

EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

En relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile

Fernando Dougnac Rodríguez*

I. INTRODUCCIÓN

Tal como se afirmó en la Comisión de estudios de la nueva Constitución de 1981, un “derecho” no sirve para el propósito para el cual fue creado si no tiene una acción que lo resguarde. Es decir, es meramente declarativo pero no práctico.¹

En concordancia con lo anterior, y a fin de evitar que las garantías constitucionales fueran sólo enunciados teóricos, el artículo 20 de la Constitución estableció la acción constitucional de protección, la que se hizo extensiva al *derecho a vivir en un medio libre de contaminación*, cuando por una acción u omisión ilegal, es decir cuando voluntaria e ilegalmente, una autoridad o persona determinada viola dicha garantía.

Debe hacerse presente que de la historia fidedigna de la modificación constitucional a este inciso 2º del artículo 20 de la Constitución se desprende que el concepto de “ilegalidad” comprende el de “arbitrariedad”.²

Desafortunadamente, la enorme cantidad de recursos de protección interpuestos desde la vigencia de la norma constitucional hasta ahora, ha hecho que las acciones de protección en materia ambiental, los cuales hasta la dictación del Reglamento del *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*,³ en 1997, eran fuente de una rica jurisprudencia, evolucionaran desde esa fecha a *un mero análisis sobre si el evaluador ambiental se ajustó a las normas legales y reglamentarias en su evaluación*, sin considerar si con ello se afectaba o no la garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución.

La jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema desde esa fecha hasta ahora, salvo honrosas excepciones, se ha limitado a estos análisis de forma, dejando el fondo de lado. Con ello, la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente libre de

* Abogado, Magíster en Derecho Constitucional y profesor de Derecho Ambiental.

1 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión 160o, celebrada en Martes 21 de Octubre de 1975.

2 Ver el artículo del mismo autor denominado “La modificación del inciso 2º del artículo 20 de la Constitución desde una perspectiva de interpretación axiológica”, en “Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario”, actas de las III Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, octubre del 2006, pp. 59-76.

3 El Decreto N° 30 de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fue publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1997.



contaminación sufrió una verdadera “*capitis deminutio maxima*”, pasando, en la práctica, de garantía constitucional a ser un asunto más bien del Derecho Administrativo. Esta situación ha motivado un abandono paulatino de ese remedio constitucional, obligando a los afectados en su derecho constitucional a un medio ambiente sano a buscar nuevas alternativas de solución que obligaran a los jueces a entrar en el análisis de fondo de la garantía afectada.

Para lograr ese propósito recurrieron al expediente de las acciones de nulidad derecho público, fundadas en los artículos 6 y 7 de la Constitución. Lo dicho es sin perjuicio de lo que establecía el inciso 2º del artículo 20 de la Ley Nº 19.300, norma hoy derogada por la ley Nº 20.417, disposición que se analizará a continuación.

II. LA ACCIÓN DEL INCISO 4º DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY Nº 19.300

El inciso 4º del artículo 20 de la Ley Nº 19.300, en su última modificación establece que en contra de lo resuelto por el Director Ejecutivo del Sistema de Evaluación Ambiental o del Comité de Ministro del Medio Ambiente en un recurso de reclamación interpuesto ante ellos por la calificación ambiental de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), procederá un nuevo recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental, órgano que hasta la fecha no ha sido creado por ley. El plazo para recurrir ante ese Tribunal será de 30 días hábiles.

Para subsanar lo que pudiere ocurrir durante este “interregno”, es decir entre la derogación de ese artículo y la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales, el artículo décimo de la Ley Nº 20.417 que modificó la Ley Nº 19.300 estableció que:

“Mientras no entre en funcionamiento el Tribunal Ambiental, las materias contenciosas a las cuales hace referencia la Ley Nº 19.300 seguirán siendo de competencia del juez de letras en lo civil que corresponda”.

El juez civil competente que establecían los artículos 20 inciso 2º y 60 de la Ley Nº 19.300, derogados pero vigentes para estos afectos, es el del lugar del hecho que cause daño o el del domicilio del afectado, a su elección.

Estimo que el procedimiento seguido ante el juez civil debe ser el procedimiento sumario atendida la necesidad de rapidez que requiere este tipo de asuntos. Queda la duda si las normas sobre el peritaje que establecía el artículo 61 de la Ley Nº 19.300, hoy derogado por la Ley Nº 20.417, tendrían aplicación en este tipo de juicios, o simplemente se regirían por las disposiciones respectivas del Código de Procedimiento Civil. Lo mismo ocurre respecto de la forma de apreciar la prueba, dado que el artículo 62 de la misma Ley Nº 19.300, también derogado, obligaba al juez a apreciarla de acuerdo a las reglas de la sana crítica. A mi modo de ver, desafortunadamente, al haberse derogado esas normas procedimentales y no existir aún normas de reemplazo, se deberían aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario, o el sumario, quedando esta última decisión a juicio del juez competente. En todo caso, el fallo debe ser de acuerdo al mérito del proceso y conforme a derecho estricto, esto es, según la prueba tasada.

La norma en comento casi no tuvo aplicación práctica por la escasa jerarquía del tribunal llamado a decidir un asunto que, en la mayoría de los casos, había sido

resuelto por nada menos que un Comité de Ministros de Estado. Distinta será la situación cuando entre en vigencia la Ley de Tribunales Ambientales dado que este tipo de tribunales serán servidos por jueces que tendrán el rango de Ministros, y en un procedimiento que esperamos sea lo más expedito posible, y sin tantas instancias como ocurre en un juicio ordinario.

Descartada por el momento esa acción, debemos centrarnos en la acción de nulidad de derecho público, para lo cual es necesario, previamente, incursionar por los laberintos del *derecho administrativo* y su relación con el *derecho ambiental*, disciplina distinta pero complementaria en materia de cumplimiento por parte del Estado de velar por la protección del medio ambiente.

III. EL ACTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL⁴

Por la "geografía" adoptada por la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente,⁵ las decisiones ambientales están entregadas a las autoridades administrativas que esa ley señala, con la salvedad recién reseñada, lo que ha permeado la garantía constitucional de muchos componentes del derecho administrativo, lo que obliga, como ya se dijo, a entrar de lleno por sus estrechos vericuetos a fin de lograr un acercamiento entre la norma constitucional y lo decidido por la administración del Estado.

Existen diferentes definiciones respecto de lo que se entiende por "acto administrativo". Estimamos que la que mejor se avienen a su contenido es la que a continuación ensayamos:

"Un ordenamiento racional destinado a hacer efectivo el bien común, impuesto unilateralmente por el órgano del Estado autorizado constitucional y legalmente para ello, efectuado en el ejercicio de su función administrativa, y que produce efectos jurídicos directos".⁶

Para dictar un acto administrativo se requieren algunas cosas previas:

- a) Existencia de un órgano: Persona natural más competencia, a fin de generar situaciones innovativas en el ordenamiento jurídico.
- b) Circunstancias de Hecho: que el legislador haya considerado como necesidades públicas.
- c) Existencia de un procedimiento administrativo.
- d) Investidura regular del órgano.

Todos estos elementos deben existir previamente a la dictación del acto.

De esta forma el acto administrativo debe tener objeto, fin, motivación y formalidad. A continuación analizaremos estos requisitos.

⁴ En materia de lo que es y en que consiste el Acto Administrativo, seguiremos los "Apuntes de Derecho Administrativo", del profesor Ramiro Mendoza, actual Contralor General de la República. Facultad de Derecho. Universidad de Chile", (1996), tratando de "glosarlo" con aportes sobre nuestro tema.

⁵ Publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1994.

