



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



LEGITIMACIÓN AMBIENTAL ACTIVA

VILMA CAROLINA JIMÉNEZ GONZÁLEZ

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL
GRADO DE MAGISTER EN DERECHO AMBIENTAL

PROFESOR GUÍA:
SERGIO MONTENEGRO A.

SANTIAGO DE CHILE
OCTUBRE 2017

INDICE	Página
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES.....	6
1. Derecho ambiental.....	6
2. Bien jurídico protegido	7
CAPÍTULO II: LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE.....	9
1. Legitimación activa, aspectos generales.....	9
2. Acción ante daño ambiental	11
3. Acción de protección en materia ambiental.....	19
CAPITULO III: EL MEDIO AMBIENTE COMO INTERES COLECTIVO Y DIFUSO.....	27
1. Intereses colectivos y difusos.....	27
a. Interés colectivo.....	28
b. Interés difuso	29
2. Medio ambiente como interés colectivo y difuso.....	30
3. Titularidad del medio ambiente.....	33
CAPITULO IV: OTROS MEDIOS DE TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE.....	34
1. Ombudsman.....	34
a) Ombudsman en Chile.....	35
b) Modelos de Ombudsman en el Derecho comparado.....	38
2. Acciones de clase.....	43
3. Acción de las ONG en materia ambiental	50
CONCLUSIONES Y COMENTARIOS.....	54
BIBLIOGRAFÍA	56
Leyes citadas.....	56
Artículos, libros y ponencias.....	56
Jurisprudencia citada	60

INTRODUCCIÓN.

“Durante muchos siglos se pensó que el hombre debía dominar las fuerzas de la naturaleza y ponerlas a su servicio. Se creía, en alguna medida, que los recursos naturales eran inagotables y que la industrialización era per se un objetivo deseable, sin que se evaluara cuál podría ser el impacto de la actividad económica en el medio ambiente”¹.

El ser humano necesita del medio ambiente para sobrevivir, es el único espacio en el que, hasta ahora, puede desarrollar su existencia. Aire, agua, suelo, diversidad biológica, minerales y en general recursos naturales conforman el capital terrestre con el que la humanidad ha contado, cuenta y contará para existir y desarrollarse. Los elementos del capital terrestre son puestos en movimiento gracias a la inagotable energía aportada por el sol: el capital solar. El producto de la ecuación ambiental, conformada por capital terrestre y capital solar, lo constituye el medio ambiente, sobre el que la humanidad ha evolucionado en la forma y condiciones que se conocen hoy en día².

Los problemas ambientales, como el crecimiento de la población, la depredación de los recursos naturales, la extinción de especies, el calentamiento global, etc. parecen amenazar hoy, más que nunca, al medio ambiente. Es más, si de algún tema puede decirse en la actualidad que está en boga y que sobre él existe un clima de opinión en todos los países sean industrializados y no, es del “medio ambiente y de la protección ambiental”

En este mismo sentido la protección y el cuidado del medio ambiente se ha vuelto parte del derecho de quienes en el habitan. Existe una denominación de “derechos de tercera generación”, o “derechos de los pueblos” nombre con el que se denominan al derecho a la protección del medio ambiente, al derecho a la calidad de

¹ Bórquez Yunge, J. M. (1993). Introducción al Derecho Ambiental Chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile. 5 p.

² Bermúdez Soto, J. (2015) Fundamentos de Derecho Ambiental 2ª Edición. Ediciones Universitarias Valparaíso. Chile 25 p.

vida, al derecho a la paz, entre otros que han generado diversos enfoques y percepciones a la hora de determinar la legitimación activa. Esta generación de derechos difusos presenta como características principales la afectación global y la indeterminación de sus titulares.³

Estos derechos parten de necesidades globales que conciernen y afectan al ser humano en general de tal manera que la titularidad de los mismos corresponde copartícipe y universalmente a todos los humanos, están sustentados en el principio de solidaridad y corresponsabilidad, por lo que desde esta apreciación los podemos denominar derechos difusos⁴.

En general, la jurisprudencia ha sostenido que la titularidad del derecho unido a un ejercicio legítimo agraviado es lo que le otorga legitimación activa a un recurrente y en consecuencia se ha expresado que la legitimación es una cuestión de fondo, que atañe al derecho mismo. Se ha expresado además que es indispensable la coincidencia geográfica entre el domicilio del afectado y el lugar donde se produce el agravio, puesto que para el caso del recurso de protección no es una acción popular. Sin embargo, y contradictoriamente con lo anterior, la Corte ha dicho que los recurrentes tienen derecho a instar por la preservación de la naturaleza, actividad que compete no solo a las personas que viven cerca o en el lugar físico mismo donde se desarrolla el acto que agravia. Lo anterior es recogido en la famosa sentencia de 1997, dictada en el caso Trillium, en donde se reconoce la posibilidad de legitimidad activa remota.⁵

³ Vásquez Rodríguez, C. (2014) Derechos de los Pueblos, Ambientales o Derechos Difusos, España. 6 p.

⁴ Ibid 6 p.

⁵“13°) Que, por último, respecto de la supuesta falta de legitimación activa de los recurrentes para interponer este recurso, alegada por los recurridos y la Empresa Forestal Trillium, cabe señalar que 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

Se considera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho humano con rango constitucional, de carácter subjetivo y colectivo público, por lo que su ejercicio le corresponde a todas las personas y cuyo resguardo le corresponde a toda la sociedad.

Por otra parte, también existe la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, procedimiento que cuenta con un órgano jurisdiccional especial, los Tribunales Ambientales, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento⁶.

Serán legitimados activos para esta acción ambiental y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado las personas naturales o jurídicas las municipalidades y el Estado.

Teóricamente el que puede reclamar la reparación del daño es aquel sujeto que lo ha sufrido, pero, ¿Qué pasa cuando se perciben daños ambientales que no producen efectos directos sobre el patrimonio o la integridad de una persona, sino que afectan el entorno natural en el que ésta se desenvuelve y se convierte en una afectación a una diversidad de personas o bienes con una delimitación física difícil de establecer? Y si sumamos a lo anterior el requisito de demostrar como una actuación o resolución afecta directamente a una persona, complica aún más la situación. En este mismo sentido es que el presente trabajo tiene como objetivo analizar la legitimación activa ante la acción de daño ambiental y ante el derecho constitucional, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

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. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual. CS, 19.3.1997. Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996.

⁶ Chile. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20600: Crea los Tribunales Ambientales.

Se hace necesario poder establecer cuando las personas pueden ejercer la acción ante daño ambiental sin que la legitimación activa quede estrictamente asociada al concepto de afectado directamente, se entiende que es necesario que haya un interés por parte del afectado para que exista tal acción. También analizaremos cuando procede la acción de protección en materia ambiental, los fallos dictados antes de la entrada en vigor de los Tribunales Ambientales y la situación actual.

Capítulo 1 : CONSIDERACIONES GENERALES

1. Derecho Ambiental

En torno a la denominación de Derecho Ambiental se han dado diversas acepciones, Raúl Brañes Ballesteros⁷ lo define como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.

De acuerdo con lo expresado por Jorge Aranda⁸, el Derecho Ambiental surge en los hechos, como bien sabemos de la insostenibilidad de ciertas prácticas productivas, reconociendo límites a ciertas actividades en favor de la preservación de la naturaleza, siempre que sea útil a la subsistencia humana. Así, el Derecho Ambiental es un “derecho de límites”. Como ciencia social aplicada no se encuentra ajena a la relación antropocéntrica de conflicto y dominación de la naturaleza. Mediante la ley el hombre ha determinado una forma de dominación de la naturaleza gracias al derecho de propiedad y sus derechos reales derivados. En este mismo sentido, el

⁷ Brañes Ballesteros, R. (1994) Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Fondo de Cultura Económica. México 27 p.

⁸ Aranda Ortega, J. ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno. 313 p. [en línea] <[http://www.academia.edu/3103705/ Derechos a la naturaleza o de derechos de la naturaleza El pensamiento ecoc%C3%A9ntrico en el derecho ambiental chileno](http://www.academia.edu/3103705/Derechos_a_la_naturaleza_o_de_derechos_de_la_naturaleza_El_pensamiento_ecoc%C3%A9ntrico_en_el_derecho_ambiental_chileno)> [consulta 20 de julio 2017]

objeto existe para ser dominado y puesto bajo los intereses y valores del sujeto que lo apropia.

La solución que se adoptó, para garantizar los derechos fundamentales que se veían afectados por un ambiente deteriorado, fue convertir el derecho al medio ambiente (apto, adecuado, equilibrado, o libre de contaminación) en un Derecho Fundamental.⁹

2. Bien Jurídico Protegido

Existen distintas tendencias para conceptualizar jurídicamente al medio ambiente, dependiendo de los elementos que van a formar parte de él. A continuación, las dos principales posiciones que existen en este punto.

En una primera orientación, el medio ambiente estaría formado sólo por aquellos elementos que constituirían el soporte básico e indispensable para la vida humana. Dentro de esta posición, que podemos denominar como tesis restringida, destaca la tesis de Martín Mateo¹⁰, en España, el que pone énfasis en la titularidad común de estos elementos y sus características dinámicas (por lo que el medio ambiente estaría conformado básicamente por las aguas, el aire y también el suelo, en cuanto a elemento interrelacionado con los dos anteriores). Esta tesis es rechazada por muchos, precisamente por su carácter de estrecha y rígida, ya que excluye todos aquellos elementos ambientales en los que participaría la acción del hombre, además de aquellos elementos de la naturaleza de máxima importancia desde el punto de vista del equilibrio de los ecosistemas, como la flora y la fauna, la biodiversidad, etc.

La segunda posición, la podríamos denominar como una tesis extensiva, bastante más amplia que incluiría, además de los elementos naturales bióticos y abióticos, aquellos que pueden ser considerados como sociales, económicos,

⁹ Ibid. 315 p.

¹⁰ Martín Mateo, R. (1998) Manual de derecho Ambiental, 2º edición, Editorial Trivium, Madrid 62 p.

culturales y estéticos, tales como el urbanismo, el patrimonio histórico, cultural, el paisaje¹¹, etc.

Esta posición es considerada por algunos como “ambiciosa e ingenua, en cuanto abarca los más variados y heterogéneos objetivos”¹², lo que imposibilitaría la formación de una disciplina jurídica ambiental que aglutinara, mediante principios comunes, todos los problemas ambientales.

En Chile se da la situación que la propia Ley de Bases del Medio ambiente es la que definió el concepto de medio ambiente, lo cual no debe entenderse que dichas normas legales tengan una “jerarquía de normas interpretativas de la Constitución, para lo cual hubieran necesitado de un quórum de aprobación especial, pero es obvio que esta definición legal de medio ambiente y todas las otras definiciones que hizo el legislador, tendrán una clara y decisiva influencia en la interpretación de las normas constitucionales cuando corresponda hacerlo a los tribunales requeridos.

La Ley de Bases del Medio ambiente, en su artículo 2° letra II), dispone que el medio ambiente es:

“El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”

¹¹ En Italia, con la Ley Galasso de 8/8/85, el paisaje debe ser considerado no solo como un valor estético, sino claramente como un bien ambiental, coesencial a la vida del hombre, pasando a ser considerado como un recurso natural más de los que ya integran el medio ambiente. Delgado de Miguel, J.F. (1992) Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y Ecología. Editorial Aranzadi, Pamplona. 194 p.

¹² Bordalí Salamanca, A. 1998. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. [Consulta: 25 Julio 2017]

Capítulo 2 : LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE

1. Legitimación Activa, aspectos generales

La legitimación activa en su esencia se considera un término bastante debatido y confuso en el derecho. Se define como la posibilidad o facultad de una persona de poder acceder a un tribunal, promover e intervenir en un proceso como parte activa de este¹³.

En tal sentido guarda estrecha relación con la idea de capacidad, pero se diferencia de ella en que mientras la capacidad define las condiciones generales para intervenir en el proceso, la legitimación determina las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho material que se acciona. No constituye un presupuesto del derecho al proceso, sino un requisito de la acción que se ejercita en el proceso, que deriva de la titularidad de la acción que se reclama, pues, en definitiva, la legitimación se determina por esa titularidad¹⁴.

De acuerdo con lo abordado por Nogueira Alcalá, quien hace un análisis de las implicancias sustantivas constitucionales que tiene la legitimación activa en los tribunales de países latinoamericanos, éste propone una definición de legitimación activa de la siguiente manera:

“La legitimación activa en el ámbito de la jurisdicción constitucional es la capacidad procesal que le reconoce el Estado a una persona natural o jurídica, como asimismo a órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la

¹³ Wolter Kluwer. Guías Jurídicas, Legitimación. España [En Línea] <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAHWOQQ-CMAyFf427mBiN5x1EuaLB3U0ZDSyBDbsO2b93gUTCwdvr-_pe-w5IUeHEssPGsOIBG2f3oNmMIHy0zsZeKgooGCovjyKhAN3NaXkS8xoqqJLvqEbKYIK-dZ8CRtMAp64MaMl7BNLtAxqUOZGjA_hhEnowsmL7nOHuDD-dSL0heXG9F6q8lEL320yaX0t7OtL_QyG9v7YvZhaYnV3tL-YlfcEPAQAAWKE> [Consulta: 26 de abril 2017]

¹⁴ Ibid

ley, para actuar en procedimientos jurisdiccionales como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.”¹⁵

La legitimación activa para accionar puede variar según la naturaleza del procedimiento ya sea abstracto, donde funciona como un procedimiento en contra de normas infraconstitucionales y en el caso contrario, un procedimiento o control concreto de constitucionalidad.

En este mismo sentido en el documento “La Legitimación Activa en los Procedimientos de Tribunales Constitucionales de América del Sur, pueden identificarse a modo general 4 grupos” de legitimados, entre ellos: determinadas autoridades u órganos constitucionales y un número de parlamentarios que integran las Cámaras del Congreso Nacional o la Asamblea Legislativa; los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción popular).¹⁶

Otro concepto un tanto más amplio de legitimación es el que da, en España, según lo expuesto por Bordalí en la publicación “Titularidad y Legitimación activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno”, en una cita a Silguero, quien la define como "el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor de un sujeto, en cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción, en base a la relación existente entre el sujeto y los derechos e intereses legítimos cuya tutela jurisdiccional pretende". Como señala este mismo autor, la legitimación existiría con independencia de la titularidad de los derechos e intereses legítimos, si bien, como ocurre muchísimas veces, es precisamente en la titularidad en la que el ordenamiento jurídico se basa para reconocer a un sujeto determinado la legitimación¹⁷.

¹⁵ Nogueira Alcalá, H. (2004). La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(2), 197-223. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000200007>> [Consulta: 26 de abril 2017]

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Bordalí Salamanca, A. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63 [en línea]. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002> [consulta el 25 de julio]

Para otros, en cambio la base de la legitimación, a diferencia de lo señalado anteriormente, está dada, necesariamente, por la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Por su parte Bordalí, en materia ambiental cree correcto no asociar estrictamente la legitimación activa con la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo. Esta concepción dejaría sin la debida defensa al ambiente considerado como interés difuso o bien colectivo, a menos que pueda ser asociado el concepto de interés legítimo con el concepto de interés difuso o colectivo¹⁸. También lo sostiene, en Brasil, Saulo Ramos, cuando expresa que es necesario ir "reconociendo la existencia del derecho difuso como legitimación activa para que las personas -sin derecho propio- actúen en defensa de los bienes ambientales"¹⁹. Habiendo un interés difuso, se entendería que cualquier persona que habita el territorio del Estado tendría legitimación activa, ya que existiría una relación reconocida entre el sujeto que actúa y un interés legítimo tutelado por el ordenamiento jurídico.

2. Acción Ante Daño Ambiental

La ley define por "daño ambiental" como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes"²⁰

Por "medio ambiente" la ley entiende "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ramos, S. (1992). La cuestión ambiental y la transformación del derecho. *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires. Ediciones Depalma S.R.L., Buenos Aires, 473 p.

²⁰ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 2° e).

o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.²¹

Con la integración de ambas definiciones se puede decir que por “daño ambiental” deba entenderse “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, biológica o sociocultural que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones; así como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo infligido a uno o más de los componentes de este sistema global soportante de la vida”.

En este mismo sentido la Constitución, en efecto, asegura a todas las personas “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, y consulta mecanismos específicos para instar por la efectiva cautela y salvaguardia de este derecho²². Claro que, en estricto rigor, no se está en este caso ante un derecho “sobre” el medio ambiente, sino ante un derecho “a” la mantención impoluta de sus elementos asociables a la vida humana, lo que marca una diferencia²³

En nuestro marco legal la acción ante daño ambiental viene dada por la Ley 19.300 Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Frente a daños al medio ambiente se concede una acción que tiene por objeto sólo la reparación del medio ambiente dañado²⁴, no considera una indemnización de perjuicios. Producido el daño ambiental, se concede la acción para obtener la reparación del medio ambiente

²¹ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 2° II).

²² Constitución Política de la República de Chile. 1980. Arts. 19 8°) inciso primero y 20 inciso segundo.

²³ Valenzuela, R. La responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC) 81 p.

²⁴ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art 53°.

dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

En nuestro derecho, la acción de indemnización de perjuicios por daños provenientes u ocasionados por un daño al ambiente tiene clara y obviamente, un carácter privado, mientras que la acción ambiental tendiente a la reparación del ambiente dañado presenta una cara marcadamente pública²⁵.

En materia ambiental la legitimación activa, de acuerdo con lo expuesto por Serrano en su libro de Ecología y Derecho, la podemos entender como “la posibilidad de accionar jurídicamente solicitando la tutela del equilibrio de un ecosistema”²⁶

Las personas que están legitimadas para interponer una demanda por daño ambiental, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la LBMA son las siguientes:

1. Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio: La norma es expresa al exigir que la persona sea directamente afectada. No es arbitraria su redacción toda vez que dicho calificativo impone un límite a la legitimidad personal. Esto no significa que en un daño ambiental el único universo de intereses comprometidos de carácter individual sean aquellos de los individuos legitimados. Simplemente aquellos que no hayan sido directamente afectados se les impide accionar, no por falta de interés, sino por no contar con legitimación activa. Es la manera que el legislador escogió para reconocer el interés particular relevante en materia de daño ambiental en

²⁵ Barros Bourie, E. (1998). Responsabilidad civil en materia de medio ambiente. Derecho del Medio Ambiente, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 55p.

²⁶ Serrano Moreno, J. L. (1992). Ecología y derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica. Comares 105 p.

desmedro de los demás interesados individuales. A mayor abundamiento, de la historia de la LBGMA según la cita realizada por Tisné²⁷ a Toledo, se observa el trámite legislativo en que expresamente se rechazó la enmienda que proponía el concepto “interés” en reemplazo del “directamente afectado”. La razón del Senado de impedir la redacción de la norma en dicho término fue que “abre la norma a una interpretación extensiva que no se corresponde con el criterio de acotar el ámbito de quienes pueden ser considerados titulares de la acción ambiental”

2. Las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas: Las municipalidades podrán accionar cuando el daño acaezca en su comuna o a petición de interesados conforme al artículo 54 de la LBGMA. Es importante destacar que existe una inconsistencia cuando la norma dispone que la municipalidad accionará en representación del interesado. La municipalidad no actuará en representación de la parte interesada, sino mediante una legitimación extraordinaria por sustitución procesal. Romero aclara que “la sustitución es una figura distinta de la representación procesal. Como se sabe, la representación se caracteriza por la actuación que un tercero realiza en nombre de otro en un proceso. Cualquiera sea la clase de representación, lo distintivo es que el representante actúe en nombre ajeno y por un derecho igualmente ajeno, a diferencia de la sustitución, donde el sustituto actúa en su nombre, adquiriendo él la calidad de parte”²⁸.

²⁷ Tisné Niemann, J B. 2014. Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la ley n° 20.600. Revista de derecho (Coquimbo), vol. 21, no 1, p. 323-351.[En línea] <<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000100010&script=sciarttext&tlng=en>> [Consulta 5 de Septiembre 2017] El día 25 de enero de 1994, en la sesión 29a, el Senado, en tercer trámite, rechazó la modificación hecha por la Cámara de Diputados en el primer informe del segundo trámite constitucional, respecto del primer inciso que contenía la disposición en comento (en ese entonces artículo 57, actual artículo 54) porque la enmienda propuesta señalaba que serían titulares de la acción las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que tuvieran interés en ello[...], lo que fue respaldado por el Ejecutivo ante Comisión Mixta y luego por la misma Comisión, consagrando la norma bajo la redacción que hoy prescribe la ley. Toledo, Fernando (1996) Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente: Ley Número 19.300, historia fidedigna y concordancias internas. Santiago: CONAMA, p. 191.

²⁸ Romero, A. (2006) Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 100 p.

En definitiva, la municipalidad no representará a ningún interesado, sino que entablará la acción en nombre propio, asumiendo la calidad de parte en el proceso y ejerciendo una legitimación activa propia. Es improcedente sostener que ejerce una acción colectiva en representación de aquellos que aportaron los antecedentes del caso²⁹.

A mayor abundamiento, el artículo 18 de la Ley N° 20.600³⁰ que crea los Tribunales Ambientales, ratifica expresamente en su numeral segundo que en materia de reparación ambiental, podrán participar como parte en juicio las municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas. No hace siquiera mención a la posibilidad de accionar en representación de los solicitantes. Claramente el legislador no ha considerado a la municipalidad como representante de intereses colectivos.

3. El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado: Finalmente, el Consejo de Defensa del Estado es el último legitimado activo para ejercer la acción ambiental. No se describen los supuestos de hechos por los cuales el Estado puede demandar por lo que se entiende que lo podrá hacer “[...] ante

²⁹ Delgado V. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. Revista de Derecho (Valdivia), 2012, vol. 25, N° 1, p 47- 76 [En Línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100003>> [consulta 23 de mayo]. El autor Delgado también critica la norma al señalar que “[...] podría pensarse que existe una especie de 'acción popular' ella no es más que una simple petición, que no hace al solicitante parte en el juicio y que podrá generar, a lo más, responsabilidad solidaria de la Municipalidad, respecto a los daños personales del peticionario (y no al daño ambiental puro), siempre y cuando además se cumplan varias condiciones”.

³⁰ Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. Dispone en su artículo 18 que podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales las personas naturales o jurídicas 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 la demanda por alguno de los titulares señalados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros coadyuvantes (velando por sus intereses legítimos pero en una posición subordinada a una de las partes principales a la que ayuda de forma instrumental). En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal.

cualquier hipótesis de daño ambiental, cualquiera sea el lugar del territorio o zona sometida a la jurisdicción nacional donde este se produzca³¹.

En definitiva el Consejo de defensa del Estado entablará la acción ambiental cuando se encuentre comprometido únicamente el propio interés del Estado. No se debe confundir el interés público o general con los intereses supraindividuales y los intereses del Estado.

Pareciera lógico que el Estado representara este interés público o general en atención, entre otros factores, al artículo primero inciso cuarto de la Constitución³². Pero como ya hemos señalado, al Consejo de Defensa del Estado le corresponde tutelar el interés del Estado y no el bien común³³. Esta distinción es importante tenerla presente para determinar fehacientemente si existe representación de un interés colectivo o no en su actuación.

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, 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

³¹ Valenzuela R. 1998 “La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental”. En Derecho Del Medio Ambiente Congreso Internacional. Santiago. 67 p.

³² Chile. Constitución Política de la República. Artículo 1° inciso cuarto: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

³³ El artículo 2° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado dispone que el Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente la defensa judicial de los intereses del Estado.

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 afectado³⁴.

Esta responsabilidad solidaria de las municipalidades de indemnizar al afectado, parece un poco contradictorio al tratarse de una acción para la reparación del medio ambiente dañado. Como lo planteaba Valenzuela esta obligación de indemnizar no tiene justificación pues si el afectado ha demandado la reparación del medio ambiente dañado, y no la reparación de los perjuicios que se derivan del daño ambiental, no existe razón alguna para que la municipalidad deba indemnizar al afectado de los perjuicios pecuniarios provocados a este por el daño ambiental³⁵.

A mayor abundamiento y para reafirmar lo dicho anteriormente, tengamos presente lo señalado por Barros, quien también critica lo establecido en el artículo 54 inciso 2° de la Ley de Bases del Medio Ambiente. En palabras del autor, dicha norma sufriría de una inconsistencia lógica que atenúa su eficacia práctica. En efecto, como la municipalidad entabla la acción en representación del particular afectado, quien persigue la reparación del medio ambiente dañado, entonces consecuentemente, la obligación solidaria que recae sobre la municipalidad de indemnizar los perjuicios al particular carece de todo sentido, pues la acción ejercida por la municipalidad, recordemos en representación del afectado, no ha sido la indemnizatoria, esta última acción corresponde personalmente al afectado por el daño³⁶.

³⁴ Chile. 1994. Ley N° 19.300. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 54°.

³⁵ Valenzuela R. 1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 67 p. El autor refiriéndose expresamente a la obligación solidaria de indemnizar los perjuicios provocados al afecto, señala “la ley ha incurrido en una inconsistencia conceptual, pues para la procedencia de la acción ambiental, está exigiendo no sólo la existencia del daño ambiental, sino, también copulativamente, la existencia de daño patrimonial”

³⁶ Barros Bourie, E.1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 61 p.

Supuesto que el daño ambiental haya incidido en recursos naturales que tengan el carácter de “bienes nacionales”, es decir, en recursos naturales “cuyo dominio pertenece a la nación toda” - sea que constituyan “bienes nacionales de uso público” o “bienes fiscales”³⁷, podrán contarse entre los perjuicios a indemnizarse las expensas en que haya debido incurrir el erario para abatir las consecuencias del perjuicio ambiental. No lo dice la ley, pero ello resulta, nuevamente, de la aplicación de la normativa general aplicable a la materia³⁸.

Discutible, en cambio, es el caso en que el daño ambiental ha incidido en “cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar”, por cuanto, al tenor de la legislación vigente, estas cosas “no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”³⁹. Este tipo de daños no da lugar, por sí solo, al ejercicio de la acción indemnizatoria, ni siquiera por parte del Estado, pero sí da cabida al ejercicio de la acción ambiental, en cuanto implica pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, lo que implica la producción de daño ambiental.

Como quedó visto, el ejercicio de la acción indemnizatoria puede ser compatible con el de la acción ambiental.

La ley, por otro lado, no consulta la existencia de “acciones de clase”; no contempla la existencia de un “ombudsman ambiental” o de otras figuras similares, ni prevé la disponibilidad de “acciones civiles públicas”. Sí da cabida, en cambio, al ejercicio de “acciones populares”, “en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas”. Pero, “si el daño

³⁷ Código Civil, Art.589.

³⁸ Valenzuela, R. La Responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC). 99 p.

³⁹ Código Civil. Art. 589.

amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”⁴⁰.

La situación de las organizaciones no gubernamentales no hace excepción a las reglas señaladas. Su legitimación activa para deducir la acción de indemnización de perjuicios requiere que tengan el carácter de

“directamente afectadas”, esto es, que hayan sufrido daño pecuniario demostrable en su patrimonio. Lo mismo vale para el ejercicio de la acción ambiental.

3. Acción de Protección en Materia Ambiental

En ausencia de institucionalidades específicas en Chile, como laboral, tributaria, medio ambiental, etc. la Acción de Protección se situaba como una herramienta eficaz y utilizada principalmente para la protección de los derechos fundamentales.

Hoy en cambio existen diversos mecanismos de reclamación ante órganos y tribunales especializados. En materia ambiental, por ejemplo, en el año 2010 se estrenó una moderna y nueva institución en Chile, Los Tribunales Ambientales. Ante esto la Corte Suprema en ocasiones ha sido vacilante respecto de conocer sobre recursos de protección que invocan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por lo que no ha establecido un criterio único para determinar cuándo procede esta acción cautelar y cuando debe ser tratada en sede especializada.⁴¹

Ante el incremento de jueces y procedimientos más precisos, especializados y más modernos, el recurso de protección parecería que ha ido perdiendo relevancia en

⁴⁰ Código Civil Art. 948. De acuerdo con el inciso primero del Art. 948 del mismo cuerpo legal, “La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”.

⁴¹ Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). Revista chilena de derecho, 43(1), 62 P.

el ordenamiento jurídico actual. Sin embargo, autores como Fernandois opinan que es primordial preservar la vitalidad institucional del recurso de protección, su trascendental rol de garantía de derechos constitucionales, evitando privarlo de eficacia⁴².

Por ello es necesario buscarle al recurso de protección un espacio lógico y armónico con la actual institucionalidad y para una convivencia pacífica y eficiente con la infinidad de jueces y acciones sectoriales que la ley ha conferido a los ciudadanos.

En este mismo sentido Fernandois, propone algunos criterios que permitan especificar la aplicación de este procedimiento desde la entrada en vigor de la institucionalidad ambiental.

- a. Primer criterio de exclusión: Deferencia Institucional o existencia de una jurisdicción y procedimientos ambientales especiales.

Este criterio parecería ser bastante claro. Según la Corte Suprema, la existencia de estos órganos es la justificación basal de una nueva posición para discernir, no obstante (...) que la interpretación del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes (...) a contar de la dictación de la Ley (...) que crea los tribunales ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales⁴³.

En efecto, podríamos decir que desde el año 2012, todos los pronunciamientos se construyen bajo esa premisa: el carácter específico del ramo, su orgánica y procedimientos. Así también se ha reconocido por las Cortes de Apelaciones de Santiago⁴⁴, Valparaíso⁴⁵ y Puerto Montt⁴⁶.

⁴² Ibid. 68 p.

⁴³ Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio de Evaluación Ambiental Región de Aysén 2012, considerando 4° (Caso Río Cuervo). Rol N° 2.463-2012.

⁴⁴ Ximena Carzola Carzola y otros contra Dirección Ejecutiva de Evaluación Ambiental (2014) considerando 4°. Rol N° 31.177-2013.

- b. Segundo Criterio de Exclusión. Inavocabilidad técnica: No cabe revisar el mérito técnico del recurso de protección.

Se trata de algo menos jurídico y más material, la inavocabilidad técnica consiste en sustraer a la Corte del conocimiento de recursos de protección que exijan evaluar, revisar o calificar el mérito técnico de decisiones adoptadas por la Administración. Pero ¿en qué consiste lo técnico y hasta donde se llega?, no es fácil responder esta pregunta, dado que en el artículo 20 de la Constitución autoriza a reparar vía protección cualquier ilegalidad en materia ambiental, sin excluir técnicas y siempre que sea imputable a una persona determinada.

Parece ser un criterio valioso en la relación Corte - Tribunales especializados, pero no suficiente por sí solo, ya que no resuelve todos los problemas ni es capaz de generar un conjunto de reglas satisfactorias.

Se puede recordar el famoso caso “Trillium”, en 1997 en que la primera sala de la Corte de Suprema afirmó 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”⁴⁷ En esa época no existían los tribunales especializados y lo técnico era terreno de la Administración.

En la actualidad también se ha aplicado este criterio, el año 2013 con motivo de la construcción de la línea 3 de Metro de Santiago (sentencia del 9 de septiembre de 2013, rol N° 40.665-2012), en que se puso en entredicho la legalidad de una decisión técnica. También ocurrió en el caso Costa Laguna rol N° 2.892-2014 “(...) determinar si

⁴⁵ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 4°. Rol N° 6.823-2013.

⁴⁶ Leopoldo David Muñoz de la Parra y otros contra Resolución Exenta N°128 de la Comisión de Evaluación de la X Región de Los Lagos y otros (2014). Rol N° 28.745-2014.

⁴⁷ Galindo Villarroel, M (2003) “El caso Itata: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección”, Revista de Derecho Ambiental, vol. I. 243 p.

es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental (...) corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional (...) exige apreciar proyectos o actividades sobre la base de evaluaciones técnicas, labor que en principio resulta ajena a este procedimiento cautelar⁴⁸. En este mismo sentido se pronunció en el caso Sierra Gorda, (sentencia del 26 de febrero 2014, rol N° 1.837-2013 considerando 8°), sobre el análisis que tendría que haber realizado determinar si la distribución de cargas y descargas y los servicios portuarios considerados aisladamente constituían un carácter de legal o ilegal de la Declaración de Impacto Ambiental. Dijo que "(...) en suma, se trataría de aspectos técnicos que no es posible tratarlos en este recurso..."⁴⁹

Queda claro el contenido de exclusión de esta causal, de acuerdo a los casos citados recientemente, por lo que no le correspondería a la Corte, en un recurso extraordinario hacerse cargo del entredicho técnico de las resoluciones del SEA.

c. Tercer criterio bidireccional. La cautela urgente

Es el filtro más impredecible y flexible que utilizan las cortes para acoger o denegar un recurso en materia ambiental, el que llamaremos cautela urgente. La doctrina coincide unánimemente en que la protección es una acción cautelar destinada a otorgar un remedio inmediato y urgente a un derecho constitucional, comprometido por una ilegalidad en los derechos ambientales.

El asunto es poder identificar algún indicio sobre qué debemos entender por situaciones urgentes. No es sencillo identificar patrones sobre un asunto que sospechamos casi enteramente fáctico y casuístico.⁵⁰

⁴⁸ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 3. Rol N° 6.823-2013.

⁴⁹ Lema Keith Guillermo Patricio con Mardones Lara Dalia Ester (2014) considerando 13.

⁵⁰ Fermandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El recurso de protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1), 74 p.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso ha definido cautela urgente como la necesidad de “reaccionar contra una situación de acto anormal que de manera evidente vulnere una garantía constitucional”, en oposición a la de “resolver conflictos relacionados con la interpretación de una norma legal”.⁵¹

En las protecciones ambientales más notorias de los últimos años en las que la Corte Suprema ha utilizado el criterio de cautela urgente, de una u otra manera se encuentra en los casos de Hidroaysén, (sentencia del 4 de abril de 2012, rol N° 10.220-201, considerando 9°), el caso Sierra Gorda (sentencia del 26 de febrero de 2014, rol N°1837-2013), el caso Río Cuervo (sentencia de 21 de agosto de 2014, rol N° 2.463-2012 considerando 5), El Morro (sentencia de 7 de octubre de 2014, rol N° 11.299-2014, considerando 11°, el caso Bocamina II (sentencia de 6 de noviembre de 2014, rol N° 15.737-2014, considerando 12° y 24°) etc.

De acuerdo con las conclusiones de Fernandois el recurso de protección en materia ambiental estaría asociado a la excepcionalidad. A contar de la nueva institucionalidad emanada por las leyes 20.417 de 2010 y 20.600 de 2012, el recurso sólo puede resultar admisible ante eventos graves y muy excepcionales en que, por alguna causa, no se haya podido resguardar los derechos constitucionales mediante vías de reclamación sectoriales.⁵²

En cuanto a la legitimación activa en el recurso de protección, ésta ha sido reconocida ampliamente a cualquier persona, natural o jurídica, afectada “en sus derechos”. A juicio de Soto, la expresión “El que”, con que se expresa el artículo 20 de la Constitución y que establece el Recurso o Acción de Protección para la defensa de los derechos fundamentales, manifiesta “con entera exactitud la idea de esta amplitud,

⁵¹ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 3°. Rol N° 6.823-2013.

