CONAMA. Si, por el contrario, quienes apelan de la autorización otorgada son los opositores al proyecto, deben hacerlo en un plazo de 15 días frente al Director Ejecutivo de la CONAMA. Esto es absurdo, porque en muchos casos se autoriza un proyecto imponiendo condiciones que el proponente considera exageradas, a la vez que los opositores pueden estimar que el proyecto no debió ser autorizado. Por ende, se producen dos apelaciones sobre una misma materia frente a diversas autoridades, con el agravante que una está en relación de sujeción a la otra, como es el Director Ejecutivo de la CONAMA respecto al Consejo de Ministros.

**3. ¿Es la Ley 19.300 la única causa en el retroceso al acceso a la justicia ambiental?**

No. También podemos destacar otros factores que inciden al respecto. Uno fundamental es la pobre percepción que sobre la administración de justicia tienen los mismos tribunales, los que por flojera, interpretaciones erradas, o un positivismo que se

arrastra desde el siglo XVIII, ha tratado siempre de ceñirse estrictamente a la letra de la ley sin atender su finalidad última. Han preferido descansar en la CONAMA evitando pronunciarse sobre el fondo de los asuntos sometidos a su consideración. Esto se ha visto reflejado en un empobrecimiento de la jurisprudencia. Hay puntos y temas exquisitos en virtud de los cuales pudieron haber enriquecido el ámbito jurídico nacional. Por ejemplo, en el caso Ralco, el conflicto que se produce entre las leyes eléctrica, ambiental e indígena es sumamente interesante. Sin embargo, han optado por no pronunciarse sobre este tipo de asuntos, sin definir el ámbito de aplicación de las leyes. Aún más, la mayoría de las resoluciones que han dictado sobre esta materia son ambiguas, en las que difícilmente se obtiene un pronunciamiento claro de su parte.

#### **4. Y en la esfera de los procedimientos administrativos, más precisamente en el de evaluación de impacto ambiental, ¿qué opinión le merecen los canales establecidos para que la ciudadanía pueda participar?**

Me parece que el canal establecido por la Ley 19.300 no es el adecuado. Las limitaciones para que la ciudadanía haga efectiva su participación son evidentes. El plazo es ridículo. Tampoco existen los elementos de juicio necesarios para que la comunidad pueda participar. Tú comprenderás que, por ejemplo, en el proyecto Allumysa, en el que el estudio de impacto ambiental estaba compuesto por cuatro gigantescos tomos, elaborados en un lenguaje técnico tremendamente complicado, la señora Josefina de Puerto Aysén o alguno de los tantos pescadores artesanales no tienen el tiempo ni el dinero para sentarse a estudiarlos. Lo que existe en Chile es una parodia de participación ciudadana. Y eso la CONAMA lo sabe muy bien.

#### **5. En este contexto, ¿qué rol juegan las organizaciones no gubernamentales?**

Han jugado uno fundamental. Las organizaciones de la sociedad civil son al medio ambiente lo que los sindicatos a las reivindicaciones laborales. Sin las ONGs no existiría ninguna conquista ambiental. El tema es muy complejo, requiere especialización y vocación de servicio dedicada a la defensa judicial del ambiente. Es muy difícil que un particular pueda afrontarlo en forma personal. Por otro lado, las ONGs no se arrogan la representación de toda la comunidad. Son corrientes de pensamiento. Proponen un camino.

#### **6. Por último, ¿existe hoy en día voluntad de parte del poder ejecutivo para exigir el cumplimiento de la normativa ambiental?**

Actualmente sería políticamente incorrecto no mostrar preocupación por el medio ambiente. Todos los países, desde los más chicos a los más grandes, expresan su pesar por la problemática ambiental, pero de ahí a que esta preocupación sea genuina hay un abismo de diferencia. Hoy en día nuestro gobierno declara en todos los foros internacionales su vocación ambientalista. Lo mismo ocurre con el discurso de las autoridades. Pero la verdad es que las políticas ambientales del gobierno son de maquillaje, porque basta que se produzca un conflicto entre lo que ellos entienden por desarrollo económico y el medio ambiente, para que opten por el supuesto desarrollo económico en desmedro del medio ambiente. Hemos visto una infinidad de casos al respecto. Ahora, poner la protección ambiental como antagónica al desarrollo económico es un error, puesto que son las dos caras de una misma moneda. Lo que de verdad interesa es el desarrollo sustentable en el tiempo.