⁶ La definición es nuestra, por eso decimos que es un "ensayo de definición".



A. Objeto

Refleja el contenido prestacional del acto. Es el contenido esencial del acto administrativo e indica una orden para realizar prestaciones concretas que pueden ser exigidas tanto para la Administración como para los particulares. El objeto siempre se expresa en el acto administrativo escrito bajo una expresión verbal imperativa.

En el caso de los actos administrativos dictados por los órganos del Estado destinados a proteger el medio ambiente y/o a lograr que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que la Constitución garantiza a todas las personas efectivamente se cumpla, ese debe ser su preciso objeto. De tal forma, si ese acto no cumple con dicho objeto, es un acto administrativo ilegítimo que afecta la garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución.

El cumplimiento o incumplimiento del acto administrativo en cuanto al objeto perseguido así como a su fin, tal como se verá a continuación, es una cuestión de hecho, sujeta a la revisión del órgano jurisdiccional correspondiente, ya sea en virtud de lo establecido en ambos incisos del artículo 20 de la Constitución, o en el inciso 2° del artículo 38 de la misma.

B. Fin

Es lo que se trata de obtener con la dictación de un acto jurídico, que será siempre la satisfacción de una necesidad concreta que se ha configurado como necesidad pública.

El fin siempre está en relación con el fin de la potestad (fin del órgano del que emana el acto), y en último término, el fin es siempre el bien común (fin del Estado de acuerdo al artículo 1° de la Constitución Política).

Tratándose de los instrumentos de gestión ambiental contemplados en la Ley N° 19.300, el fin no es otro que la protección del medio ambiente y del derecho que tienen todas las personas a vivir en un medioambiente sano, garantía constitucional de la mayor envergadura.

Respecto de la evaluación ambiental contemplada en el párrafo 2° de la Ley N° 19.300, la finalidad del acto administrativo de calificación ambiental debe ser la autorización para la realización de los proyectos o actividades enumeradas en el artículo 10 de esa ley, sin que ellos puedan afectar **significativamente** el medio ambiente o el derecho que tienen todas las personas a vivir en un medio ambiente sano, esto es, no contaminado (letra i del artículo 2° de la Ley N° 19.300).

La ley considera que se daña el medio ambiente, si la actividad o proyecto afecta la salud de la población; los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua, aire; recursos y áreas protegidas; humedales y glaciares; o el valor ambiental del territorio, así como su valor paisajístico o turístico; los monumentos y demás sitios de valor antropológico, arqueológico, histórico o pertenecientes al patrimonio cultural; así como la permanencia de las comunidades humanas en su lugar de habitación y trabajo, preservando su modo de vida (art. 11 de la Ley N° 19.300).

La expresión “significativamente” es de capital importancia en estas materias pues no toda afectación del medio ambiente es prohibida por la ley. Sólo lo son aquellas que dañen en forma importante o irremediable los bienes jurídicos ambientales protegidos. En realidad, la expresión en comento usada por la ley no es la más acertada pues pareciera ser que lo que ella quiso indicar es un daño mayor al bien protegido, cuestión que no se aviene del todo al significado de la expresión empleada.

¿Qué significa, entonces, o cual es el alcance de dicha expresión?

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, “*significativamente*” “1. adv. m. De un modo significativo” y “*significativo*” es: 2. adj. Que tiene importancia por representar o significar algo.” Y “*significar*” es: “5. prnl. Hacerse notar o distinguirse por alguna cualidad o circunstancia.”⁷

En otras palabras, el efecto “*significativo*” sobre el medio ambiente que se exige analizar en los Estudios de Impacto Ambiental (letra l del artículo 2º de la Ley Nº 19.300) es, según el citado Diccionario, el que *se nota o distingue*, a lo que se deberá agregar necesariamente para darle algún sentido, “por” sus “*efectos, características o circunstancias*” (inciso 1º del artículo 11 de la ley de Bases del Medio Ambiente) en el medio ambiente. Es el que “*se advierte*” (“notar”) u “*observa*” en la línea de bases, esto es, en el *área de influencia del proyecto o actividad*, ANTES de su ejecución (letra l del artículo 2º de la Ley Nº 19.300).

En consecuencia, el efecto “*significativo*” de que habla el artículo 11 de la Ley Nº 19.300, es aquel que se nota, que se advierte en el área de influencia. Esto es, de acuerdo a la acepción 5ª de “*afectar*”, “*el que menoscaba, perjudica, o influye desfavorablemente*” en la salud de la población, en los recursos naturales renovables, en el modo de vida de grupos humanos, etc., etc. (letras a),b),c),d), e) y f) del artículo 11 de la Ley Nº 19.300).

Al respecto, La I. Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 21 de septiembre del presente año 2011, recaído en una causa por daño ambiental, concuerda con lo precedentemente expresado respecto del concepto de “*daño significativo*” contenido en la Ley Nº 19.300, al decir que entiende este adjetivo en el sentido:

*“... tanto como magnitud no tolerable, como en el sentido de representativo (conferido por el Diccionario, como ya se dijo) para los elementos suelo, agua y flora. Y la otra, que, en la especie, el daño al elemento agua, de una vertiente y de Esteros, el Estero Patagual, el Quetra y el Pilco, se vincula directamente con la salud de las personas, las que empleaban esa agua para el consumo; y al respecto conviene tener presente que en la historia de la Ley 19.300 queda de manifiesto que esta circunstancia siempre se consideró destacadamente relevante dentro del conjunto de daños ambientales”.*⁸

7 Diccionario de la Lengua Española, 22ª Edición.

8 Sentencia citada en el “Informativo” Nº 51 del Diario Constitucional, del período 20/9/2011 - 24/9/2011.



Por tanto y de acuerdo a lo razonado precedentemente, la finalidad del *acto administrativo ambiental* es evitar que el desarrollo de una actividad económica lícita de aquellas enumeradas en el artículo 10 de la ley de Bases del Medio Ambiente pueda dañar con sus *efectos, circunstancias o características*, los bienes jurídicos recién enumerados.

Pero, ¿Qué daño es el prohibido por la ley? Es aquel daño previsto o notorio ("*significativamente*") en el Estudio de Impacto Ambiental y cuyos *efectos adversos* el titular no puede "*minimizar*", es decir, "*reducir lo más posible el tamaño de algo o quitarle importancia*" o "*impedir*", esto es, imposibilitar que se produzcan (letra i del artículo 2º de la Ley N° 19.300).

C. Motivación

Este elemento tiene varios perfiles. Puede que el fin no se exprese en el acto jurídico. Lo más importante es la motivación.

El acto jurídico tiene un supuesto o motivo (necesidad pública o hecho). En una primera aproximación, la motivación no es más que la consideración del hecho o necesidad pública que debe ser satisfecha y que se considera en el acto jurídico. Es el motivo que mueve a la Administración a obrar jurídicamente. No obstante, la motivación es mucho más que eso.

Existen motivaciones de varios tipos: jurídica, fáctica y razonable.

1) Motivación Jurídica

Expresión en el acto jurídico de que se trate *de las consideraciones de derecho pertinentes para la adopción de la decisión administrativa y que se refleja mediante la consagración formal de las fuentes jurídicas de la actuación del órgano*, se expresan en los "VISTOS".

Un acto jurídico no puede carecer de motivación jurídica. Es la fuente de su posibilidad de actuación y la consagración del principio de juridicidad. La jurisprudencia contralora y judicial exige que el acto jurídico siempre contenga motivación jurídica.

2) Motivación Fáctica

Consideración de las *circunstancias de hecho* que constituyen el motivo y que se expresa formalmente en el acto administrativo. En el caso del Sistema de Evaluación Ambiental son los hechos de que da cuenta tanto la Declaración como el Estudio de Impacto Ambiental, tanto en la descripción del proyecto o actividad, como en la Línea de Base.