⁵² Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El recurso de protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1), 85 p.

no estando nadie excluido de su ejercicio, ni el recluso en un establecimiento carcelario, ni el internado en un hospital de alienados, ni el menor adulto, ni la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, ni una agrupación sin personalidad, ni una mera sociedad de hecho, ni siquiera un servicio público fiscal o una institución estatal personificada”⁵³. Para este autor, también la legitimación activa estaría dada por la afectación de un derecho de la persona o grupo, entendiendo por “derecho” un derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo público, como son concebidos tradicionalmente los derechos fundamentales.

En cuanto a las sentencias recaídas en recursos de protección para la defensa del medio ambiente sano, la legitimación activa ha sido reconocida por la mayoría de dichos fallos, a aquellas personas, naturales y jurídicas, directamente afectadas en su derecho. En palabras de Bordalí, esta opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile no parece del todo correcta. No se puede hablar del ambiente sano de una persona, ya que hay que entender a este como de todos, y en ese todos hay que considerar a todas las personas que habitan el territorio de la República, y tampoco hay que desechar la posibilidad de incluir a las generaciones futuras⁵⁴. Esta posición parece ser que deriva de considerar este derecho fundamental como ligado o íntimamente relacionado con el derecho a la vida y a la salud, bien este último que aparece como claramente divisible, y como tal, objeto de un derecho subjetivo de carácter individual. Se considera que el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación es un derecho autónomo respecto a los derechos a la vida y la salud, y por cierto, diferente de estos (sin que se pueda tampoco negar su vinculación), según la visión antropocéntrica de medio ambiente.

⁵³ Soto, E. "1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, Primera parte, Sección Derecho 158 p.

⁵⁴ Bordalí Salamanca, A. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-0950>. [Consulta: el 25 Julio 2017]

Existe jurisprudencia que ha interpretado el precepto constitucional de acuerdo con lo señalado anteriormente. En efecto la sentencia de la Corte Suprema que liga estrictamente este derecho fundamental a un medio ambiente libre de contaminación con el derecho a la vida y a la salud es la sentencia del recordado caso Trillium del 19 de marzo de 1997 que señala:

“...Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis [además de ser considerado como un derecho subjetivo público], 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. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual (considerando N° 13)”⁵⁵.

También podemos recordar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del 26 de junio de 2001, en el famoso caso de los “catalíticos”, rol 325, en requerimiento interpuesto contra el Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que dispuso a restricción vehicular a automóviles catalíticos⁵⁶.

De acuerdo a lo informado por el secretario del Tribunal Constitucional de ese momento el Sr. Rafael Larraín, “el Tribunal Constitucional, por unanimidad de sus miembros, rechazó el requerimiento interpuesto por 20 senadores para que se declare inconstitucional el Decreto Supremo número 20 del Ministerio secretaría General de la

⁵⁵ Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996., considerando 13°

⁵⁶ Contraloría General de la Republica 2001 [en línea]
<<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=A735D8E2EFFEC378842571BD004D53F0>> [consulta el 20 de septiembre 2017].

Presidencia, que dispone y decreta, que los vehículos que porten sello verde estarán afectos a restricción vehicular por causas de contaminación atmosférica en episodios de preemergencia y emergencia ambiental".⁵⁷

Los requirentes objetaban el decreto porque, a su juicio, vulneraba las garantías de la libertad ambulatoria y del derecho de propiedad, toda vez que la restricción sólo era posible imponerla por la Ley, con lo cual el decreto estaba invadiendo el ámbito reservado a esa especie de norma jurídica, en relación con los derechos aludidos y también porque la norma no resultaba idónea para los fines que se proponía, con lo cual caía en arbitrariedad e irracionalidad técnica.

El Tribunal, al pronunciarse sobre el fondo del asunto que le había sido planteado sostuvo que, si bien las normas legales en que se fundaba el D.S N° 20 no cumplían a cabalidad con los requisitos de determinación de los derechos que podían ser afectados y especificidad de las medidas que se autorizaban, ellas resultaban aceptables en el caso y sólo para aplicación a él, por cuanto la medida de restricción vehicular establecida, con el carácter excepcional y en situaciones de emergencia y preemergencia ambiental, obedecía al cumplimiento de un deber del Estado, Consagrado en el artículo 19 N° 1° y N° 8° de la Constitución, destinado a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, que es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas, este derecho queda ligado profundamente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en donde la Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente⁵⁸.

Por ello, se considera que el obrar de otra manera, esto es, declarando la inconstitucionalidad del decreto impugnado, podría generar una vulneración de mayor entidad, atendida la situación ambiental existente que exigía proteger la salud de la

⁵⁷ Emol 2001. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/06/26/58642/fallo-categorico-tribunal-constitucional-apoya-restriccion-a-cataliticos.html>> [consulta el 20 de septiembre 2017].

⁵⁸ Fernández M. 2008. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativos a conflictos entre Derechos Fundamentales. Revista de Derecho Público. Vol 70. 144 p.

población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1° de la Constitución.

Capítulo 3 : EL MEDIO AMBIENTE COMO INTERÉS COLECTIVO Y DIFUSO

Hasta acá se ha analizado el tema de la legitimación activa desde una perspectiva individual, en donde el afectado en el ejercicio legítimo del derecho ejerce la acción judicial. Ahora revisaremos el tema desde el punto de vista del interés colectivo y difuso, cualidad del derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

Los intereses colectivos y difusos hacen referencia a aquellos intereses de personas determinadas e indeterminadas de una sociedad, en los bienes que no son susceptibles de apropiación exclusiva. Son al mismo tiempo bienes de cada uno de los integrantes del grupo, y a la vez son propiedad del grupo social o colectividad indeterminada.

Los intereses difusos y colectivos en muchos casos son denominados también, intereses de grupo, intereses supra individuales e intereses de clase. El término intereses difusos, es el más extendido de todos los citados, ha sido dado porque su reconocimiento implica la ruptura de la dogmática de la teoría procesal de la legitimación, pues las personas no se encuentran en el supuesto clásico del derecho subjetivo individual, pero no debemos confundir un interés difuso de uno colectivo, a continuación revisaremos los diferentes conceptos utilizados en materia ambiental.

1. Intereses Colectivos y Difusos

En el ámbito jurídico la palabra “interés” se encuentra íntimamente ligada a la idea de “litis” que, siguiendo el concepto de Carnelutti, citado por Rodríguez Meléndez

en “Intereses y Tutela Constitucional” podría ser definida como un “conflicto de interés cualificada por la pretensión interpuesta de una de las partes”⁵⁹.

La expresión de “interés” aparece como una de las condiciones de la acción (requisito indispensable para la existencia y planteamiento de ésta), como posibilidad jurídica de pedir, como interés de hacer, en fin, como requisito de legitimidad de las partes dentro de un proceso.

Sin embargo, es necesario precisar que dentro del concepto interés, se distinguen varios tipos. Así, es posible referirse, ya sea, a intereses individuales, difusos y colectivos.

La importancia de contar con un espacio positivo para la reclamación de daños colectivos, o amenazas globales, o simples pertenencias indiscriminadas, resulta trascendente para el medio donde pretende insertarse un Derecho como ciencia social con capacidad de adecuarse a las situaciones resultantes del cambio.

a) Interés Colectivo

Estos intereses han sido definidos como aquellos en que los titulares de las acciones son un grupo, categoría o clase de personas determinables que se encuentran ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación de base, es decir, en este caso, se trata de un conjunto de personas que se encuentran vinculadas entre sí en virtud de un contrato que todas ellas han celebrado previamente con un mismo sujeto o persona⁶⁰. Por ello no es de extrañar que, cuando existen intereses colectivos, se autorice a uno o algunos de los afectados para que actúe en representación de todos los demás. De esta manera, el artículo 50 inciso 5° de la Ley de Protección de

⁵⁹ Rodríguez Melendez, R. Intereses y tutela constitucional [s/a] [en línea] <<https://es.scribd.com/document/127276350/Rodriguez-Melendez-Roberto-Enrique-Intereses-y-Tutela-Constitucional>> [consultado el 18 de julio 2017].

⁶⁰ Díaz. G. [s/a] [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf> [Consulta 26 de julio 2017]

los Derechos de los Consumidores, nos señala que “son intereses colectivos las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”.⁶¹

b) Interés Difuso

El interés difuso constituye un bien que no es susceptible de apropiación exclusiva por uno o varios miembros del grupo en particular, ya que pertenecen a todos, son bienes comunes, cuya explotación está limitada por la obligación de preservación presente y futura de dichos bienes por parte de los usufructuarios.

El interés difuso, si prescindimos de factores sustanciales, sería caracterizable teniendo en cuenta las peculiaridades de su titularidad y de su disfrute, es decir, el modo en que son percibidos y se manifiestan subjetivamente. Y es que respecto de estos intereses difusos no es posible la titularidad, sino que el interés se imputa a sujetos determinados sin que exista un vínculo directo entre ellos. El interés difuso no es asignable a un sujeto o grupo de sujetos, hasta el punto de convertirse en sus titulares. La titularidad, como la preexistencia de una situación o acto jurídico que otorgue un título sobre el objeto de interés, no es en absoluto importante en el caso de los intereses difusos. Lo importante es la relación o vínculo flexible con el bien o valor objeto de interés, relación que viene determinada por la pertenencia a la colectividad o comunidad política general: los intereses difusos no tienen titular, sino que se participa en ellos⁶²

⁶¹Chile. 2011. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Ley 19.496: Sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 50.

⁶² Como señala Bidart Campos, los intereses difusos bien pueden llamarse así mismos intereses de pertenencia difusa, porque pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que “lo difuso”, es el grupo humano que co-participa en el interés, y no tanto el interés mismo. Bidart C. 1993. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, tomo I (El derecho constitucional de libertad), Buenos Aires, 339 p.

La diferencia entre los intereses colectivos y los difusos es que los primeros, para una parte de la doctrina, hacen referencia a grupos limitados a veces unidos por un vínculo jurídico para la persecución de fines propios, como los sindicatos, las asociaciones profesionales, familiares, sociedad civil organizada, Sociedad de Gestión Colectiva en el derecho de autor y derechos conexos, etc., mientras que los segundos afectan al individuo como miembro de la sociedad, en donde no hay un particular vínculo jurídico y por ello, se permite que cualquiera gestione para hacer valer la tutela general y preventiva, por la naturaleza no apropiable exclusiva por un sujeto o la colectividad, de los bienes que ellos tutelan⁶³.

2. El Medio Ambiente, como Interés Colectivo y Difuso

Como es sabido, el acceso a la justicia en cualquier ámbito debe superar la cuestión previa de la legitimación, y no es la diferencia en el caso de los problemas ambientales pueden afectar intereses o derechos concretos de determinadas personas, que por lo general son quienes realizan la acción de protección ambiental y recurren en contra de actuaciones o resoluciones cuando se ven afectados, ya sea su propia integridad, bienes materiales o intereses de manera directa. En este sentido la legitimación no presentaría ningún problema.

Ahora bien, cuando no hay intereses directos de tipo patrimonial o la afectación de intereses o derechos como consecuencia de un accionar que tenga directa incidencia sobre el medio ambiente ¿quién defiende al medio ambiente?, en ocasiones no hay quien lo defienda, ya que en determinadas actuaciones si no hay una afectación directa sobre las personas o su patrimonio, no se genera una reclamación de protección o reparación del medio ambiente dañado, más aun cuando consideremos a éste como un interés colectivo y difuso.

Según lo expresado por Moraga Sariego, en general la legitimidad activa en materia ambiental presenta ciertas complejidades particulares originadas, entre otros,

⁶³ Mejía, L. W. S. M. [s/a] Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental 12 p.

por la necesidad de que la afectación al medio ambiente se transforme en una afectación a las personas, en conformidad con la teoría antropocéntrica que funda nuestro marco normativo ambiental. En este contexto, es necesario que exista interés para que exista acción.⁶⁴

Lo que sabemos es que el medio ambiente es considerado como un derecho de tercera generación o como un interés colectivo y difuso, que afecta a todos los ciudadanos, a nuestro entorno, a nuestra subsistencia y las futuras generaciones, que ante los riesgos de actividades, proyectos o instalaciones de públicos y privados que puedan tener sobre el medio ambiente, la ciudadanía debe poder tener algo que decir al respecto y si es necesario recurrir judicialmente. Por tanto, todos los ciudadanos deberíamos estar legitimados para poder impugnar cualquier actuación de un público o privado que entendamos infringe la legislación y en definitiva el derecho del que todos somos titulares, el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁶⁵.

Los derechos colectivos y difusos presentan una indeterminación que se extiende no sólo en el ámbito de los daños, sino que también al establecimiento de la legitimación activa para alegar ante la justicia dicho daño y sus consecuencias.

Al igual que en el daño ambiental, no existe acuerdo doctrinal en cuanto a la diferencia entre los términos interés difuso e interés colectivo, a continuación, se presentan algunas posturas que pretendan diferencias ambos conceptos:

Vínculo jurídico: Para algunos, serán colectivos los intereses cuando se trate de grupos unidos por vínculo jurídico, como son los sindicatos, asociaciones profesionales, familiares, sociedades civiles organizadas, entre otros. Mientras que se denominaran difusos cuando se trate de un individuo que no se encuentre unido a

⁶⁴ Moraga Sariago, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. Revista de derecho (Valparaíso), (39), 291-317.

⁶⁵ Aguirrezabal Grünstein, M. 2006. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista chilena de derecho, 33(1), 69-91. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005> [consulta 18 de julio].

otros por un vínculo jurídico, que gestione un derecho de tutela general no apropiable exclusivamente por él o por un grupo de individuos⁶⁶.

Reconocimiento Legal: para otros la diferencia se encuentra en el reconocimiento jurídico o formal que se haga respecto del interés, es así como será difuso si no se ha reconocido por la ley, mientras que será colectivo cuando exista un reconocimiento legal de él en el ordenamiento jurídico del país de que se trate, así lo señala Mejía, al indicar que “la nota característica del interés difuso es la colectividad y su proceso de formación, ya que emerge de la sociedad, surge de todo reconocimiento formal, hasta ser consagrado por la legislación como interés colectivo. El interés difuso se convierte en interés colectivo desde el momento en que el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de un interés difuso y establece sus condiciones formales⁶⁷.

Determinación: finalmente encontramos la doctrina que indica que será colectivo el derecho cuando se trate de un grupo determinado de personas, mientras que, será difuso cuando las personas interesadas sean indeterminadas e indeterminables⁶⁸.

Cual sea de las doctrinas anteriores que adoptemos, ninguna de ellas es capaz de resolver y determinar la legitimación activa respecto de los intereses colectivos o difusos, un aspecto esencial para el acceso a la justicia ambiental, con complejidades que persisten son las que podrían limitar el acceso al ejercicio de dicho derecho.

Una de las complejidades que presenta la determinación de la legitimación activa en materia ambiental, dice relación con la necesidad de que, en virtud de un daño ambiental, exista una afectación directa a las personas, la cual debe contestarse y probarse para que exista interés en la acción y por tanto legitimación activa para

⁶⁶ Mejía, M. [s/a] Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental 12 p.

⁶⁷ Ibid. 13 p.

⁶⁸ Moraga Sariego, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. Revista de derecho (Valparaíso), (39), 291-317 p.

reclamar por ello, lo que se encuentra en conformidad con la ya mencionada teoría antropocéntrica indicada por Moraga Sariego.

Otra complejidad que está ligada a la afectación del daño es la naturaleza colectiva o difusa del derecho que se invoca, no es un derecho exclusivo de una persona, sino de todos quienes componen un grupo o comunidad y donde cada uno de ellos es titular de este derecho sobre el todo.

Según lo indicado por Brañes Ballesteros, estas complejidades demandan un tratamiento especial en el ordenamiento jurídico medio ambiental y la ausencia de éstas han determinado una situación de inaccesibilidad a la justicia ambiental y ha contribuido de manera importante a la ineficacia del Derecho Ambiental, comprometiendo la protección del medio ambiente y la viabilidad del desarrollo sostenible⁶⁹.

3. Titularidad del Medio Ambiente

Cuando nos referimos a titularidad sobre el medio ambiente, lo hacemos con el sentido de determinar quiénes son las personas dueñas o que se le pueda atribuir un derecho subjetivo o un interés tutelable sobre el medio ambiente.

Al ser considerados los bienes ambientales como objeto de intereses colectivos o interés difusos, pudiendo entender por estos, y de acuerdo con lo expuesto con anterioridad, como a un conjunto impreciso e indeterminado de personas, no ligadas por base asociativa alguna, pero aunadas por expectativas comunes por una mejor calidad de vida (derecho al medio ambiente sano, a un patrimonio histórico y cultural, hábitat espiritual, etc). Estos intereses difusos “presentan la particularidad de pertenecer genéricamente a un número indeterminado de sujetos que ostenta, en forma común, la pretensión de uso y goce de una prerrogativa sobre bienes

⁶⁹ Brañes Ballesteros, R. 2000. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina.

indivisibles, que como tales no admiten su disfrute y apropiación en forma singular⁷⁰. El medio Ambiente presentaría la calidad de un interés difuso, en el sentido que constituye el soporte básico que posibilita la vida de todos y cada uno de los seres humanos sobre la tierra. En este sentido todo ser humano necesita de aire, agua y suelo para poder vivir.

Dicho lo anterior podríamos decir que corresponde a una titularidad colectiva, sin perjuicio que exista propiedad privada o pública respecto de las cosas sobre las que recae el bien ambiental. Por ejemplo, sobre los bosques, que en Chile se encuentran tanto en manos de propietarios privados como del Estado, es posible afirmar una propiedad o titularidad colectiva, en cuanto a bienes ambientales, o en cuanto a bienes que cumplen una función ambiental, sin perjuicio que sobre la cosa materia bosque exista además una propiedad privada o pública⁷¹.

Capítulo 4 : OTROS MEDIOS DE TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE

1. Ombudsman

El Ombudsman se define como un mecanismo de protección extra-jurisdiccional, que se establece principalmente como órgano de control de las actividades de la Administración Pública. Esto se debe a los cambios progresivos que se han producido en las relaciones jurídicas entre el poder público, el individuo y la sociedad, los cuales se reflejan actualmente en un cambio de concepción de lo que

⁷⁰ Ameal, O. 199. La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia. Buenos Aires.

⁷¹ Bordalí Salamanca, A. 1998. Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*, 9(1), 43-64. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200002&script=sci_arttext> [consulta 25 de julio 2017].

significa la función pública y el rol que cumple la Administración frente a los ciudadanos⁷².

El Ombudsman o defensor del pueblo, corresponde a un cargo público que se utiliza en muchos regímenes políticos, es el responsable de controlar que los derechos de las personas o ciudadanos no sean vulnerados por el Estado. Este funcionario debe garantizar el respeto de los derechos de cada individuo en el marco de cualquier acción judicial, administrativa y de cualquier otra índole. En este rol el Ombudsman puede fiscalizar al Gobierno y velar por que no se vulneren las libertades y resguardos de las personas.

a) Ombudsman en Chile

En Chile ha habido proyectos legislativos y constitucionales de Ombudsman, pero no han tenido buenos resultados. En cuanto a proyectos de naturaleza constitucional destacan, el Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de la Justicia y Defensor del Pueblo, del año 1991 (estado archivado), y en el año 2008, el Proyecto de Reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas (tramitación pero sin movimiento). Y, a nivel legal es posible recordar el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo de 1991 (estado archivado), el Proyecto de Ley que crea la Defensoría Nacional del Usuario del año 1997 (estado retirado), el Proyecto de Ley Crea el Defensor Ciudadano del año 2000, y otro con mismo título del año 2003, archivado y rechazado respectivamente⁷³.

Nos referiremos a este último y a su mensaje Presidencial N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003.

⁷² Moure Pino, A. M. 2014. El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Editorial Dykinson. 15 p.

⁷³ Díaz Fuenzalida J. (2016). El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>>. [consulta 20 de septiembre 2017].

El mensaje presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile, se basa en la necesidad de “Perfeccionar la forma y modo en que el Estado y los particulares desarrollan actividades destinadas a satisfacer las necesidades de la colectividad (...), dotando a la comunidad de mecanismos modernos para el resguardo de sus derechos frente a tales actividades”⁷⁴

Ya más reciente en la Reforma Constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental, de 11 de junio de 2015 (tramitación), aunque por ahora no tiene “urgencia” legislativa, considera en el Capítulo XII, artículos 102 y 103 un Ombudsman, denominándolo “Defensoría de las personas”.⁷⁵

El Ombudsman Ambiental podría ser una herramienta muy útil que permita a la comunidad un acceso más fácil, eficiente y seguro a la para acceder a tomar medidas que satisfagan las reclamaciones que se puedan hacer sobre los actos de la administración que vulneren la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

El Ombudsman ambiental se reconoce como una sub categoría de esta institución, por lo que su conceptualización será también variable según la naturaleza jurídica que adquiera de acuerdo con la legislación determinada. Lo más común a este respecto es que la existencia del Ombudsman ambiental sea en virtud de la entrega de atribuciones especiales a éste en dicha materia, de manera que se hace competente para fiscalizar las posibles vulneraciones a los derechos constitucionales ambientales. Otra posibilidad es este sentido es una oficina distinta al Ombudsman en términos generales, que tenga atribuciones exclusivas en materia ambiental, como es el caso

⁷⁴ Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003).

⁷⁵ Díaz Fuenzalida J. 2016. El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>>. [consulta 20 de septiembre 2017].

mexicano, el cual se expondrá más adelante que disponen de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial⁷⁶.

De acuerdo con lo expuesto por Lillo Goffrery respecto al proyecto de reforma constitucional que crea el defensor del ciudadano (2003), propone que es un modelo que requiere de un detallado trabajo de perfeccionamiento, sobre todo en los aspectos de Derecho Ambiental, lo que no nos permite asegurar su idoneidad en otras áreas, no obstante no es conveniente caer en un exacerbado pesimismo, ni menos en un conformismo, puesto a que un Ombudsman con todas o más de las atribuciones que se han propuesto en el proyecto, sería una herramienta sumamente diligente para apoyar y fomentar la participación de la comunidad en asuntos ambientales⁷⁷.

En el mismo análisis del proyecto de reforma, se cita al profesor John E. Bonine, el cual identifica a nivel mundial casi los mismos problemas en materia ambiental: 1) Falta de cumplimiento de la legislación ambiental, 2) existencia de pocos litigantes en la materia y 3) falta de financiamiento de ONG's abogados y expertos, dicho autor centra su investigación en la idea en que una normativa realmente eficiente de participación ciudadana será la medida más óptima para convertir las promesas de la legislación ambiental en realidad⁷⁸.

Haciendo un análisis comparado de las normas que regulan el acceso a la ciudadanía a la justicia ambiental, concluye dos nociones interesantes y ciertamente menos engorrosas que partir todo de cero con la creación de un Ombudsman. En primer lugar "remover las barreras económicas para acceder a la justicia por parte de

⁷⁶ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile. 6 p.

⁷⁷ Ibid 32 p.

⁷⁸ Ibid.

los individuos y organizaciones no gubernamentales y en segundo establecer modelos de financiamiento estables para esas labores”⁷⁹.

Lo anterior lleva a concluir que si bien el Ombudsman puede ser un medio útil para la solución de los problemas expuestos en materia ambiental, está muy lejos de ser la única o mejor solución. Para que dicha solución se dé efectivamente es fundamental un análisis acabado e íntegro de nuestra legislación ambiental y derribar las barreras que esta opone a la acción de los principales afectados por el daño ambiental.

Ya más reciente en la Reforma Constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental, de 11 de junio de 2015 (tramitación), aunque por ahora no tiene “urgencia” legislativa, considera en el Capítulo XII, artículos 102 y 103 un Ombudsman, denominándolo “Defensoría de las personas”. Es decir, con rango constitucional y dejando a una Ley orgánica los detalles de la orgánica y funcionamiento. No obstante, ¿Será necesario esperar una reforma constitucional que sustituya todos y cada uno de los capítulos para consagrar un Ombudsman? Claramente no. Si se cambia o no la Constitución, es independiente la necesidad de actualizar nuestro sistema jurídico en materia de Derechos, incorporando al Ombudsman, como es una institución de “Control” del poder público, para diferentes materias⁸⁰.

b) Modelos de Ombudsman en el Derecho Comparado

Existen diversos modelos de Ombudsman Ambiental en las legislaciones del mundo, otorgando distintos grados de importancia específica a la materia y, en consecuencia, distintas competencias en este ámbito.

⁷⁹ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile. 33 p.

⁸⁰ Díaz Fuenzalida J. 2016. EL Mostrador [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>> [consulta 20 de septiembre 2017].

- i. España: Denominado Defensor del Pueblo bajo el Régimen Jurídico establecido en el artículo 54 de la Constitución Española de 1980 y La Ley Orgánica 3/1982, de 6 de abril, BOE 7 de mayo 1981. Se presenta en el marco del Estado Democrático y Social del Derecho como una institución vinculada a la supervisión de la Administración y a la actuación como garante de los derechos y libertades fundamentales, para reforzar los mecanismos y procedimientos de control de la actuación de los poderes públicos⁸¹.

La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (LODP), establece que se trata como un alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”. El título al que se refiere este artículo es el “Título I: De los derechos y deberes fundamentales”, en el que el artículo 45 se establece el derecho a “disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas, así como el deber de conservarlo”⁸².

- ii. Argentina y Perú: La norma constitucional y orgánica que crea a los defensores argentino y peruano es bastante similar en su forma a la española. En el caso argentino, el artículo 86 de la Constitución señala que “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u

⁸¹ Moure Pino, A. M. 2014. El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Editorial Dykinson. 60 p.

⁸² España. Ley Orgánica 3/1981, Del defensor del pueblo. BOE 7 de mayo 1981, núm. 109, artículo 1º.

omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. [...]”⁸³.

iii.

A su vez, la Constitución peruana señala en el inciso primero de su artículo 162 que “Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”⁸⁴. Como vemos ninguna de estas normas establece específicamente facultades en materia ambiental. Sin embargo, y en contraposición al caso español, dentro de su entramado organizacional reconoce de forma expresa el deber de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales ambientales. Más aún, la práctica le ha dado al defensor un rol fundamental, siendo Perú donde se ha desarrollado con más fuerza la noción del Ombudsman ambiental.

Del caso argentino, si bien tiene un desarrollo más incipiente en la materia, se puede rescatar, el reconocimiento explícito de la facultad medio ambiental, lo cual tiene importante efecto informativo en la ciudadanía, a saber:

“Analizar, investigar y proponer los cursos de acción en los supuestos previstos en el artículo 43 de la Constitución Nacional, como así también para el esclarecimiento de actos, hechos u omisiones de la Administración y sus agentes que impliquen ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus facultades, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas, conforme lo establecido por el artículo 86 de la

⁸³ Argentina. 1853. Constitución Política de la República de Argentina del 1 de mayo de 1853, y sus reformas.

⁸⁴ Perú. 1993. Constitución Política del Perú del 1 de enero de 1993, y sus reformas.

Constitución Nacional y por la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379⁸⁵

- iv. Inglaterra: El Ombudsman en el sistema inglés, en cuanto al tema ambiental de dicho sistema, el Parlamento está asesorado por la “Royal Commission on Environmental Pollution”⁸⁶ o RCEP (Comisión Real sobre Contaminación Ambiental), pero esta institución no es un Ombudsman propiamente tal, pues no tiene la competencia para realizar acciones directas contra el gobierno central o los gobiernos locales. Su función es fundamentalmente aconsejar al Parlamento sobre los principios generales que debe seguir, así como guiar la opinión pública en la materia. Considera en sus investigaciones tanto la realidad nacional como internacional y tiene libertad para aconsejar al Parlamento en las materias que estime necesarias. Además, la comisión es la delegada de llevar a cabo investigaciones ambientales encargadas por el gobierno, para las cuales cuenta con total independencia de éste. Evidentemente el sistema anglosajón no es “exportable” pues su sistema de organización política es demasiado atípico en relación a los demás, debido a los principios que lo rigen (monarquía parlamentaria, basada en la lealtad política de los distintos actores)⁸⁷.

- v. México: La legislación ambiental mexicana tiene un importante desarrollo en el marco de las Leyes del Equilibrio ecológico y la protección al ambiente, general de Asentamientos humanos, de Aguas Nacionales y Forestal. En virtud de la ley Ambiental de 21 de diciembre de 1999, fue necesario crear una Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial (PAOT)⁸⁸ para el

⁸⁵ Defensor del Pueblo de la Nación [en línea] <<http://www.dpn.gob.ar/ambiente.phpZ>> [consulta el 20 de julio 2017]

⁸⁶ Royal Commission on Environmental Pollution <www.rcep.org.uk>. Consultado el 20 de julio de 2017.

⁸⁷ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile 10 p.

⁸⁸México. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial [en línea] <http://www.paot.org.mx/conocenos/que_es_paot.php>, [consulta el 20 de julio de 2017].

distrito federal mexicano, en complemento a toda la red normativa en la materia. “La ley ambiental impulsa la generación de una autoridad ambiental y urbana con atribuciones para intervenir en forma oportuna y adecuada en la solución de los problemas ambientales, armonizando el avance normativo con el fortalecimiento institucional”. La PAOT tiene entre sus facultades, según lo establecido en el artículo 5 de su Ley Orgánica, denunciar ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones o incumplimiento a la legislación administrativa y penal, en materia ambiental y del ordenamiento territorial; Conocer e investigar sobre actos; hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación en materia ambiental y del ordenamiento territorial; Emitir recomendaciones ante las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal, municipal y del Distrito Federal, con el propósito de promover el cumplimiento de la legislación ambiental y de ordenamiento territorial; Formular y validar dictámenes técnicos y periciales respecto de daños y, en su caso de la reparación de los mismos, perjuicios ocasionados por violaciones o incumplimiento a las disposiciones jurídicas en materia ambiental y de ordenamiento territorial; etc. todo esto con carácter de funciones exclusivas, lo que provee a la procuraduría de una gran eficacia⁸⁹.

Las experiencias con esta figura de defensoría ha resultado exitosa en otros países, incluso en nuestro vecino, como es el caso de Argentina, sin embargo, se hace necesario analizar nuestra realidad local y así lo expresa Lillo Gofrery en el Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile, en sus conclusiones establece que una mejor forma de afrontar la problemática de participación ciudadana en el plano del Derecho Ambiental, viene dado por hacerse cargo de lo que ya existía en esos años (Conama, ONGs,

⁸⁹ México. 2001. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley Orgánica de la procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal. Art 5°.

Fundaciones, Organizaciones, etc) antes de crear un órgano que no garantiza el éxito necesario de los fines que promueve⁹⁰.

2. Acciones de Clase

La acción de clase, “class action” o acción colectiva ha sido entendida como “el procedimiento en que se representan judicialmente a uno o más demandantes de una clase o grupo, unidos por situaciones de hecho y/o derechos similares, normalmente, buscando reparación económica a un daño sufrido y, en menor medida, pretendiendo una determinada declaración de un tribunal”⁹¹. Son un medio de obtención de tutela jurisdiccional, basado en el poder procesal reconocido a un individuo para actuar en nombre propio y de otras personas similarmente situadas, las que constituyen una clase. Estas acciones buscan servir de solución a litigios complejos y con pluralidad de partes, superando por tanto una visión individualista de los perjuicios. Con ellas se logra una mayor economía procesal y permite el acceso a la justicia de los asuntos de pequeña cuantía (Small claims)⁹². Para que proceda el ejercicio de la acción de clase por una persona se requiere, de acuerdo con la “Federal Rule⁹³”, 1) que la clase sea tan numerosa que el litisconsorcio resulte impracticable; 2) que existan cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase; 3) que las demandas o defensas de las partes representativas sean típicas de las correspondientes a la clase; 4) y que las partes representativas protejan equitativa y adecuadamente el interés de la clase. Es conveniente poner énfasis en la legitimación que tiene que tener el sujeto que representa a la clase. Así, este sujeto tiene que ser miembro de la clase, demostrar un perjuicio propio y estar legitimado por sí mismo, es decir, tiene que tener un interés

⁹⁰ Lillo Goffreri. D. Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile 33 p.

⁹¹ Díaz. G. [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf> [Consulta 26 de julio 2017].

⁹² Bordialí Salamanca, A. 1998. Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno. Rev. derecho (Valdivia) en línea]. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002> [consulta el 25 de julio].

⁹³ Legal Information Institute [en línea] <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. [consulta 25 de julio].

personal en el desarrollo de la controversia. Por otra parte, el juez es el encargado de certificar la naturaleza de acción de clase de la interpuesta. Esa certificación del juez se produce de oficio, tan pronto como sea posible. Notificada que sea la clase - generalmente por medios de comunicación de masas-, la sentencia favorable o desfavorable, alcanza y afecta a los miembros de toda esa clase, salvo respecto de aquellos miembros que hayan optado por excluirse. En esta parte, las acciones de clase representan un claro alejamiento de nuestro sistema jurídico, en el que los efectos de la sentencia sólo pueden alcanzar a quienes hayan sido partes en el proceso.

Los procedimientos colectivos son excepcionales en nuestra legislación y están restringidos a materias relativas a consumo, usuarios y construcción. Sin embargo, en Estados Unidos es una acción de carácter general aplicable a materias como valores, medioambiente y Derecho del trabajo⁹⁴.

En Argentina y Brasil, las acciones populares han sido un instrumento de notable valor en la defensa de los derechos de los consumidores y del medio ambiente y se destacan los mecanismos existentes en estos países. En Brasil por ejemplo el artículo 5 de la Constitución señala que: “Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural.” Para la protección de los derechos colectivos, existen en dicho país dos vías: las llamadas acciones civiles públicas propiamente dichas, que se asimilan a la figura de las acciones populares nuestras y las acciones civiles públicas para la protección de los intereses individuales homogéneos, cuyo parecido es notorio con nuestras acciones de grupo.⁹⁵

⁹⁴ Diario El Mercurio [en línea] <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901159&Path=/0D/C0/>> [consulta 26 de julio 2017].

⁹⁵ Londoño Toro, B. (1999). Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación. Estudios Socio-Jurídicos, Colombia 1(2), 103-131 [En Línea] <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S012405791999000200008&script=sci_arttext&tlng=es>. [consulta 25 de agosto].

Tal como se mencionó anteriormente Estados Unidos y también Canadá son países que enfrentan la legitimación activa ante daños al medio ambiente a través de instrumentos de carácter privado, como lo son las “class actions”, la cuales son litigadas ante los tribunales civiles, por medio de los cuales se argumenta que el aire, el agua, el ruido o la contaminación en particular, ha impactado de manera adversa a un grupo de personas y/o sus bienes, ocasionando con ello, daños ya sea por negligencia, por actos de molestia (nuisance), responsabilidad civil por daños (strict liability) o en cualquier daño en los bienes de cierto grupo de personas de conformidad con las disposiciones ambientales aplicables en ambos países⁹⁶.

En muchos casos, el riesgo inminente de la interposición de una class action, ha llevado a los responsables-demandados, a negociar con el grupo-demandantes a efecto de evitar llevar el asunto a la corte, plasmando ello en un acuerdo por escrito firmado entre las partes y aprobado por el Juez competente, en el cual se establezcan los términos de compensación de daños causados y las acciones a seguir a efecto de resarcir al grupo en su generalidad⁹⁷.