---

# Bibliografía.

## Instrumentos jurídicos:

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Editorial Jurídica de Chile. Edición de 1998.

Código Civil.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales del Estado.

Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Declaración de Río sobre Medio Ambiente.

Agenda XXI.

Convención de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación Ciudadana en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales.

## Obras:

Bascuñan, Juan Francisco y Plumer, Marie Claude, "Jurisprudencia de la Contraloría General de la República relativa al sistema de evaluación de impacto ambiental: 1997 - 2000", CONAMA, Chile, 2001.

Bórquez, José, "Introducción al derecho ambiental chileno y comparado", Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Brañes Ballesteros, Raúl, "Manual de Derecho Ambiental Mexicano", Fundación mexicana para la Educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Cea Egaña, José Luis, "Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales.", Editorial Jurídica de Chile, 1988.

Cordero Vega, Luis, "Institucionalidad Ambiental en el Derecho Chileno", Editorial Jurídica Conosur, Chile, 1996.

Fernández Bitterlich, Pedro, "Manual de Derecho Ambiental Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 2001.

Galindo Villarroel, Mario, "El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la Jurisprudencia: 1996 - 2000", CONAMA, Chile, 2001.

Martín Mateo, Ramón, "Tratado de Derecho Ambiental", Editorial Trivium, España, 1991.

Pantoja Bauzá, Rolando, "El Derecho Administrativo: Clasicismo y Modernidad", Editorial Jurídica de Chile, 1994.

Petkova E., Maurer C., Henninger N., Irwin F., "Information, Participation and Justice in Decision – making for the Environment", Washington D.C., World Resources Institute, 2002.

Ramírez S., José Agustín, "Impugnación judicial de los actos administrativos dictados en el procedimiento de evaluación ambiental", presentación al libro de Mario Galindo, "El

sistema de evaluación de impacto ambiental ante la jurisprudencia: 1996-2000”, CONAMA, Chile, 2001.

Soto Kloss, Eduardo, “El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia”, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

Stec S., Casey-Lefkowitz S. y Jendrowska J., “The Aarhus Convention: An Implementation Guide”, New York - Genova, United Nations Publication, 2000.

Talbot, Allan, “Setting Things: Six case studies in environmental mediation”, Washington D.C.: Conservation Foundation / Ford Foundation. 1983.

Vercher, Antonio, “Comentarios al delito ecológico. Breve estudio de Derecho Comparado entre España y los Estados Unidos”, Centro de Estudios del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

### Artículos de revistas:

Balmaceda Jimeno, Nicolás, “Mediación ambiental en los Estados Unidos de América: doctrina y práctica”: en Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. III, N° 1, 2001.

Bertelsen Repetto, Raúl, “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: examen de 15 años de jurisprudencia”: en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 25, n° 1, 1998.

Bermúdez Soto, Jorge, “Estudio de los conceptos técnico-jurídicos del derecho administrativo ambiental”: en Revista de Derecho Administrativo - Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 2, n° 2, 2000.

Blanco, Hernán, “La participación ciudadana en la evaluación de impacto ambiental: Comparación de la legislación en Chile con la experiencia inglesa”: en Ambiente y Desarrollo, Chile, 1996.

Bordalí Salamanca, Andrés, “Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno”: en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, vol. 9, 1998.

Bordalí Salamanca, Andrés, “El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado: ¿qué protege? ¿a quiénes protege?”: en Gaceta Jurídica, n° 232, 1999.

Brañes Ballesteros, Raúl, “El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible”. Ponencia presentada en el Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: El acceso a la justicia ambiental en América Latina”. <http://www.rolac.unep.mx/deramb/esp/simposio>

Caballero, Francisco, “Interpretación de conceptos ambientales a la luz de la legislación anterior a la ley de bases generales del medio ambiente: antecedentes de derecho nacional y comparado”: en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 17, 2001.

Camacho Cepeda, Gladys y Gómez-Lobo, Andrés, “Las normas ambientales, un desafío pendiente para la coordinación administrativa”: en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, n° 64, 2002.

Corral, Hernán, “Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente”: en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 23, n° 1, 1996.

Fernández Bitterlich, Pedro, “De la responsabilidad frente al daño ambiental”: en Ambiente y Desarrollo, Chile, 1993.