3) Motivación Razonable

Se refiere a la razonabilidad de la decisión. En materia de evaluación ambiental es fundamental la motivación pues tanto los artículos 15 bis, 16, 18 bis, 19, etc. así como el artículo 29 de la Ley N° 19.300, OBLIGAN al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) a analizar en detalle las Declaraciones o Estudios de Impacto Ambiental y hacerse cargo de las observaciones ciudadanas.

No sólo los hechos son importantes sino también el ítem lógico que lleva a la toma de esa decisión. En materia ambiental, donde la *predictibilidad* del daño es el fundamento de las normas de evaluación ambiental, es vital el análisis que el evaluador efectúa de los riesgos. Éste debe ponderar debidamente los antecedentes aportados por el titular del proyecto o actividad en relación con la finalidad perseguida por la norma, y, además, las objeciones que tanto los servicios públicos como los particulares efectúan a un determinado proyecto o actividad, actores todos que contribuyen al logro del propósito constitucional y legal, que no es otro que la conservación del medio ambiente para que las personas habitantes del país tengan una vida sana y plenamente humana.

La motivación fáctica y la motivación razonable no siempre se expresan en el acto jurídico. Ellas se consignan únicamente cuando el legislador lo exige, específicamente, eso ocurre cuando el legislador exige que la actuación administrativa sea “fundada”, como es el caso de la calificación ambiental (artículo 24 de la Ley N° 19.300).

La Corte Suprema ha establecido que los actos administrativos deben estar apoyados por normas jurídicas legales que les sirvan de fundamento. Así, ha señalado que “la carencia de motivación transforma al acto administrativo, por esa sola circunstancia, en arbitrario y contrario a derecho”.⁹

Igualmente, la Excm. Corte Suprema ha dicho que si falta motivación el único fundamento del acto administrativo sería la voluntad del funcionario y esto es insuficiente para el Estado de derecho. El acto administrativo inmotivado, es arbitrario.¹⁰

De esta manera, el poder administrativo y sus facultades discrecionales deben estar conformes al Estado de derecho, deben corresponder al fin para el cual han sido creados y en todo caso, deben someterse a la Constitución.

A fin de no incurrir en arbitrariedades, la decisión administrativa debe justificarse por los hechos de la cual ella emana.

En materia ambiental, muchas veces las decisiones de la autoridad caen dentro de la órbita de los actos administrativos discrecionales, como ocurre, por ejemplo, respecto de la apreciación de los hechos (línea de base y análisis del proyecto propuesto en un EIA). Otra veces ello no es así, dado que en gran parte, el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental y su posterior otorgamiento de un permiso ambiental, es un acto enteramente reglado, como sucede con el cumplimiento de los requisitos que debe contener un EIA o un DIA, los cuales si no se cumplen, obligan a la autoridad a rechazarlos in límine (artículos 15 bis y 18 bis de la Ley N° 19.300). En los actos administrativos discrecionales es de la mayor trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión final. Se debe expresar en ellos la motivación fáctica (hechos y razonabilidad).

⁹ Citado en “Apuntes de Derecho Administrativo” del profesor Ramiro Mendoza, supra nota 4.

¹⁰ Idem cita anterior.



IV. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Atendido lo expuesto precedentemente, el acto administrativo ambiental puede ser anulado por la autoridad jurisdiccional si este no reúne los requisitos precedentemente indicados.

El artículo 6° de la Constitución establece en su inciso 1° que:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.”

A su vez, el artículo 7° de la Constitución dispone:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura (...) puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

En consecuencia, la administración debe ceñirse estrictamente a estas normas, so pena de incurrir en un vicio de nulidad de derecho público.

Los errores de derecho constituyen, de acuerdo a la doctrina, una violación de ley. Al no existir la debida concordancia entre los hechos autorizados y la naturaleza del derecho que se solicita, esto es la AUTORIZACIÓN AMBIENTAL, el acto administrativo carece de base legal.

Es decir, si se autoriza administrativamente una acción que *no se aviene con la naturaleza del derecho que se esgrime como fundamento o base de la solicitud*, el acto administrativo es nulo por ir más allá de las facultades legales que posee o poseía el funcionario administrativo que emitió las resoluciones acusadas de adolecer del vicio de nulidad de derecho público.

En materia de protección del Estado a las personas para que estas puedan vivir en un medio ambiente sano, así como de la protección del medio ambiente, obligación del Estado y derecho constitucional de las personas a exigirlo, ese debe ser el exclusivo objeto, fin y fundamentación del acto administrativo ambiental.

El error de derecho impide la estricta adecuación al procedimiento establecido por la ley, el cual garantiza la racionalidad mínima del acto y el respeto a las garantías de las personas, debiendo excluirse procedimientos arbitrarios que en definitiva contengan decisiones arbitrarias.

La violación de las normas que regulan la forma y procedimiento del acto administrativo, se encuentra sancionada con la nulidad de derecho público, conforme lo disponen los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

El acto dictado por la autoridad debe ser el resultado de un procedimiento establecido por la ley y debe enmarcarse dentro de la naturaleza jurídica del derecho esgrimido por el solicitante en relación con lo solicitado.

Si lo pedido rebasa el marco que regula el derecho base o sustento de la petición, ella debe rechazarse por cuanto de aceptarse, se produciría, por una parte, una violación de la ley que rige el derecho alegado, y por la otra, una vulneración flagrante de las exigencias y prohibiciones establecidas en los artículos 7° inciso 1°, 19 N° 3 inciso 5°, 61 inciso 2° y 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, en relación con el N° 8 del mismo artículo.

Lo anterior está expresamente reconocido en la Ley N° 19.300, donde, como ya se expresó, los artículos 15 bis y 18 bis permiten desestimar *in limine* un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental si estas no contienen información relevante o esencial para su correcta evaluación.

V. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES APLICABLES

El artículo 1° inciso 4°; y los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución, configuran el contexto en que se sitúa la acción de nulidad de derecho público. Es la propia Constitución la que declara nulo todo acto dictado en su contravención.

De acuerdo a lo señalado por los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República, los órganos del Estado deben someter su acción a lo dispuesto por la Constitución y las leyes, asegurando el pleno respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, concepto, a mi modo de ver, más amplio aún, que el de derechos humanos, atendida la concepción jusnaturalista del constituyente.

En tanto, el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que establece el derecho a la acción en la protección de los derechos de las personas, complementa al inciso 3° del artículo 7° de la Carta Fundamental.

El derecho a la acción se encuentra además resguardado por el artículo 6° de la Constitución que dispone que las autoridades deben someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella. El inciso 2° del artículo 7°, de la Constitución, en relación con su inciso 3°, declara nulos los actos ejecutados fuera de la competencia de la autoridad que los dictó.

De estos artículos se derivan las siguientes conclusiones:

a) Toda conducta de los órganos del Estado queda sometida a la Constitución Política, es decir, todo órgano del Estado y toda acción de ellos se encuentra regida por la Ley Fundamental. Por ello, el comportamiento de las autoridades debe respetar ese texto y las formalidades que ella establece.

b) Los ordenamientos jurídicos distintos o diferentes de la Carta Política y que ésta prevé como la ley, los actos de los tribunales, los actos de control, los actos de la Administración, sean reglamentos, decretos o instrucciones, etc., se hallan en el deber de observar la Carta Política, sometiéndose íntegramente a sus normas.