Las acciones de clase son un instrumento también utilizado en nuestro país, pero más bien enfocado a los consumidores con la instalación del Servicio Nacional del Consumidor, SERNAC, con el que se buscaba desalentar violación de derechos y evitar la sobrecarga a los tribunales con cientos de casos similares que podrían ser tratados con un solo proceso⁹⁸. Las acciones vigentes en Chile en virtud de la Ley del Consumidor permiten que los asuntos que afectan a una serie de consumidores se discutan en un único procedimiento ante un juez civil de tal manera que el caso en el tribunal llegue a todas las personas cuyos derechos se hayan visto afectados, incluso aunque no fueron parte del litigio.

⁹⁶ Trad Nacif J. Las acciones colectivas: un paso adelante en el marco ambiental mexicano. Revista Derecho Ambiental y Ecología. [en línea] <http://ceja.org.mx/IMG/LAS_ACCIONES_COLECTIVAS.pdf [consulta 8 de octubre 2016]>.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Gubbins, M. y Lopez, C. *Class Action in Chile* [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

Las facultades del SERNAC se plantearon de forma amplia, fomentando el funcionamiento de los organismos que actuarían como mediadores, método alternativo para resolver los conflictos, y se establecieron los requisitos específicos para que las Asociaciones de Consumidores puedan surgir y ser activamente legitimadas dentro de procedimientos colectivos.

Esto buscaba derribar tres tipos de obstáculos:

- (i) un obstáculo económico, porque muchas personas no pueden recurrir a la justicia por razones puramente económicas
- (ii) un obstáculo procedimental, ya que ciertos tipos de procedimientos tradicionales no son suficientes para protección.
- (iii) un obstáculo organizacional, bajo el cual ciertos intereses de naturaleza colectiva no eran ni eficientes ni susceptibles de ser protegidos si no se introducían transformaciones radicales en ciertas instituciones procesales.⁹⁹

a) Legitimación Activa

Con el fin de determinar que medios legítimos para el propósito de una acción colectiva, mientras se estaba redactando la enmienda a la Ley del Consumidor, se dejó constancia de que al sentenciar la demanda de Horvath Kiss contra Comisión del Medio Ambiente en la Corte Suprema¹⁰⁰, el concepto de legitimidad se amplió para abarcar a todas las personas que se encontraban en la misma situación y cuyos derechos habían sido perjudicados, a pesar de ser portadores de un enorme daño social y que no sufrieron daño significativo o al menos claramente visible en un nivel individual.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente (1997): Corte Suprema, 19 de marzo de 1997. Rol N° 2684-1997.

Para ello, la ley del consumidor especificaba que un recurso colectivo en vista de actos o conductas que afectan al ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores solo puede ser presentado por los siguientes órganos (i) El servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), (ii) una asociación de consumidores formada en la forma prescrita por la ley y (iii) un grupo de 50 o más consumidores debidamente identificados que hayan sido afectados por el mismo interés.

Cualquier acción tomada en esta materia se destaca por no reconocer ningún tipo de legitimidad activa respecto al consumidor tomado en cuenta individualmente, pero independientemente de ello, el artículo 51 de la Ley del Consumidor establece que una vez que un procedimiento haya sido puesto en marcha por una de estas partes, si se considera afectado, puede tomar parte en la demanda.

A continuación, se presenta una descripción de los organismos que pueden iniciar una acción colectiva, sus características generales y los problemas relativos a su legitimidad.

- i. SERNAC, descripción general y atribuciones: es un servicio público funcionalmente descentralizado y con una presencia en todas las regiones del país, con su propia identidad legal y activo, sujeto a la supervisión por el Presidente de la República por el Ministerio de Economía.

El poder de salvaguardar el cumplimiento con normas legales incluye la atribución de denunciar cualquier incumplimiento a los órganos y entidades jurisdiccionales correspondientes y de participar en casos en que se afecte el interés general de los consumidores.

Además, el SERNAC está facultado para mediar entre consumidores y proveedores, pero no para exigir a los proveedores que paguen una indemnización reparadora, ya que es competencia exclusiva de los tribunales a instancias de las mismas partes.

Objeciones a legitimación activa, inicialmente se sugirió que en un sistema de mercado regido el principio subsidiario del Estado, éste sólo puede intervenir cuando las personas privadas no son capaces de tomar determinadas acciones, por lo que la legitimación activa del SERNAC fue vista tan innecesaria y aún como una molestia, si la legitimación activa fuera concedida, al mismo tiempo, a los grupos de consumidores.

Debido a que es un organismo administrado por el Estado, el financiamiento del SERNAC está específicamente previsto en el presupuesto anual como parte de lo que se designa al Ministerio de Economía del cual depende este servicio¹⁰¹.

- ii. Asociaciones de Consumidor, descripción general y sus atribuciones: Las Asociaciones de Consumidor son organizaciones creadas para restablecer el equilibrio entre proveedores y consumidores y ellos consisten en personas naturales o cuerpos legales.

Deben ser independientes de todo tipo de intereses económicos, comerciales o políticos y sus objetivos deben ser los de proteger, informar y educar a los consumidores, así como asumir la representación y defensa de sus miembros y de los consumidores que le pidan ayuda, interés lucrativo o publicidad no informativa.

Para formar una Asociación, los socios deben celebrar una reunión ante un Notario Público que tiene que ser aprobado por los miembros. Los miembros estarán formados por al menos 25 personas naturales o jurídicas o 4 entidades jurídicas (como las asociaciones de vecinos o los centros o asociaciones de padres).

¹⁰¹ Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

Objeciones a la legitimación: Antes de la reforma de la Ley del Consumidor que incorporaba acciones colectivas, las disposiciones que regulaban las asociaciones de consumidores eran criticadas porque contenían una legitimación activa que los restringía a la defensa de los intereses de sus miembros, lo cual estaba totalmente en contradicción con las atribuciones concedidas a estas organizaciones, sin embargo, las disposiciones incorporadas les otorgan el poder de representar los intereses colectivos y generalizados de los consumidores.

Sin embargo, una parte de la discusión que precedió a la incorporación de tales disposiciones dejó claro que la legitimación otorgada a las Asociaciones de Consumidores podría confundir incómodamente lo público con lo privado, ya que podría entenderse como posible demandar sin un mandato en nombre de cualquier consumidor.

La legitimación en este sentido está en gran medida, sujeta a la opinión del tribunal y las circunstancias del caso.

El financiamiento de las asociaciones de consumidores es por medio de acciones permitidas bajo la misma Ley del consumidor o con fondos competitivos cuya creación esta prevista en el mismo órgano jurídico. Estos fondos consisten en dinero que está incluido en el presupuesto de SERNAC y donaciones hechas por organizaciones sin fines de lucro, tanto nacionales como extranjeros¹⁰².

- iii. Grupo de 50 o más consumidores: aquí se trata de grupos de interés privados cuyo establecimiento no requiere ninguna formalidad, como es el caso de las Asociaciones de Consumidores.

¹⁰² Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

En relación a su legitimación activa, la doctrina ha llegado a la conclusión que estos grupos tienen legitimidad para demandar, pero no tienen la capacidad de actuar como grupo, porque carecen de una identidad legal como tal.

El financiamiento de estos grupos viene dado exclusivamente por las personas afectadas y que se reúnen para presentar una demanda colectiva, convirtiéndose así en una opción de litigio difícil de resolver¹⁰³.

3. Acción de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) en Materia Ambiental

Las ONGS con fines plausibles y conformadas legalmente para ejercer su actividad, muchas veces se encuentran con diferentes barreras a la hora de actuar en favor de intereses colectivos. Lo que se acostumbraba a ver era que el estado se hacía cargo de los asuntos colectivos, sin embargo, ahora vemos que son las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) las que han tomado protagonismo en ciertos temas como por ejemplo lo relativo a la protección del medio ambiente.

En casos ambientales es particularmente importante ya que el afectado muchas veces coincide con una población vulnerable que está expuesta o recibe cargas ambientales indeseadas. La interrogante que nace muchas veces y así lo indica y afirma Rosales¹⁰⁴ es si una personalidad jurídica puede representar en un juicio a personas naturales por su garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y determinar si ella misma puede alegar vulneración de la garantía del Art. 19 N°8 de CPR, más adelante se afirma esta posibilidad.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 131 p.

En el mismo trabajo de Rosales se analiza un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en donde se reconoce de forma explícita el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación a una Corporación de derecho privado sin fines de lucro, cuyo fin, por estatutos es el cuidado del medio ambiente y la preservación de la naturaleza. Acá se puede apreciar un reconocimiento de un derecho fundamental a una personalidad jurídica, que va más allá de la representación de intereses de terceros¹⁰⁵.

La sentencia de la corte de apelaciones resuelve la cuestión de la legitimación activa de la Corporación que recurre protección por sí misma, considerando dos aspectos básicos tanto del Art. 19 y 20 de la CPR y que los expresa en su considerando 5º¹⁰⁶.

La clave para otorgar titularidad respecto de este derecho a personas jurídicas radica en determinar si posee, como un elemento de su esencia, alguna conexión con el medio ambiente, de forma tal que sin un medio ambiente sano no sirva ya a los fines propios para lo cual fue creada, decayendo todo su propósito y actividad. Así el ordenamiento jurídico- constitucional debe entregarle algún tipo de protección para defenderse ante un ataque a la esencia de su existencia como persona jurídica. Creemos que la respuesta a esta protección es la titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Donde el término “vivir”, al igual que se ha

¹⁰⁵ Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca 2015. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.

¹⁰⁶ “Que, si bien, la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión debatida por la doctrina, a partir del enunciado inicial del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto a los derechos allí mencionados se garantizan a todas las personas”, “así como de la legitimación activa genérica del artículo 20 (“...el que...”) y de la regla de no distinción traspasada del derecho civil - allí donde el legislador no ha distinguido, no es lícito al intérprete distinguir-, la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha sostenido el criterio de que los derechos contenidos en la primavera de las normas citadas deben ser reconocidos, dentro de sus posibilidades, al menos dentro del contexto del recurso de protección, a las personas jurídicas, en general, opinión que este Tribunal de alzada comparte, toda vez que el recurrente, en su calidad de corporación, posee autonomía administrativa en relación con el poder central, lo que encuentra sustento en la propia regulación que contempla nuestra Carta Fundamental, de la cual se desprende que puede verse afectado con algunos actos de la administración central.” Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca 2015. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.

interpretado el termino libre de contaminación, implique una visión amplia, no solo del vivir humano físico, ni de la evolución actual como “calidad de vida”, sino como situarse en un lugar determinado desarrollando actividades y generando múltiples interacciones en el entorno. En el caso de las personas jurídicas esta serie de actividades e interacciones deben estar relacionadas con alguna finalidad ligada al medio ambiente¹⁰⁷.

En este mismo sentido podemos recordar el fallo que rechazó la demanda en contra del proyecto Pascua Lama¹⁰⁸, en donde El Tribunal dio un nuevo paso en relación al acceso a la Justicia Ambiental, al reconocer a ciertas organizaciones ciudadanas, particularmente Organizaciones No Gubernamentales, (ONG's) que posean personalidad jurídica, legitimación activa para comparecer por sí mismas e interponer demandas por reparación de daño ambiental. La legitimación de estas organizaciones se evaluará caso a caso, en base a criterios predefinidos y en función del objeto social explicitado en sus estatutos.

“Si una ONG puede actuar antes de que el daño se produzca, en sede administrativa, no es lógico que no pueda hacerlo una vez que el daño se produjo, más todavía si, como se ha argumentado más arriba, puede ser el único ente interesado en demandar la reparación del daño ambiental causado”, dice el fallo¹⁰⁹.

Sin embargo, en esta ocasión y en base a la información disponible respecto del Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), el Tribunal no pudo dar por acreditada su legitimación para actuar por sí misma en esta demanda.

¹⁰⁷ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 126 p.

¹⁰⁸ Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales contra de Compañía Minera Nevada Spa. 2013. ROL N° D-2-2013.

¹⁰⁹ Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales contra de Compañía Minera Nevada Spa. 2013. ROL N° D-2-2013. Considerando 30°.

Esta decisión contó con el voto en contra del ministro Rafael Asenjo, Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago, en ese entonces, quien, en base a la información disponible y “teniendo en cuenta el conocido historial de OLCA en relación a conflictos ambientales como el de autos, a juicio de este Ministro, es suficiente para dar acreditada su legitimación activa para demandar la reparación del daño ambiental de los glaciares, del ambiente periglacial, y de los recursos hídricos asociados, pues es posible presumir dentro de su objeto estatutario, entre otros fines, la capacidad para comparecer por sí misma ante este Tribunal en causas por daño ambiental”¹¹⁰.

Rosales concluye que La Constitución chilena no se pronuncia expresamente sobre el otorgamiento o denegación de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Por ello, los esfuerzos de dar o quitárselos vienen de la interpretación del texto constitucional. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación existe doctrina en ambos sentidos, desde los que niegan la titularidad agrupando el derecho dentro de los que solo pueden ser ejercidos por personas naturales, interpretando el término vivir de forma idéntica al derecho a la vida del art. 19 N° 1, hasta los que aceptan la titularidad por que el encabezado del art. 19 no distingue, y donde el constituyente no ha distinguido le está vedado al intérprete hacerlo¹¹¹.

¹¹⁰ Ibid 164 p.

¹¹¹ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 137 p.

CONCLUSIONES Y COMENTARIOS

Como primera conclusión podemos decir que el medio ambiente se ha reconocido como un interés difuso que incumbe a una colectividad de personas, los cuales han manifestado su legítimo interés a través del derecho fundamental de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En este sentido, es indudable que un daño ecológico conforme al ordenamiento nacional compromete el interés difuso ambiental. De hecho, las singularidades de un daño ambiental podrían implicar que sus consecuencias afecten incluso a generaciones futuras, aún no nacidas, que eventualmente requerirán del medio ambiente para su posterior desarrollo.

En el mismo contexto anterior, se hace necesario contar con un mayor desarrollo del concepto de legitimación activa de los afectados, desde un punto de vista procesal, a fin de que toda persona que vea vulnerado su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación esté habilitado para acaecer ante los tribunales. Que la legitimación no sea un requisito de admisibilidad a un proceso judicial. Se debe revisar y replantear la legitimación activa en la acción de protección por daño ambiental, tanto por el legislador como por el juzgador, ya que se podría considerar como una acción inconstitucional al impedir que personas puedan hacer valer sus derechos, ya que se exige encontrarse directamente afecto para poder hacer valer la legitimación.

Recordando lo expresado por la Profesora Pilar Moraga y de acuerdo con la teoría antropocéntrica del Derecho al medio ambiente, actualmente se considera que debe existir interés para que exista acción. Pero qué pasa cuando existe un daño al medio ambiente, pero no hay afectados directamente, o los afectados directos no tienen interés de accionar un proceso, en este caso, se podría comenzar por ampliar la legitimación, reconociéndole legitimación activa a una amplitud mayor de personas, sean estas naturales o jurídicas, que las actualmente identificadas, permitiendo y asegurando que la acción de protección sea efectivamente un resguardo del derecho constitucional afectado, o que pueda temerse que lleguen a afectarse a cualquier persona o grupo humano de nuestro país.

Se considera que debería existir un razonamiento judicial señero en el ámbito de la titularidad y legitimación activa de las garantías constitucionales de las personalidades jurídicas, al menos se han podido apreciar fallos en que las Cortes han ampliado el sentido de este alcance respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero aún no se establece un lineamiento claro y uniforme. Posteriormente se estableció que, dentro de los estatutos de las personas jurídicas, debía constar la tutela por el medio ambiente para ser legitimante activo, sin embargo, como pudimos ver en el caso la ONG OLCA, esto no fue suficiente, contando sólo con el voto de minoría de Rafael Asenjo, quien dio por acreditada la legitimación activa de la ONG.

Si bien puede resultar bastante difícil cambiar la posición jurisprudencial que se encuentra arraigada en Chile como para tratar la acción de protección ante daño ambiental como una acción popular, se podría, sin embargo, considerar la ampliación de la legitimación como ya se mencionó anteriormente y por qué no, analizar la alternativa de inclusión de acciones de clase en materia ambiental o litigación de interés públicos, como lo han hecho México, EE.UU y Canadá.

BLIOGRAFÍA.

Leyes citadas:

- a) Argentina. Constitución Política de la República de Argentina del 1 de mayo de 1853, y sus reformas.
- b) Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- c) Chile. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20600: Crea los Tribunales Ambientales.
- d) Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2011. Ley 19.496: Sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores.
- e) Chile. Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.
- f) Chile. Ministerio de Justicia. 2000. Código Civil de la República de Chile.
- g) Chile. 1980. Constitución Política de la República de Chile.
- h) España. 1981. Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, Del Defensor del Pueblo (BOE. núm. 109, 7 de mayo).
- i) México. 2001. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley Orgánica de la procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal.
- j) Perú. Constitución Política del Perú del 1 de enero de 1993.

Libros, artículos y ponencias:

- a) Aguirrezabal Grünstein, M. 2006. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista chilena de derecho, 33 (1), 69-91. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005> [consulta 18 de julio].
- b) Ameal, O. 1991. La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia. Buenos Aires, Argentina.
- c) Aranda Ortega, J. [s/a] ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno. 313 p. [en línea] <http://www.academia.edu/3103705/_Derechos_a_la_naturaleza_o_de_derechos_

de_la_naturaleza_El_pensamiento_ecoc%C3%A9ntrico_en_el_derecho_ambiental_chileno>.

- d) Barros Bourie, E. 1998. Responsabilidad civil en materia de medio ambiente. Derecho del Medio Ambiente, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile.
- e) Bermúdez Soto, J. 2015. Fundamentos de Derecho Ambiental 2a Edición. Ediciones Universitarias Valparaíso. Chile.
- f) Bidart Campos. 1993. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tomo I (El derecho constitucional de libertad), ediar, Buenos Aires.
- g) Bordalí Salamanca, A. 1998. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. Rev. derecho (Valdivia). Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.
- h) Bórquez Yunge, J. M. 1993. Introducción al Derecho Ambiental Chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile.
- i) Brañes Ballesteros, R. 1994. Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Fondo de Cultura Económica. México.
- j) Brañes Ballesteros, R. 2000. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina.
- k) Contraloría General de la República 2001 [en línea] <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=A735D8E2EFFEC378842571BD004D53F0>>.
- l) Defensor del Pueblo de la Nación [en línea] <<http://www.dpn.gob.ar/ambiente.php>>
- m) Delgado de Miguel, J.F. 1992 Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y Ecología. Editorial Aranzadi, Pamplona.
- n) Delgado V. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. Revista de Derecho (Valdivia), 2012, vol. 25, N° 1, p 47- 76 [En Línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100003>>.
- o) Díaz Fuenzalida J. 2016. El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman>>.

- p) Díaz. G. [s/a] [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf>.
- q) Emol 2001. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/06/26/58642/fallo-categorico-tribunal-constitucional-apoya-restriccion-a-cataliticos.html>>.
- r) Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. 2016. El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1).
- s) Fernández M. 2008. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativos a conflictos entre Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho Público*. Vol 70.
- t) Galindo Villarroel, M. 2003. “El caso Itata: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección”, *Revista de Derecho Ambiental*, vol. I.
- u) Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf>.
- v) Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile.
- w) Martín Mateo, R. 1998. *Manual de derecho Ambiental*, 2º edición, Editorial Trivium, Madrid.
- x) Mejía, M. [s/a] *Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental*.
- y) Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003).
- z) México. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial [en línea] <http://www.paot.org.mx/conocenos/que_es_paot.php>.
- aa) Moraga Sariago, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (39), 291-317.
- bb) Moure Pino, A. M. 2014. *El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile*. Editorial Dykinson.

- cc) Nogueira Alcalá, H. 2004. La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(2), 197-223. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000200007>>.
- dd) Ramos, S. 1992. La cuestión ambiental y la transformación del derecho. *Revista del Derecho Industrial*, Ediciones Depalma S.R.L., Buenos Aires.
- ee) Rodríguez Melendez, R. Intereses y tutela constitucional [s/a] [en línea] <<https://es.scribd.com/document/127276350/Rodriguez-Melendez-Roberto-Enrique-Intereses-y-Tutela-Constitucional>>.
- ff) Romero, A. 2006. Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- gg) Royal Commission on Environmental Pollution www.rcep.org.uk.
- hh) Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? *Revista de Derecho*.
- ii) Serrano Moreno, J. L. 1992. *Ecología y derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica*. Comares.
- jj) Soto, E. “1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, Primera parte, Sección Derecho.
- kk) Tisné Niemann, J B. 2014. Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la ley n° 20.600. *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 21, no 1, p. 323-351.[En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071897532014000100010&script=sci_arttext&tlng=en>.
- ll) Trad Nacif J. Las acciones colectivas: un paso adelante en el marco ambiental mexicano. *Revista Derecho Ambiental y Ecología*. [en línea] <http://ceja.org.mx/IMG/LAS_ACCIONES_COLECTIVAS.pdf>.
- mm) Valenzuela R. 1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda.

- nn) Valenzuela, R. La Responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC).
- oo) Vásquez Rodríguez, C. 2014 Derechos de los Pueblos, Ambientales o Derechos Difusos, España.
- pp) Wolter Kluwer. Guías Jurídicas, Legitimación. España [En Línea] <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=h4siaaaaaaaaeahwoqq-cmayff427mbin5x1eualb3u0zdsydbso2b93gutcwvdr-_pe-w5iuehesspgsolbg2f3onmmihy0zszekgoogcovjykh3naxks8xoqqjlvqebkylk-dz8crtmap64maml7bnltaxquozgja_hhenowsml7nohudd-dsl0hexg9f6q8lel320yax0t7otl_qyg9v7yvzhaynv3tl-yfcepaaawke>

Jurisprudencia citada:

- a) Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales en contra de Compañía Minera Nevada Spa. (2013). Rol N° D-2-2013.
- b) Caso Bocamina II (sentencia de 6 de noviembre de 2014, Rol N° 15.737-2014.
- c) Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio de Evaluación Ambiental Región de Aysén (2012): Corte Suprema, 11 de mayo de 2012 (Caso Río Cuervo). Rol N° 2463-2012
- d) Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 17 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996.
- e) El Morro, sentencia de 7 de octubre de 2014, Rol N° 11.299-2014.
- f) Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca (2015). Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.
- g) Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente (1997): Corte Suprema, 19 de marzo de 1997. Rol N° 2684-1997
- h) Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región. (2013). Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de noviembre de 2013 (recurso de protección). Rol N° 6.823-2013.
- i) Lema Keith Guillermo Patricio con Mardones Lara Dalia Ester (2014): Corte Suprema, 26 de febrero de 2014 (Casación en el fondo) rol N° 1837-2013.

- j) Leopoldo David Muñoz de la Parra y otros contra Resolución Exenta N°128 de la Comisión de Evaluación de la X Región de Los Lagos y otros (2014): Corte Suprema, 30 de enero de 2015. Rol N° 28.745-2014.
- k) Ximena Carzola Carzola y otros contra Dirección Ejecutiva de Evaluación Ambiental (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de septiembre de 2014. Rol N° 31.177-2013.



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



LEGITIMACIÓN AMBIENTAL ACTIVA

VILMA CAROLINA JIMÉNEZ GONZÁLEZ

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL
GRADO DE MAGISTER EN DERECHO AMBIENTAL

PROFESOR GUÍA:
SERGIO MONTENEGRO A.

SANTIAGO DE CHILE
OCTUBRE 2017

INDICE	Página
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES.....	6
1. Derecho ambiental.....	6
2. Bien jurídico protegido	7
CAPÍTULO II: LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE.....	9
1. Legitimación activa, aspectos generales.....	9
2. Acción ante daño ambiental	11
3. Acción de protección en materia ambiental.....	19
CAPITULO III: EL MEDIO AMBIENTE COMO INTERES COLECTIVO Y DIFUSO.....	27
1. Intereses colectivos y difusos.....	27
a. Interés colectivo.....	28
b. Interés difuso	29
2. Medio ambiente como interés colectivo y difuso.....	30
3. Titularidad del medio ambiente.....	33
CAPITULO IV: OTROS MEDIOS DE TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE.....	34
1. Ombudsman.....	34
a) Ombudsman en Chile.....	35
b) Modelos de Ombudsman en el Derecho comparado.....	38
2. Acciones de clase.....	43
3. Acción de las ONG en materia ambiental	50
CONCLUSIONES Y COMENTARIOS.....	54
BIBLIOGRAFÍA	56
Leyes citadas.....	56
Artículos, libros y ponencias.....	56
Jurisprudencia citada	60

INTRODUCCIÓN.

“Durante muchos siglos se pensó que el hombre debía dominar las fuerzas de la naturaleza y ponerlas a su servicio. Se creía, en alguna medida, que los recursos naturales eran inagotables y que la industrialización era per se un objetivo deseable, sin que se evaluara cuál podría ser el impacto de la actividad económica en el medio ambiente”¹.

El ser humano necesita del medio ambiente para sobrevivir, es el único espacio en el que, hasta ahora, puede desarrollar su existencia. Aire, agua, suelo, diversidad biológica, minerales y en general recursos naturales conforman el capital terrestre con el que la humanidad ha contado, cuenta y contará para existir y desarrollarse. Los elementos del capital terrestre son puestos en movimiento gracias a la inagotable energía aportada por el sol: el capital solar. El producto de la ecuación ambiental, conformada por capital terrestre y capital solar, lo constituye el medio ambiente, sobre el que la humanidad ha evolucionado en la forma y condiciones que se conocen hoy en día².

Los problemas ambientales, como el crecimiento de la población, la depredación de los recursos naturales, la extinción de especies, el calentamiento global, etc. parecen amenazar hoy, más que nunca, al medio ambiente. Es más, si de algún tema puede decirse en la actualidad que está en boga y que sobre él existe un clima de opinión en todos los países sean industrializados y no, es del “medio ambiente y de la protección ambiental”

En este mismo sentido la protección y el cuidado del medio ambiente se ha vuelto parte del derecho de quienes en el habitan. Existe una denominación de “derechos de tercera generación”, o “derechos de los pueblos” nombre con el que se denominan al derecho a la protección del medio ambiente, al derecho a la calidad de

¹ Bórquez Yunge, J. M. (1993). Introducción al Derecho Ambiental Chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile. 5 p.

² Bermúdez Soto, J. (2015) Fundamentos de Derecho Ambiental 2ª Edición. Ediciones Universitarias Valparaíso. Chile 25 p.

vida, al derecho a la paz, entre otros que han generado diversos enfoques y percepciones a la hora de determinar la legitimación activa. Esta generación de derechos difusos presenta como características principales la afectación global y la indeterminación de sus titulares.³

Estos derechos parten de necesidades globales que conciernen y afectan al ser humano en general de tal manera que la titularidad de los mismos corresponde copartícipe y universalmente a todos los humanos, están sustentados en el principio de solidaridad y corresponsabilidad, por lo que desde esta apreciación los podemos denominar derechos difusos⁴.

En general, la jurisprudencia ha sostenido que la titularidad del derecho unido a un ejercicio legítimo agraviado es lo que le otorga legitimación activa a un recurrente y en consecuencia se ha expresado que la legitimación es una cuestión de fondo, que atañe al derecho mismo. Se ha expresado además que es indispensable la coincidencia geográfica entre el domicilio del afectado y el lugar donde se produce el agravio, puesto que para el caso del recurso de protección no es una acción popular. Sin embargo, y contradictoriamente con lo anterior, la Corte ha dicho que los recurrentes tienen derecho a instar por la preservación de la naturaleza, actividad que compete no solo a las personas que viven cerca o en el lugar físico mismo donde se desarrolla el acto que agravia. Lo anterior es recogido en la famosa sentencia de 1997, dictada en el caso Trillium, en donde se reconoce la posibilidad de legitimidad activa remota.⁵

³ Vásquez Rodríguez, C. (2014) Derechos de los Pueblos, Ambientales o Derechos Difusos, España. 6 p.

⁴ Ibid 6 p.

⁵“13°) Que, por último, respecto de la supuesta falta de legitimación activa de los recurrentes para interponer este recurso, alegada por los recurridos y la Empresa Forestal Trillium, cabe señalar que 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

Se considera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho humano con rango constitucional, de carácter subjetivo y colectivo público, por lo que su ejercicio le corresponde a todas las personas y cuyo resguardo le corresponde a toda la sociedad.

Por otra parte, también existe la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, procedimiento que cuenta con un órgano jurisdiccional especial, los Tribunales Ambientales, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento⁶.

Serán legitimados activos para esta acción ambiental y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado las personas naturales o jurídicas las municipalidades y el Estado.

Teóricamente el que puede reclamar la reparación del daño es aquel sujeto que lo ha sufrido, pero, ¿Qué pasa cuando se perciben daños ambientales que no producen efectos directos sobre el patrimonio o la integridad de una persona, sino que afectan el entorno natural en el que ésta se desenvuelve y se convierte en una afectación a una diversidad de personas o bienes con una delimitación física difícil de establecer? Y si sumamos a lo anterior el requisito de demostrar como una actuación o resolución afecta directamente a una persona, complica aún más la situación. En este mismo sentido es que el presente trabajo tiene como objetivo analizar la legitimación activa ante la acción de daño ambiental y ante el derecho constitucional, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

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. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual. CS, 19.3.1997. Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996.

⁶ Chile. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20600: Crea los Tribunales Ambientales.

Se hace necesario poder establecer cuando las personas pueden ejercer la acción ante daño ambiental sin que la legitimación activa quede estrictamente asociada al concepto de afectado directamente, se entiende que es necesario que haya un interés por parte del afectado para que exista tal acción. También analizaremos cuando procede la acción de protección en materia ambiental, los fallos dictados antes de la entrada en vigor de los Tribunales Ambientales y la situación actual.

Capítulo 1 : CONSIDERACIONES GENERALES

1. Derecho Ambiental

En torno a la denominación de Derecho Ambiental se han dado diversas acepciones, Raúl Brañes Ballesteros⁷ lo define como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.

De acuerdo con lo expresado por Jorge Aranda⁸, el Derecho Ambiental surge en los hechos, como bien sabemos de la insostenibilidad de ciertas prácticas productivas, reconociendo límites a ciertas actividades en favor de la preservación de la naturaleza, siempre que sea útil a la subsistencia humana. Así, el Derecho Ambiental es un “derecho de límites”. Como ciencia social aplicada no se encuentra ajena a la relación antropocéntrica de conflicto y dominación de la naturaleza. Mediante la ley el hombre ha determinado una forma de dominación de la naturaleza gracias al derecho de propiedad y sus derechos reales derivados. En este mismo sentido, el

⁷ Brañes Ballesteros, R. (1994) Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Fondo de Cultura Económica. México 27 p.

⁸ Aranda Ortega, J. ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno. 313 p. [en línea] <[http://www.academia.edu/3103705/ Derechos a la naturaleza o de derechos de la naturaleza El pensamiento ecoc%C3%A9ntrico en el derecho ambiental chileno](http://www.academia.edu/3103705/Derechos_a_la_naturaleza_o_de_derechos_de_la_naturaleza_El_pensamiento_ecoc%C3%A9ntrico_en_el_derecho_ambiental_chileno)> [consulta 20 de julio 2017]

objeto existe para ser dominado y puesto bajo los intereses y valores del sujeto que lo apropia.

La solución que se adoptó, para garantizar los derechos fundamentales que se veían afectados por un ambiente deteriorado, fue convertir el derecho al medio ambiente (apto, adecuado, equilibrado, o libre de contaminación) en un Derecho Fundamental.⁹

2. Bien Jurídico Protegido

Existen distintas tendencias para conceptualizar jurídicamente al medio ambiente, dependiendo de los elementos que van a formar parte de él. A continuación, las dos principales posiciones que existen en este punto.

En una primera orientación, el medio ambiente estaría formado sólo por aquellos elementos que constituirían el soporte básico e indispensable para la vida humana. Dentro de esta posición, que podemos denominar como tesis restringida, destaca la tesis de Martín Mateo¹⁰, en España, el que pone énfasis en la titularidad común de estos elementos y sus características dinámicas (por lo que el medio ambiente estaría conformado básicamente por las aguas, el aire y también el suelo, en cuanto a elemento interrelacionado con los dos anteriores). Esta tesis es rechazada por muchos, precisamente por su carácter de estrecha y rígida, ya que excluye todos aquellos elementos ambientales en los que participaría la acción del hombre, además de aquellos elementos de la naturaleza de máxima importancia desde el punto de vista del equilibrio de los ecosistemas, como la flora y la fauna, la biodiversidad, etc.

La segunda posición, la podríamos denominar como una tesis extensiva, bastante más amplia que incluiría, además de los elementos naturales bióticos y abióticos, aquellos que pueden ser considerados como sociales, económicos,

⁹ Ibid. 315 p.

¹⁰ Martín Mateo, R. (1998) Manual de derecho Ambiental, 2º edición, Editorial Trivium, Madrid 62 p.

culturales y estéticos, tales como el urbanismo, el patrimonio histórico, cultural, el paisaje¹¹, etc.

Esta posición es considerada por algunos como “ambiciosa e ingenua, en cuanto abarca los más variados y heterogéneos objetivos”¹², lo que imposibilitaría la formación de una disciplina jurídica ambiental que aglutinara, mediante principios comunes, todos los problemas ambientales.

En Chile se da la situación que la propia Ley de Bases del Medio ambiente es la que definió el concepto de medio ambiente, lo cual no debe entenderse que dichas normas legales tengan una “jerarquía de normas interpretativas de la Constitución, para lo cual hubieran necesitado de un quórum de aprobación especial, pero es obvio que esta definición legal de medio ambiente y todas las otras definiciones que hizo el legislador, tendrán una clara y decisiva influencia en la interpretación de las normas constitucionales cuando corresponda hacerlo a los tribunales requeridos.

La Ley de Bases del Medio ambiente, en su artículo 2° letra II), dispone que el medio ambiente es:

“El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”

¹¹ En Italia, con la Ley Galasso de 8/8/85, el paisaje debe ser considerado no solo como un valor estético, sino claramente como un bien ambiental, coesencial a la vida del hombre, pasando a ser considerado como un recurso natural más de los que ya integran el medio ambiente. Delgado de Miguel, J.F. (1992) Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y Ecología. Editorial Aranzadi, Pamplona. 194 p.

¹² Bordalí Salamanca, A. 1998. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. [Consulta: 25 Julio 2017]

Capítulo 2 : LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE

1. Legitimación Activa, aspectos generales

La legitimación activa en su esencia se considera un término bastante debatido y confuso en el derecho. Se define como la posibilidad o facultad de una persona de poder acceder a un tribunal, promover e intervenir en un proceso como parte activa de este¹³.

En tal sentido guarda estrecha relación con la idea de capacidad, pero se diferencia de ella en que mientras la capacidad define las condiciones generales para intervenir en el proceso, la legitimación determina las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho material que se acciona. No constituye un presupuesto del derecho al proceso, sino un requisito de la acción que se ejercita en el proceso, que deriva de la titularidad de la acción que se reclama, pues, en definitiva, la legitimación se determina por esa titularidad¹⁴.