---

Fernández Bitterlich, Pedro, “Deficiencias del sistema de evaluación de impacto ambiental en la ley de bases generales del medio ambiente”: en Gaceta Jurídica, n° 195, 1996.

Fernández Bitterlich, Pedro, “Responsabilidad y Acción Ambiental”: en Ius Publicum, N° 10, 2003.

Fredes, Miguel, “El derecho de acceso a la información”: en Ambiente y Desarrollo, Chile, 2000.

Gómez Barboza, Paulina, “La mediación, una forma alternativa de resolución de conflictos. Su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas frente a la solución judicial”: en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Tomo XX, 1999.

González Silva, Francisco, “¿Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿cómo construir su adecuada tutela jurídica?”: en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 28, n° 2, 2001.

O’ Leary, Rosemary, “Environmental Mediation and Public Managers: what do we know and how do we know it?”. Indiana Conflict Resolution Institute. [http://www.spea.indiana.edu/icri/env\\_medi.htm](http://www.spea.indiana.edu/icri/env_medi.htm)

Ormazábal, César, “Análisis crítico desde la perspectiva de los actores y su responsabilidad en los EIAs”: en Ambiente y Desarrollo, Chile, 1997.

Perelló, Catherine, “La mediación ambiental y el PHN”, La voz del experto, Boletín CEIA. <http://terrabit.ictnet.es/butlleti/castella/butllet45.htm#article>

Pérez, María de los Ángeles, “Las normas de responsabilidad ambiental y la responsabilidad civil”: en Ambiente y Desarrollo, Chile, 1993.

Sepúlveda, Claudia, “El sistema de evaluación de impacto ambiental puesto a prueba”, en Ambiente y Desarrollo, Chile, 1998.

Sheppard, Hale E., “El uso sustentable del bosque nativo chileno: las deficiencias en la ley de bases del medio ambiente y los mecanismos multilaterales relevantes”: en Revista de Derecho Administrativo - Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 2, n° 2, 2000.

Solís, Francisco, “Participación ciudadana local en un modelo de gestión ambiental centralista”: en Ambiente y Desarrollo, Chile, 2002.

Torey, Sofía, “La participación ciudadana en la evaluación de impactos ambientales”: en Ambiente y Desarrollo, Chile, 1996.

Vigurí, Agustín, “Las acciones en defensa de intereses colectivos en el ámbito del medio ambiente”: en Defensa jurídica del interés público, Serie de publicaciones especiales de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1999.

Wood, Christopher, “Evaluación de impacto ambiental: un análisis comparativo de ocho sistemas EIA”: en Estudios Públicos, Chile, n° 61, 1996.

Zavala, José, “Análisis jurídico del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”: en Ambiente y Desarrollo, Chile, 1998.

Memorias de Prueba:

Correa, Rodolfo, "Protección del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación en el derecho chileno y comparado", Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, 2002.

González Bravo, María Lorena, "Participación ciudadana en el ámbito ambiental", Universidad de Talca, Chile, 2001.

Leiva Solar, Héctor, "Normas relevantes del derecho ambiental desde la perspectiva del procedimiento para la aplicación de la ley", Universidad de Chile, 2001.

Miranda Neira, Paula y Peña Tobar, Juan Pablo, "Orden público ambiental", Universidad de Chile, 2002.

### Documentos:

CODEFF, "Segundo estudio legislativo sobre la ley de bases del medio ambiente", Chile, 1993.

Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, "Desafíos a la institucionalidad y a las políticas ambientales", Chile, 1997.

Comisión Nacional del Medio Ambiente, "Gestión Ambiental del Gobierno de Chile", Chile, 1997.

Kokisch Mourgues, Domingo, "El acceso a la justicia ambiental en Chile", Discurso de inauguración del año académico de la Universidad Central, Chile, 2001.

Martínez, Isabel, "El acceso a la justicia ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la década de 1990", serie Documentos sobre derecho ambiental, Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente, México, 2000.

Participa, Rides, Cipma y Terram, "Estudio sobre el acceso público a la información, participación y justicia en la toma de decisiones en asuntos ambientales en Chile", 2002.

Procuraduría Federal de Protección al ambiente, "Informe Trienal 1995 - 1997", México, 1998.

"Simposio judicial sobre derecho ambiental y desarrollo sostenible: el acceso a la justicia ambiental en América Latina": en Gaceta Jurídica, n° 237, 2000.