Además, todos estos órdenes jurídicos también deben ser acatados por los órganos del Estado en su accionar. Por otra parte, según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución los Tratados sobre Derechos Humanos, así como lo establecido en la Convención de Viena sobre todo tipo de tratados, se deben respetar absolutamente siempre que ellos hayan sido válidamente celebrados. En su total acatamiento está en juego la mantención del estado de derecho, la fe pública internacional de Chile, así como Artículo 7° de la Constitución Política.

Dicho precepto (artículo 5°, inciso 2°) dispone que la validez de la actuación de los órganos del Estado requiere la investidura regular de sus integrantes; que ellos actúen dentro de su competencia; y que se respeten las formas legales (“...y en la forma que prescriba la ley”, dice textualmente el artículo en comento). Agrega que nadie podrá atribuirse otra autoridad o derechos, ajenos a los que expresamente la Constitución o las leyes les confieran. Termina diciendo que:

“... el acto que contravenga las disposiciones anteriores es nulo y originará las responsabilidades que la ley señale”.

La doctrina agrega que frente a un acto nulo, el afectado debe resistir su cumplimiento y esa resistencia se ha de traducir en interponer la acción de nulidad que le confiere el ordenamiento constitucional (artículo 7° en relación con el artículo 19 N° 3), u otra acción especial que prevea el ordenamiento.¹¹

A. Artículo 38 Inciso 2° de la Constitución

El artículo 38 inciso 2° de La Constitución dispone que:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

Este artículo establece el principio de revisión judicial de los actos de la Administración y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Por su parte, el artículo 73, inciso 2°, de la misma Constitución, ordena la inexcusabilidad de los jueces, cuando son requeridos en forma legal en asuntos de su competencia.

De acuerdo a lo expresado por don Gustavo Fiamma Olivares:¹²

“... en el sistema chileno, en consecuencia, la dictación de un acto administrativo que vulnere los requisitos de validez establecidos por la Constitución, en el artículo 7, no sólo constituye siempre una violación a la legalidad objetiva, sino que, al mismo tiempo constituye también una violación de ese derecho público subjetivo que hemos denominado “derecho a vivir bajo el imperio de la ley.”

¹¹ Fiamma Olivares, Gustavo, “Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva”, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Año 1991 No. 49, p.10.

¹² Idem.

En definitiva, los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República consagran el “Principio de Juridicidad”, definido por don Eduardo Soto Kloss como:

*“... la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”.*¹³

El Constituyente estableció, mediante las disposiciones señaladas (artículos 6 y 7 de la CPR) la llamada regla de oro del derecho público chileno, cual es que **“en Derecho Público sólo se puede hacer lo que está expresamente permitido”**, esto es, la vinculación positiva de los órganos del Estado al Derecho.

B. Ley de Bases de la Administración del Estado

La Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 2 señala que:

“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones o recursos correspondientes”.

En definitiva, esta disposición sanciona el abuso y el exceso de poder por parte de las autoridades administrativas franqueando a los particulares las acciones y recursos correspondientes, ya sean éstas acciones de índole administrativo o acciones de carácter jurisdiccional.

De acuerdo a lo dispuesto en el actual artículo 10 de la misma ley:

“Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiera emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”

Por lo expresado, la acción constitucional de nulidad de Derecho Público está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en el texto constitucional, en su artículo 7° incisos 2° y 3° y se encuentra también consagrada en las “Bases de la Institucionalidad” como una garantía al Estado de derecho. Esto ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia en reiterados fallos, entre los cuales destacaremos la sentencia dictada con fecha 27 de abril de 1998, por la I.C.A. de Santiago en causa “Charme Schulz, Tatiana con Fisco de Chile,¹⁴ La mencionada sentencia en su considerando 8°, establece lo siguiente:

“8° Que el artículo 2° de la Ley N° 18.575, promulgada con bastante antelación a la fecha de emplazamiento en estos autos, declara el derecho “a las acciones y recursos correspondientes” contra los abusos y excesos de la administración,

¹³ Soto Kloss, Eduardo, “Derecho Administrativo”. Bases Fundamentales, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 24.

¹⁴ Gaceta Jurídica, año 1998, Número 214, p.78.



mientras el artículo 9° de la misma legislación, que fija nada menos que las bases generales de la administración del Estado, sienta la impugnabilidad de los actos administrativos, a través de las “acciones jurisdiccionales a que haya lugar”

VI. LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN MATERIA AMBIENTAL Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO AMBIENTAL EN CHILE

El derecho ambiental debe su desarrollo, fundamentalmente, al derecho internacional público ya que ha sido a través de Declaraciones o de Tratados Internacionales que han surgido los actuales fundamentos de este derecho.

El derecho internacional público del medio ambiente al ser recibido por los diversos países por medio de suscripción de instrumentos internacionales, ya sean de *soft law*, en un principio, para luego transformarse en principios “*duros*” a través de tratados internacionales, o de su recepción por el *jus cogens* internacional, se incorporan al *derecho interno* y lentamente se van *fusionando* con los principios que informan a aquel pero sin perder su *identidad propia*. Es un enriquecimiento más que una absorción.

De esta forma a nivel nacional surge un *derecho constitucional ambiental*, un *derecho administrativo ambiental*, un *derecho civil ambiental*, etc. Es decir, hay un *derecho ambiental propiamente tal*, abstracto y que por su naturaleza misma es de carácter internacional, y, luego, un derecho interno permeado por los principios que informa el orden jurídico interno en toda su extensión. Por ello, es imposible tomar decisiones políticas, civiles, laborales, etc. sin tener siempre en la óptica de ellas este derecho abstracto. Podríamos decir que los fundamentos del derecho ambiental propiamente tal se incorporan a lo que llamamos los *principios generales del derecho*.¹⁵

Los principios propios del derecho ambiental hacen que la resolución de los diferentes conflictos sociales se deba basar en *normas distintas pero complementarias* a las disposiciones clásicas del derecho civil de corte romanista, del derecho económico, laboral, etc.

En Chile, en el Mensaje que el 14 de marzo de 1992 el Presidente Aylwin envió al Senado para que se iniciara la discusión de la que con posterioridad fue la ley de Bases del Medio Ambiente (Ley N° 19.300), se indicó cuales eran los principios ambientales que le servían de soporte al proyecto, todos ellos de carácter internacional. A estos con posterioridad la doctrina internacional y nacional ha ido agregando otros.

¹⁵ Entendemos por “principios generales del derecho” aquellos enunciados normativos más generales que, sin perjuicio de no haber sido integrados al ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, se entienden forman parte de él, porque le sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares o recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa. Estimamos que la mención del N° 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, a la “equidad” como fundamento de la decisión del asunto controvertido, comprende también los principios generales del derecho, así como la norma los artículos 22 y 24 del Código Civil sobre la interpretación de la ley. Del mismo modo el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, Holanda, acepta estos principios como fundamento de sus decisiones.

En materia de los *Principios Internacionales del Derecho Ambiental*, según el profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Ghent, Bélgica, Frank Maes, se debe distinguir entre *los principios del derecho internacional público*, *los principios del derecho ambiental, propiamente tal*, y *los principios generales del derecho*, estos últimos aceptados internacionalmente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, Holanda.¹⁶

Dentro de los principios del actual Derecho Internacional Público, tienen especial interés en esta materia, los principios del *jus cogens*, recogido en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los Tratados.

Los principales "*Principios Generales del Derecho*", referidos concretamente al *Derecho Ambiental* y que deben aplicarse en Chile como base y complemento de la legislación sobre la materia pueden sintetizarse en los siguientes:

A. El Principio Preventivo

De acuerdo al Mensaje del Ejecutivo antes citado (del año 1992), este principio informa la ley de bases del medio ambiente, sobre todo, en materia de evaluación ambiental y demás instrumentos de gestión ambiental.