De acuerdo con lo abordado por Nogueira Alcalá, quien hace un análisis de las implicancias sustantivas constitucionales que tiene la legitimación activa en los tribunales de países latinoamericanos, éste propone una definición de legitimación activa de la siguiente manera:

“La legitimación activa en el ámbito de la jurisdicción constitucional es la capacidad procesal que le reconoce el Estado a una persona natural o jurídica, como asimismo a órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la

¹³ Wolter Kluwer. Guías Jurídicas, Legitimación. España [En Línea] <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAHWOQQ-CMAyFf427mBiN5x1EuaLB3U0ZDSyBDbsO2b93gUTCwdvr-_pe-w5IUeHEssPGsOIBG2f3oNmMIHy0zsZeKgooGCovjyKhAN3NaXkS8xoqqJLvqEbKYIK-dZ8CRtMAp64MaMl7BNLtAxqUOZGjA_hhEnowsmL7nOHuDD-dSL0heXG9F6q8lEL320yaX0t7OtL_QyG9v7YvZhaYnV3tL-YlfcEPAQAAWKE> [Consulta: 26 de abril 2017]

¹⁴ Ibid

ley, para actuar en procedimientos jurisdiccionales como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.”¹⁵

La legitimación activa para accionar puede variar según la naturaleza del procedimiento ya sea abstracto, donde funciona como un procedimiento en contra de normas infraconstitucionales y en el caso contrario, un procedimiento o control concreto de constitucionalidad.

En este mismo sentido en el documento “La Legitimación Activa en los Procedimientos de Tribunales Constitucionales de América del Sur, pueden identificarse a modo general 4 grupos” de legitimados, entre ellos: determinadas autoridades u órganos constitucionales y un número de parlamentarios que integran las Cámaras del Congreso Nacional o la Asamblea Legislativa; los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción popular).¹⁶

Otro concepto un tanto más amplio de legitimación es el que da, en España, según lo expuesto por Bordalí en la publicación “Titularidad y Legitimación activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno”, en una cita a Silguero, quien la define como “el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor de un sujeto, en cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción, en base a la relación existente entre el sujeto y los derechos e intereses legítimos cuya tutela jurisdiccional pretende”. Como señala este mismo autor, la legitimación existiría con independencia de la titularidad de los derechos e intereses legítimos, si bien, como ocurre muchísimas veces, es precisamente en la titularidad en la que el ordenamiento jurídico se basa para reconocer a un sujeto determinado la legitimación¹⁷.

¹⁵ Nogueira Alcalá, H. (2004). La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(2), 197-223. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000200007>> [Consulta: 26 de abril 2017]

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Bordalí Salamanca, A. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63 [en línea]. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002> [consulta el 25 de julio]

Para otros, en cambio la base de la legitimación, a diferencia de lo señalado anteriormente, está dada, necesariamente, por la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Por su parte Bordalí, en materia ambiental cree correcto no asociar estrictamente la legitimación activa con la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo. Esta concepción dejaría sin la debida defensa al ambiente considerado como interés difuso o bien colectivo, a menos que pueda ser asociado el concepto de interés legítimo con el concepto de interés difuso o colectivo¹⁸. También lo sostiene, en Brasil, Saulo Ramos, cuando expresa que es necesario ir "reconociendo la existencia del derecho difuso como legitimación activa para que las personas -sin derecho propio- actúen en defensa de los bienes ambientales"¹⁹. Habiendo un interés difuso, se entendería que cualquier persona que habita el territorio del Estado tendría legitimación activa, ya que existiría una relación reconocida entre el sujeto que actúa y un interés legítimo tutelado por el ordenamiento jurídico.

2. Acción Ante Daño Ambiental

La ley define por "daño ambiental" como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes"²⁰

Por "medio ambiente" la ley entiende "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ramos, S. (1992). La cuestión ambiental y la transformación del derecho. *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires. Ediciones Depalma S.R.L., Buenos Aires, 473 p.

²⁰ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 2° e).

o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.²¹

Con la integración de ambas definiciones se puede decir que por “daño ambiental” deba entenderse “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, biológica o sociocultural que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones; así como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo infligido a uno o más de los componentes de este sistema global soportante de la vida”.

En este mismo sentido la Constitución, en efecto, asegura a todas las personas “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, y consulta mecanismos específicos para instar por la efectiva cautela y salvaguardia de este derecho²². Claro que, en estricto rigor, no se está en este caso ante un derecho “sobre” el medio ambiente, sino ante un derecho “a” la mantención impoluta de sus elementos asociables a la vida humana, lo que marca una diferencia²³

En nuestro marco legal la acción ante daño ambiental viene dada por la Ley 19.300 Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Frente a daños al medio ambiente se concede una acción que tiene por objeto sólo la reparación del medio ambiente dañado²⁴, no considera una indemnización de perjuicios. Producido el daño ambiental, se concede la acción para obtener la reparación del medio ambiente

²¹ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 2° II).

²² Constitución Política de la República de Chile. 1980. Arts. 19 8°) inciso primero y 20 inciso segundo.

²³ Valenzuela, R. La responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC) 81 p.

²⁴ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art 53°.

dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

En nuestro derecho, la acción de indemnización de perjuicios por daños provenientes u ocasionados por un daño al ambiente tiene clara y obviamente, un carácter privado, mientras que la acción ambiental tendiente a la reparación del ambiente dañado presenta una cara marcadamente pública²⁵.

En materia ambiental la legitimación activa, de acuerdo con lo expuesto por Serrano en su libro de Ecología y Derecho, la podemos entender como “la posibilidad de accionar jurídicamente solicitando la tutela del equilibrio de un ecosistema”²⁶

Las personas que están legitimadas para interponer una demanda por daño ambiental, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la LBMA son las siguientes:

1. Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio: La norma es expresa al exigir que la persona sea directamente afectada. No es arbitraria su redacción toda vez que dicho calificativo impone un límite a la legitimidad personal. Esto no significa que en un daño ambiental el único universo de intereses comprometidos de carácter individual sean aquellos de los individuos legitimados. Simplemente aquellos que no hayan sido directamente afectados se les impide accionar, no por falta de interés, sino por no contar con legitimación activa. Es la manera que el legislador escogió para reconocer el interés particular relevante en materia de daño ambiental en

²⁵ Barros Bourie, E. (1998). Responsabilidad civil en materia de medio ambiente. Derecho del Medio Ambiente, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 55p.

²⁶ Serrano Moreno, J. L. (1992). Ecología y derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica. Comares 105 p.

desmedro de los demás interesados individuales. A mayor abundamiento, de la historia de la LBGMA según la cita realizada por Tisné²⁷ a Toledo, se observa el trámite legislativo en que expresamente se rechazó la enmienda que proponía el concepto “interés” en reemplazo del “directamente afectado”. La razón del Senado de impedir la redacción de la norma en dicho término fue que “abre la norma a una interpretación extensiva que no se corresponde con el criterio de acotar el ámbito de quienes pueden ser considerados titulares de la acción ambiental”

2. Las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas: Las municipalidades podrán accionar cuando el daño acaezca en su comuna o a petición de interesados conforme al artículo 54 de la LBGMA. Es importante destacar que existe una inconsistencia cuando la norma dispone que la municipalidad accionará en representación del interesado. La municipalidad no actuará en representación de la parte interesada, sino mediante una legitimación extraordinaria por sustitución procesal. Romero aclara que “la sustitución es una figura distinta de la representación procesal. Como se sabe, la representación se caracteriza por la actuación que un tercero realiza en nombre de otro en un proceso. Cualquiera sea la clase de representación, lo distintivo es que el representante actúe en nombre ajeno y por un derecho igualmente ajeno, a diferencia de la sustitución, donde el sustituto actúa en su nombre, adquiriendo él la calidad de parte”²⁸.

²⁷ Tisné Niemann, J B. 2014. Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la ley n° 20.600. Revista de derecho (Coquimbo), vol. 21, no 1, p. 323-351.[En línea] <<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000100010&script=sciarttext&tlng=en>> [Consulta 5 de Septiembre 2017] El día 25 de enero de 1994, en la sesión 29a, el Senado, en tercer trámite, rechazó la modificación hecha por la Cámara de Diputados en el primer informe del segundo trámite constitucional, respecto del primer inciso que contenía la disposición en comento (en ese entonces artículo 57, actual artículo 54) porque la enmienda propuesta señalaba que serían titulares de la acción las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que tuvieran interés en ello[...], lo que fue respaldado por el Ejecutivo ante Comisión Mixta y luego por la misma Comisión, consagrando la norma bajo la redacción que hoy prescribe la ley. Toledo, Fernando (1996) Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente: Ley Número 19.300, historia fidedigna y concordancias internas. Santiago: CONAMA, p. 191.

²⁸ Romero, A. (2006) Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 100 p.

En definitiva, la municipalidad no representará a ningún interesado, sino que entablará la acción en nombre propio, asumiendo la calidad de parte en el proceso y ejerciendo una legitimación activa propia. Es improcedente sostener que ejerce una acción colectiva en representación de aquellos que aportaron los antecedentes del caso²⁹.

A mayor abundamiento, el artículo 18 de la Ley N° 20.600³⁰ que crea los Tribunales Ambientales, ratifica expresamente en su numeral segundo que en materia de reparación ambiental, podrán participar como parte en juicio las municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas. No hace siquiera mención a la posibilidad de accionar en representación de los solicitantes. Claramente el legislador no ha considerado a la municipalidad como representante de intereses colectivos.

3. El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado: Finalmente, el Consejo de Defensa del Estado es el último legitimado activo para ejercer la acción ambiental. No se describen los supuestos de hechos por los cuales el Estado puede demandar por lo que se entiende que lo podrá hacer “[...] ante

²⁹ Delgado V. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. Revista de Derecho (Valdivia), 2012, vol. 25, N° 1, p 47- 76 [En Línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100003>> [consulta 23 de mayo]. El autor Delgado también critica la norma al señalar que “[...] podría pensarse que existe una especie de 'acción popular' ella no es más que una simple petición, que no hace al solicitante parte en el juicio y que podrá generar, a lo más, responsabilidad solidaria de la Municipalidad, respecto a los daños personales del peticionario (y no al daño ambiental puro), siempre y cuando además se cumplan varias condiciones”.

³⁰ Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. Dispone en su artículo 18 que podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales las personas naturales o jurídicas 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 la demanda por alguno de los titulares señalados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros coadyuvantes (velando por sus intereses legítimos pero en una posición subordinada a una de las partes principales a la que ayuda de forma instrumental). En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal.

cualquier hipótesis de daño ambiental, cualquiera sea el lugar del territorio o zona sometida a la jurisdicción nacional donde este se produzca³¹.

En definitiva el Consejo de defensa del Estado entablará la acción ambiental cuando se encuentre comprometido únicamente el propio interés del Estado. No se debe confundir el interés público o general con los intereses supraindividuales y los intereses del Estado.

Pareciera lógico que el Estado representara este interés público o general en atención, entre otros factores, al artículo primero inciso cuarto de la Constitución³². Pero como ya hemos señalado, al Consejo de Defensa del Estado le corresponde tutelar el interés del Estado y no el bien común³³. Esta distinción es importante tenerla presente para determinar fehacientemente si existe representación de un interés colectivo o no en su actuación.

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, 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

³¹ Valenzuela R. 1998 “La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental”. En Derecho Del Medio Ambiente Congreso Internacional. Santiago. 67 p.

³² Chile. Constitución Política de la República. Artículo 1° inciso cuarto: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

³³ El artículo 2° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado dispone que el Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente la defensa judicial de los intereses del Estado.

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 afectado³⁴.

Esta responsabilidad solidaria de las municipalidades de indemnizar al afectado, parece un poco contradictorio al tratarse de una acción para la reparación del medio ambiente dañado. Como lo planteaba Valenzuela esta obligación de indemnizar no tiene justificación pues si el afectado ha demandado la reparación del medio ambiente dañado, y no la reparación de los perjuicios que se derivan del daño ambiental, no existe razón alguna para que la municipalidad deba indemnizar al afectado de los perjuicios pecuniarios provocados a este por el daño ambiental³⁵.

A mayor abundamiento y para reafirmar lo dicho anteriormente, tengamos presente lo señalado por Barros, quien también critica lo establecido en el artículo 54 inciso 2° de la Ley de Bases del Medio Ambiente. En palabras del autor, dicha norma sufriría de una inconsistencia lógica que atenúa su eficacia práctica. En efecto, como la municipalidad entabla la acción en representación del particular afectado, quien persigue la reparación del medio ambiente dañado, entonces consecuentemente, la obligación solidaria que recae sobre la municipalidad de indemnizar los perjuicios al particular carece de todo sentido, pues la acción ejercida por la municipalidad, recordemos en representación del afectado, no ha sido la indemnizatoria, esta última acción corresponde personalmente al afectado por el daño³⁶.

³⁴ Chile. 1994. Ley N° 19.300. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 54°.

³⁵ Valenzuela R. 1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 67 p. El autor refiriéndose expresamente a la obligación solidaria de indemnizar los perjuicios provocados al afecto, señala “la ley ha incurrido en una inconsistencia conceptual, pues para la procedencia de la acción ambiental, está exigiendo no sólo la existencia del daño ambiental, sino, también copulativamente, la existencia de daño patrimonial”

³⁶ Barros Bourie, E.1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 61 p.

Supuesto que el daño ambiental haya incidido en recursos naturales que tengan el carácter de “bienes nacionales”, es decir, en recursos naturales “cuyo dominio pertenece a la nación toda” - sea que constituyan “bienes nacionales de uso público” o “bienes fiscales”³⁷, podrán contarse entre los perjuicios a indemnizarse las expensas en que haya debido incurrir el erario para abatir las consecuencias del perjuicio ambiental. No lo dice la ley, pero ello resulta, nuevamente, de la aplicación de la normativa general aplicable a la materia³⁸.

Discutible, en cambio, es el caso en que el daño ambiental ha incidido en “cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar”, por cuanto, al tenor de la legislación vigente, estas cosas “no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”³⁹. Este tipo de daños no da lugar, por sí solo, al ejercicio de la acción indemnizatoria, ni siquiera por parte del Estado, pero sí da cabida al ejercicio de la acción ambiental, en cuanto implica pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, lo que implica la producción de daño ambiental.

Como quedó visto, el ejercicio de la acción indemnizatoria puede ser compatible con el de la acción ambiental.

La ley, por otro lado, no consulta la existencia de “acciones de clase”; no contempla la existencia de un “ombudsman ambiental” o de otras figuras similares, ni prevé la disponibilidad de “acciones civiles públicas”. Sí da cabida, en cambio, al ejercicio de “acciones populares”, “en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas”. Pero, “si el daño

³⁷ Código Civil, Art.589.

³⁸ Valenzuela, R. La Responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC). 99 p.

³⁹ Código Civil. Art. 589.

amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”⁴⁰.

La situación de las organizaciones no gubernamentales no hace excepción a las reglas señaladas. Su legitimación activa para deducir la acción de indemnización de perjuicios requiere que tengan el carácter de

“directamente afectadas”, esto es, que hayan sufrido daño pecuniario demostrable en su patrimonio. Lo mismo vale para el ejercicio de la acción ambiental.

3. Acción de Protección en Materia Ambiental

En ausencia de institucionalidades específicas en Chile, como laboral, tributaria, medio ambiental, etc. la Acción de Protección se situaba como una herramienta eficaz y utilizada principalmente para la protección de los derechos fundamentales.

Hoy en cambio existen diversos mecanismos de reclamación ante órganos y tribunales especializados. En materia ambiental, por ejemplo, en el año 2010 se estrenó una moderna y nueva institución en Chile, Los Tribunales Ambientales. Ante esto la Corte Suprema en ocasiones ha sido vacilante respecto de conocer sobre recursos de protección que invocan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por lo que no ha establecido un criterio único para determinar cuándo procede esta acción cautelar y cuando debe ser tratada en sede especializada.⁴¹

Ante el incremento de jueces y procedimientos más precisos, especializados y más modernos, el recurso de protección parecería que ha ido perdiendo relevancia en

⁴⁰ Código Civil Art. 948. De acuerdo con el inciso primero del Art. 948 del mismo cuerpo legal, “La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”.

⁴¹ Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). Revista chilena de derecho, 43(1), 62 P.

el ordenamiento jurídico actual. Sin embargo, autores como Fernandois opinan que es primordial preservar la vitalidad institucional del recurso de protección, su trascendental rol de garantía de derechos constitucionales, evitando privarlo de eficacia⁴².

Por ello es necesario buscarle al recurso de protección un espacio lógico y armónico con la actual institucionalidad y para una convivencia pacífica y eficiente con la infinidad de jueces y acciones sectoriales que la ley ha conferido a los ciudadanos.

En este mismo sentido Fernandois, propone algunos criterios que permitan especificar la aplicación de este procedimiento desde la entrada en vigor de la institucionalidad ambiental.

- a. Primer criterio de exclusión: Deferencia Institucional o existencia de una jurisdicción y procedimientos ambientales especiales.

Este criterio parecería ser bastante claro. Según la Corte Suprema, la existencia de estos órganos es la justificación basal de una nueva posición para discernir, no obstante (...) que la interpretación del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes (...) a contar de la dictación de la Ley (...) que crea los tribunales ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales⁴³.

En efecto, podríamos decir que desde el año 2012, todos los pronunciamientos se construyen bajo esa premisa: el carácter específico del ramo, su orgánica y procedimientos. Así también se ha reconocido por las Cortes de Apelaciones de Santiago⁴⁴, Valparaíso⁴⁵ y Puerto Montt⁴⁶.

⁴² Ibid. 68 p.

⁴³ Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio de Evaluación Ambiental Región de Aysén 2012, considerando 4° (Caso Río Cuervo). Rol N° 2.463-2012.

⁴⁴ Ximena Carzola Carzola y otros contra Dirección Ejecutiva de Evaluación Ambiental (2014) considerando 4°. Rol N° 31.177-2013.

- b. Segundo Criterio de Exclusión. Inavocabilidad técnica: No cabe revisar el mérito técnico del recurso de protección.

Se trata de algo menos jurídico y más material, la inavocabilidad técnica consiste en sustraer a la Corte del conocimiento de recursos de protección que exijan evaluar, revisar o calificar el mérito técnico de decisiones adoptadas por la Administración. Pero ¿en qué consiste lo técnico y hasta donde se llega?, no es fácil responder esta pregunta, dado que en el artículo 20 de la Constitución autoriza a reparar vía protección cualquier ilegalidad en materia ambiental, sin excluir técnicas y siempre que sea imputable a una persona determinada.

Parece ser un criterio valioso en la relación Corte - Tribunales especializados, pero no suficiente por sí solo, ya que no resuelve todos los problemas ni es capaz de generar un conjunto de reglas satisfactorias.

Se puede recordar el famoso caso “Trillium”, en 1997 en que la primera sala de la Corte de Suprema afirmó 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”⁴⁷ En esa época no existían los tribunales especializados y lo técnico era terreno de la Administración.

En la actualidad también se ha aplicado este criterio, el año 2013 con motivo de la construcción de la línea 3 de Metro de Santiago (sentencia del 9 de septiembre de 2013, rol N° 40.665-2012), en que se puso en entredicho la legalidad de una decisión técnica. También ocurrió en el caso Costa Laguna rol N° 2.892-2014 “(...) determinar si

⁴⁵ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 4°. Rol N° 6.823-2013.

⁴⁶ Leopoldo David Muñoz de la Parra y otros contra Resolución Exenta N°128 de la Comisión de Evaluación de la X Región de Los Lagos y otros (2014). Rol N° 28.745-2014.

⁴⁷ Galindo Villarroel, M (2003) “El caso Itata: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección”, Revista de Derecho Ambiental, vol. I. 243 p.

es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental (...) corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional (...) exige apreciar proyectos o actividades sobre la base de evaluaciones técnicas, labor que en principio resulta ajena a este procedimiento cautelar⁴⁸. En este mismo sentido se pronunció en el caso Sierra Gorda, (sentencia del 26 de febrero 2014, rol N° 1.837-2013 considerando 8°), sobre el análisis que tendría que haber realizado determinar si la distribución de cargas y descargas y los servicios portuarios considerados aisladamente constituían un carácter de legal o ilegal de la Declaración de Impacto Ambiental. Dijo que "(...) en suma, se trataría de aspectos técnicos que no es posible tratarlos en este recurso..."⁴⁹

Queda claro el contenido de exclusión de esta causal, de acuerdo a los casos citados recientemente, por lo que no le correspondería a la Corte, en un recurso extraordinario hacerse cargo del entredicho técnico de las resoluciones del SEA.

c. Tercer criterio bidireccional. La cautela urgente

Es el filtro más impredecible y flexible que utilizan las cortes para acoger o denegar un recurso en materia ambiental, el que llamaremos cautela urgente. La doctrina coincide unánimemente en que la protección es una acción cautelar destinada a otorgar un remedio inmediato y urgente a un derecho constitucional, comprometido por una ilegalidad en los derechos ambientales.

El asunto es poder identificar algún indicio sobre qué debemos entender por situaciones urgentes. No es sencillo identificar patrones sobre un asunto que sospechamos casi enteramente fáctico y casuístico.⁵⁰

⁴⁸ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 3. Rol N° 6.823-2013.

⁴⁹ Lema Keith Guillermo Patricio con Mardones Lara Dalia Ester (2014) considerando 13.

⁵⁰ Fermandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El recurso de protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1), 74 p.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso ha definido cautela urgente como la necesidad de “reaccionar contra una situación de acto anormal que de manera evidente vulnere una garantía constitucional”, en oposición a la de “resolver conflictos relacionados con la interpretación de una norma legal”.⁵¹

En las protecciones ambientales más notorias de los últimos años en las que la Corte Suprema ha utilizado el criterio de cautela urgente, de una u otra manera se encuentra en los casos de Hidroaysén, (sentencia del 4 de abril de 2012, rol N° 10.220-201, considerando 9°), el caso Sierra Gorda (sentencia del 26 de febrero de 2014, rol N°1837-2013), el caso Río Cuervo (sentencia de 21 de agosto de 2014, rol N° 2.463-2012 considerando 5), El Morro (sentencia de 7 de octubre de 2014, rol N° 11.299-2014, considerando 11°, el caso Bocamina II (sentencia de 6 de noviembre de 2014, rol N° 15.737-2014, considerando 12° y 24°) etc.

De acuerdo con las conclusiones de Fernandois el recurso de protección en materia ambiental estaría asociado a la excepcionalidad. A contar de la nueva institucionalidad emanada por las leyes 20.417 de 2010 y 20.600 de 2012, el recurso sólo puede resultar admisible ante eventos graves y muy excepcionales en que, por alguna causa, no se haya podido resguardar los derechos constitucionales mediante vías de reclamación sectoriales.⁵²

En cuanto a la legitimación activa en el recurso de protección, ésta ha sido reconocida ampliamente a cualquier persona, natural o jurídica, afectada “en sus derechos”. A juicio de Soto, la expresión “El que”, con que se expresa el artículo 20 de la Constitución y que establece el Recurso o Acción de Protección para la defensa de los derechos fundamentales, manifiesta “con entera exactitud la idea de esta amplitud,

⁵¹ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 3°. Rol N° 6.823-2013.

⁵² Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El recurso de protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1), 85 p.

no estando nadie excluido de su ejercicio, ni el recluso en un establecimiento carcelario, ni el internado en un hospital de alienados, ni el menor adulto, ni la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, ni una agrupación sin personalidad, ni una mera sociedad de hecho, ni siquiera un servicio público fiscal o una institución estatal personificada”⁵³. Para este autor, también la legitimación activa estaría dada por la afectación de un derecho de la persona o grupo, entendiendo por “derecho” un derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo público, como son concebidos tradicionalmente los derechos fundamentales.

En cuanto a las sentencias recaídas en recursos de protección para la defensa del medio ambiente sano, la legitimación activa ha sido reconocida por la mayoría de dichos fallos, a aquellas personas, naturales y jurídicas, directamente afectadas en su derecho. En palabras de Bordalí, esta opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile no parece del todo correcta. No se puede hablar del ambiente sano de una persona, ya que hay que entender a este como de todos, y en ese todos hay que considerar a todas las personas que habitan el territorio de la República, y tampoco hay que desechar la posibilidad de incluir a las generaciones futuras⁵⁴. Esta posición parece ser que deriva de considerar este derecho fundamental como ligado o íntimamente relacionado con el derecho a la vida y a la salud, bien este último que aparece como claramente divisible, y como tal, objeto de un derecho subjetivo de carácter individual. Se considera que el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación es un derecho autónomo respecto a los derechos a la vida y la salud, y por cierto, diferente de estos (sin que se pueda tampoco negar su vinculación), según la visión antropocéntrica de medio ambiente.

⁵³ Soto, E. "1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, Primera parte, Sección Derecho 158 p.

⁵⁴ Bordalí Salamanca, A. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-0950>. [Consulta: el 25 Julio 2017]

Existe jurisprudencia que ha interpretado el precepto constitucional de acuerdo con lo señalado anteriormente. En efecto la sentencia de la Corte Suprema que liga estrictamente este derecho fundamental a un medio ambiente libre de contaminación con el derecho a la vida y a la salud es la sentencia del recordado caso Trillium del 19 de marzo de 1997 que señala:

“...Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis [además de ser considerado como un derecho subjetivo público], 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. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual (considerando N° 13)”⁵⁵.

También podemos recordar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del 26 de junio de 2001, en el famoso caso de los “catalíticos”, rol 325, en requerimiento interpuesto contra el Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que dispuso a restricción vehicular a automóviles catalíticos⁵⁶.

De acuerdo a lo informado por el secretario del Tribunal Constitucional de ese momento el Sr. Rafael Larraín, “el Tribunal Constitucional, por unanimidad de sus miembros, rechazó el requerimiento interpuesto por 20 senadores para que se declare inconstitucional el Decreto Supremo número 20 del Ministerio secretaría General de la

⁵⁵ Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996., considerando 13°

⁵⁶ Contraloría General de la Republica 2001 [en línea]
<<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=A735D8E2EFFEC378842571BD004D53F0>> [consulta el 20 de septiembre 2017].

Presidencia, que dispone y decreta, que los vehículos que porten sello verde estarán afectos a restricción vehicular por causas de contaminación atmosférica en episodios de preemergencia y emergencia ambiental".⁵⁷

Los requirentes objetaban el decreto porque, a su juicio, vulneraba las garantías de la libertad ambulatoria y del derecho de propiedad, toda vez que la restricción sólo era posible imponerla por la Ley, con lo cual el decreto estaba invadiendo el ámbito reservado a esa especie de norma jurídica, en relación con los derechos aludidos y también porque la norma no resultaba idónea para los fines que se proponía, con lo cual caía en arbitrariedad e irracionalidad técnica.

El Tribunal, al pronunciarse sobre el fondo del asunto que le había sido planteado sostuvo que, si bien las normas legales en que se fundaba el D.S N° 20 no cumplían a cabalidad con los requisitos de determinación de los derechos que podían ser afectados y especificidad de las medidas que se autorizaban, ellas resultaban aceptables en el caso y sólo para aplicación a él, por cuanto la medida de restricción vehicular establecida, con el carácter excepcional y en situaciones de emergencia y preemergencia ambiental, obedecía al cumplimiento de un deber del Estado, Consagrado en el artículo 19 N° 1° y N° 8° de la Constitución, destinado a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, que es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas, este derecho queda ligado profundamente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en donde la Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente⁵⁸.

Por ello, se considera que el obrar de otra manera, esto es, declarando la inconstitucionalidad del decreto impugnado, podría generar una vulneración de mayor entidad, atendida la situación ambiental existente que exigía proteger la salud de la

⁵⁷ Emol 2001. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/06/26/58642/fallo-categorico-tribunal-constitucional-apoya-restriccion-a-cataliticos.html>> [consulta el 20 de septiembre 2017].

⁵⁸ Fernández M. 2008. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativos a conflictos entre Derechos Fundamentales. Revista de Derecho Público. Vol 70. 144 p.

población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1° de la Constitución.

Capítulo 3 : EL MEDIO AMBIENTE COMO INTERÉS COLECTIVO Y DIFUSO

Hasta acá se ha analizado el tema de la legitimación activa desde una perspectiva individual, en donde el afectado en el ejercicio legítimo del derecho ejerce la acción judicial. Ahora revisaremos el tema desde el punto de vista del interés colectivo y difuso, cualidad del derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

Los intereses colectivos y difusos hacen referencia a aquellos intereses de personas determinadas e indeterminadas de una sociedad, en los bienes que no son susceptibles de apropiación exclusiva. Son al mismo tiempo bienes de cada uno de los integrantes del grupo, y a la vez son propiedad del grupo social o colectividad indeterminada.

Los intereses difusos y colectivos en muchos casos son denominados también, intereses de grupo, intereses supra individuales e intereses de clase. El término intereses difusos, es el más extendido de todos los citados, ha sido dado porque su reconocimiento implica la ruptura de la dogmática de la teoría procesal de la legitimación, pues las personas no se encuentran en el supuesto clásico del derecho subjetivo individual, pero no debemos confundir un interés difuso de uno colectivo, a continuación revisaremos los diferentes conceptos utilizados en materia ambiental.

1. Intereses Colectivos y Difusos

En el ámbito jurídico la palabra “interés” se encuentra íntimamente ligada a la idea de “litis” que, siguiendo el concepto de Carnelutti, citado por Rodríguez Meléndez

en “Intereses y Tutela Constitucional” podría ser definida como un “conflicto de interés cualificada por la pretensión interpuesta de una de las partes”⁵⁹.

La expresión de “interés” aparece como una de las condiciones de la acción (requisito indispensable para la existencia y planteamiento de ésta), como posibilidad jurídica de pedir, como interés de hacer, en fin, como requisito de legitimidad de las partes dentro de un proceso.

Sin embargo, es necesario precisar que dentro del concepto interés, se distinguen varios tipos. Así, es posible referirse, ya sea, a intereses individuales, difusos y colectivos.

La importancia de contar con un espacio positivo para la reclamación de daños colectivos, o amenazas globales, o simples pertenencias indiscriminadas, resulta trascendente para el medio donde pretende insertarse un Derecho como ciencia social con capacidad de adecuarse a las situaciones resultantes del cambio.

a) Interés Colectivo

Estos intereses han sido definidos como aquellos en que los titulares de las acciones son un grupo, categoría o clase de personas determinables que se encuentran ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación de base, es decir, en este caso, se trata de un conjunto de personas que se encuentran vinculadas entre sí en virtud de un contrato que todas ellas han celebrado previamente con un mismo sujeto o persona⁶⁰. Por ello no es de extrañar que, cuando existen intereses colectivos, se autorice a uno o algunos de los afectados para que actúe en representación de todos los demás. De esta manera, el artículo 50 inciso 5° de la Ley de Protección de

⁵⁹ Rodríguez Melendez, R. Intereses y tutela constitucional [s/a] [en línea] <<https://es.scribd.com/document/127276350/Rodriguez-Melendez-Roberto-Enrique-Intereses-y-Tutela-Constitucional>> [consultado el 18 de julio 2017].

⁶⁰ Díaz. G. [s/a] [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf> [Consulta 26 de julio 2017]

los Derechos de los Consumidores, nos señala que “son intereses colectivos las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”.⁶¹

b) Interés Difuso

El interés difuso constituye un bien que no es susceptible de apropiación exclusiva por uno o varios miembros del grupo en particular, ya que pertenecen a todos, son bienes comunes, cuya explotación está limitada por la obligación de preservación presente y futura de dichos bienes por parte de los usufructuarios.

El interés difuso, si prescindimos de factores sustanciales, sería caracterizable teniendo en cuenta las peculiaridades de su titularidad y de su disfrute, es decir, el modo en que son percibidos y se manifiestan subjetivamente. Y es que respecto de estos intereses difusos no es posible la titularidad, sino que el interés se imputa a sujetos determinados sin que exista un vínculo directo entre ellos. El interés difuso no es asignable a un sujeto o grupo de sujetos, hasta el punto de convertirse en sus titulares. La titularidad, como la preexistencia de una situación o acto jurídico que otorgue un título sobre el objeto de interés, no es en absoluto importante en el caso de los intereses difusos. Lo importante es la relación o vínculo flexible con el bien o valor objeto de interés, relación que viene determinada por la pertenencia a la colectividad o comunidad política general: los intereses difusos no tienen titular, sino que se participa en ellos⁶²

⁶¹Chile. 2011. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Ley 19.496: Sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 50.

⁶² Como señala Bidart Campos, los intereses difusos bien pueden llamarse así mismos intereses de pertenencia difusa, porque pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que “lo difuso”, es el grupo humano que co-participa en el interés, y no tanto el interés mismo. Bidart C. 1993. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, tomo I (El derecho constitucional de libertad), Buenos Aires, 339 p.

La diferencia entre los intereses colectivos y los difusos es que los primeros, para una parte de la doctrina, hacen referencia a grupos limitados a veces unidos por un vínculo jurídico para la persecución de fines propios, como los sindicatos, las asociaciones profesionales, familiares, sociedad civil organizada, Sociedad de Gestión Colectiva en el derecho de autor y derechos conexos, etc., mientras que los segundos afectan al individuo como miembro de la sociedad, en donde no hay un particular vínculo jurídico y por ello, se permite que cualquiera gestione para hacer valer la tutela general y preventiva, por la naturaleza no apropiable exclusiva por un sujeto o la colectividad, de los bienes que ellos tutelan⁶³.

2. El Medio Ambiente, como Interés Colectivo y Difuso

Como es sabido, el acceso a la justicia en cualquier ámbito debe superar la cuestión previa de la legitimación, y no es la diferencia en el caso de los problemas ambientales pueden afectar intereses o derechos concretos de determinadas personas, que por lo general son quienes realizan la acción de protección ambiental y recurren en contra de actuaciones o resoluciones cuando se ven afectados, ya sea su propia integridad, bienes materiales o intereses de manera directa. En este sentido la legitimación no presentaría ningún problema.

Ahora bien, cuando no hay intereses directos de tipo patrimonial o la afectación de intereses o derechos como consecuencia de un accionar que tenga directa incidencia sobre el medio ambiente ¿quién defiende al medio ambiente?, en ocasiones no hay quien lo defienda, ya que en determinadas actuaciones si no hay una afectación directa sobre las personas o su patrimonio, no se genera una reclamación de protección o reparación del medio ambiente dañado, más aun cuando consideremos a éste como un interés colectivo y difuso.

Según lo expresado por Moraga Sariago, en general la legitimidad activa en materia ambiental presenta ciertas complejidades particulares originadas, entre otros,

⁶³ Mejía, L. W. S. M. [s/a] Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental 12 p.

por la necesidad de que la afectación al medio ambiente se transforme en una afectación a las personas, en conformidad con la teoría antropocéntrica que funda nuestro marco normativo ambiental. En este contexto, es necesario que exista interés para que exista acción.⁶⁴

Lo que sabemos es que el medio ambiente es considerado como un derecho de tercera generación o como un interés colectivo y difuso, que afecta a todos los ciudadanos, a nuestro entorno, a nuestra subsistencia y las futuras generaciones, que ante los riesgos de actividades, proyectos o instalaciones de públicos y privados que puedan tener sobre el medio ambiente, la ciudadanía debe poder tener algo que decir al respecto y si es necesario recurrir judicialmente. Por tanto, todos los ciudadanos deberíamos estar legitimados para poder impugnar cualquier actuación de un público o privado que entendamos infringe la legislación y en definitiva el derecho del que todos somos titulares, el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁶⁵.

Los derechos colectivos y difusos presentan una indeterminación que se extiende no sólo en el ámbito de los daños, sino que también al establecimiento de la legitimación activa para alegar ante la justicia dicho daño y sus consecuencias.

Al igual que en el daño ambiental, no existe acuerdo doctrinal en cuanto a la diferencia entre los términos interés difuso e interés colectivo, a continuación, se presentan algunas posturas que pretendan diferencias ambos conceptos:

Vínculo jurídico: Para algunos, serán colectivos los intereses cuando se trate de grupos unidos por vínculo jurídico, como son los sindicatos, asociaciones profesionales, familiares, sociedades civiles organizadas, entre otros. Mientras que se denominaran difusos cuando se trate de un individuo que no se encuentre unido a

⁶⁴ Moraga Sariago, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. Revista de derecho (Valparaíso), (39), 291-317.

⁶⁵ Aguirrezabal Grünstein, M. 2006. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista chilena de derecho, 33(1), 69-91. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005> [consulta 18 de julio].

otros por un vínculo jurídico, que gestione un derecho de tutela general no apropiable exclusivamente por él o por un grupo de individuos⁶⁶.

Reconocimiento Legal: para otros la diferencia se encuentra en el reconocimiento jurídico o formal que se haga respecto del interés, es así como será difuso si no se ha reconocido por la ley, mientras que será colectivo cuando exista un reconocimiento legal de él en el ordenamiento jurídico del país de que se trate, así lo señala Mejía, al indicar que “la nota característica del interés difuso es la colectividad y su proceso de formación, ya que emerge de la sociedad, surge de todo reconocimiento formal, hasta ser consagrado por la legislación como interés colectivo. El interés difuso se convierte en interés colectivo desde el momento en que el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de un interés difuso y establece sus condiciones formales⁶⁷.

Determinación: finalmente encontramos la doctrina que indica que será colectivo el derecho cuando se trate de un grupo determinado de personas, mientras que, será difuso cuando las personas interesadas sean indeterminadas e indeterminables⁶⁸.

Cual sea de las doctrinas anteriores que adoptemos, ninguna de ellas es capaz de resolver y determinar la legitimación activa respecto de los intereses colectivos o difusos, un aspecto esencial para el acceso a la justicia ambiental, con complejidades que persisten son las que podrían limitar el acceso al ejercicio de dicho derecho.

Una de las complejidades que presenta la determinación de la legitimación activa en materia ambiental, dice relación con la necesidad de que, en virtud de un daño ambiental, exista una afectación directa a las personas, la cual debe contestarse y probarse para que exista interés en la acción y por tanto legitimación activa para

⁶⁶ Mejía, M. [s/a] Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental 12 p.

⁶⁷ Ibid. 13 p.

⁶⁸ Moraga Sariago, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. Revista de derecho (Valparaíso), (39), 291-317 p.

reclamar por ello, lo que se encuentra en conformidad con la ya mencionada teoría antropocéntrica indicada por Moraga Sariego.

Otra complejidad que está ligada a la afectación del daño es la naturaleza colectiva o difusa del derecho que se invoca, no es un derecho exclusivo de una persona, sino de todos quienes componen un grupo o comunidad y donde cada uno de ellos es titular de este derecho sobre el todo.

Según lo indicado por Brañes Ballesteros, estas complejidades demandan un tratamiento especial en el ordenamiento jurídico medio ambiental y la ausencia de éstas han determinado una situación de inaccesibilidad a la justicia ambiental y ha contribuido de manera importante a la ineficacia del Derecho Ambiental, comprometiendo la protección del medio ambiente y la viabilidad del desarrollo sostenible⁶⁹.

3. Titularidad del Medio Ambiente

Cuando nos referimos a titularidad sobre el medio ambiente, lo hacemos con el sentido de determinar quiénes son las personas dueñas o que se le pueda atribuir un derecho subjetivo o un interés tutelable sobre el medio ambiente.

Al ser considerados los bienes ambientales como objeto de intereses colectivos o interés difusos, pudiendo entender por estos, y de acuerdo con lo expuesto con anterioridad, como a un conjunto impreciso e indeterminado de personas, no ligadas por base asociativa alguna, pero aunadas por expectativas comunes por una mejor calidad de vida (derecho al medio ambiente sano, a un patrimonio histórico y cultural, hábitat espiritual, etc). Estos intereses difusos “presentan la particularidad de pertenecer genéricamente a un número indeterminado de sujetos que ostenta, en forma común, la pretensión de uso y goce de una prerrogativa sobre bienes

⁶⁹ Brañes Ballesteros, R. 2000. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina.

indivisibles, que como tales no admiten su disfrute y apropiación en forma singular⁷⁰. El medio Ambiente presentaría la calidad de un interés difuso, en el sentido que constituye el soporte básico que posibilita la vida de todos y cada uno de los seres humanos sobre la tierra. En este sentido todo ser humano necesita de aire, agua y suelo para poder vivir.

Dicho lo anterior podríamos decir que corresponde a una titularidad colectiva, sin perjuicio que exista propiedad privada o pública respecto de las cosas sobre las que recae el bien ambiental. Por ejemplo, sobre los bosques, que en Chile se encuentran tanto en manos de propietarios privados como del Estado, es posible afirmar una propiedad o titularidad colectiva, en cuanto a bienes ambientales, o en cuanto a bienes que cumplen una función ambiental, sin perjuicio que sobre la cosa materia bosque exista además una propiedad privada o pública⁷¹.

Capítulo 4 : OTROS MEDIOS DE TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE

1. Ombudsman

El Ombudsman se define como un mecanismo de protección extra-jurisdiccional, que se establece principalmente como órgano de control de las actividades de la Administración Pública. Esto se debe a los cambios progresivos que se han producido en las relaciones jurídicas entre el poder público, el individuo y la sociedad, los cuales se reflejan actualmente en un cambio de concepción de lo que

⁷⁰ Ameal, O. 199. La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia. Buenos Aires.

⁷¹ Bordialí Salamanca, A. 1998. Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*, 9(1), 43-64. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200002&script=sci_arttext> [consulta 25 de julio 2017].

significa la función pública y el rol que cumple la Administración frente a los ciudadanos⁷².

El Ombudsman o defensor del pueblo, corresponde a un cargo público que se utiliza en muchos regímenes políticos, es el responsable de controlar que los derechos de las personas o ciudadanos no sean vulnerados por el Estado. Este funcionario debe garantizar el respeto de los derechos de cada individuo en el marco de cualquier acción judicial, administrativa y de cualquier otra índole. En este rol el Ombudsman puede fiscalizar al Gobierno y velar por que no se vulneren las libertades y resguardos de las personas.

a) Ombudsman en Chile

En Chile ha habido proyectos legislativos y constitucionales de Ombudsman, pero no han tenido buenos resultados. En cuanto a proyectos de naturaleza constitucional destacan, el Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de la Justicia y Defensor del Pueblo, del año 1991 (estado archivado), y en el año 2008, el Proyecto de Reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas (tramitación pero sin movimiento). Y, a nivel legal es posible recordar el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo de 1991 (estado archivado), el Proyecto de Ley que crea la Defensoría Nacional del Usuario del año 1997 (estado retirado), el Proyecto de Ley Crea el Defensor Ciudadano del año 2000, y otro con mismo título del año 2003, archivado y rechazado respectivamente⁷³.

Nos referiremos a este último y a su mensaje Presidencial N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003.

⁷² Moure Pino, A. M. 2014. El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Editorial Dykinson. 15 p.

⁷³ Díaz Fuenzalida J. (2016). El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>>. [consulta 20 de septiembre 2017].

El mensaje presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile, se basa en la necesidad de “Perfeccionar la forma y modo en que el Estado y los particulares desarrollan actividades destinadas a satisfacer las necesidades de la colectividad (...), dotando a la comunidad de mecanismos modernos para el resguardo de sus derechos frente a tales actividades”⁷⁴

Ya más reciente en la Reforma Constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental, de 11 de junio de 2015 (tramitación), aunque por ahora no tiene “urgencia” legislativa, considera en el Capítulo XII, artículos 102 y 103 un Ombudsman, denominándolo “Defensoría de las personas”.⁷⁵

El Ombudsman Ambiental podría ser una herramienta muy útil que permita a la comunidad un acceso más fácil, eficiente y seguro a la para acceder a tomar medidas que satisfagan las reclamaciones que se puedan hacer sobre los actos de la administración que vulneren la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

El Ombudsman ambiental se reconoce como una sub categoría de esta institución, por lo que su conceptualización será también variable según la naturaleza jurídica que adquiera de acuerdo con la legislación determinada. Lo más común a este respecto es que la existencia del Ombudsman ambiental sea en virtud de la entrega de atribuciones especiales a éste en dicha materia, de manera que se hace competente para fiscalizar las posibles vulneraciones a los derechos constitucionales ambientales. Otra posibilidad es este sentido es una oficina distinta al Ombudsman en términos generales, que tenga atribuciones exclusivas en materia ambiental, como es el caso

⁷⁴ Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003).

⁷⁵ Díaz Fuenzalida J. 2016. El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>>. [consulta 20 de septiembre 2017].

mexicano, el cual se expondrá más adelante que disponen de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial⁷⁶.

De acuerdo con lo expuesto por Lillo Goffrery respecto al proyecto de reforma constitucional que crea el defensor del ciudadano (2003), propone que es un modelo que requiere de un detallado trabajo de perfeccionamiento, sobre todo en los aspectos de Derecho Ambiental, lo que no nos permite asegurar su idoneidad en otras áreas, no obstante no es conveniente caer en un exacerbado pesimismo, ni menos en un conformismo, puesto a que un Ombudsman con todas o más de las atribuciones que se han propuesto en el proyecto, sería una herramienta sumamente diligente para apoyar y fomentar la participación de la comunidad en asuntos ambientales⁷⁷.

En el mismo análisis del proyecto de reforma, se cita al profesor John E. Bonine, el cual identifica a nivel mundial casi los mismos problemas en materia ambiental: 1) Falta de cumplimiento de la legislación ambiental, 2) existencia de pocos litigantes en la materia y 3) falta de financiamiento de ONG's abogados y expertos, dicho autor centra su investigación en la idea en que una normativa realmente eficiente de participación ciudadana será la medida más óptima para convertir las promesas de la legislación ambiental en realidad⁷⁸.

Haciendo un análisis comparado de las normas que regulan el acceso a la ciudadanía a la justicia ambiental, concluye dos nociones interesantes y ciertamente menos engorrosas que partir todo de cero con la creación de un Ombudsman. En primer lugar "remover las barreras económicas para acceder a la justicia por parte de

⁷⁶ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile. 6 p.

⁷⁷ Ibid 32 p.

⁷⁸ Ibid.

los individuos y organizaciones no gubernamentales y en segundo establecer modelos de financiamiento estables para esas labores”⁷⁹.

Lo anterior lleva a concluir que si bien el Ombudsman puede ser un medio útil para la solución de los problemas expuestos en materia ambiental, está muy lejos de ser la única o mejor solución. Para que dicha solución se dé efectivamente es fundamental un análisis acabado e íntegro de nuestra legislación ambiental y derribar las barreras que esta opone a la acción de los principales afectados por el daño ambiental.

Ya más reciente en la Reforma Constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental, de 11 de junio de 2015 (tramitación), aunque por ahora no tiene “urgencia” legislativa, considera en el Capítulo XII, artículos 102 y 103 un Ombudsman, denominándolo “Defensoría de las personas”. Es decir, con rango constitucional y dejando a una Ley orgánica los detalles de la orgánica y funcionamiento. No obstante, ¿Será necesario esperar una reforma constitucional que sustituya todos y cada uno de los capítulos para consagrar un Ombudsman? Claramente no. Si se cambia o no la Constitución, es independiente la necesidad de actualizar nuestro sistema jurídico en materia de Derechos, incorporando al Ombudsman, como es una institución de “Control” del poder público, para diferentes materias⁸⁰.

b) Modelos de Ombudsman en el Derecho Comparado

Existen diversos modelos de Ombudsman Ambiental en las legislaciones del mundo, otorgando distintos grados de importancia específica a la materia y, en consecuencia, distintas competencias en este ámbito.

⁷⁹ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile. 33 p.

⁸⁰ Díaz Fuenzalida J. 2016. EL Mostrador [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>> [consulta 20 de septiembre 2017].

- i. España: Denominado Defensor del Pueblo bajo el Régimen Jurídico establecido en el artículo 54 de la Constitución Española de 1980 y La Ley Orgánica 3/1982, de 6 de abril, BOE 7 de mayo 1981. Se presenta en el marco del Estado Democrático y Social del Derecho como una institución vinculada a la supervisión de la Administración y a la actuación como garante de los derechos y libertades fundamentales, para reforzar los mecanismos y procedimientos de control de la actuación de los poderes públicos⁸¹.

La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (LODP), establece que se trata como un alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”. El título al que se refiere este artículo es el “Título I: De los derechos y deberes fundamentales”, en el que el artículo 45 se establece el derecho a “disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas, así como el deber de conservarlo”⁸².

- ii. Argentina y Perú: La norma constitucional y orgánica que crea a los defensores argentino y peruano es bastante similar en su forma a la española. En el caso argentino, el artículo 86 de la Constitución señala que “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u

⁸¹ Moure Pino, A. M. 2014. El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Editorial Dykinson. 60 p.

⁸² España. Ley Orgánica 3/1981, Del defensor del pueblo. BOE 7 de mayo 1981, núm. 109, artículo 1º.

omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. [...]”⁸³.

iii.

A su vez, la Constitución peruana señala en el inciso primero de su artículo 162 que “Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”⁸⁴. Como vemos ninguna de estas normas establece específicamente facultades en materia ambiental. Sin embargo, y en contraposición al caso español, dentro de su entramado organizacional reconoce de forma expresa el deber de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales ambientales. Más aún, la práctica le ha dado al defensor un rol fundamental, siendo Perú donde se ha desarrollado con más fuerza la noción del Ombudsman ambiental.

Del caso argentino, si bien tiene un desarrollo más incipiente en la materia, se puede rescatar, el reconocimiento explícito de la facultad medio ambiental, lo cual tiene importante efecto informativo en la ciudadanía, a saber:

“Analizar, investigar y proponer los cursos de acción en los supuestos previstos en el artículo 43 de la Constitución Nacional, como así también para el esclarecimiento de actos, hechos u omisiones de la Administración y sus agentes que impliquen ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus facultades, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas, conforme lo establecido por el artículo 86 de la

⁸³ Argentina. 1853. Constitución Política de la República de Argentina del 1 de mayo de 1853, y sus reformas.

⁸⁴ Perú. 1993. Constitución Política del Perú del 1 de enero de 1993, y sus reformas.

Constitución Nacional y por la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379⁸⁵

- iv. Inglaterra: El Ombudsman en el sistema inglés, en cuanto al tema ambiental de dicho sistema, el Parlamento está asesorado por la “Royal Commission on Environmental Pollution”⁸⁶ o RCEP (Comisión Real sobre Contaminación Ambiental), pero esta institución no es un Ombudsman propiamente tal, pues no tiene la competencia para realizar acciones directas contra el gobierno central o los gobiernos locales. Su función es fundamentalmente aconsejar al Parlamento sobre los principios generales que debe seguir, así como guiar la opinión pública en la materia. Considera en sus investigaciones tanto la realidad nacional como internacional y tiene libertad para aconsejar al Parlamento en las materias que estime necesarias. Además, la comisión es la delegada de llevar a cabo investigaciones ambientales encargadas por el gobierno, para las cuales cuenta con total independencia de éste. Evidentemente el sistema anglosajón no es “exportable” pues su sistema de organización política es demasiado atípico en relación a los demás, debido a los principios que lo rigen (monarquía parlamentaria, basada en la lealtad política de los distintos actores)⁸⁷.

- v. México: La legislación ambiental mexicana tiene un importante desarrollo en el marco de las Leyes del Equilibrio ecológico y la protección al ambiente, general de Asentamientos humanos, de Aguas Nacionales y Forestal. En virtud de la ley Ambiental de 21 de diciembre de 1999, fue necesario crear una Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial (PAOT)⁸⁸ para el

⁸⁵ Defensor del Pueblo de la Nación [en línea] <<http://www.dpn.gob.ar/ambiente.phpZ>> [consulta el 20 de julio 2017]

⁸⁶ Royal Commission on Environmental Pollution <www.rcep.org.uk>. Consultado el 20 de julio de 2017.

⁸⁷ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile 10 p.

⁸⁸México. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial [en línea] <http://www.paot.org.mx/conocenos/que_es_paot.php>, [consulta el 20 de julio de 2017].

distrito federal mexicano, en complemento a toda la red normativa en la materia. “La ley ambiental impulsa la generación de una autoridad ambiental y urbana con atribuciones para intervenir en forma oportuna y adecuada en la solución de los problemas ambientales, armonizando el avance normativo con el fortalecimiento institucional”. La PAOT tiene entre sus facultades, según lo establecido en el artículo 5 de su Ley Orgánica, denunciar ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones o incumplimiento a la legislación administrativa y penal, en materia ambiental y del ordenamiento territorial; Conocer e investigar sobre actos; hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación en materia ambiental y del ordenamiento territorial; Emitir recomendaciones ante las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal, municipal y del Distrito Federal, con el propósito de promover el cumplimiento de la legislación ambiental y de ordenamiento territorial; Formular y validar dictámenes técnicos y periciales respecto de daños y, en su caso de la reparación de los mismos, perjuicios ocasionados por violaciones o incumplimiento a las disposiciones jurídicas en materia ambiental y de ordenamiento territorial; etc. todo esto con carácter de funciones exclusivas, lo que provee a la procuraduría de una gran eficacia⁸⁹.

Las experiencias con esta figura de defensoría ha resultado exitosa en otros países, incluso en nuestro vecino, como es el caso de Argentina, sin embargo, se hace necesario analizar nuestra realidad local y así lo expresa Lillo Gofrery en el Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile, en sus conclusiones establece que una mejor forma de afrontar la problemática de participación ciudadana en el plano del Derecho Ambiental, viene dado por hacerse cargo de lo que ya existía en esos años (Conama, ONGs,

⁸⁹ México. 2001. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley Orgánica de la procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal. Art 5°.

Fundaciones, Organizaciones, etc) antes de crear un órgano que no garantiza el éxito necesario de los fines que promueve⁹⁰.

2. Acciones de Clase

La acción de clase, “class action” o acción colectiva ha sido entendida como “el procedimiento en que se representan judicialmente a uno o más demandantes de una clase o grupo, unidos por situaciones de hecho y/o derechos similares, normalmente, buscando reparación económica a un daño sufrido y, en menor medida, pretendiendo una determinada declaración de un tribunal”⁹¹. Son un medio de obtención de tutela jurisdiccional, basado en el poder procesal reconocido a un individuo para actuar en nombre propio y de otras personas similarmente situadas, las que constituyen una clase. Estas acciones buscan servir de solución a litigios complejos y con pluralidad de partes, superando por tanto una visión individualista de los perjuicios. Con ellas se logra una mayor economía procesal y permite el acceso a la justicia de los asuntos de pequeña cuantía (Small claims)⁹². Para que proceda el ejercicio de la acción de clase por una persona se requiere, de acuerdo con la “Federal Rule⁹³”, 1) que la clase sea tan numerosa que el litisconsorcio resulte impracticable; 2) que existan cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase; 3) que las demandas o defensas de las partes representativas sean típicas de las correspondientes a la clase; 4) y que las partes representativas protejan equitativa y adecuadamente el interés de la clase. Es conveniente poner énfasis en la legitimación que tiene que tener el sujeto que representa a la clase. Así, este sujeto tiene que ser miembro de la clase, demostrar un perjuicio propio y estar legitimado por sí mismo, es decir, tiene que tener un interés

⁹⁰ Lillo Goffreri. D. Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile 33 p.

⁹¹ Díaz. G. [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf> [Consulta 26 de julio 2017].

⁹² Bordialí Salamanca, A. 1998. Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno. Rev. derecho (Valdivia) en línea]. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002> [consulta el 25 de julio].

⁹³ Legal Information Institute [en línea] <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. [consulta 25 de julio].

personal en el desarrollo de la controversia. Por otra parte, el juez es el encargado de certificar la naturaleza de acción de clase de la interpuesta. Esa certificación del juez se produce de oficio, tan pronto como sea posible. Notificada que sea la clase - generalmente por medios de comunicación de masas-, la sentencia favorable o desfavorable, alcanza y afecta a los miembros de toda esa clase, salvo respecto de aquellos miembros que hayan optado por excluirse. En esta parte, las acciones de clase representan un claro alejamiento de nuestro sistema jurídico, en el que los efectos de la sentencia sólo pueden alcanzar a quienes hayan sido partes en el proceso.

Los procedimientos colectivos son excepcionales en nuestra legislación y están restringidos a materias relativas a consumo, usuarios y construcción. Sin embargo, en Estados Unidos es una acción de carácter general aplicable a materias como valores, medioambiente y Derecho del trabajo⁹⁴.

En Argentina y Brasil, las acciones populares han sido un instrumento de notable valor en la defensa de los derechos de los consumidores y del medio ambiente y se destacan los mecanismos existentes en estos países. En Brasil por ejemplo el artículo 5 de la Constitución señala que: "Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural." Para la protección de los derechos colectivos, existen en dicho país dos vías: las llamadas acciones civiles públicas propiamente dichas, que se asimilan a la figura de las acciones populares nuestras y las acciones civiles públicas para la protección de los intereses individuales homogéneos, cuyo parecido es notorio con nuestras acciones de grupo.⁹⁵

⁹⁴ Diario El Mercurio [en línea] <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901159&Path=/0D/C0/>> [consulta 26 de julio 2017].

⁹⁵ Londoño Toro, B. (1999). Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación. Estudios Socio-Jurídicos, Colombia 1(2), 103-131 [En Línea] <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S012405791999000200008&script=sci_arttext&tlng=es>. [consulta 25 de agosto].

Tal como se mencionó anteriormente Estados Unidos y también Canadá son países que enfrentan la legitimación activa ante daños al medio ambiente a través de instrumentos de carácter privado, como lo son las “class actions”, la cuales son litigadas ante los tribunales civiles, por medio de los cuales se argumenta que el aire, el agua, el ruido o la contaminación en particular, ha impactado de manera adversa a un grupo de personas y/o sus bienes, ocasionando con ello, daños ya sea por negligencia, por actos de molestia (nuisance), responsabilidad civil por daños (strict liability) o en cualquier daño en los bienes de cierto grupo de personas de conformidad con las disposiciones ambientales aplicables en ambos países⁹⁶.

En muchos casos, el riesgo inminente de la interposición de una class action, ha llevado a los responsables-demandados, a negociar con el grupo-demandantes a efecto de evitar llevar el asunto a la corte, plasmando ello en un acuerdo por escrito firmado entre las partes y aprobado por el Juez competente, en el cual se establezcan los términos de compensación de daños causados y las acciones a seguir a efecto de resarcir al grupo en su generalidad⁹⁷.

Las acciones de clase son un instrumento también utilizado en nuestro país, pero más bien enfocado a los consumidores con la instalación del Servicio Nacional del Consumidor, SERNAC, con el que se buscaba desalentar violación de derechos y evitar la sobrecarga a los tribunales con cientos de casos similares que podrían ser tratados con un solo proceso⁹⁸. Las acciones vigentes en Chile en virtud de la Ley del Consumidor permiten que los asuntos que afectan a una serie de consumidores se discutan en un único procedimiento ante un juez civil de tal manera que el caso en el tribunal llegue a todas las personas cuyos derechos se hayan visto afectados, incluso aunque no fueron parte del litigio.

⁹⁶ Trad Nacif J. Las acciones colectivas: un paso adelante en el marco ambiental mexicano. Revista Derecho Ambiental y Ecología. [en línea] <http://ceja.org.mx/IMG/LAS_ACCIONES_COLECTIVAS.pdf [consulta 8 de octubre 2016]>.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Gubbins, M. y Lopez, C. *Class Action in Chile* [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

Las facultades del SERNAC se plantearon de forma amplia, fomentando el funcionamiento de los organismos que actuarían como mediadores, método alternativo para resolver los conflictos, y se establecieron los requisitos específicos para que las Asociaciones de Consumidores puedan surgir y ser activamente legitimadas dentro de procedimientos colectivos.

Esto buscaba derribar tres tipos de obstáculos:

- (i) un obstáculo económico, porque muchas personas no pueden recurrir a la justicia por razones puramente económicas
- (ii) un obstáculo procedimental, ya que ciertos tipos de procedimientos tradicionales no son suficientes para protección.
- (iii) un obstáculo organizacional, bajo el cual ciertos intereses de naturaleza colectiva no eran ni eficientes ni susceptibles de ser protegidos si no se introducían transformaciones radicales en ciertas instituciones procesales.⁹⁹

a) Legitimación Activa

Con el fin de determinar que medios legítimos para el propósito de una acción colectiva, mientras se estaba redactando la enmienda a la Ley del Consumidor, se dejó constancia de que al sentenciar la demanda de Horvath Kiss contra Comisión del Medio Ambiente en la Corte Suprema¹⁰⁰, el concepto de legitimidad se amplió para abarcar a todas las personas que se encontraban en la misma situación y cuyos derechos habían sido perjudicados, a pesar de ser portadores de un enorme daño social y que no sufrieron daño significativo o al menos claramente visible en un nivel individual.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente (1997): Corte Suprema, 19 de marzo de 1997. Rol N° 2684-1997.

Para ello, la ley del consumidor especificaba que un recurso colectivo en vista de actos o conductas que afectan al ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores solo puede ser presentado por los siguientes órganos (i) El servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), (ii) una asociación de consumidores formada en la forma prescrita por la ley y (iii) un grupo de 50 o más consumidores debidamente identificados que hayan sido afectados por el mismo interés.

Cualquier acción tomada en esta materia se destaca por no reconocer ningún tipo de legitimidad activa respecto al consumidor tomado en cuenta individualmente, pero independientemente de ello, el artículo 51 de la Ley del Consumidor establece que una vez que un procedimiento haya sido puesto en marcha por una de estas partes, si se considera afectado, puede tomar parte en la demanda.

A continuación, se presenta una descripción de los organismos que pueden iniciar una acción colectiva, sus características generales y los problemas relativos a su legitimidad.

- i. SERNAC, descripción general y atribuciones: es un servicio público funcionalmente descentralizado y con una presencia en todas las regiones del país, con su propia identidad legal y activo, sujeto a la supervisión por el Presidente de la República por el Ministerio de Economía.

El poder de salvaguardar el cumplimiento con normas legales incluye la atribución de denunciar cualquier incumplimiento a los órganos y entidades jurisdiccionales correspondientes y de participar en casos en que se afecte el interés general de los consumidores.

Además, el SERNAC está facultado para mediar entre consumidores y proveedores, pero no para exigir a los proveedores que paguen una indemnización reparadora, ya que es competencia exclusiva de los tribunales a instancias de las mismas partes.

Objeciones a legitimación activa, inicialmente se sugirió que en un sistema de mercado regido el principio subsidiario del Estado, éste sólo puede intervenir cuando las personas privadas no son capaces de tomar determinadas acciones, por lo que la legitimación activa del SERNAC fue vista tan innecesaria y aún como una molestia, si la legitimación activa fuera concedida, al mismo tiempo, a los grupos de consumidores.

Debido a que es un organismo administrado por el Estado, el financiamiento del SERNAC está específicamente previsto en el presupuesto anual como parte de lo que se designa al Ministerio de Economía del cual depende este servicio¹⁰¹.

- ii. Asociaciones de Consumidor, descripción general y sus atribuciones: Las Asociaciones de Consumidor son organizaciones creadas para restablecer el equilibrio entre proveedores y consumidores y ellos consisten en personas naturales o cuerpos legales.

Deben ser independientes de todo tipo de intereses económicos, comerciales o políticos y sus objetivos deben ser los de proteger, informar y educar a los consumidores, así como asumir la representación y defensa de sus miembros y de los consumidores que le pidan ayuda, interés lucrativo o publicidad no informativa.

Para formar una Asociación, los socios deben celebrar una reunión ante un Notario Público que tiene que ser aprobado por los miembros. Los miembros estarán formados por al menos 25 personas naturales o jurídicas o 4 entidades jurídicas (como las asociaciones de vecinos o los centros o asociaciones de padres).

¹⁰¹ Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

Objeciones a la legitimación: Antes de la reforma de la Ley del Consumidor que incorporaba acciones colectivas, las disposiciones que regulaban las asociaciones de consumidores eran criticadas porque contenían una legitimación activa que los restringía a la defensa de los intereses de sus miembros, lo cual estaba totalmente en contradicción con las atribuciones concedidas a estas organizaciones, sin embargo, las disposiciones incorporadas les otorgan el poder de representar los intereses colectivos y generalizados de los consumidores.

Sin embargo, una parte de la discusión que precedió a la incorporación de tales disposiciones dejó claro que la legitimación otorgada a las Asociaciones de Consumidores podría confundir incómodamente lo público con lo privado, ya que podría entenderse como posible demandar sin un mandato en nombre de cualquier consumidor.

La legitimación en este sentido está en gran medida, sujeta a la opinión del tribunal y las circunstancias del caso.

El financiamiento de las asociaciones de consumidores es por medio de acciones permitidas bajo la misma Ley del consumidor o con fondos competitivos cuya creación esta prevista en el mismo órgano jurídico. Estos fondos consisten en dinero que está incluido en el presupuesto de SERNAC y donaciones hechas por organizaciones sin fines de lucro, tanto nacionales como extranjeros¹⁰².

- iii. Grupo de 50 o más consumidores: aquí se trata de grupos de interés privados cuyo establecimiento no requiere ninguna formalidad, como es el caso de las Asociaciones de Consumidores.

¹⁰² Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

En relación a su legitimación activa, la doctrina ha llegado a la conclusión que estos grupos tienen legitimidad para demandar, pero no tienen la capacidad de actuar como grupo, porque carecen de una identidad legal como tal.

El financiamiento de estos grupos viene dado exclusivamente por las personas afectadas y que se reúnen para presentar una demanda colectiva, convirtiéndose así en una opción de litigio difícil de resolver¹⁰³.

3. Acción de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) en Materia Ambiental

Las ONGS con fines plausibles y conformadas legalmente para ejercer su actividad, muchas veces se encuentran con diferentes barreras a la hora de actuar en favor de intereses colectivos. Lo que se acostumbraba a ver era que el estado se hacía cargo de los asuntos colectivos, sin embargo, ahora vemos que son las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) las que han tomado protagonismo en ciertos temas como por ejemplo lo relativo a la protección del medio ambiente.

En casos ambientales es particularmente importante ya que el afectado muchas veces coincide con una población vulnerable que está expuesta o recibe cargas ambientales indeseadas. La interrogante que nace muchas veces y así lo indica y afirma Rosales¹⁰⁴ es si una personalidad jurídica puede representar en un juicio a personas naturales por su garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y determinar si ella misma puede alegar vulneración de la garantía del Art. 19 N°8 de CPR, más adelante se afirma esta posibilidad.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 131 p.

En el mismo trabajo de Rosales se analiza un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en donde se reconoce de forma explícita el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación a una Corporación de derecho privado sin fines de lucro, cuyo fin, por estatutos es el cuidado del medio ambiente y la preservación de la naturaleza. Acá se puede apreciar un reconocimiento de un derecho fundamental a una personalidad jurídica, que va más allá de la representación de intereses de terceros¹⁰⁵.

La sentencia de la corte de apelaciones resuelve la cuestión de la legitimación activa de la Corporación que recurre protección por sí misma, considerando dos aspectos básicos tanto del Art. 19 y 20 de la CPR y que los expresa en su considerando 5º¹⁰⁶.

La clave para otorgar titularidad respecto de este derecho a personas jurídicas radica en determinar si posee, como un elemento de su esencia, alguna conexión con el medio ambiente, de forma tal que sin un medio ambiente sano no sirva ya a los fines propios para lo cual fue creada, decayendo todo su propósito y actividad. Así el ordenamiento jurídico- constitucional debe entregarle algún tipo de protección para defenderse ante un ataque a la esencia de su existencia como persona jurídica. Creemos que la respuesta a esta protección es la titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Donde el término “vivir”, al igual que se ha

¹⁰⁵ Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca 2015. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.

¹⁰⁶ “Que, si bien, la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión debatida por la doctrina, a partir del enunciado inicial del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto a los derechos allí mencionados se garantizan a todas las personas”, “así como de la legitimación activa genérica del artículo 20 (“...el que...”) y de la regla de no distinción traspasada del derecho civil - allí donde el legislador no ha distinguido, no es lícito al intérprete distinguir-, la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha sostenido el criterio de que los derechos contenidos en la primavera de las normas citadas deben ser reconocidos, dentro de sus posibilidades, al menos dentro del contexto del recurso de protección, a las personas jurídicas, en general, opinión que este Tribunal de alzada comparte, toda vez que el recurrente, en su calidad de corporación, posee autonomía administrativa en relación con el poder central, lo que encuentra sustento en la propia regulación que contempla nuestra Carta Fundamental, de la cual se desprende que puede verse afectado con algunos actos de la administración central.” Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca 2015. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.

interpretado el termino libre de contaminación, implique una visión amplia, no solo del vivir humano físico, ni de la evolución actual como “calidad de vida”, sino como situarse en un lugar determinado desarrollando actividades y generando múltiples interacciones en el entorno. En el caso de las personas jurídicas esta serie de actividades e interacciones deben estar relacionadas con alguna finalidad ligada al medio ambiente¹⁰⁷.

En este mismo sentido podemos recordar el fallo que rechazó la demanda en contra del proyecto Pascua Lama¹⁰⁸, en donde El Tribunal dio un nuevo paso en relación al acceso a la Justicia Ambiental, al reconocer a ciertas organizaciones ciudadanas, particularmente Organizaciones No Gubernamentales, (ONG's) que posean personalidad jurídica, legitimación activa para comparecer por sí mismas e interponer demandas por reparación de daño ambiental. La legitimación de estas organizaciones se evaluará caso a caso, en base a criterios predefinidos y en función del objeto social explicitado en sus estatutos.

“Si una ONG puede actuar antes de que el daño se produzca, en sede administrativa, no es lógico que no pueda hacerlo una vez que el daño se produjo, más todavía si, como se ha argumentado más arriba, puede ser el único ente interesado en demandar la reparación del daño ambiental causado”, dice el fallo¹⁰⁹.

Sin embargo, en esta ocasión y en base a la información disponible respecto del Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), el Tribunal no pudo dar por acreditada su legitimación para actuar por sí misma en esta demanda.

¹⁰⁷ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 126 p.

¹⁰⁸ Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales contra de Compañía Minera Nevada Spa. 2013. ROL N° D-2-2013.

¹⁰⁹ Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales contra de Compañía Minera Nevada Spa. 2013. ROL N° D-2-2013. Considerando 30°.

Esta decisión contó con el voto en contra del ministro Rafael Asenjo, Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago, en ese entonces, quien, en base a la información disponible y “teniendo en cuenta el conocido historial de OLCA en relación a conflictos ambientales como el de autos, a juicio de este Ministro, es suficiente para dar acreditada su legitimación activa para demandar la reparación del daño ambiental de los glaciares, del ambiente periglacial, y de los recursos hídricos asociados, pues es posible presumir dentro de su objeto estatutario, entre otros fines, la capacidad para comparecer por sí misma ante este Tribunal en causas por daño ambiental”¹¹⁰.