Este principio sostiene que es mucho más conveniente anticiparse a los posibles efectos o daños ambientales de un determinado proyecto que, posteriormente, cuando estos ya se han producido, tratar de solucionarlos o arreglarlos.

El principio preventivo, base del *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* y demás instrumentos de gestión ambiental, consiste en *prever*, esto es *anticipar idealmente o en abstracto*, cuales serían los impactos de un proyecto o actividad en el medio ambiente en que se desarrollará (línea de base), de manera de evitar sus efectos negativos, o de mitigarlos o compensarlos, o, lisa y llanamente, desecharlo.

Para lograr este objetivo, la Ley N° 19.300 pone énfasis en la educación, en el sistema de evaluación ambiental o en los planes preventivos de contaminación, por ejemplo, declarando zonas saturadas antes que lleguen estar plenamente contaminadas, tomando como referencia las normas máximas permitidas de contaminación (por ejemplo, el PM 10).

En el *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, el principio preventivo, consiste, tal como ya se dijo, en *prever*, esto es *anticipar idealmente o en abstracto*, cuales serían los impactos de un proyecto o actividad en el medio ambiente en que se desarrollará (línea de base), de manera de evitar los efectos negativos, o de mitigarlos o compensarlos, o rechazar el proyecto u actividad.

Esa "*prevención*" concluye con los requisitos o condiciones que se le exigen en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) al proponente de un proyecto u actividad para poder llevarlo a cabo.

¹⁶ Maes, Franc, "Los principios de derecho ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el derecho internacional marítimo: Un cambio para los legisladores nacionales". Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VII, 2007, pp. 189-225.



Es una restricción a la garantía del N° 21 del artículo 19, impuesta en virtud de la autorización que le concede al legislador el inciso 2° del N° 8 del mismo artículo para imponer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medioambiente.

Eso sí, que se debe considerar que esas “restricciones”, de acuerdo al N° 26 del mismo artículo 19 de la Constitución, no pueden afectar el derecho en su esencia, ni imponer condiciones o requisitos que IMPIDAN su libre ejercicio. Si es así, sólo cabe impedir su realización, a fin de no caer en una inconstitucionalidad, todo ello en virtud del bien jurídico superior denominado BIEN COMÚN, expresamente aceptado por nuestra Constitución como uno de sus fundamentos esenciales.

Para el profesor Zlata Drnas de Climent, en su trabajo sobre “*Construcción de los principios en materia de medio ambiente en el ámbito universal*”, el principio de prevención tiene el siguiente desarrollo internacional. Cito:¹⁷

“a) Principio de prevención

La práctica de los Estados y los principios generales del derecho han sido la base principal de la construcción de este principio, tal como lo señaláramos al hacer referencia de ciertos fallos jurisprudenciales.. Asimismo, numerosos documentos internacionales adoptados en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), hacen referencia directa o indirecta al principio, consagrando la obligación de los sujetos internacionales de adoptar medidas de prevención a fin de no causar perjuicio a otros Estados o sujetos internacionales. (El autor se refiere exclusivamente a este principio desde la perspectiva del derecho internacional público, pero, mutatis mutandi, lo que expresa tiene también aplicación en el derecho interno de los Estados.)

Una de las labores más prolongadas en materia de responsabilidad de los sujetos internacionales por falta de diligencia debida, la hallamos en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), tanto al ocuparse de la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional, como al hacerlo del Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. En el primero de los trabajos citados, la CDI se ha ocupado de las actividades no prohibidas que implican riesgo de causar daño transfronterizo.

La óptica fue extendida a actividades que no implican riesgo pero que, sin embargo, lo causan. La CDI fue encomendada de continuar con el tema, debiendo centrarse en las “medidas de prevención”. El resaltado nos pertenece.

Uno de los primeros intentos de objetivación de los estándares mínimos de diligencia debida lo hallamos en la sentencia arbitral de Max Huber en el Asunto relativo a los Buques Alabama y Florida (1872). Tal el caso, i.a. de la Declaración de Helsinki sobre Medio Humano (1972); de la Res. de la AG NU 3281 (XXVIII); la Carta Mundial de la Naturaleza (1982); la Convención de Jamaica sobre el

¹⁷ Trabajo publicado en la obra Jornadas de Derecho Internacional, Secretaría General de la OEA, Washington, 2001, pp. 81-92.

Derecho del Mar (1982); la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992)...

.... Y agrega..."

"Si el Estado o (sujeto internacional) no cumple con sus deberes de diligencia debida, el acto se transforma en ilícito internacional, adjudicable al omitente.

Por ello, tal como lo señaláramos en un trabajo anterior, ambos temas deberían haber sido tratados como un paquete único, conjuntamente con el Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados (por ilícito internacional).

Numerosos documentos internacionales del ámbito universal en materia ambiental se ocupan del principio.

En general, atento al estadio de desarrollo del Derecho internacional en materia de "prevención" ambiental, por una parte, y la necesidad de aceptar correr riesgos en aras del desarrollo económico y/o mantener las buenas relaciones internacionales, por otra parte, los Estados se han mostrado reacios a iniciar reclamaciones en el plano del Derecho internacional público en caso de daños ambientales transfronterizos, incluso en situaciones en las que la violación de las obligaciones de prevención ha tenido fuente convencional directa".

Sobre este tema, nosotros agregamos el caso recientemente ocurrido entre Argentina y Uruguay por la construcción de este último Estado de una planta de celulosa sobre el Río de la Plata, recurso compartido por ambos países.¹⁸

B. El Principio Precautorio

En Chile, el Principio de Precaución, es otro de los Principios Internacionales del Medioambiente recogidos en nuestra legislación, por ejemplo, al ratificar la Convención sobre Protección de la Biodiversidad.

Dicho Principio se encuentra enunciado como Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medioambiente (1992), estableciendo que:

"... con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

En consecuencia, la falta de certeza científica absoluta frente a un daño grave e irreversible no debe ser obstáculo para que el Estado adopte medidas eficaces no siendo lícito que se ampare para no hacerlo en los costos que significaría impedir la degradación del medio ambiente.

¹⁸ Corte Internacional de Justicia, Sentencia de fecha 20 de abril de 2010, caso "Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)".



Continuando con el análisis que efectúa el autor Zlata Drnas de Climent, tenemos que dice respecto de este principio, lo siguiente:¹⁹

"b) Principio de precaución

A partir de mediados de la década del '80 comienza a incluirse al "principio de precaución" en instrumentos internacionales en materia ambiental, si bien su definición recién se observa en la década de los '90.

(...) A título sólo ejemplificativo, podemos citar: Declaración de Helsinki sobre Medio Humano (1972), Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), Agenda 21 (1992), Convención de Londres sobre Contaminación del Mar por Hidrocarburos (1954) sustituida por la Convención de Londres sobre la Prevención contra la Contaminación por Buques (1973), Convenio de Londres sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias (1972), Convenio de Bruselas Relativo a la Intervención en Alta Mar en Caso de Accidentes que Causen una Contaminación por Hidrocarburos (1969), Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1982), Convenio de Londres sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos (1990), Convención sobre Cambio Climático (1992), Convención sobre Biodiversidad (1992), Convención sobre la Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación (1994).

Continúa más adelante, "(...)- (el) documento internacional que más ha avanzado en la configuración de la obligación de cautela a nivel universal, lo constituye el Protocolo de Montreal sobre Bioseguridad (2000), adoptado en el marco de la citada Convención sobre Biodiversidad.

Tal como lo señaláramos en un trabajo anterior, los Estados Partes en la Convención sobre Biodiversidad, tras cinco años de difíciles negociaciones, lograron adoptar el Protocolo, primer acuerdo internacional destinado a regular el movimiento transfronterizo de los organismos manipulados genéticamente. Uno de los puntos más conflictivos del entendimiento fue la incorporación del "principio de precaución".
(...)