Rosales concluye que La Constitución chilena no se pronuncia expresamente sobre el otorgamiento o denegación de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Por ello, los esfuerzos de dar o quitárselos vienen de la interpretación del texto constitucional. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación existe doctrina en ambos sentidos, desde los que niegan la titularidad agrupando el derecho dentro de los que solo pueden ser ejercidos por personas naturales, interpretando el término vivir de forma idéntica al derecho a la vida del art. 19 N° 1, hasta los que aceptan la titularidad por que el encabezado del art. 19 no distingue, y donde el constituyente no ha distinguido le está vedado al intérprete hacerlo¹¹¹.

¹¹⁰ Ibid 164 p.

¹¹¹ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 137 p.

CONCLUSIONES Y COMENTARIOS

Como primera conclusión podemos decir que el medio ambiente se ha reconocido como un interés difuso que incumbe a una colectividad de personas, los cuales han manifestado su legítimo interés a través del derecho fundamental de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En este sentido, es indudable que un daño ecológico conforme al ordenamiento nacional compromete el interés difuso ambiental. De hecho, las singularidades de un daño ambiental podrían implicar que sus consecuencias afecten incluso a generaciones futuras, aún no nacidas, que eventualmente requerirán del medio ambiente para su posterior desarrollo.

En el mismo contexto anterior, se hace necesario contar con un mayor desarrollo del concepto de legitimación activa de los afectados, desde un punto de vista procesal, a fin de que toda persona que vea vulnerado su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación esté habilitado para acaecer ante los tribunales. Que la legitimación no sea un requisito de admisibilidad a un proceso judicial. Se debe revisar y replantear la legitimación activa en la acción de protección por daño ambiental, tanto por el legislador como por el juzgador, ya que se podría considerar como una acción inconstitucional al impedir que personas puedan hacer valer sus derechos, ya que se exige encontrarse directamente afecto para poder hacer valer la legitimación.

Recordando lo expresado por la Profesora Pilar Moraga y de acuerdo con la teoría antropocéntrica del Derecho al medio ambiente, actualmente se considera que debe existir interés para que exista acción. Pero qué pasa cuando existe un daño al medio ambiente, pero no hay afectados directamente, o los afectados directos no tienen interés de accionar un proceso, en este caso, se podría comenzar por ampliar la legitimación, reconociéndole legitimación activa a una amplitud mayor de personas, sean estas naturales o jurídicas, que las actualmente identificadas, permitiendo y asegurando que la acción de protección sea efectivamente un resguardo del derecho constitucional afectado, o que pueda temerse que lleguen a afectarse a cualquier persona o grupo humano de nuestro país.

Se considera que debería existir un razonamiento judicial señero en el ámbito de la titularidad y legitimación activa de las garantías constitucionales de las personalidades jurídicas, al menos se han podido apreciar fallos en que las Cortes han ampliado el sentido de este alcance respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero aún no se establece un lineamiento claro y uniforme. Posteriormente se estableció que, dentro de los estatutos de las personas jurídicas, debía constar la tutela por el medio ambiente para ser legitimante activo, sin embargo, como pudimos ver en el caso la ONG OLCA, esto no fue suficiente, contando sólo con el voto de minoría de Rafael Asenjo, quien dio por acreditada la legitimación activa de la ONG.

Si bien puede resultar bastante difícil cambiar la posición jurisprudencial que se encuentra arraigada en Chile como para tratar la acción de protección ante daño ambiental como una acción popular, se podría, sin embargo, considerar la ampliación de la legitimación como ya se mencionó anteriormente y por qué no, analizar la alternativa de inclusión de acciones de clase en materia ambiental o litigación de interés públicos, como lo han hecho México, EE.UU y Canadá.

BLIOGRAFÍA.

Leyes citadas:

- a) Argentina. Constitución Política de la República de Argentina del 1 de mayo de 1853, y sus reformas.
- b) Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- c) Chile. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20600: Crea los Tribunales Ambientales.
- d) Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2011. Ley 19.496: Sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores.
- e) Chile. Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.
- f) Chile. Ministerio de Justicia. 2000. Código Civil de la República de Chile.
- g) Chile. 1980. Constitución Política de la República de Chile.
- h) España. 1981. Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, Del Defensor del Pueblo (BOE. núm. 109, 7 de mayo).
- i) México. 2001. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley Orgánica de la procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal.
- j) Perú. Constitución Política del Perú del 1 de enero de 1993.

Libros, artículos y ponencias:

- a) Aguirrezabal Grünstein, M. 2006. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista chilena de derecho, 33 (1), 69-91. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005> [consulta 18 de julio].
- b) Ameal, O. 1991. La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia. Buenos Aires, Argentina.
- c) Aranda Ortega, J. [s/a] ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno. 313 p. [en línea] <http://www.academia.edu/3103705/_Derechos_a_la_naturaleza_o_de_derechos_

de_la_naturaleza_El_pensamiento_ecoc%C3%A9ntrico_en_el_derecho_ambiental_chileno>.

- d) Barros Bourie, E. 1998. Responsabilidad civil en materia de medio ambiente. Derecho del Medio Ambiente, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile.
- e) Bermúdez Soto, J. 2015. Fundamentos de Derecho Ambiental 2a Edición. Ediciones Universitarias Valparaíso. Chile.
- f) Bidart Campos. 1993. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tomo I (El derecho constitucional de libertad), ediar, Buenos Aires.
- g) Bordalí Salamanca, A. 1998. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. Rev. derecho (Valdivia). Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.
- h) Bórquez Yunge, J. M. 1993. Introducción al Derecho Ambiental Chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile.
- i) Brañes Ballesteros, R. 1994. Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Fondo de Cultura Económica. México.
- j) Brañes Ballesteros, R. 2000. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina.
- k) Contraloría General de la República 2001 [en línea] <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=A735D8E2EFFEC378842571BD004D53F0>>.
- l) Defensor del Pueblo de la Nación [en línea] <<http://www.dpn.gob.ar/ambiente.php>>
- m) Delgado de Miguel, J.F. 1992 Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y Ecología. Editorial Aranzadi, Pamplona.
- n) Delgado V. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. Revista de Derecho (Valdivia), 2012, vol. 25, N° 1, p 47- 76 [En Línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100003>>.
- o) Díaz Fuenzalida J. 2016. El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman>>.

- p) Díaz. G. [s/a] [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf>.
- q) Emol 2001. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/06/26/58642/fallo-categorico-tribunal-constitucional-apoya-restriccion-a-cataliticos.html>>.
- r) Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. 2016. El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1).
- s) Fernández M. 2008. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativos a conflictos entre Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho Público*. Vol 70.
- t) Galindo Villarroel, M. 2003. "El caso Itata: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. I.
- u) Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf>.
- v) Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile.
- w) Martín Mateo, R. 1998. *Manual de derecho Ambiental*, 2º edición, Editorial Trivium, Madrid.
- x) Mejía, M. [s/a] *Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental*.
- y) Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003).
- z) México. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial [en línea] <http://www.paot.org.mx/conocenos/que_es_paot.php>.
- aa) Moraga Sariago, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (39), 291-317.
- bb) Moure Pino, A. M. 2014. *El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile*. Editorial Dykinson.

- cc) Nogueira Alcalá, H. 2004. La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(2), 197-223. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000200007>>.
- dd) Ramos, S. 1992. La cuestión ambiental y la transformación del derecho. *Revista del Derecho Industrial*, Ediciones Depalma S.R.L., Buenos Aires.
- ee) Rodríguez Melendez, R. Intereses y tutela constitucional [s/a] [en línea] <<https://es.scribd.com/document/127276350/Rodriguez-Melendez-Roberto-Enrique-Intereses-y-Tutela-Constitucional>>.
- ff) Romero, A. 2006. Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- gg) Royal Commission on Environmental Pollution www.rcep.org.uk.
- hh) Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? *Revista de Derecho*.
- ii) Serrano Moreno, J. L. 1992. *Ecología y derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica*. Comares.
- jj) Soto, E. “1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, Primera parte, Sección Derecho.
- kk) Tisné Niemann, J B. 2014. Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la ley n° 20.600. *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 21, no 1, p. 323-351.[En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071897532014000100010&script=sci_arttext&tlng=en>.
- ll) Trad Nacif J. Las acciones colectivas: un paso adelante en el marco ambiental mexicano. *Revista Derecho Ambiental y Ecología*. [en línea] <http://ceja.org.mx/IMG/LAS_ACCIONES_COLECTIVAS.pdf>.
- mm) Valenzuela R. 1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda.

- nn) Valenzuela, R. La Responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC).
- oo) Vásquez Rodríguez, C. 2014 Derechos de los Pueblos, Ambientales o Derechos Difusos, España.
- pp) Wolter Kluwer. Guías Jurídicas, Legitimación. España [En Línea] <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=h4siaaaaaaaaeahwoqq-cmayff427mbin5x1eualb3u0zdsydbso2b93gutcdvr-_pe-w5iuehesspgsolbg2f3onmmihy0zszekgoogcovjykh3naxks8xoqqjlvqebkylk-dz8crtmap64maml7bnltaxquozgja_hhenowsml7nohudd-dsl0hexg9f6q8lel320yax0t7otl_qyg9v7yvzhaynv3tl-yfceptaqaawke>

Jurisprudencia citada:

- a) Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales en contra de Compañía Minera Nevada Spa. (2013). Rol N° D-2-2013.
- b) Caso Bocamina II (sentencia de 6 de noviembre de 2014, Rol N° 15.737-2014.
- c) Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio de Evaluación Ambiental Región de Aysén (2012): Corte Suprema, 11 de mayo de 2012 (Caso Río Cuervo). Rol N° 2463-2012
- d) Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 17 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996.
- e) El Morro, sentencia de 7 de octubre de 2014, Rol N° 11.299-2014.
- f) Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca (2015). Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.
- g) Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente (1997): Corte Suprema, 19 de marzo de 1997. Rol N° 2684-1997
- h) Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región. (2013). Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de noviembre de 2013 (recurso de protección). Rol N° 6.823-2013.
- i) Lema Keith Guillermo Patricio con Mardones Lara Dalia Ester (2014): Corte Suprema, 26 de febrero de 2014 (Casación en el fondo) rol N° 1837-2013.

- j) Leopoldo David Muñoz de la Parra y otros contra Resolución Exenta N°128 de la Comisión de Evaluación de la X Región de Los Lagos y otros (2014): Corte Suprema, 30 de enero de 2015. Rol N° 28.745-2014.
- k) Ximena Carzola Carzola y otros contra Dirección Ejecutiva de Evaluación Ambiental (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de septiembre de 2014. Rol N° 31.177-2013.



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



LEGITIMACIÓN AMBIENTAL ACTIVA

VILMA CAROLINA JIMÉNEZ GONZÁLEZ

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL
GRADO DE MAGISTER EN DERECHO AMBIENTAL

PROFESOR GUÍA:
SERGIO MONTENEGRO A.

SANTIAGO DE CHILE
OCTUBRE 2017

INDICE	Página
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES.....	6
1. Derecho ambiental.....	6
2. Bien jurídico protegido	7
CAPÍTULO II: LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE.....	9
1. Legitimación activa, aspectos generales.....	9
2. Acción ante daño ambiental	11
3. Acción de protección en materia ambiental.....	19
CAPITULO III: EL MEDIO AMBIENTE COMO INTERES COLECTIVO Y DIFUSO.....	27
1. Intereses colectivos y difusos.....	27
a. Interés colectivo.....	28
b. Interés difuso	29
2. Medio ambiente como interés colectivo y difuso.....	30
3. Titularidad del medio ambiente.....	33
CAPITULO IV: OTROS MEDIOS DE TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE.....	34
1. Ombudsman.....	34
a) Ombudsman en Chile.....	35
b) Modelos de Ombudsman en el Derecho comparado.....	38
2. Acciones de clase.....	43
3. Acción de las ONG en materia ambiental	50
CONCLUSIONES Y COMENTARIOS.....	54
BIBLIOGRAFÍA	56
Leyes citadas.....	56
Artículos, libros y ponencias.....	56
Jurisprudencia citada	60

INTRODUCCIÓN.

“Durante muchos siglos se pensó que el hombre debía dominar las fuerzas de la naturaleza y ponerlas a su servicio. Se creía, en alguna medida, que los recursos naturales eran inagotables y que la industrialización era per se un objetivo deseable, sin que se evaluara cuál podría ser el impacto de la actividad económica en el medio ambiente”¹.

El ser humano necesita del medio ambiente para sobrevivir, es el único espacio en el que, hasta ahora, puede desarrollar su existencia. Aire, agua, suelo, diversidad biológica, minerales y en general recursos naturales conforman el capital terrestre con el que la humanidad ha contado, cuenta y contará para existir y desarrollarse. Los elementos del capital terrestre son puestos en movimiento gracias a la inagotable energía aportada por el sol: el capital solar. El producto de la ecuación ambiental, conformada por capital terrestre y capital solar, lo constituye el medio ambiente, sobre el que la humanidad ha evolucionado en la forma y condiciones que se conocen hoy en día².

Los problemas ambientales, como el crecimiento de la población, la depredación de los recursos naturales, la extinción de especies, el calentamiento global, etc. parecen amenazar hoy, más que nunca, al medio ambiente. Es más, si de algún tema puede decirse en la actualidad que está en boga y que sobre él existe un clima de opinión en todos los países sean industrializados y no, es del “medio ambiente y de la protección ambiental”

En este mismo sentido la protección y el cuidado del medio ambiente se ha vuelto parte del derecho de quienes en el habitan. Existe una denominación de “derechos de tercera generación”, o “derechos de los pueblos” nombre con el que se denominan al derecho a la protección del medio ambiente, al derecho a la calidad de

¹ Bórquez Yunge, J. M. (1993). Introducción al Derecho Ambiental Chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile. 5 p.

² Bermúdez Soto, J. (2015) Fundamentos de Derecho Ambiental 2ª Edición. Ediciones Universitarias Valparaíso. Chile 25 p.

vida, al derecho a la paz, entre otros que han generado diversos enfoques y percepciones a la hora de determinar la legitimación activa. Esta generación de derechos difusos presenta como características principales la afectación global y la indeterminación de sus titulares.³

Estos derechos parten de necesidades globales que conciernen y afectan al ser humano en general de tal manera que la titularidad de los mismos corresponde copartícipe y universalmente a todos los humanos, están sustentados en el principio de solidaridad y corresponsabilidad, por lo que desde esta apreciación los podemos denominar derechos difusos⁴.

En general, la jurisprudencia ha sostenido que la titularidad del derecho unido a un ejercicio legítimo agraviado es lo que le otorga legitimación activa a un recurrente y en consecuencia se ha expresado que la legitimación es una cuestión de fondo, que atañe al derecho mismo. Se ha expresado además que es indispensable la coincidencia geográfica entre el domicilio del afectado y el lugar donde se produce el agravio, puesto que para el caso del recurso de protección no es una acción popular. Sin embargo, y contradictoriamente con lo anterior, la Corte ha dicho que los recurrentes tienen derecho a instar por la preservación de la naturaleza, actividad que compete no solo a las personas que viven cerca o en el lugar físico mismo donde se desarrolla el acto que agravia. Lo anterior es recogido en la famosa sentencia de 1997, dictada en el caso Trillium, en donde se reconoce la posibilidad de legitimidad activa remota.⁵

³ Vásquez Rodríguez, C. (2014) Derechos de los Pueblos, Ambientales o Derechos Difusos, España. 6 p.

⁴ Ibid 6 p.

⁵“13°) Que, por último, respecto de la supuesta falta de legitimación activa de los recurrentes para interponer este recurso, alegada por los recurridos y la Empresa Forestal Trillium, cabe señalar que 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

Se considera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho humano con rango constitucional, de carácter subjetivo y colectivo público, por lo que su ejercicio le corresponde a todas las personas y cuyo resguardo le corresponde a toda la sociedad.

Por otra parte, también existe la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, procedimiento que cuenta con un órgano jurisdiccional especial, los Tribunales Ambientales, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento⁶.

Serán legitimados activos para esta acción ambiental y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado las personas naturales o jurídicas las municipalidades y el Estado.

Teóricamente el que puede reclamar la reparación del daño es aquel sujeto que lo ha sufrido, pero, ¿Qué pasa cuando se perciben daños ambientales que no producen efectos directos sobre el patrimonio o la integridad de una persona, sino que afectan el entorno natural en el que ésta se desenvuelve y se convierte en una afectación a una diversidad de personas o bienes con una delimitación física difícil de establecer? Y si sumamos a lo anterior el requisito de demostrar como una actuación o resolución afecta directamente a una persona, complica aún más la situación. En este mismo sentido es que el presente trabajo tiene como objetivo analizar la legitimación activa ante la acción de daño ambiental y ante el derecho constitucional, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

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. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual. CS, 19.3.1997. Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996.

⁶ Chile. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20600: Crea los Tribunales Ambientales.

Se hace necesario poder establecer cuando las personas pueden ejercer la acción ante daño ambiental sin que la legitimación activa quede estrictamente asociada al concepto de afectado directamente, se entiende que es necesario que haya un interés por parte del afectado para que exista tal acción. También analizaremos cuando procede la acción de protección en materia ambiental, los fallos dictados antes de la entrada en vigor de los Tribunales Ambientales y la situación actual.

Capítulo 1 : CONSIDERACIONES GENERALES

1. Derecho Ambiental

En torno a la denominación de Derecho Ambiental se han dado diversas acepciones, Raúl Brañes Ballesteros⁷ lo define como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.

De acuerdo con lo expresado por Jorge Aranda⁸, el Derecho Ambiental surge en los hechos, como bien sabemos de la insostenibilidad de ciertas prácticas productivas, reconociendo límites a ciertas actividades en favor de la preservación de la naturaleza, siempre que sea útil a la subsistencia humana. Así, el Derecho Ambiental es un “derecho de límites”. Como ciencia social aplicada no se encuentra ajena a la relación antropocéntrica de conflicto y dominación de la naturaleza. Mediante la ley el hombre ha determinado una forma de dominación de la naturaleza gracias al derecho de propiedad y sus derechos reales derivados. En este mismo sentido, el

⁷ Brañes Ballesteros, R. (1994) Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Fondo de Cultura Económica. México 27 p.

⁸ Aranda Ortega, J. ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno. 313 p. [en línea] <[http://www.academia.edu/3103705/ Derechos a la naturaleza o de derechos de la naturaleza El pensamiento ecoc%C3%A9ntrico en el derecho ambiental chileno](http://www.academia.edu/3103705/Derechos_a_la_naturaleza_o_de_derechos_de_la_naturaleza_El_pensamiento_ecoc%C3%A9ntrico_en_el_derecho_ambiental_chileno)> [consulta 20 de julio 2017]

objeto existe para ser dominado y puesto bajo los intereses y valores del sujeto que lo apropia.

La solución que se adoptó, para garantizar los derechos fundamentales que se veían afectados por un ambiente deteriorado, fue convertir el derecho al medio ambiente (apto, adecuado, equilibrado, o libre de contaminación) en un Derecho Fundamental.⁹

2. Bien Jurídico Protegido

Existen distintas tendencias para conceptualizar jurídicamente al medio ambiente, dependiendo de los elementos que van a formar parte de él. A continuación, las dos principales posiciones que existen en este punto.

En una primera orientación, el medio ambiente estaría formado sólo por aquellos elementos que constituirían el soporte básico e indispensable para la vida humana. Dentro de esta posición, que podemos denominar como tesis restringida, destaca la tesis de Martín Mateo¹⁰, en España, el que pone énfasis en la titularidad común de estos elementos y sus características dinámicas (por lo que el medio ambiente estaría conformado básicamente por las aguas, el aire y también el suelo, en cuanto a elemento interrelacionado con los dos anteriores). Esta tesis es rechazada por muchos, precisamente por su carácter de estrecha y rígida, ya que excluye todos aquellos elementos ambientales en los que participaría la acción del hombre, además de aquellos elementos de la naturaleza de máxima importancia desde el punto de vista del equilibrio de los ecosistemas, como la flora y la fauna, la biodiversidad, etc.

La segunda posición, la podríamos denominar como una tesis extensiva, bastante más amplia que incluiría, además de los elementos naturales bióticos y abióticos, aquellos que pueden ser considerados como sociales, económicos,

⁹ Ibid. 315 p.

¹⁰ Martín Mateo, R. (1998) Manual de derecho Ambiental, 2º edición, Editorial Trivium, Madrid 62 p.

culturales y estéticos, tales como el urbanismo, el patrimonio histórico, cultural, el paisaje¹¹, etc.

Esta posición es considerada por algunos como “ambiciosa e ingenua, en cuanto abarca los más variados y heterogéneos objetivos”¹², lo que imposibilitaría la formación de una disciplina jurídica ambiental que aglutinara, mediante principios comunes, todos los problemas ambientales.

En Chile se da la situación que la propia Ley de Bases del Medio ambiente es la que definió el concepto de medio ambiente, lo cual no debe entenderse que dichas normas legales tengan una “jerarquía de normas interpretativas de la Constitución, para lo cual hubieran necesitado de un quórum de aprobación especial, pero es obvio que esta definición legal de medio ambiente y todas las otras definiciones que hizo el legislador, tendrán una clara y decisiva influencia en la interpretación de las normas constitucionales cuando corresponda hacerlo a los tribunales requeridos.

La Ley de Bases del Medio ambiente, en su artículo 2° letra II), dispone que el medio ambiente es:

“El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”

¹¹ En Italia, con la Ley Galasso de 8/8/85, el paisaje debe ser considerado no solo como un valor estético, sino claramente como un bien ambiental, coesencial a la vida del hombre, pasando a ser considerado como un recurso natural más de los que ya integran el medio ambiente. Delgado de Miguel, J.F. (1992) Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y Ecología. Editorial Aranzadi, Pamplona. 194 p.

¹² Bordalí Salamanca, A. 1998. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. [Consulta: 25 Julio 2017]

Capítulo 2 : LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE

1. Legitimación Activa, aspectos generales

La legitimación activa en su esencia se considera un término bastante debatido y confuso en el derecho. Se define como la posibilidad o facultad de una persona de poder acceder a un tribunal, promover e intervenir en un proceso como parte activa de este¹³.

En tal sentido guarda estrecha relación con la idea de capacidad, pero se diferencia de ella en que mientras la capacidad define las condiciones generales para intervenir en el proceso, la legitimación determina las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho material que se acciona. No constituye un presupuesto del derecho al proceso, sino un requisito de la acción que se ejercita en el proceso, que deriva de la titularidad de la acción que se reclama, pues, en definitiva, la legitimación se determina por esa titularidad¹⁴.

De acuerdo con lo abordado por Nogueira Alcalá, quien hace un análisis de las implicancias sustantivas constitucionales que tiene la legitimación activa en los tribunales de países latinoamericanos, éste propone una definición de legitimación activa de la siguiente manera:

“La legitimación activa en el ámbito de la jurisdicción constitucional es la capacidad procesal que le reconoce el Estado a una persona natural o jurídica, como asimismo a órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la

¹³ Wolter Kluwer. Guías Jurídicas, Legitimación. España [En Línea] <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAHWOQQ-CMAyFf427mBiN5x1EuaLB3U0ZDSyBDbsO2b93gUTCwdvr-_pe-w5IUeHEssPGsOIBG2f3oNmMIHy0zsZeKgooGCovjyKhAN3NaXkS8xoqqJLvqEbKYIK-dZ8CRtMAp64MaMl7BNLtAxqUOZGjA_hhEnowsmL7nOHuDD-dSL0heXG9F6q8lEL320yaX0t7OtL_QyG9v7YvZhaYnV3tL-YlfcEPAQAAWKE> [Consulta: 26 de abril 2017]

¹⁴ Ibid

ley, para actuar en procedimientos jurisdiccionales como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.”¹⁵

La legitimación activa para accionar puede variar según la naturaleza del procedimiento ya sea abstracto, donde funciona como un procedimiento en contra de normas infraconstitucionales y en el caso contrario, un procedimiento o control concreto de constitucionalidad.

En este mismo sentido en el documento “La Legitimación Activa en los Procedimientos de Tribunales Constitucionales de América del Sur, pueden identificarse a modo general 4 grupos” de legitimados, entre ellos: determinadas autoridades u órganos constitucionales y un número de parlamentarios que integran las Cámaras del Congreso Nacional o la Asamblea Legislativa; los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción popular).¹⁶

Otro concepto un tanto más amplio de legitimación es el que da, en España, según lo expuesto por Bordalí en la publicación “Titularidad y Legitimación activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno”, en una cita a Silguero, quien la define como “el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor de un sujeto, en cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción, en base a la relación existente entre el sujeto y los derechos e intereses legítimos cuya tutela jurisdiccional pretende”. Como señala este mismo autor, la legitimación existiría con independencia de la titularidad de los derechos e intereses legítimos, si bien, como ocurre muchísimas veces, es precisamente en la titularidad en la que el ordenamiento jurídico se basa para reconocer a un sujeto determinado la legitimación¹⁷.

¹⁵ Nogueira Alcalá, H. (2004). La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(2), 197-223. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000200007>> [Consulta: 26 de abril 2017]

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Bordalí Salamanca, A. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63 [en línea]. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002> [consulta el 25 de julio]

Para otros, en cambio la base de la legitimación, a diferencia de lo señalado anteriormente, está dada, necesariamente, por la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Por su parte Bordalí, en materia ambiental cree correcto no asociar estrictamente la legitimación activa con la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo. Esta concepción dejaría sin la debida defensa al ambiente considerado como interés difuso o bien colectivo, a menos que pueda ser asociado el concepto de interés legítimo con el concepto de interés difuso o colectivo¹⁸. También lo sostiene, en Brasil, Saulo Ramos, cuando expresa que es necesario ir "reconociendo la existencia del derecho difuso como legitimación activa para que las personas -sin derecho propio- actúen en defensa de los bienes ambientales"¹⁹. Habiendo un interés difuso, se entendería que cualquier persona que habita el territorio del Estado tendría legitimación activa, ya que existiría una relación reconocida entre el sujeto que actúa y un interés legítimo tutelado por el ordenamiento jurídico.

2. Acción Ante Daño Ambiental

La ley define por "daño ambiental" como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes"²⁰

Por "medio ambiente" la ley entiende "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ramos, S. (1992). La cuestión ambiental y la transformación del derecho. *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires. Ediciones Depalma S.R.L., Buenos Aires, 473 p.

²⁰ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 2° e).

o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.²¹

Con la integración de ambas definiciones se puede decir que por “daño ambiental” deba entenderse “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, biológica o sociocultural que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones; así como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo infligido a uno o más de los componentes de este sistema global soportante de la vida”.

En este mismo sentido la Constitución, en efecto, asegura a todas las personas “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, y consulta mecanismos específicos para instar por la efectiva cautela y salvaguardia de este derecho²². Claro que, en estricto rigor, no se está en este caso ante un derecho “sobre” el medio ambiente, sino ante un derecho “a” la mantención impoluta de sus elementos asociables a la vida humana, lo que marca una diferencia²³

En nuestro marco legal la acción ante daño ambiental viene dada por la Ley 19.300 Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Frente a daños al medio ambiente se concede una acción que tiene por objeto sólo la reparación del medio ambiente dañado²⁴, no considera una indemnización de perjuicios. Producido el daño ambiental, se concede la acción para obtener la reparación del medio ambiente

²¹ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 2° II).

²² Constitución Política de la República de Chile. 1980. Arts. 19 8°) inciso primero y 20 inciso segundo.

²³ Valenzuela, R. La responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC) 81 p.

²⁴ Chile. 1994. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art 53°.

dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

En nuestro derecho, la acción de indemnización de perjuicios por daños provenientes u ocasionados por un daño al ambiente tiene clara y obviamente, un carácter privado, mientras que la acción ambiental tendiente a la reparación del ambiente dañado presenta una cara marcadamente pública²⁵.

En materia ambiental la legitimación activa, de acuerdo con lo expuesto por Serrano en su libro de Ecología y Derecho, la podemos entender como “la posibilidad de accionar jurídicamente solicitando la tutela del equilibrio de un ecosistema”²⁶

Las personas que están legitimadas para interponer una demanda por daño ambiental, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la LBMA son las siguientes:

1. Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio: La norma es expresa al exigir que la persona sea directamente afectada. No es arbitraria su redacción toda vez que dicho calificativo impone un límite a la legitimidad personal. Esto no significa que en un daño ambiental el único universo de intereses comprometidos de carácter individual sean aquellos de los individuos legitimados. Simplemente aquellos que no hayan sido directamente afectados se les impide accionar, no por falta de interés, sino por no contar con legitimación activa. Es la manera que el legislador escogió para reconocer el interés particular relevante en materia de daño ambiental en

²⁵ Barros Bourie, E. (1998). Responsabilidad civil en materia de medio ambiente. Derecho del Medio Ambiente, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 55p.

²⁶ Serrano Moreno, J. L. (1992). Ecología y derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica. Comares 105 p.

desmedro de los demás interesados individuales. A mayor abundamiento, de la historia de la LBGMA según la cita realizada por Tisné²⁷ a Toledo, se observa el trámite legislativo en que expresamente se rechazó la enmienda que proponía el concepto “interés” en reemplazo del “directamente afectado”. La razón del Senado de impedir la redacción de la norma en dicho término fue que “abre la norma a una interpretación extensiva que no se corresponde con el criterio de acotar el ámbito de quienes pueden ser considerados titulares de la acción ambiental”

2. Las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas: Las municipalidades podrán accionar cuando el daño acaezca en su comuna o a petición de interesados conforme al artículo 54 de la LBGMA. Es importante destacar que existe una inconsistencia cuando la norma dispone que la municipalidad accionará en representación del interesado. La municipalidad no actuará en representación de la parte interesada, sino mediante una legitimación extraordinaria por sustitución procesal. Romero aclara que “la sustitución es una figura distinta de la representación procesal. Como se sabe, la representación se caracteriza por la actuación que un tercero realiza en nombre de otro en un proceso. Cualquiera sea la clase de representación, lo distintivo es que el representante actúe en nombre ajeno y por un derecho igualmente ajeno, a diferencia de la sustitución, donde el sustituto actúa en su nombre, adquiriendo él la calidad de parte”²⁸.

²⁷ Tisné Niemann, J B. 2014. Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la ley n° 20.600. Revista de derecho (Coquimbo), vol. 21, no 1, p. 323-351.[En línea] <<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000100010&script=sciarttext&tlng=en>> [Consulta 5 de Septiembre 2017] El día 25 de enero de 1994, en la sesión 29a, el Senado, en tercer trámite, rechazó la modificación hecha por la Cámara de Diputados en el primer informe del segundo trámite constitucional, respecto del primer inciso que contenía la disposición en comento (en ese entonces artículo 57, actual artículo 54) porque la enmienda propuesta señalaba que serían titulares de la acción las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que tuvieran interés en ello[...], lo que fue respaldado por el Ejecutivo ante Comisión Mixta y luego por la misma Comisión, consagrando la norma bajo la redacción que hoy prescribe la ley. Toledo, Fernando (1996) Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente: Ley Número 19.300, historia fidedigna y concordancias internas. Santiago: CONAMA, p. 191.

²⁸ Romero, A. (2006) Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 100 p.

En definitiva, la municipalidad no representará a ningún interesado, sino que entablará la acción en nombre propio, asumiendo la calidad de parte en el proceso y ejerciendo una legitimación activa propia. Es improcedente sostener que ejerce una acción colectiva en representación de aquellos que aportaron los antecedentes del caso²⁹.

A mayor abundamiento, el artículo 18 de la Ley N° 20.600³⁰ que crea los Tribunales Ambientales, ratifica expresamente en su numeral segundo que en materia de reparación ambiental, podrán participar como parte en juicio las municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas. No hace siquiera mención a la posibilidad de accionar en representación de los solicitantes. Claramente el legislador no ha considerado a la municipalidad como representante de intereses colectivos.

3. El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado: Finalmente, el Consejo de Defensa del Estado es el último legitimado activo para ejercer la acción ambiental. No se describen los supuestos de hechos por los cuales el Estado puede demandar por lo que se entiende que lo podrá hacer “[...] ante

²⁹ Delgado V. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. Revista de Derecho (Valdivia), 2012, vol. 25, N° 1, p 47- 76 [En Línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100003>> [consulta 23 de mayo]. El autor Delgado también critica la norma al señalar que “[...] podría pensarse que existe una especie de 'acción popular' ella no es más que una simple petición, que no hace al solicitante parte en el juicio y que podrá generar, a lo más, responsabilidad solidaria de la Municipalidad, respecto a los daños personales del peticionario (y no al daño ambiental puro), siempre y cuando además se cumplan varias condiciones”.

³⁰ Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. Dispone en su artículo 18 que podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales las personas naturales o jurídicas 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 la demanda por alguno de los titulares señalados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros coadyuvantes (velando por sus intereses legítimos pero en una posición subordinada a una de las partes principales a la que ayuda de forma instrumental). En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal.

cualquier hipótesis de daño ambiental, cualquiera sea el lugar del territorio o zona sometida a la jurisdicción nacional donde este se produzca³¹.

En definitiva el Consejo de defensa del Estado entablará la acción ambiental cuando se encuentre comprometido únicamente el propio interés del Estado. No se debe confundir el interés público o general con los intereses supraindividuales y los intereses del Estado.

Pareciera lógico que el Estado representara este interés público o general en atención, entre otros factores, al artículo primero inciso cuarto de la Constitución³². Pero como ya hemos señalado, al Consejo de Defensa del Estado le corresponde tutelar el interés del Estado y no el bien común³³. Esta distinción es importante tenerla presente para determinar fehacientemente si existe representación de un interés colectivo o no en su actuación.

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, 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

³¹ Valenzuela R. 1998 “La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental”. En Derecho Del Medio Ambiente Congreso Internacional. Santiago. 67 p.

³² Chile. Constitución Política de la República. Artículo 1° inciso cuarto: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

³³ El artículo 2° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado dispone que el Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente la defensa judicial de los intereses del Estado.

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 afectado³⁴.

Esta responsabilidad solidaria de las municipalidades de indemnizar al afectado, parece un poco contradictorio al tratarse de una acción para la reparación del medio ambiente dañado. Como lo planteaba Valenzuela esta obligación de indemnizar no tiene justificación pues si el afectado ha demandado la reparación del medio ambiente dañado, y no la reparación de los perjuicios que se derivan del daño ambiental, no existe razón alguna para que la municipalidad deba indemnizar al afectado de los perjuicios pecuniarios provocados a este por el daño ambiental³⁵.

A mayor abundamiento y para reafirmar lo dicho anteriormente, tengamos presente lo señalado por Barros, quien también critica lo establecido en el artículo 54 inciso 2° de la Ley de Bases del Medio Ambiente. En palabras del autor, dicha norma sufriría de una inconsistencia lógica que atenúa su eficacia práctica. En efecto, como la municipalidad entabla la acción en representación del particular afectado, quien persigue la reparación del medio ambiente dañado, entonces consecuentemente, la obligación solidaria que recae sobre la municipalidad de indemnizar los perjuicios al particular carece de todo sentido, pues la acción ejercida por la municipalidad, recordemos en representación del afectado, no ha sido la indemnizatoria, esta última acción corresponde personalmente al afectado por el daño³⁶.

³⁴ Chile. 1994. Ley N° 19.300. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 54°.

³⁵ Valenzuela R. 1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 67 p. El autor refiriéndose expresamente a la obligación solidaria de indemnizar los perjuicios provocados al afecto, señala “la ley ha incurrido en una inconsistencia conceptual, pues para la procedencia de la acción ambiental, está exigiendo no sólo la existencia del daño ambiental, sino, también copulativamente, la existencia de daño patrimonial”

³⁶ Barros Bourie, E.1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 61 p.

Supuesto que el daño ambiental haya incidido en recursos naturales que tengan el carácter de “bienes nacionales”, es decir, en recursos naturales “cuyo dominio pertenece a la nación toda” - sea que constituyan “bienes nacionales de uso público” o “bienes fiscales”³⁷, podrán contarse entre los perjuicios a indemnizarse las expensas en que haya debido incurrir el erario para abatir las consecuencias del perjuicio ambiental. No lo dice la ley, pero ello resulta, nuevamente, de la aplicación de la normativa general aplicable a la materia³⁸.

Discutible, en cambio, es el caso en que el daño ambiental ha incidido en “cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar”, por cuanto, al tenor de la legislación vigente, estas cosas “no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”³⁹. Este tipo de daños no da lugar, por sí solo, al ejercicio de la acción indemnizatoria, ni siquiera por parte del Estado, pero sí da cabida al ejercicio de la acción ambiental, en cuanto implica pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, lo que implica la producción de daño ambiental.

Como quedó visto, el ejercicio de la acción indemnizatoria puede ser compatible con el de la acción ambiental.

La ley, por otro lado, no consulta la existencia de “acciones de clase”; no contempla la existencia de un “ombudsman ambiental” o de otras figuras similares, ni prevé la disponibilidad de “acciones civiles públicas”. Sí da cabida, en cambio, al ejercicio de “acciones populares”, “en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas”. Pero, “si el daño

³⁷ Código Civil, Art.589.

³⁸ Valenzuela, R. La Responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC). 99 p.

³⁹ Código Civil. Art. 589.

amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”⁴⁰.

La situación de las organizaciones no gubernamentales no hace excepción a las reglas señaladas. Su legitimación activa para deducir la acción de indemnización de perjuicios requiere que tengan el carácter de

“directamente afectadas”, esto es, que hayan sufrido daño pecuniario demostrable en su patrimonio. Lo mismo vale para el ejercicio de la acción ambiental.

3. Acción de Protección en Materia Ambiental

En ausencia de institucionalidades específicas en Chile, como laboral, tributaria, medio ambiental, etc. la Acción de Protección se situaba como una herramienta eficaz y utilizada principalmente para la protección de los derechos fundamentales.

Hoy en cambio existen diversos mecanismos de reclamación ante órganos y tribunales especializados. En materia ambiental, por ejemplo, en el año 2010 se estrenó una moderna y nueva institución en Chile, Los Tribunales Ambientales. Ante esto la Corte Suprema en ocasiones ha sido vacilante respecto de conocer sobre recursos de protección que invocan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por lo que no ha establecido un criterio único para determinar cuándo procede esta acción cautelar y cuando debe ser tratada en sede especializada.⁴¹

Ante el incremento de jueces y procedimientos más precisos, especializados y más modernos, el recurso de protección parecería que ha ido perdiendo relevancia en

⁴⁰ Código Civil Art. 948. De acuerdo con el inciso primero del Art. 948 del mismo cuerpo legal, “La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”.

⁴¹ Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). Revista chilena de derecho, 43(1), 62 P.

el ordenamiento jurídico actual. Sin embargo, autores como Fernandois opinan que es primordial preservar la vitalidad institucional del recurso de protección, su trascendental rol de garantía de derechos constitucionales, evitando privarlo de eficacia⁴².

Por ello es necesario buscarle al recurso de protección un espacio lógico y armónico con la actual institucionalidad y para una convivencia pacífica y eficiente con la infinidad de jueces y acciones sectoriales que la ley ha conferido a los ciudadanos.

En este mismo sentido Fernandois, propone algunos criterios que permitan especificar la aplicación de este procedimiento desde la entrada en vigor de la institucionalidad ambiental.

- a. Primer criterio de exclusión: Deferencia Institucional o existencia de una jurisdicción y procedimientos ambientales especiales.

Este criterio parecería ser bastante claro. Según la Corte Suprema, la existencia de estos órganos es la justificación basal de una nueva posición para discernir, no obstante (...) que la interpretación del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes (...) a contar de la dictación de la Ley (...) que crea los tribunales ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales⁴³.

En efecto, podríamos decir que desde el año 2012, todos los pronunciamientos se construyen bajo esa premisa: el carácter específico del ramo, su orgánica y procedimientos. Así también se ha reconocido por las Cortes de Apelaciones de Santiago⁴⁴, Valparaíso⁴⁵ y Puerto Montt⁴⁶.

⁴² Ibid. 68 p.

⁴³ Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio de Evaluación Ambiental Región de Aysén 2012, considerando 4° (Caso Río Cuervo). Rol N° 2.463-2012.

⁴⁴ Ximena Carzola Carzola y otros contra Dirección Ejecutiva de Evaluación Ambiental (2014) considerando 4°. Rol N° 31.177-2013.

- b. Segundo Criterio de Exclusión. Inavocabilidad técnica: No cabe revisar el mérito técnico del recurso de protección.

Se trata de algo menos jurídico y más material, la inavocabilidad técnica consiste en sustraer a la Corte del conocimiento de recursos de protección que exijan evaluar, revisar o calificar el mérito técnico de decisiones adoptadas por la Administración. Pero ¿en qué consiste lo técnico y hasta donde se llega?, no es fácil responder esta pregunta, dado que en el artículo 20 de la Constitución autoriza a reparar vía protección cualquier ilegalidad en materia ambiental, sin excluir técnicas y siempre que sea imputable a una persona determinada.

Parece ser un criterio valioso en la relación Corte - Tribunales especializados, pero no suficiente por sí solo, ya que no resuelve todos los problemas ni es capaz de generar un conjunto de reglas satisfactorias.

Se puede recordar el famoso caso “Trillium”, en 1997 en que la primera sala de la Corte de Suprema afirmó 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”⁴⁷ En esa época no existían los tribunales especializados y lo técnico era terreno de la Administración.

En la actualidad también se ha aplicado este criterio, el año 2013 con motivo de la construcción de la línea 3 de Metro de Santiago (sentencia del 9 de septiembre de 2013, rol N° 40.665-2012), en que se puso en entredicho la legalidad de una decisión técnica. También ocurrió en el caso Costa Laguna rol N° 2.892-2014 “(...) determinar si

⁴⁵ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 4°. Rol N° 6.823-2013.

⁴⁶ Leopoldo David Muñoz de la Parra y otros contra Resolución Exenta N°128 de la Comisión de Evaluación de la X Región de Los Lagos y otros (2014). Rol N° 28.745-2014.

⁴⁷ Galindo Villarroel, M (2003) “El caso Itata: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección”, Revista de Derecho Ambiental, vol. I. 243 p.

es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental (...) corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional (...) exige apreciar proyectos o actividades sobre la base de evaluaciones técnicas, labor que en principio resulta ajena a este procedimiento cautelar⁴⁸. En este mismo sentido se pronunció en el caso Sierra Gorda, (sentencia del 26 de febrero 2014, rol N° 1.837-2013 considerando 8°), sobre el análisis que tendría que haber realizado determinar si la distribución de cargas y descargas y los servicios portuarios considerados aisladamente constituían un carácter de legal o ilegal de la Declaración de Impacto Ambiental. Dijo que "(...) en suma, se trataría de aspectos técnicos que no es posible tratarlos en este recurso..."⁴⁹

Queda claro el contenido de exclusión de esta causal, de acuerdo a los casos citados recientemente, por lo que no le correspondería a la Corte, en un recurso extraordinario hacerse cargo del entredicho técnico de las resoluciones del SEA.

c. Tercer criterio bidireccional. La cautela urgente

Es el filtro más impredecible y flexible que utilizan las cortes para acoger o denegar un recurso en materia ambiental, el que llamaremos cautela urgente. La doctrina coincide unánimemente en que la protección es una acción cautelar destinada a otorgar un remedio inmediato y urgente a un derecho constitucional, comprometido por una ilegalidad en los derechos ambientales.

El asunto es poder identificar algún indicio sobre qué debemos entender por situaciones urgentes. No es sencillo identificar patrones sobre un asunto que sospechamos casi enteramente fáctico y casuístico.⁵⁰

⁴⁸ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 3. Rol N° 6.823-2013.

⁴⁹ Lema Keith Guillermo Patricio con Mardones Lara Dalia Ester (2014) considerando 13.

⁵⁰ Fermandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El recurso de protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1), 74 p.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso ha definido cautela urgente como la necesidad de “reaccionar contra una situación de acto anormal que de manera evidente vulnere una garantía constitucional”, en oposición a la de “resolver conflictos relacionados con la interpretación de una norma legal”.⁵¹

En las protecciones ambientales más notorias de los últimos años en las que la Corte Suprema ha utilizado el criterio de cautela urgente, de una u otra manera se encuentra en los casos de Hidroaysén, (sentencia del 4 de abril de 2012, rol N° 10.220-201, considerando 9°), el caso Sierra Gorda (sentencia del 26 de febrero de 2014, rol N°1837-2013), el caso Río Cuervo (sentencia de 21 de agosto de 2014, rol N° 2.463-2012 considerando 5), El Morro (sentencia de 7 de octubre de 2014, rol N° 11.299-2014, considerando 11°, el caso Bocamina II (sentencia de 6 de noviembre de 2014, rol N° 15.737-2014, considerando 12° y 24°) etc.

De acuerdo con las conclusiones de Fernandois el recurso de protección en materia ambiental estaría asociado a la excepcionalidad. A contar de la nueva institucionalidad emanada por las leyes 20.417 de 2010 y 20.600 de 2012, el recurso sólo puede resultar admisible ante eventos graves y muy excepcionales en que, por alguna causa, no se haya podido resguardar los derechos constitucionales mediante vías de reclamación sectoriales.⁵²

En cuanto a la legitimación activa en el recurso de protección, ésta ha sido reconocida ampliamente a cualquier persona, natural o jurídica, afectada “en sus derechos”. A juicio de Soto, la expresión “El que”, con que se expresa el artículo 20 de la Constitución y que establece el Recurso o Acción de Protección para la defensa de los derechos fundamentales, manifiesta “con entera exactitud la idea de esta amplitud,

⁵¹ Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región (2013), Considerando 3°. Rol N° 6.823-2013.

⁵² Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. (2016). El recurso de protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1), 85 p.

no estando nadie excluido de su ejercicio, ni el recluso en un establecimiento carcelario, ni el internado en un hospital de alienados, ni el menor adulto, ni la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, ni una agrupación sin personalidad, ni una mera sociedad de hecho, ni siquiera un servicio público fiscal o una institución estatal personificada”⁵³. Para este autor, también la legitimación activa estaría dada por la afectación de un derecho de la persona o grupo, entendiendo por “derecho” un derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo público, como son concebidos tradicionalmente los derechos fundamentales.

En cuanto a las sentencias recaídas en recursos de protección para la defensa del medio ambiente sano, la legitimación activa ha sido reconocida por la mayoría de dichos fallos, a aquellas personas, naturales y jurídicas, directamente afectadas en su derecho. En palabras de Bordalí, esta opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile no parece del todo correcta. No se puede hablar del ambiente sano de una persona, ya que hay que entender a este como de todos, y en ese todos hay que considerar a todas las personas que habitan el territorio de la República, y tampoco hay que desechar la posibilidad de incluir a las generaciones futuras⁵⁴. Esta posición parece ser que deriva de considerar este derecho fundamental como ligado o íntimamente relacionado con el derecho a la vida y a la salud, bien este último que aparece como claramente divisible, y como tal, objeto de un derecho subjetivo de carácter individual. Se considera que el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación es un derecho autónomo respecto a los derechos a la vida y la salud, y por cierto, diferente de estos (sin que se pueda tampoco negar su vinculación), según la visión antropocéntrica de medio ambiente.

⁵³ Soto, E. "1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, Primera parte, Sección Derecho 158 p.

⁵⁴ Bordalí Salamanca, A. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*. Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-0950>. [Consulta: el 25 Julio 2017]

Existe jurisprudencia que ha interpretado el precepto constitucional de acuerdo con lo señalado anteriormente. En efecto la sentencia de la Corte Suprema que liga estrictamente este derecho fundamental a un medio ambiente libre de contaminación con el derecho a la vida y a la salud es la sentencia del recordado caso Trillium del 19 de marzo de 1997 que señala:

“...Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis [además de ser considerado como un derecho subjetivo público], 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. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual (considerando N° 13)”⁵⁵.

También podemos recordar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del 26 de junio de 2001, en el famoso caso de los “catalíticos”, rol 325, en requerimiento interpuesto contra el Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que dispuso a restricción vehicular a automóviles catalíticos⁵⁶.

De acuerdo a lo informado por el secretario del Tribunal Constitucional de ese momento el Sr. Rafael Larraín, “el Tribunal Constitucional, por unanimidad de sus miembros, rechazó el requerimiento interpuesto por 20 senadores para que se declare inconstitucional el Decreto Supremo número 20 del Ministerio secretaría General de la

⁵⁵ Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 19 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996., considerando 13°

⁵⁶ Contraloría General de la Republica 2001 [en línea]
<<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=A735D8E2EFFEC378842571BD004D53F0>> [consulta el 20 de septiembre 2017].

Presidencia, que dispone y decreta, que los vehículos que porten sello verde estarán afectos a restricción vehicular por causas de contaminación atmosférica en episodios de preemergencia y emergencia ambiental".⁵⁷

Los requirentes objetaban el decreto porque, a su juicio, vulneraba las garantías de la libertad ambulatoria y del derecho de propiedad, toda vez que la restricción sólo era posible imponerla por la Ley, con lo cual el decreto estaba invadiendo el ámbito reservado a esa especie de norma jurídica, en relación con los derechos aludidos y también porque la norma no resultaba idónea para los fines que se proponía, con lo cual caía en arbitrariedad e irracionalidad técnica.

El Tribunal, al pronunciarse sobre el fondo del asunto que le había sido planteado sostuvo que, si bien las normas legales en que se fundaba el D.S N° 20 no cumplían a cabalidad con los requisitos de determinación de los derechos que podían ser afectados y especificidad de las medidas que se autorizaban, ellas resultaban aceptables en el caso y sólo para aplicación a él, por cuanto la medida de restricción vehicular establecida, con el carácter excepcional y en situaciones de emergencia y preemergencia ambiental, obedecía al cumplimiento de un deber del Estado, Consagrado en el artículo 19 N° 1° y N° 8° de la Constitución, destinado a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, que es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas, este derecho queda ligado profundamente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en donde la Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente⁵⁸.

Por ello, se considera que el obrar de otra manera, esto es, declarando la inconstitucionalidad del decreto impugnado, podría generar una vulneración de mayor entidad, atendida la situación ambiental existente que exigía proteger la salud de la

⁵⁷ Emol 2001. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/06/26/58642/fallo-categorico-tribunal-constitucional-apoya-restriccion-a-cataliticos.html>> [consulta el 20 de septiembre 2017].

⁵⁸ Fernández M. 2008. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativos a conflictos entre Derechos Fundamentales. Revista de Derecho Público. Vol 70. 144 p.

población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1° de la Constitución.

Capítulo 3 : EL MEDIO AMBIENTE COMO INTERÉS COLECTIVO Y DIFUSO

Hasta acá se ha analizado el tema de la legitimación activa desde una perspectiva individual, en donde el afectado en el ejercicio legítimo del derecho ejerce la acción judicial. Ahora revisaremos el tema desde el punto de vista del interés colectivo y difuso, cualidad del derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

Los intereses colectivos y difusos hacen referencia a aquellos intereses de personas determinadas e indeterminadas de una sociedad, en los bienes que no son susceptibles de apropiación exclusiva. Son al mismo tiempo bienes de cada uno de los integrantes del grupo, y a la vez son propiedad del grupo social o colectividad indeterminada.

Los intereses difusos y colectivos en muchos casos son denominados también, intereses de grupo, intereses supra individuales e intereses de clase. El término intereses difusos, es el más extendido de todos los citados, ha sido dado porque su reconocimiento implica la ruptura de la dogmática de la teoría procesal de la legitimación, pues las personas no se encuentran en el supuesto clásico del derecho subjetivo individual, pero no debemos confundir un interés difuso de uno colectivo, a continuación revisaremos los diferentes conceptos utilizados en materia ambiental.

1. Intereses Colectivos y Difusos

En el ámbito jurídico la palabra “interés” se encuentra íntimamente ligada a la idea de “litis” que, siguiendo el concepto de Carnelutti, citado por Rodríguez Meléndez

en “Intereses y Tutela Constitucional” podría ser definida como un “conflicto de interés cualificada por la pretensión interpuesta de una de las partes”⁵⁹.

La expresión de “interés” aparece como una de las condiciones de la acción (requisito indispensable para la existencia y planteamiento de ésta), como posibilidad jurídica de pedir, como interés de hacer, en fin, como requisito de legitimidad de las partes dentro de un proceso.

Sin embargo, es necesario precisar que dentro del concepto interés, se distinguen varios tipos. Así, es posible referirse, ya sea, a intereses individuales, difusos y colectivos.

La importancia de contar con un espacio positivo para la reclamación de daños colectivos, o amenazas globales, o simples pertenencias indiscriminadas, resulta trascendente para el medio donde pretende insertarse un Derecho como ciencia social con capacidad de adecuarse a las situaciones resultantes del cambio.

a) Interés Colectivo

Estos intereses han sido definidos como aquellos en que los titulares de las acciones son un grupo, categoría o clase de personas determinables que se encuentran ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación de base, es decir, en este caso, se trata de un conjunto de personas que se encuentran vinculadas entre sí en virtud de un contrato que todas ellas han celebrado previamente con un mismo sujeto o persona⁶⁰. Por ello no es de extrañar que, cuando existen intereses colectivos, se autorice a uno o algunos de los afectados para que actúe en representación de todos los demás. De esta manera, el artículo 50 inciso 5° de la Ley de Protección de

⁵⁹ Rodríguez Melendez, R. Intereses y tutela constitucional [s/a] [en línea] <<https://es.scribd.com/document/127276350/Rodriguez-Melendez-Roberto-Enrique-Intereses-y-Tutela-Constitucional>> [consultado el 18 de julio 2017].

⁶⁰ Díaz. G. [s/a] [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf> [Consulta 26 de julio 2017]

los Derechos de los Consumidores, nos señala que “son intereses colectivos las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”.⁶¹

b) Interés Difuso

El interés difuso constituye un bien que no es susceptible de apropiación exclusiva por uno o varios miembros del grupo en particular, ya que pertenecen a todos, son bienes comunes, cuya explotación está limitada por la obligación de preservación presente y futura de dichos bienes por parte de los usufructuarios.

El interés difuso, si prescindimos de factores sustanciales, sería caracterizable teniendo en cuenta las peculiaridades de su titularidad y de su disfrute, es decir, el modo en que son percibidos y se manifiestan subjetivamente. Y es que respecto de estos intereses difusos no es posible la titularidad, sino que el interés se imputa a sujetos determinados sin que exista un vínculo directo entre ellos. El interés difuso no es asignable a un sujeto o grupo de sujetos, hasta el punto de convertirse en sus titulares. La titularidad, como la preexistencia de una situación o acto jurídico que otorgue un título sobre el objeto de interés, no es en absoluto importante en el caso de los intereses difusos. Lo importante es la relación o vínculo flexible con el bien o valor objeto de interés, relación que viene determinada por la pertenencia a la colectividad o comunidad política general: los intereses difusos no tienen titular, sino que se participa en ellos⁶²

⁶¹Chile. 2011. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Ley 19.496: Sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores. Art. 50.

⁶² Como señala Bidart Campos, los intereses difusos bien pueden llamarse así mismos intereses de pertenencia difusa, porque pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que “lo difuso”, es el grupo humano que co-participa en el interés, y no tanto el interés mismo. Bidart C. 1993. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, tomo I (El derecho constitucional de libertad), Buenos Aires, 339 p.

La diferencia entre los intereses colectivos y los difusos es que los primeros, para una parte de la doctrina, hacen referencia a grupos limitados a veces unidos por un vínculo jurídico para la persecución de fines propios, como los sindicatos, las asociaciones profesionales, familiares, sociedad civil organizada, Sociedad de Gestión Colectiva en el derecho de autor y derechos conexos, etc., mientras que los segundos afectan al individuo como miembro de la sociedad, en donde no hay un particular vínculo jurídico y por ello, se permite que cualquiera gestione para hacer valer la tutela general y preventiva, por la naturaleza no apropiable exclusiva por un sujeto o la colectividad, de los bienes que ellos tutelan⁶³.

2. El Medio Ambiente, como Interés Colectivo y Difuso

Como es sabido, el acceso a la justicia en cualquier ámbito debe superar la cuestión previa de la legitimación, y no es la diferencia en el caso de los problemas ambientales pueden afectar intereses o derechos concretos de determinadas personas, que por lo general son quienes realizan la acción de protección ambiental y recurren en contra de actuaciones o resoluciones cuando se ven afectados, ya sea su propia integridad, bienes materiales o intereses de manera directa. En este sentido la legitimación no presentaría ningún problema.

Ahora bien, cuando no hay intereses directos de tipo patrimonial o la afectación de intereses o derechos como consecuencia de un accionar que tenga directa incidencia sobre el medio ambiente ¿quién defiende al medio ambiente?, en ocasiones no hay quien lo defienda, ya que en determinadas actuaciones si no hay una afectación directa sobre las personas o su patrimonio, no se genera una reclamación de protección o reparación del medio ambiente dañado, más aun cuando consideremos a éste como un interés colectivo y difuso.

Según lo expresado por Moraga Sariago, en general la legitimidad activa en materia ambiental presenta ciertas complejidades particulares originadas, entre otros,

⁶³ Mejía, L. W. S. M. [s/a] Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental 12 p.

por la necesidad de que la afectación al medio ambiente se transforme en una afectación a las personas, en conformidad con la teoría antropocéntrica que funda nuestro marco normativo ambiental. En este contexto, es necesario que exista interés para que exista acción.⁶⁴

Lo que sabemos es que el medio ambiente es considerado como un derecho de tercera generación o como un interés colectivo y difuso, que afecta a todos los ciudadanos, a nuestro entorno, a nuestra subsistencia y las futuras generaciones, que ante los riesgos de actividades, proyectos o instalaciones de públicos y privados que puedan tener sobre el medio ambiente, la ciudadanía debe poder tener algo que decir al respecto y si es necesario recurrir judicialmente. Por tanto, todos los ciudadanos deberíamos estar legitimados para poder impugnar cualquier actuación de un público o privado que entendamos infringe la legislación y en definitiva el derecho del que todos somos titulares, el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁶⁵.

Los derechos colectivos y difusos presentan una indeterminación que se extiende no sólo en el ámbito de los daños, sino que también al establecimiento de la legitimación activa para alegar ante la justicia dicho daño y sus consecuencias.

Al igual que en el daño ambiental, no existe acuerdo doctrinal en cuanto a la diferencia entre los términos interés difuso e interés colectivo, a continuación, se presentan algunas posturas que pretendan diferencias ambos conceptos:

Vínculo jurídico: Para algunos, serán colectivos los intereses cuando se trate de grupos unidos por vínculo jurídico, como son los sindicatos, asociaciones profesionales, familiares, sociedades civiles organizadas, entre otros. Mientras que se denominaran difusos cuando se trate de un individuo que no se encuentre unido a

⁶⁴ Moraga Sariago, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. Revista de derecho (Valparaíso), (39), 291-317.

⁶⁵ Aguirrezabal Grünstein, M. 2006. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista chilena de derecho, 33(1), 69-91. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005> [consulta 18 de julio].

otros por un vínculo jurídico, que gestione un derecho de tutela general no apropiable exclusivamente por él o por un grupo de individuos⁶⁶.

Reconocimiento Legal: para otros la diferencia se encuentra en el reconocimiento jurídico o formal que se haga respecto del interés, es así como será difuso si no se ha reconocido por la ley, mientras que será colectivo cuando exista un reconocimiento legal de él en el ordenamiento jurídico del país de que se trate, así lo señala Mejía, al indicar que “la nota característica del interés difuso es la colectividad y su proceso de formación, ya que emerge de la sociedad, surge de todo reconocimiento formal, hasta ser consagrado por la legislación como interés colectivo. El interés difuso se convierte en interés colectivo desde el momento en que el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de un interés difuso y establece sus condiciones formales⁶⁷.

Determinación: finalmente encontramos la doctrina que indica que será colectivo el derecho cuando se trate de un grupo determinado de personas, mientras que, será difuso cuando las personas interesadas sean indeterminadas e indeterminables⁶⁸.

Cual sea de las doctrinas anteriores que adoptemos, ninguna de ellas es capaz de resolver y determinar la legitimación activa respecto de los intereses colectivos o difusos, un aspecto esencial para el acceso a la justicia ambiental, con complejidades que persisten son las que podrían limitar el acceso al ejercicio de dicho derecho.

Una de las complejidades que presenta la determinación de la legitimación activa en materia ambiental, dice relación con la necesidad de que, en virtud de un daño ambiental, exista una afectación directa a las personas, la cual debe contestarse y probarse para que exista interés en la acción y por tanto legitimación activa para

⁶⁶ Mejía, M. [s/a] Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental 12 p.

⁶⁷ Ibid. 13 p.

⁶⁸ Moraga Sariago, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. Revista de derecho (Valparaíso), (39), 291-317 p.

reclamar por ello, lo que se encuentra en conformidad con la ya mencionada teoría antropocéntrica indicada por Moraga Sariago.

Otra complejidad que está ligada a la afectación del daño es la naturaleza colectiva o difusa del derecho que se invoca, no es un derecho exclusivo de una persona, sino de todos quienes componen un grupo o comunidad y donde cada uno de ellos es titular de este derecho sobre el todo.

Según lo indicado por Brañes Ballesteros, estas complejidades demandan un tratamiento especial en el ordenamiento jurídico medio ambiental y la ausencia de éstas han determinado una situación de inaccesibilidad a la justicia ambiental y ha contribuido de manera importante a la ineficacia del Derecho Ambiental, comprometiendo la protección del medio ambiente y la viabilidad del desarrollo sostenible⁶⁹.

3. Titularidad del Medio Ambiente

Cuando nos referimos a titularidad sobre el medio ambiente, lo hacemos con el sentido de determinar quiénes son las personas dueñas o que se le pueda atribuir un derecho subjetivo o un interés tutelable sobre el medio ambiente.

Al ser considerados los bienes ambientales como objeto de intereses colectivos o interés difusos, pudiendo entender por estos, y de acuerdo con lo expuesto con anterioridad, como a un conjunto impreciso e indeterminado de personas, no ligadas por base asociativa alguna, pero aunadas por expectativas comunes por una mejor calidad de vida (derecho al medio ambiente sano, a un patrimonio histórico y cultural, hábitat espiritual, etc). Estos intereses difusos “presentan la particularidad de pertenecer genéricamente a un número indeterminado de sujetos que ostenta, en forma común, la pretensión de uso y goce de una prerrogativa sobre bienes

⁶⁹ Brañes Ballesteros, R. 2000. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina.

indivisibles, que como tales no admiten su disfrute y apropiación en forma singular⁷⁰. El medio Ambiente presentaría la calidad de un interés difuso, en el sentido que constituye el soporte básico que posibilita la vida de todos y cada uno de los seres humanos sobre la tierra. En este sentido todo ser humano necesita de aire, agua y suelo para poder vivir.

Dicho lo anterior podríamos decir que corresponde a una titularidad colectiva, sin perjuicio que exista propiedad privada o pública respecto de las cosas sobre las que recae el bien ambiental. Por ejemplo, sobre los bosques, que en Chile se encuentran tanto en manos de propietarios privados como del Estado, es posible afirmar una propiedad o titularidad colectiva, en cuanto a bienes ambientales, o en cuanto a bienes que cumplen una función ambiental, sin perjuicio que sobre la cosa materia bosque exista además una propiedad privada o pública⁷¹.

Capítulo 4 : OTROS MEDIOS DE TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE

1. Ombudsman

El Ombudsman se define como un mecanismo de protección extra-jurisdiccional, que se establece principalmente como órgano de control de las actividades de la Administración Pública. Esto se debe a los cambios progresivos que se han producido en las relaciones jurídicas entre el poder público, el individuo y la sociedad, los cuales se reflejan actualmente en un cambio de concepción de lo que

⁷⁰ Ameal, O. 199. La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia. Buenos Aires.

⁷¹ Bordalí Salamanca, A. 1998. Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno. *Rev. derecho (Valdivia)*, 9(1), 43-64. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200002&script=sci_arttext> [consulta 25 de julio 2017].

significa la función pública y el rol que cumple la Administración frente a los ciudadanos⁷².

El Ombudsman o defensor del pueblo, corresponde a un cargo público que se utiliza en muchos regímenes políticos, es el responsable de controlar que los derechos de las personas o ciudadanos no sean vulnerados por el Estado. Este funcionario debe garantizar el respeto de los derechos de cada individuo en el marco de cualquier acción judicial, administrativa y de cualquier otra índole. En este rol el Ombudsman puede fiscalizar al Gobierno y velar por que no se vulneren las libertades y resguardos de las personas.

a) Ombudsman en Chile

En Chile ha habido proyectos legislativos y constitucionales de Ombudsman, pero no han tenido buenos resultados. En cuanto a proyectos de naturaleza constitucional destacan, el Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de la Justicia y Defensor del Pueblo, del año 1991 (estado archivado), y en el año 2008, el Proyecto de Reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas (tramitación pero sin movimiento). Y, a nivel legal es posible recordar el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo de 1991 (estado archivado), el Proyecto de Ley que crea la Defensoría Nacional del Usuario del año 1997 (estado retirado), el Proyecto de Ley Crea el Defensor Ciudadano del año 2000, y otro con mismo título del año 2003, archivado y rechazado respectivamente⁷³.

Nos referiremos a este último y a su mensaje Presidencial N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003.

⁷² Moure Pino, A. M. 2014. El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Editorial Dykinson. 15 p.

⁷³ Díaz Fuenzalida J. (2016). El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>>. [consulta 20 de septiembre 2017].

El mensaje presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile, se basa en la necesidad de “Perfeccionar la forma y modo en que el Estado y los particulares desarrollan actividades destinadas a satisfacer las necesidades de la colectividad (...), dotando a la comunidad de mecanismos modernos para el resguardo de sus derechos frente a tales actividades”⁷⁴

Ya más reciente en la Reforma Constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental, de 11 de junio de 2015 (tramitación), aunque por ahora no tiene “urgencia” legislativa, considera en el Capítulo XII, artículos 102 y 103 un Ombudsman, denominándolo “Defensoría de las personas”.⁷⁵

El Ombudsman Ambiental podría ser una herramienta muy útil que permita a la comunidad un acceso más fácil, eficiente y seguro a la para acceder a tomar medidas que satisfagan las reclamaciones que se puedan hacer sobre los actos de la administración que vulneren la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

El Ombudsman ambiental se reconoce como una sub categoría de esta institución, por lo que su conceptualización será también variable según la naturaleza jurídica que adquiera de acuerdo con la legislación determinada. Lo más común a este respecto es que la existencia del Ombudsman ambiental sea en virtud de la entrega de atribuciones especiales a éste en dicha materia, de manera que se hace competente para fiscalizar las posibles vulneraciones a los derechos constitucionales ambientales. Otra posibilidad es este sentido es una oficina distinta al Ombudsman en términos generales, que tenga atribuciones exclusivas en materia ambiental, como es el caso

⁷⁴ Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003).

⁷⁵ Díaz Fuenzalida J. 2016. El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>>. [consulta 20 de septiembre 2017].

mexicano, el cual se expondrá más adelante que disponen de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial⁷⁶.

De acuerdo con lo expuesto por Lillo Goffrery respecto al proyecto de reforma constitucional que crea el defensor del ciudadano (2003), propone que es un modelo que requiere de un detallado trabajo de perfeccionamiento, sobre todo en los aspectos de Derecho Ambiental, lo que no nos permite asegurar su idoneidad en otras áreas, no obstante no es conveniente caer en un exacerbado pesimismo, ni menos en un conformismo, puesto a que un Ombudsman con todas o más de las atribuciones que se han propuesto en el proyecto, sería una herramienta sumamente diligente para apoyar y fomentar la participación de la comunidad en asuntos ambientales⁷⁷.

En el mismo análisis del proyecto de reforma, se cita al profesor John E. Bonine, el cual identifica a nivel mundial casi los mismos problemas en materia ambiental: 1) Falta de cumplimiento de la legislación ambiental, 2) existencia de pocos litigantes en la materia y 3) falta de financiamiento de ONG's abogados y expertos, dicho autor centra su investigación en la idea en que una normativa realmente eficiente de participación ciudadana será la medida más óptima para convertir las promesas de la legislación ambiental en realidad⁷⁸.

Haciendo un análisis comparado de las normas que regulan el acceso a la ciudadanía a la justicia ambiental, concluye dos nociones interesantes y ciertamente menos engorrosas que partir todo de cero con la creación de un Ombudsman. En primer lugar "remover las barreras económicas para acceder a la justicia por parte de

⁷⁶ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile. 6 p.

⁷⁷ Ibid 32 p.

⁷⁸ Ibid.

los individuos y organizaciones no gubernamentales y en segundo establecer modelos de financiamiento estables para esas labores”⁷⁹.

Lo anterior lleva a concluir que si bien el Ombudsman puede ser un medio útil para la solución de los problemas expuestos en materia ambiental, está muy lejos de ser la única o mejor solución. Para que dicha solución se dé efectivamente es fundamental un análisis acabado e íntegro de nuestra legislación ambiental y derribar las barreras que esta opone a la acción de los principales afectados por el daño ambiental.

Ya más reciente en la Reforma Constitucional que sustituye cada uno de los Capítulos de la Carta Fundamental, de 11 de junio de 2015 (tramitación), aunque por ahora no tiene “urgencia” legislativa, considera en el Capítulo XII, artículos 102 y 103 un Ombudsman, denominándolo “Defensoría de las personas”. Es decir, con rango constitucional y dejando a una Ley orgánica los detalles de la orgánica y funcionamiento. No obstante, ¿Será necesario esperar una reforma constitucional que sustituya todos y cada uno de los capítulos para consagrar un Ombudsman? Claramente no. Si se cambia o no la Constitución, es independiente la necesidad de actualizar nuestro sistema jurídico en materia de Derechos, incorporando al Ombudsman, como es una institución de “Control” del poder público, para diferentes materias⁸⁰.

b) Modelos de Ombudsman en el Derecho Comparado

Existen diversos modelos de Ombudsman Ambiental en las legislaciones del mundo, otorgando distintos grados de importancia específica a la materia y, en consecuencia, distintas competencias en este ámbito.

⁷⁹ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile. 33 p.