El Protocolo adoptado da tratamiento diferenciado a los transgénicos destinados a liberación directa al ambiente de los bienes destinados a consumo.

Para el primero de los casos, (liberación directa al ambiente) las exigencias son mayores, ya que el país exportador debe dar aviso previo al país importador de su intención de enviar un cargamento de transgénicos, proveyendo información sobre el producto. El país importador puede negarse a la importación. Más aún, el ingreso del producto sólo puede concretarse con la autorización explícita del importador.

¹⁹ Supra, nota 15.

En el segundo de los casos, (los bienes destinados a consumo) el régimen es menos estricto, bastando avisar de la exportación a través del Sistema de Información, vía Internet del mismo Protocolo e identificando al producto con un lacónico “puede contener transgénicos”. No obstante, se acordó establecer normas específicas de etiquetado para estos productos en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Protocolo.”

C. Principio Contaminador - Pagador (El Que Contamina, Paga)

Este principio pertenece al género de los principios de responsabilidad del que causa o puede causar el daño, evitándolo, o producido, reparando el medio ambiente y/o indemnizando a los directamente afectados.

Sostiene que las externalidades negativas de una determinada actividad *no pueden ni deben ser traspasadas a la sociedad* sino que deben ser absorbidas por el que ha producido o puede producir la contaminación, ya sea a través de la compensación o de la mitigación de los daños eventuales que produzca.

Del mismo modo se establecen sanciones pecuniarias a quienes contaminen. Estas últimas adquieren una fuerza inmensa en la modificación de este año efectuada a la ley de bases del medio ambiente dado que al crearse la *Superintendencia del Medio Ambiente* se la dota de la facultad de cursar multas millonarias, apelables ante los tribunales ambientales.

D. Principio de la Participación Ciudadana

Este principio sostiene que para lograr una adecuada protección del medio ambiente se requiere la concurrencia y el parecer de todos los afectados, aún cuando, con diferentes grados de coercibilidad. Por ello se crean, vgr., los Consejos Consultivos Regionales, el Consejo Consultivo Nacional y la participación de los *directamente afectados* y de las *organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica en el sistema de evaluación de impacto ambiental* mediante las observaciones que pueden efectuar a los proyectos que se pretende llevar a cabo, observaciones que deben ser debidamente ponderadas por la autoridad ambiental.

E. Principio de la Eficiencia y Gradualismo

Los recursos que se destinen al cuidado del medio ambiente deben ser de tal eficacia que se traduzcan en el *menor costo social posible*. Para ello se requiere que los *programas de descontaminación* contengan y exhiban los costos que ellos conllevan a fin de poder determinar si se justifican o no. Algunos sostienen que su implementación debe ser paulatina, opinión que no compartimos por los enormes impactos que determinadas conductas producen en la vida misma de las personas, ya sea en su salud, bienestar, posibilidad de realizar sus actividades sociales, económicas, recreativas, etc. En otras palabras, por su posible afectación a otras garantías constitucionales o, lisa y llanamente, a los derechos humanos que la comunidad internacional ha reconocido como tales.

F. Principio Del Desarrollo Sustentable

Para poder hablar de desarrollo propiamente tal se deben conjugar tres factores de



igual valor: el *desarrollo económico*; la *equidad social*; y la *protección del medio ambiente*. Se lo representa como un triángulo equilátero, donde cada uno de sus lados debe ser igual a los otros.

Cuando alguien dice que "*le gustan los árboles pero que prefiere al ser humano*" transforma el triángulo equilátero en escaleno, haciendo primar uno de los principios del *desarrollo sustentable* sobre los otros, destruyendo de esta manera su esencia. Aunque sea laborioso y más lento de lo deseable, sólo puede existir un verdadero desarrollo humano si todos sus principios avanzan armónica y conjuntamente.

A lo anterior, se debe agregar que muchas veces los efectos directos de la autorización de una determinada actividad o proyecto recaen directamente sobre un pequeño grupo de la sociedad, aledaño a ese emprendimiento, con lo cual, se les sacrifica en aras de una errónea apreciación del *bien común*.

Debe recordarse que una efectiva búsqueda del bien común requiere tener presente que éste sólo existe si permite que *todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional*, su mayor realización espiritual y material, *posible* (inciso 4º del artículo 1º de la Constitución).

La posibilidad de esta realización no sólo está referida a las posibilidades económicas, sino que a TODAS las posibilidades u opciones legítimas de desarrollo que las personas elijan. De ahí que sea una decisión ilegítima la basada sólo en esas consideraciones económicas, si esa decisión afecta gravemente otras posibilidades de desarrollo de las personas.

G. Principio del Efecto Sinérgico

Una de las cuestiones que a menudo se vulneran en los procesos de evaluación ambiental, y por ende, el acto administrativo que concede la autorización ambiental, es el principio del *efecto sinérgico* que cada una de las partes o componentes de un proyecto ejerce sobre las otras, potencializando sus efectos sobre el medio ambiente.

La consideración de estos efectos sinérgicos se burla a través de la *fragmentación* de los proyectos.

El Estudio de Impacto Ambiental de un proyecto (en adelante EIA) DEBE considerar todas sus partes o componentes para poder ser ingresado válidamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por cuanto los impactos adversos que éste puede provocar en el Medio Ambiente, y que por mandato legal deben ser evaluados por los organismos competentes, variarán sustantivamente en caso de presentarse un proyecto incompleto o fraccionado.

Al presentar un proyecto fraccionado, se omiten las reales consecuencias que éste puede tener en el Medio Ambiente.

Desde muy larga data ese ha sido el sentido que la jurisprudencia internacional le ha dado al problema. En nuestro país, la CONAMA desde sus inicios también abordó el tema. Así, ya en enero de 1994, la Comisión Nacional del Medio Ambiente, antecesora legal del SEA, publicó el "MANUAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO

AMBIENTAL. Conceptos y antecedentes básicos”, donde en su página 1-6 N° 5 se lee:

“La evaluación debe realizarse sobre la base de la globalidad de la actividad propuesta, por lo tanto debe ser única y no puede ser llevada a cabo por aspectos, partes o territorios. Esto permite considerar efectos sinérgicos que pueden aparecer por la interacción entre las partes y que quedan ocultos al considerarlos independientemente.” (Lo destacado es del texto)

Esa misma Comisión Nacional del Medio Ambiente, había publicado también en octubre de 1993 una obra denominada “PRINCIPIOS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL”, en cuya página 14-3 define lo que se debe entender por “IMPACTOS ACUMULATIVOS”. Allí se dice:

“Impactos acumulativos”.- Los impactos acumulativos son aquellos impactos ambientales que resultan del impacto incremental de la acción propuesta en un recurso común cuando se añade a otros impactos de acciones pasadas, presentes y razonablemente previstas en el futuro. Los impactos ambientales acumulativos pueden ocurrir debido a efectos colectivos de acciones menores individuales a través de un período de tiempo”

A su vez, en las páginas 5-9 abunda sobre este tema sosteniendo:

“Entre las circunstancias que generan impactos acumulativos podrían incluirse: impactos en la calidad del aire que resulten de la suma de emisiones industriales o comerciales que operen en una misma región geográfica.”

Más adelante agrega (páginas 5-10):

“Un sistema en el cual un impacto tiene mayor efecto que el incremento anterior se denomina no lineal. Podría ser importante factorar este aspecto no lineal en un Estudio de Impacto Ambiental porque al asumir la linealidad se subestimaría el impacto acumulativo real de la acción. Igualmente, los impactos acumulativos podrían subestimarse cuando varios efectos actúen sinérgicamente, o sea, cuando la suma compuesta de los efectos fuese mayor que una suma simple.” (Lo destacado es nuestro)

Las empresas al pretender presentar dos EIA diferentes sobre partes o aspectos de un mismo proyecto, partes o aspectos absolutamente complementarios, indispensables e interdependientes uno del otro (como son, por ejemplo, los embalses, las centrales hidroeléctricas construcciones, maquinaria, etc., y el futuro EIA sobre las especiales líneas de transmisión), el proponente pretende confundir dos situaciones distintas regladas por la Ley N° 19.300.

En efecto, el artículo 10° de la ley en comento dispone cuales son las actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases, y que, por lo tanto deben someterse a la evaluación ambiental.

Lo que no dice la norma es que SIEMPRE deban evaluarse por separado.

Un claro ejemplo de ello y muy atinente al caso a resolver, lo constituyen las letras



a) y c) del ya citado artículo 10. La letra a) preceptúa que deben ser evaluados “... los embalses o tranques ... que deben someterse a la autorización del artículo 294 del Código de Aguas...” esto es, los superiores a una altura de cinco metros o de una capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos. A su vez, la letra c) dispone que igualmente deben ser evaluadas las centrales generadoras de energía, como las hidroeléctricas, de una capacidad mayor a 3 mega watts.

Pues bien, de ser cierta la hipótesis de los que pretenden fragmentar sus proyectos, ellos deberían presentar varios EIA, si las diferentes partes de él se componen de elementos descritos en distintas letras del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

Claramente ello no es así, pues si todas las actividades enunciadas en el artículo 10 de la ley de Bases del Medio Ambiente pertenecen a un ÚNICO proyecto, todas ellas deben ser evaluadas en un solo acto a fin de evitar que se enmascaren los potenciales efectos sinérgicos.

Sólo si cada una de las fases o partes de ese mismo proyecto se bastaren así mismos, es decir, si tuvieran como ÚNICO FIN desarrollar en forma separada esas acciones o proyectos, ciertamente deberían ser evaluadas individualmente.

Cuando un proyecto se presenta de manera fraccionada, impide esta visión preventiva del sistema, pues no considera los efectos negativos que la suma de sus factores implica para el medio ambiente (efecto sinérgico), impidiendo su real dimensionamiento ambiental y evitando que se le puedan imponer condiciones que los eviten, mitiguen o compensen, o, lisa y llanamente, su rechazo por ser los impactos ambientales de tal magnitud que sean irremediables y/o cuantiosos, o que afecten radicalmente a otras actividades lícitas productivas.

Debe tenerse presente que lo que el artículo 8 de la ley N° 19.300 ordena evaluar son, exclusivamente, los proyectos que señala el artículo 10 de esa misma ley, sin hacer diferencias o distingos en que partes o porciones de él puedan ser ejecutadas por diversas personas.

Al ser así, todas ellas deben concurrir a la suscripción del único EIA que abarque la totalidad de las actividades que correspondan a las categorías que enuncia el citado artículo 10.

Para la ley, desde el punto de vista de la evaluación ambiental, le es indiferente que los titulares del proyecto sean distintas personas naturales o jurídicas; lo que se evalúa es EL PROYECTO.

Lo importante para ella es que se trate de un mismo proyecto cuyos efectos ambientales puedan influir unos sobre los otros, produciendo una incidencia mayor que el efecto suma de las incidencias individualmente contempladas aisladamente. A fin de recalcar la proscripción de la indeseable conducta antes indicada (*tal como lo había expresado la autoridad desde sus inicios*), la Ley N° 20.417, que reformó la Ley N° 19.300 y que como tal rige *in actum*, es decir, está actualmente vigente, ha reiterado expresamente la prohibición de fraccionar los proyectos.

El artículo 11 bis de la Ley N° 19.300 preceptúa que:

“Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.”

Esta norma está relacionada con la letra h bis) de su artículo 2° de la misma Ley N° 19.300, la cual trata de los efectos sinérgicos que se pueden producir entre los diferentes componentes de un proyecto, razón por la cual, se prohíbe al proponente “fraccionar sus proyectos” con el fin de *variar* el instrumento de evaluación, o eludir el ingreso conjunto de partes o componentes de un mismo proyecto al “Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.

En efecto, “Fraccionar” de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, es: “Dividir algo en partes o fracciones.” “Parte” en cambio, “es la porción indeterminada de un todo.”

“Todo” significa “dicho de una cosa, que se toma o se comprende enteramente en la entidad o en el número.” A su vez, “Variar” es en su 3ª acepción: “dicho de una cosa, cambiar de forma, propiedad o estado”.

En consecuencia, se *varía* el instrumento de evaluación ambiental, cuando debiendo ser uno el EIA, se cambia su forma de presentación al Sistema de Evaluación Ambiental, fragmentándolo o dividiéndolo en dos o más, entre otras cosas y como ya se dijo, con el fin de ocultar los efectos sinérgicos que generan sus partes o componentes, lo que deriva en el ocultamiento de sus efectos no lineales o mayores que la suma de ellos individualmente considerados.

A mayor abundamiento, la Ley N° 20.417, en su artículo 2 letra h bis), agrega a la Ley N° 19.300 entre sus definiciones legales, de modo de hacer aún más fácil la aplicación del principio precitado, la definición de lo que se entiende por “Efecto Sinérgico”. Al respecto señala que es:

“... aquel que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente.”

La reforma legal precitada, sin embargo, no es una innovación dentro de nuestro sistema, sino que el reconocimiento de su esencial existencia dentro del Sistema de Evaluación Ambiental. Ella, sólo viene en hacer patente obligaciones que los titulares de proyectos ya tenían desde la dictación de la Ley N° 19.300 y que, como hemos dicho, fluyen de los principios nacionales e internacionales que informan la esa norma legal.

Ahora bien, los principios precedentemente enunciados, tienen directa correlación con las normas e interpretación pacífica y armónica de la Ley N° 19.300, aún en su estado previo a la reforma efectuada por la Ley N° 20.417.

Se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que desde sus inicios ya se encontraba proscrita la posibilidad de realizar el fraccionamiento de los proyectos. En efecto,



fluye de lo dispuesto en las letras i), j), k), l) y ll) del artículo 2º que define los conceptos de *Estudio de Impacto Ambiental*, *Evaluación de Impacto Ambiental*, *Impacto Ambiental*, *Línea de Base* y *de Medio Ambiente*, así como de los literales b), c) y d) del artículo 12 de la misma ley.

De especial importancia es la definición de *Estudio de Impacto Ambiental*, del artículo 12 de la ley de Bases del Medio Ambiente donde se exige al proponente "... una descripción pormenorizada" de las características y efectos de un proyecto y la predicción y evaluación del "impacto ambiental" del proyecto, esto es, "la alteración del medio ambiente provocada directa o indirectamente por el proyecto o actividad en un área determinada." (letra k) del art. 2º). Los mismos elementos son descritos nuevamente como requisitos del Estudio de Impacto Ambiental, en el artículo 12 y en especial en sus literales b), c) y d).

H. Principio de Acceso a la Información

No puede haber una participación ciudadana real si ella no está informada. Por lo tanto, la posibilidad de acceder a una información real es fundamental para el buen desarrollo del sistema. La Convención de Aarhus²⁰ que la han suscrito casi todos los miembros de la OECD es un buen ejemplo de ello.

I. Principio de Solidaridad Internacional

Los problemas ambientales normalmente requieren un tratamiento internacional, dado que nuestro planeta es uno solo y ellos repercuten en todo su ecosistema. Por tanto a su solución deben concurrir todas las naciones en forma solidaria. No obstante, los países que más han contaminado deben concurrir con mayores aportes. Esto es lo que se llama la *responsabilidad común pero diferenciada*.