⁸⁰ Díaz Fuenzalida J. 2016. EL Mostrador [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman/>> [consulta 20 de septiembre 2017].

- i. España: Denominado Defensor del Pueblo bajo el Régimen Jurídico establecido en el artículo 54 de la Constitución Española de 1980 y La Ley Orgánica 3/1982, de 6 de abril, BOE 7 de mayo 1981. Se presenta en el marco del Estado Democrático y Social del Derecho como una institución vinculada a la supervisión de la Administración y a la actuación como garante de los derechos y libertades fundamentales, para reforzar los mecanismos y procedimientos de control de la actuación de los poderes públicos⁸¹.

La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (LODP), establece que se trata como un alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”. El título al que se refiere este artículo es el “Título I: De los derechos y deberes fundamentales”, en el que el artículo 45 se establece el derecho a “disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas, así como el deber de conservarlo”⁸².

- ii. Argentina y Perú: La norma constitucional y orgánica que crea a los defensores argentino y peruano es bastante similar en su forma a la española. En el caso argentino, el artículo 86 de la Constitución señala que “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u

⁸¹ Moure Pino, A. M. 2014. El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile. Editorial Dykinson. 60 p.

⁸² España. Ley Orgánica 3/1981, Del defensor del pueblo. BOE 7 de mayo 1981, núm. 109, artículo 1º.

omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. [...]”⁸³.

iii.

A su vez, la Constitución peruana señala en el inciso primero de su artículo 162 que “Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”⁸⁴. Como vemos ninguna de estas normas establece específicamente facultades en materia ambiental. Sin embargo, y en contraposición al caso español, dentro de su entramado organizacional reconoce de forma expresa el deber de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales ambientales. Más aún, la práctica le ha dado al defensor un rol fundamental, siendo Perú donde se ha desarrollado con más fuerza la noción del Ombudsman ambiental.

Del caso argentino, si bien tiene un desarrollo más incipiente en la materia, se puede rescatar, el reconocimiento explícito de la facultad medio ambiental, lo cual tiene importante efecto informativo en la ciudadanía, a saber:

“Analizar, investigar y proponer los cursos de acción en los supuestos previstos en el artículo 43 de la Constitución Nacional, como así también para el esclarecimiento de actos, hechos u omisiones de la Administración y sus agentes que impliquen ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus facultades, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas, conforme lo establecido por el artículo 86 de la

⁸³ Argentina. 1853. Constitución Política de la República de Argentina del 1 de mayo de 1853, y sus reformas.

⁸⁴ Perú. 1993. Constitución Política del Perú del 1 de enero de 1993, y sus reformas.

Constitución Nacional y por la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379⁸⁵

- iv. Inglaterra: El Ombudsman en el sistema inglés, en cuanto al tema ambiental de dicho sistema, el Parlamento está asesorado por la “Royal Commission on Environmental Pollution”⁸⁶ o RCEP (Comisión Real sobre Contaminación Ambiental), pero esta institución no es un Ombudsman propiamente tal, pues no tiene la competencia para realizar acciones directas contra el gobierno central o los gobiernos locales. Su función es fundamentalmente aconsejar al Parlamento sobre los principios generales que debe seguir, así como guiar la opinión pública en la materia. Considera en sus investigaciones tanto la realidad nacional como internacional y tiene libertad para aconsejar al Parlamento en las materias que estime necesarias. Además, la comisión es la delegada de llevar a cabo investigaciones ambientales encargadas por el gobierno, para las cuales cuenta con total independencia de éste. Evidentemente el sistema anglosajón no es “exportable” pues su sistema de organización política es demasiado atípico en relación a los demás, debido a los principios que lo rigen (monarquía parlamentaria, basada en la lealtad política de los distintos actores)⁸⁷.

- v. México: La legislación ambiental mexicana tiene un importante desarrollo en el marco de las Leyes del Equilibrio ecológico y la protección al ambiente, general de Asentamientos humanos, de Aguas Nacionales y Forestal. En virtud de la ley Ambiental de 21 de diciembre de 1999, fue necesario crear una Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial (PAOT)⁸⁸ para el

⁸⁵ Defensor del Pueblo de la Nación [en línea] <<http://www.dpn.gob.ar/ambiente.phpZ>> [consulta el 20 de julio 2017]

⁸⁶ Royal Commission on Environmental Pollution <www.rcep.org.uk>. Consultado el 20 de julio de 2017.

⁸⁷ Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile 10 p.

⁸⁸México. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial [en línea] <http://www.paot.org.mx/conocenos/que_es_paot.php>, [consulta el 20 de julio de 2017].

distrito federal mexicano, en complemento a toda la red normativa en la materia. “La ley ambiental impulsa la generación de una autoridad ambiental y urbana con atribuciones para intervenir en forma oportuna y adecuada en la solución de los problemas ambientales, armonizando el avance normativo con el fortalecimiento institucional”. La PAOT tiene entre sus facultades, según lo establecido en el artículo 5 de su Ley Orgánica, denunciar ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones o incumplimiento a la legislación administrativa y penal, en materia ambiental y del ordenamiento territorial; Conocer e investigar sobre actos; hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación en materia ambiental y del ordenamiento territorial; Emitir recomendaciones ante las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal, municipal y del Distrito Federal, con el propósito de promover el cumplimiento de la legislación ambiental y de ordenamiento territorial; Formular y validar dictámenes técnicos y periciales respecto de daños y, en su caso de la reparación de los mismos, perjuicios ocasionados por violaciones o incumplimiento a las disposiciones jurídicas en materia ambiental y de ordenamiento territorial; etc. todo esto con carácter de funciones exclusivas, lo que provee a la procuraduría de una gran eficacia⁸⁹.

Las experiencias con esta figura de defensoría ha resultado exitosa en otros países, incluso en nuestro vecino, como es el caso de Argentina, sin embargo, se hace necesario analizar nuestra realidad local y así lo expresa Lillo Gofrery en el Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile, en sus conclusiones establece que una mejor forma de afrontar la problemática de participación ciudadana en el plano del Derecho Ambiental, viene dado por hacerse cargo de lo que ya existía en esos años (Conama, ONGs,

⁸⁹ México. 2001. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley Orgánica de la procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal. Art 5°.

Fundaciones, Organizaciones, etc) antes de crear un órgano que no garantiza el éxito necesario de los fines que promueve⁹⁰.

2. Acciones de Clase

La acción de clase, “class action” o acción colectiva ha sido entendida como “el procedimiento en que se representan judicialmente a uno o más demandantes de una clase o grupo, unidos por situaciones de hecho y/o derechos similares, normalmente, buscando reparación económica a un daño sufrido y, en menor medida, pretendiendo una determinada declaración de un tribunal”⁹¹. Son un medio de obtención de tutela jurisdiccional, basado en el poder procesal reconocido a un individuo para actuar en nombre propio y de otras personas similarmente situadas, las que constituyen una clase. Estas acciones buscan servir de solución a litigios complejos y con pluralidad de partes, superando por tanto una visión individualista de los perjuicios. Con ellas se logra una mayor economía procesal y permite el acceso a la justicia de los asuntos de pequeña cuantía (Small claims)⁹². Para que proceda el ejercicio de la acción de clase por una persona se requiere, de acuerdo con la “Federal Rule⁹³”, 1) que la clase sea tan numerosa que el litisconsorcio resulte impracticable; 2) que existan cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase; 3) que las demandas o defensas de las partes representativas sean típicas de las correspondientes a la clase; 4) y que las partes representativas protejan equitativa y adecuadamente el interés de la clase. Es conveniente poner énfasis en la legitimación que tiene que tener el sujeto que representa a la clase. Así, este sujeto tiene que ser miembro de la clase, demostrar un perjuicio propio y estar legitimado por sí mismo, es decir, tiene que tener un interés

⁹⁰ Lillo Goffreri. D. Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile 33 p.

⁹¹ Díaz. G. [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf> [Consulta 26 de julio 2017].

⁹² Bordialí Salamanca, A. 1998. Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno. Rev. derecho (Valdivia) en línea]. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002> [consulta el 25 de julio].

⁹³ Legal Information Institute [en línea] <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. [consulta 25 de julio].

personal en el desarrollo de la controversia. Por otra parte, el juez es el encargado de certificar la naturaleza de acción de clase de la interpuesta. Esa certificación del juez se produce de oficio, tan pronto como sea posible. Notificada que sea la clase - generalmente por medios de comunicación de masas-, la sentencia favorable o desfavorable, alcanza y afecta a los miembros de toda esa clase, salvo respecto de aquellos miembros que hayan optado por excluirse. En esta parte, las acciones de clase representan un claro alejamiento de nuestro sistema jurídico, en el que los efectos de la sentencia sólo pueden alcanzar a quienes hayan sido partes en el proceso.

Los procedimientos colectivos son excepcionales en nuestra legislación y están restringidos a materias relativas a consumo, usuarios y construcción. Sin embargo, en Estados Unidos es una acción de carácter general aplicable a materias como valores, medioambiente y Derecho del trabajo⁹⁴.

En Argentina y Brasil, las acciones populares han sido un instrumento de notable valor en la defensa de los derechos de los consumidores y del medio ambiente y se destacan los mecanismos existentes en estos países. En Brasil por ejemplo el artículo 5 de la Constitución señala que: “Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural.” Para la protección de los derechos colectivos, existen en dicho país dos vías: las llamadas acciones civiles públicas propiamente dichas, que se asimilan a la figura de las acciones populares nuestras y las acciones civiles públicas para la protección de los intereses individuales homogéneos, cuyo parecido es notorio con nuestras acciones de grupo.⁹⁵

⁹⁴ Diario El Mercurio [en línea] <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901159&Path=/0D/C0/>> [consulta 26 de julio 2017].

⁹⁵ Londoño Toro, B. (1999). Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación. Estudios Socio-Jurídicos, Colombia 1(2), 103-131 [En Línea] <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S012405791999000200008&script=sci_arttext&tlng=es>. [consulta 25 de agosto].

Tal como se mencionó anteriormente Estados Unidos y también Canadá son países que enfrentan la legitimación activa ante daños al medio ambiente a través de instrumentos de carácter privado, como lo son las “class actions”, la cuales son litigadas ante los tribunales civiles, por medio de los cuales se argumenta que el aire, el agua, el ruido o la contaminación en particular, ha impactado de manera adversa a un grupo de personas y/o sus bienes, ocasionando con ello, daños ya sea por negligencia, por actos de molestia (nuisance), responsabilidad civil por daños (strict liability) o en cualquier daño en los bienes de cierto grupo de personas de conformidad con las disposiciones ambientales aplicables en ambos países⁹⁶.

En muchos casos, el riesgo inminente de la interposición de una class action, ha llevado a los responsables-demandados, a negociar con el grupo-demandantes a efecto de evitar llevar el asunto a la corte, plasmando ello en un acuerdo por escrito firmado entre las partes y aprobado por el Juez competente, en el cual se establezcan los términos de compensación de daños causados y las acciones a seguir a efecto de resarcir al grupo en su generalidad⁹⁷.

Las acciones de clase son un instrumento también utilizado en nuestro país, pero más bien enfocado a los consumidores con la instalación del Servicio Nacional del Consumidor, SERNAC, con el que se buscaba desalentar violación de derechos y evitar la sobrecarga a los tribunales con cientos de casos similares que podrían ser tratados con un solo proceso⁹⁸. Las acciones vigentes en Chile en virtud de la Ley del Consumidor permiten que los asuntos que afectan a una serie de consumidores se discutan en un único procedimiento ante un juez civil de tal manera que el caso en el tribunal llegue a todas las personas cuyos derechos se hayan visto afectados, incluso aunque no fueron parte del litigio.

⁹⁶ Trad Nacif J. Las acciones colectivas: un paso adelante en el marco ambiental mexicano. Revista Derecho Ambiental y Ecología. [en línea] <http://ceja.org.mx/IMG/LAS_ACCIONES_COLECTIVAS.pdf [consulta 8 de octubre 2016]>.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Gubbins, M. y Lopez, C. *Class Action in Chile* [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

Las facultades del SERNAC se plantearon de forma amplia, fomentando el funcionamiento de los organismos que actuarían como mediadores, método alternativo para resolver los conflictos, y se establecieron los requisitos específicos para que las Asociaciones de Consumidores puedan surgir y ser activamente legitimadas dentro de procedimientos colectivos.

Esto buscaba derribar tres tipos de obstáculos:

- (i) un obstáculo económico, porque muchas personas no pueden recurrir a la justicia por razones puramente económicas
- (ii) un obstáculo procedimental, ya que ciertos tipos de procedimientos tradicionales no son suficientes para protección.
- (iii) un obstáculo organizacional, bajo el cual ciertos intereses de naturaleza colectiva no eran ni eficientes ni susceptibles de ser protegidos si no se introducían transformaciones radicales en ciertas instituciones procesales.⁹⁹

a) Legitimación Activa

Con el fin de determinar que medios legítimos para el propósito de una acción colectiva, mientras se estaba redactando la enmienda a la Ley del Consumidor, se dejó constancia de que al sentenciar la demanda de Horvath Kiss contra Comisión del Medio Ambiente en la Corte Suprema¹⁰⁰, el concepto de legitimidad se amplió para abarcar a todas las personas que se encontraban en la misma situación y cuyos derechos habían sido perjudicados, a pesar de ser portadores de un enorme daño social y que no sufrieron daño significativo o al menos claramente visible en un nivel individual.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente (1997): Corte Suprema, 19 de marzo de 1997. Rol N° 2684-1997.

Para ello, la ley del consumidor especificaba que un recurso colectivo en vista de actos o conductas que afectan al ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores solo puede ser presentado por los siguientes órganos (i) El servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), (ii) una asociación de consumidores formada en la forma prescrita por la ley y (iii) un grupo de 50 o más consumidores debidamente identificados que hayan sido afectados por el mismo interés.

Cualquier acción tomada en esta materia se destaca por no reconocer ningún tipo de legitimidad activa respecto al consumidor tomado en cuenta individualmente, pero independientemente de ello, el artículo 51 de la Ley del Consumidor establece que una vez que un procedimiento haya sido puesto en marcha por una de estas partes, si se considera afectado, puede tomar parte en la demanda.

A continuación, se presenta una descripción de los organismos que pueden iniciar una acción colectiva, sus características generales y los problemas relativos a su legitimidad.

- i. SERNAC, descripción general y atribuciones: es un servicio público funcionalmente descentralizado y con una presencia en todas las regiones del país, con su propia identidad legal y activo, sujeto a la supervisión por el Presidente de la República por el Ministerio de Economía.

El poder de salvaguardar el cumplimiento con normas legales incluye la atribución de denunciar cualquier incumplimiento a los órganos y entidades jurisdiccionales correspondientes y de participar en casos en que se afecte el interés general de los consumidores.

Además, el SERNAC está facultado para mediar entre consumidores y proveedores, pero no para exigir a los proveedores que paguen una indemnización reparadora, ya que es competencia exclusiva de los tribunales a instancias de las mismas partes.

Objeciones a legitimación activa, inicialmente se sugirió que en un sistema de mercado regido el principio subsidiario del Estado, éste sólo puede intervenir cuando las personas privadas no son capaces de tomar determinadas acciones, por lo que la legitimación activa del SERNAC fue vista tan innecesaria y aún como una molestia, si la legitimación activa fuera concedida, al mismo tiempo, a los grupos de consumidores.

Debido a que es un organismo administrado por el Estado, el financiamiento del SERNAC está específicamente previsto en el presupuesto anual como parte de lo que se designa al Ministerio de Economía del cual depende este servicio¹⁰¹.

- ii. Asociaciones de Consumidor, descripción general y sus atribuciones: Las Asociaciones de Consumidor son organizaciones creadas para restablecer el equilibrio entre proveedores y consumidores y ellos consisten en personas naturales o cuerpos legales.

Deben ser independientes de todo tipo de intereses económicos, comerciales o políticos y sus objetivos deben ser los de proteger, informar y educar a los consumidores, así como asumir la representación y defensa de sus miembros y de los consumidores que le pidan ayuda, interés lucrativo o publicidad no informativa.

Para formar una Asociación, los socios deben celebrar una reunión ante un Notario Público que tiene que ser aprobado por los miembros. Los miembros estarán formados por al menos 25 personas naturales o jurídicas o 4 entidades jurídicas (como las asociaciones de vecinos o los centros o asociaciones de padres).

¹⁰¹ Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

Objeciones a la legitimación: Antes de la reforma de la Ley del Consumidor que incorporaba acciones colectivas, las disposiciones que regulaban las asociaciones de consumidores eran criticadas porque contenían una legitimación activa que los restringía a la defensa de los intereses de sus miembros, lo cual estaba totalmente en contradicción con las atribuciones concedidas a estas organizaciones, sin embargo, las disposiciones incorporadas les otorgan el poder de representar los intereses colectivos y generalizados de los consumidores.

Sin embargo, una parte de la discusión que precedió a la incorporación de tales disposiciones dejó claro que la legitimación otorgada a las Asociaciones de Consumidores podría confundir incómodamente lo público con lo privado, ya que podría entenderse como posible demandar sin un mandato en nombre de cualquier consumidor.

La legitimación en este sentido está en gran medida, sujeta a la opinión del tribunal y las circunstancias del caso.

El financiamiento de las asociaciones de consumidores es por medio de acciones permitidas bajo la misma Ley del consumidor o con fondos competitivos cuya creación esta prevista en el mismo órgano jurídico. Estos fondos consisten en dinero que está incluido en el presupuesto de SERNAC y donaciones hechas por organizaciones sin fines de lucro, tanto nacionales como extranjeros¹⁰².

- iii. Grupo de 50 o más consumidores: aquí se trata de grupos de interés privados cuyo establecimiento no requiere ninguna formalidad, como es el caso de las Asociaciones de Consumidores.

¹⁰² Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf> [consulta 20 de julio 2017].

En relación a su legitimación activa, la doctrina ha llegado a la conclusión que estos grupos tienen legitimidad para demandar, pero no tienen la capacidad de actuar como grupo, porque carecen de una identidad legal como tal.

El financiamiento de estos grupos viene dado exclusivamente por las personas afectadas y que se reúnen para presentar una demanda colectiva, convirtiéndose así en una opción de litigio difícil de resolver¹⁰³.

3. Acción de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) en Materia Ambiental

Las ONGS con fines plausibles y conformadas legalmente para ejercer su actividad, muchas veces se encuentran con diferentes barreras a la hora de actuar en favor de intereses colectivos. Lo que se acostumbraba a ver era que el estado se hacía cargo de los asuntos colectivos, sin embargo, ahora vemos que son las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) las que han tomado protagonismo en ciertos temas como por ejemplo lo relativo a la protección del medio ambiente.

En casos ambientales es particularmente importante ya que el afectado muchas veces coincide con una población vulnerable que está expuesta o recibe cargas ambientales indeseadas. La interrogante que nace muchas veces y así lo indica y afirma Rosales¹⁰⁴ es si una personalidad jurídica puede representar en un juicio a personas naturales por su garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y determinar si ella misma puede alegar vulneración de la garantía del Art. 19 N°8 de CPR, más adelante se afirma esta posibilidad.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 131 p.

En el mismo trabajo de Rosales se analiza un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en donde se reconoce de forma explícita el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación a una Corporación de derecho privado sin fines de lucro, cuyo fin, por estatutos es el cuidado del medio ambiente y la preservación de la naturaleza. Acá se puede apreciar un reconocimiento de un derecho fundamental a una personalidad jurídica, que va más allá de la representación de intereses de terceros¹⁰⁵.

La sentencia de la corte de apelaciones resuelve la cuestión de la legitimación activa de la Corporación que recurre protección por sí misma, considerando dos aspectos básicos tanto del Art. 19 y 20 de la CPR y que los expresa en su considerando 5º¹⁰⁶.

La clave para otorgar titularidad respecto de este derecho a personas jurídicas radica en determinar si posee, como un elemento de su esencia, alguna conexión con el medio ambiente, de forma tal que sin un medio ambiente sano no sirva ya a los fines propios para lo cual fue creada, decayendo todo su propósito y actividad. Así el ordenamiento jurídico- constitucional debe entregarle algún tipo de protección para defenderse ante un ataque a la esencia de su existencia como persona jurídica. Creemos que la respuesta a esta protección es la titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Donde el término “vivir”, al igual que se ha

¹⁰⁵ Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca 2015. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.

¹⁰⁶ “Que, si bien, la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión debatida por la doctrina, a partir del enunciado inicial del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto a los derechos allí mencionados se garantizan a todas las personas”, “así como de la legitimación activa genérica del artículo 20 (“...el que...”) y de la regla de no distinción traspasada del derecho civil - allí donde el legislador no ha distinguido, no es lícito al intérprete distinguir-, la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha sostenido el criterio de que los derechos contenidos en la primavera de las normas citadas deben ser reconocidos, dentro de sus posibilidades, al menos dentro del contexto del recurso de protección, a las personas jurídicas, en general, opinión que este Tribunal de alzada comparte, toda vez que el recurrente, en su calidad de corporación, posee autonomía administrativa en relación con el poder central, lo que encuentra sustento en la propia regulación que contempla nuestra Carta Fundamental, de la cual se desprende que puede verse afectado con algunos actos de la administración central.” Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca 2015. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.

interpretado el termino libre de contaminación, implique una visión amplia, no solo del vivir humano físico, ni de la evolución actual como “calidad de vida”, sino como situarse en un lugar determinado desarrollando actividades y generando múltiples interacciones en el entorno. En el caso de las personas jurídicas esta serie de actividades e interacciones deben estar relacionadas con alguna finalidad ligada al medio ambiente¹⁰⁷.

En este mismo sentido podemos recordar el fallo que rechazó la demanda en contra del proyecto Pascua Lama¹⁰⁸, en donde El Tribunal dio un nuevo paso en relación al acceso a la Justicia Ambiental, al reconocer a ciertas organizaciones ciudadanas, particularmente Organizaciones No Gubernamentales, (ONG's) que posean personalidad jurídica, legitimación activa para comparecer por sí mismas e interponer demandas por reparación de daño ambiental. La legitimación de estas organizaciones se evaluará caso a caso, en base a criterios predefinidos y en función del objeto social explicitado en sus estatutos.

“Si una ONG puede actuar antes de que el daño se produzca, en sede administrativa, no es lógico que no pueda hacerlo una vez que el daño se produjo, más todavía si, como se ha argumentado más arriba, puede ser el único ente interesado en demandar la reparación del daño ambiental causado”, dice el fallo¹⁰⁹.

Sin embargo, en esta ocasión y en base a la información disponible respecto del Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), el Tribunal no pudo dar por acreditada su legitimación para actuar por sí misma en esta demanda.

¹⁰⁷ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 126 p.

¹⁰⁸ Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales contra de Compañía Minera Nevada Spa. 2013. ROL N° D-2-2013.

¹⁰⁹ Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales contra de Compañía Minera Nevada Spa. 2013. ROL N° D-2-2013. Considerando 30°.

Esta decisión contó con el voto en contra del ministro Rafael Asenjo, Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago, en ese entonces, quien, en base a la información disponible y “teniendo en cuenta el conocido historial de OLCA en relación a conflictos ambientales como el de autos, a juicio de este Ministro, es suficiente para dar acreditada su legitimación activa para demandar la reparación del daño ambiental de los glaciares, del ambiente periglaciario, y de los recursos hídricos asociados, pues es posible presumir dentro de su objeto estatutario, entre otros fines, la capacidad para comparecer por sí misma ante este Tribunal en causas por daño ambiental”¹¹⁰.

Rosales concluye que La Constitución chilena no se pronuncia expresamente sobre el otorgamiento o denegación de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Por ello, los esfuerzos de dar o quitárselos vienen de la interpretación del texto constitucional. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación existe doctrina en ambos sentidos, desde los que niegan la titularidad agrupando el derecho dentro de los que solo pueden ser ejercidos por personas naturales, interpretando el término vivir de forma idéntica al derecho a la vida del art. 19 N° 1, hasta los que aceptan la titularidad por que el encabezado del art. 19 no distingue, y donde el constituyente no ha distinguido le está vedado al intérprete hacerlo¹¹¹.

¹¹⁰ Ibid 164 p.

¹¹¹ Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Revista de Derecho Público, (83), 137 p.

CONCLUSIONES Y COMENTARIOS

Como primera conclusión podemos decir que el medio ambiente se ha reconocido como un interés difuso que incumbe a una colectividad de personas, los cuales han manifestado su legítimo interés a través del derecho fundamental de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En este sentido, es indudable que un daño ecológico conforme al ordenamiento nacional compromete el interés difuso ambiental. De hecho, las singularidades de un daño ambiental podrían implicar que sus consecuencias afecten incluso a generaciones futuras, aún no nacidas, que eventualmente requerirán del medio ambiente para su posterior desarrollo.

En el mismo contexto anterior, se hace necesario contar con un mayor desarrollo del concepto de legitimación activa de los afectados, desde un punto de vista procesal, a fin de que toda persona que vea vulnerado su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación esté habilitado para acaecer ante los tribunales. Que la legitimación no sea un requisito de admisibilidad a un proceso judicial. Se debe revisar y replantear la legitimación activa en la acción de protección por daño ambiental, tanto por el legislador como por el juzgador, ya que se podría considerar como una acción inconstitucional al impedir que personas puedan hacer valer sus derechos, ya que se exige encontrarse directamente afecto para poder hacer valer la legitimación.

Recordando lo expresado por la Profesora Pilar Moraga y de acuerdo con la teoría antropocéntrica del Derecho al medio ambiente, actualmente se considera que debe existir interés para que exista acción. Pero qué pasa cuando existe un daño al medio ambiente, pero no hay afectados directamente, o los afectados directos no tienen interés de accionar un proceso, en este caso, se podría comenzar por ampliar la legitimación, reconociéndole legitimación activa a una amplitud mayor de personas, sean estas naturales o jurídicas, que las actualmente identificadas, permitiendo y asegurando que la acción de protección sea efectivamente un resguardo del derecho constitucional afectado, o que pueda temerse que lleguen a afectarse a cualquier persona o grupo humano de nuestro país.

Se considera que debería existir un razonamiento judicial señero en el ámbito de la titularidad y legitimación activa de las garantías constitucionales de las personalidades jurídicas, al menos se han podido apreciar fallos en que las Cortes han ampliado el sentido de este alcance respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero aún no se establece un lineamiento claro y uniforme. Posteriormente se estableció que, dentro de los estatutos de las personas jurídicas, debía constar la tutela por el medio ambiente para ser legitimante activo, sin embargo, como pudimos ver en el caso la ONG OLCA, esto no fue suficiente, contando sólo con el voto de minoría de Rafael Asenjo, quien dio por acreditada la legitimación activa de la ONG.

Si bien puede resultar bastante difícil cambiar la posición jurisprudencial que se encuentra arraigada en Chile como para tratar la acción de protección ante daño ambiental como una acción popular, se podría, sin embargo, considerar la ampliación de la legitimación como ya se mencionó anteriormente y por qué no, analizar la alternativa de inclusión de acciones de clase en materia ambiental o litigación de interés públicos, como lo han hecho México, EE.UU y Canadá.

BLIOGRAFÍA.

Leyes citadas:

- a) Argentina. Constitución Política de la República de Argentina del 1 de mayo de 1853, y sus reformas.
- b) Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. Ley N° 19.300: Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- c) Chile. Ministerio del Medio Ambiente. 2012. Ley 20600: Crea los Tribunales Ambientales.
- d) Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2011. Ley 19.496: Sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores.
- e) Chile. Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.
- f) Chile. Ministerio de Justicia. 2000. Código Civil de la República de Chile.
- g) Chile. 1980. Constitución Política de la República de Chile.
- h) España. 1981. Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, Del Defensor del Pueblo (BOE. núm. 109, 7 de mayo).
- i) México. 2001. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley Orgánica de la procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal.
- j) Perú. Constitución Política del Perú del 1 de enero de 1993.

Libros, artículos y ponencias:

- a) Aguirrezabal Grünstein, M. 2006. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista chilena de derecho, 33 (1), 69-91. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005> [consulta 18 de julio].
- b) Ameal, O. 1991. La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia. Buenos Aires, Argentina.
- c) Aranda Ortega, J. [s/a] ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno. 313 p. [en línea] <http://www.academia.edu/3103705/_Derechos_a_la_naturaleza_o_de_derechos_

de_la_naturaleza_El_pensamiento_ecoc%C3%A9ntrico_en_el_derecho_ambiental_chileno>.

- d) Barros Bourie, E. 1998. Responsabilidad civil en materia de medio ambiente. Derecho del Medio Ambiente, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile.
- e) Bermúdez Soto, J. 2015. Fundamentos de Derecho Ambiental 2a Edición. Ediciones Universitarias Valparaíso. Chile.
- f) Bidart Campos. 1993. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tomo I (El derecho constitucional de libertad), ediar, Buenos Aires.
- g) Bordalí Salamanca, A. 1998. Titularidad y Legitimación Activa sobre el Ambiente en el Derecho Chileno. Rev. derecho (Valdivia). Dic. 1998, vol.9, no.1 p.43-63. [en línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.
- h) Bórquez Yunge, J. M. 1993. Introducción al Derecho Ambiental Chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile.
- i) Brañes Ballesteros, R. 1994. Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Fondo de Cultura Económica. México.
- j) Brañes Ballesteros, R. 2000. El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina.
- k) Contraloría General de la República 2001 [en línea] <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=A735D8E2EFFEC378842571BD004D53F0>>.
- l) Defensor del Pueblo de la Nación [en línea] <<http://www.dpn.gob.ar/ambiente.php>>
- m) Delgado de Miguel, J.F. 1992 Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y Ecología. Editorial Aranzadi, Pamplona.
- n) Delgado V. La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras. Revista de Derecho (Valdivia), 2012, vol. 25, N° 1, p 47- 76 [En Línea] <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100003>>.
- o) Díaz Fuenzalida J. 2016. El Mostrador. [en línea] <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/06/06/cuando-tendra-chile-un-ombudsman>>.

- p) Díaz. G. [s/a] [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-diaz_g/pdfAmont/de-diaz_g.pdf>.
- q) Emol 2001. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/06/26/58642/fallo-categorico-tribunal-constitucional-apoya-restriccion-a-cataliticos.html>>.
- r) Fernandois Vöhringer, A., & Chubretovic Arnaiz, T. 2016. El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista chilena de derecho*, 43(1).
- s) Fernández M. 2008. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativos a conflictos entre Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho Público*. Vol 70.
- t) Galindo Villarroel, M. 2003. "El caso Itata: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. I.
- u) Gubbins, M. y Lopez, C. Class Action in Chile [en línea] <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Chile_National_Report.pdf>.
- v) Lillo Goffreri. D. [s/a] Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente. Análisis de Reforma Constitucional que crea El Defensor del Ciudadano y Propuestas Alternativas para Chile.
- w) Martín Mateo, R. 1998. *Manual de derecho Ambiental*, 2° edición, Editorial Trivium, Madrid.
- x) Mejía, M. [s/a] *Intereses Difusos y Colectivos en el Derecho Penal Ambiental*.
- y) Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003).
- z) México. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial [en línea] <http://www.paot.org.mx/conocenos/que_es_paot.php>.
- aa) Moraga Sariago, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (39), 291-317.
- bb) Moure Pino, A. M. 2014. *El ombudsman: un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile*. Editorial Dykinson.

- cc) Nogueira Alcalá, H. 2004. La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(2), 197-223. [en línea] <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000200007>>.
- dd) Ramos, S. 1992. La cuestión ambiental y la transformación del derecho. *Revista del Derecho Industrial*, Ediciones Depalma S.R.L., Buenos Aires.
- ee) Rodríguez Melendez, R. Intereses y tutela constitucional [s/a] [en línea] <<https://es.scribd.com/document/127276350/Rodriguez-Melendez-Roberto-Enrique-Intereses-y-Tutela-Constitucional>>.
- ff) Romero, A. 2006. Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- gg) Royal Commission on Environmental Pollution www.rcep.org.uk.
- hh) Rosales, J. O. 2016. Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? *Revista de Derecho*.
- ii) Serrano Moreno, J. L. 1992. *Ecología y derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica*. Comares.
- jj) Soto, E. “1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, Primera parte, Sección Derecho.
- kk) Tisné Niemann, J B. 2014. Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la ley n° 20.600. *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 21, no 1, p. 323-351.[En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071897532014000100010&script=sci_arttext&tlng=en>.
- ll) Trad Nacif J. Las acciones colectivas: un paso adelante en el marco ambiental mexicano. *Revista Derecho Ambiental y Ecología*. [en línea] <http://ceja.org.mx/IMG/LAS_ACCIONES_COLECTIVAS.pdf>.
- mm) Valenzuela R. 1998 “Responsabilidad Civil en materia del Medio Ambiente”, en Congreso Interamericano de Derecho del Medio Ambiente. Editorial Jurídica Conosur Ltda.

- nn) Valenzuela, R. La Responsabilidad por Daño Ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC).
- oo) Vásquez Rodríguez, C. 2014 Derechos de los Pueblos, Ambientales o Derechos Difusos, España.
- pp) Wolter Kluwer. Guías Jurídicas, Legitimación. España [En Línea] <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=h4siaaaaaaaaeahwoqq-cmayff427mbin5x1eualb3u0zdsydbso2b93gutcwvdr-_pe-w5iuehesspgsolbg2f3onmmihy0zszekgoogcovjykh3naxks8xoqqjlvqebkylk-dz8crtmap64maml7bnltaxquozgja_hhenowsml7nohudd-dsl0hexg9f6q8lel320yax0t7otl_qyg9v7yvzhaynv3tl-yfcpaqaawke>

Jurisprudencia citada:

- a) Agricultores del valle del Huasco y Observatorio Latinoamericano de conflictos Ambientales en contra de Compañía Minera Nevada Spa. (2013). Rol N° D-2-2013.
- b) Caso Bocamina II (sentencia de 6 de noviembre de 2014, Rol N° 15.737-2014).
- c) Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio de Evaluación Ambiental Región de Aysén (2012): Corte Suprema, 11 de mayo de 2012 (Caso Río Cuervo). Rol N° 2463-2012
- d) Empresa Forestal Trillium. Corte Suprema 17 de marzo de 1997, Rol N° 2.732-1996.
- e) El Morro, sentencia de 7 de octubre de 2014, Rol N° 11.299-2014.
- f) Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Nacional de Pesca (2015). Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de octubre 2015. Rol 3250-2015.
- g) Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente (1997): Corte Suprema, 19 de marzo de 1997. Rol N° 2684-1997
- h) Junta de Vecinos JJ.VV. Norte contra Comisión de Evaluación Ambiental V Región. (2013). Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de noviembre de 2013 (recurso de protección). Rol N° 6.823-2013.
- i) Lema Keith Guillermo Patricio con Mardones Lara Dalia Ester (2014): Corte Suprema, 26 de febrero de 2014 (Casación en el fondo) rol N° 1837-2013.

- j) Leopoldo David Muñoz de la Parra y otros contra Resolución Exenta N°128 de la Comisión de Evaluación de la X Región de Los Lagos y otros (2014): Corte Suprema, 30 de enero de 2015. Rol N° 28.745-2014.
- k) Ximena Carzola Carzola y otros contra Dirección Ejecutiva de Evaluación Ambiental (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de septiembre de 2014. Rol N° 31.177-2013.