J. Principio de la Soberanía de los Recursos Naturales y la Obligación de no Dañar a los Demás

Los países son soberanos para explotar los recursos naturales que se encuentren dentro de sus límites jurisdiccionales, pero no pueden dañar en esta explotación o con cualquier otra actividad el medio ambiente de sus vecinos o de la comunidad internacional, en general.

Este principio también tiene aplicación en el antes mencionado principio de prevención.

Sobre este particular es necesario hacer una precisión. Si bien es cierto en la terminología internacional se habla de las responsabilidades de los Estados, en el plano interno, específicamente en el chileno, el medio ambiente no es propiedad del Estado, este pertenece a todos sus habitantes, es un bien común o bien nacional de uso público, por lo tanto, las decisiones que se tomen al respecto no pueden ser consideradas sólo como decisiones soberanas del Estado, sino que *deben ser*

²⁰ Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales de la UNECE (Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa), conocida normalmente como el Convenio de Aarhus, fue firmada el 25 de junio de 1998 en la ciudad danesa de Aarhus. Entró en vigor el 30 de octubre de 2001.

informadas y consensuadas con los afectados por las consecuencias que ellas traen aparejadas en su calidad de vida misma.

K. Principio del Patrimonio Común de la Humanidad

Las zonas declaradas patrimonio de la humanidad deben ser administradas en común por todas las naciones. Pone fin en las regiones consideradas *res nullius*, como, por ejemplo, los fondos marítimos de la alta mar.

VII. DAÑO AMBIENTAL Y DAÑO A LOS PARTICULARES

Según el argentino don María José García Castro, en cuanto al daño ambiental, hay que efectuar una distinción fundamental. Existen dos tipos de daño ambiental claramente diferenciables. Uno, es el *Daño Ambiental Civil*, entendido como aquel que recae sobre un elemento del ambiente y que a su vez se traduce en un daño sobre una persona o sus bienes. El otro, es el *Daño Ambiental de Incidencia Colectiva*, que es aquel que recae sobre un elemento del ambiente, independientemente de que este se traduzca en un daño sobre la persona o sus bienes.²¹

En nuestro país, esa diferenciación es también aplicable dado que nuestra legislación denomina en el artículo 52 de la Ley N° 19.300 "*acción indemnizatoria ordinaria*" a lo que ese autor llama "*daño civil ambiental*", y "*daño ambiental*" al que él señala como "*daño ambiental de incidencia colectiva*".

Nuestra jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema ha reconocido la existencia de los "*intereses difusos*", declarando que cualquier habitante del país está habilitado para interponer un recurso de protección en defensa del medio ambiente, aunque no sea el "*directamente afectado*" como lo señala el inciso primero del artículo 52 en comentario.²² En consecuencia, en Chile, existe diferencia notable en cuanto al "*standing*" o legitimación procesal activa o capacidad de accionar en materia ambiental, entre las acciones constitucionales y las acciones civiles, ya sean basadas en la Ley N° 19.300 o en el Código Civil.

Al respecto debe considerarse que el artículo 1° de la Ley N° 19.300, en su parte final, deja subsistentes: "... *lo que otras normas legales establezcan sobre la materia*", dentro de las cuales se encuentra el artículo 2333 del Código Civil que concede "*acción popular*" en los casos de daño contingente, esto es que "que puede suceder o no suceder" y "...*que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas...*".

Y como de acuerdo al N° 8 del artículo 19 de la Constitución TODAS las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a exigir del Estado que tutele la preservación de la naturaleza, todas ellas poseen el derecho a

21 María José García Castro. Requerimiento De Los Principios De Prevención Y Precaución Ambiental: Seguro Ambiental Obligatorio (08/03/2010), Estudiante de 6to año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Ex ayudante alumna en investigación de proyecto radicado en el CIJS. Ex Investigadora asistente de proyecto radicado en el CIJS y subsidiado por Secyt. Ayudante alumna de la Cátedra de Derecho Privado II de la UNC (2009).

22 Así lo declaró en sentencia de abril del año 1997 en el denominado "Caso Trillium" (Girardi con Corema, apelación de la sentencia de la I. Corte de Punta Arenas que había rechazado el Recurso de Protección) interpuesto por los actores debido a que no eran los "directamente afectados).



impedir que ese daño contingente o eventual se produzca, y por lo tanto, pueden ejercer la *acción popular*.

Lo anterior, es sin perjuicio de que corresponderle exclusivamente, una vez producido el daño, la *acción de reparación ambiental*, a los directamente afectados, a las municipalidades por hechos acaecidos dentro de sus respectivas comunas y al Estado a través del Consejo de Defensa del Estado (artículo 54 de la Ley N° 19.300).

A mi modo de ver, esa norma es inconstitucional pues pugna con lo dispuesto en el N° 8 del artículo 19 de la Constitución ya citado, al *limitar el ejercicio de la acción de reparación ambiental* a las personas o entidades ya señaladas, excluyendo de ella al resto de la ciudadanía, personas que también poseen un claro interés en la restauración del medio ambiente.

Igual reparo me merece el artículo 55 de la ley ambiental en comento, pues establece una *eximente de responsabilidad ambiental* respecto de personas que habiendo causado un daño ambiental, esto es impidiendo o restringiendo el derecho constitucional a la preservación del medio ambiente, demuestren estar cumpliendo íntegra y cabalmente las obligaciones establecidas en los planes de prevención o descontaminación, o a regulaciones especiales para situaciones de emergencia.

Ello constituye una discriminación en contra del resto de la ciudadanía respecto de la obligación constitucional que recae sobre todas las personas de cuidar o proteger el medio ambiente (N° 8 del artículo 19), con el agravante que si los perjudicados con el daño ambiental lo son en su *actividad económica*, igualmente se infringe el N° 22 del artículo 19 de la Constitución al establecer una *discriminación legal arbitraria* en beneficio de cierto tipo de agentes ambientalmente dañosos, al mismo tiempo que atenta contra la igualdad ante la ley que la Carta Fundamental asegura a todas las personas (N° 2 del artículo 19 de la Constitución).

En materia de prescripción de la acción civil, en sentencia del año 2007, nuestro máximo tribunal en el caso por contaminación por plomo y arsénico, entre otros metales pesados y tóxicos, a las personas y bienes ubicados en Arica, hizo aplicable el plazo de prescripción del artículo 63 de la ley N° 19.300 a las acciones civiles basadas en el daño ambiental, la cual es de cinco años y se cuenta desde que el daño se hizo "evidente", y no la prescripción de cuatro años que establece el artículo 2332 del Código Civil, plazo que, además, se contabiliza "... desde la *perpetración del acto*".²³

Esta sentencia está en consonancia, en parte, con lo afirmado la Comisión de Derecho Internacional quien ha expresado:

"211. Se manifestó la opinión de que la pérdida (daño) se distribuyera entre los diferentes interesados, incluido tanto el exportador como aquellos que autorizaron o gestionaron la actividad o se beneficiaron de ella. Un Estado que actuara como exportador también sería responsable en tal calidad. En el caso excepcional en que no pudiera identificarse al exportador, o que éste no pudiera efectuar el pago en

²³ Sentencia de reemplazo de la Excmra. Corte Suprema, año 2007, causa Rol 3174/2005.

su totalidad o fuera insolvente, se sugirió que el Estado de origen podría asumir la responsabilidad (liability) subsidiaria. En consecuencia, el Estado interesado debería hacer obligatorio el seguro o tener derecho a recibir la notificación del riesgo y a pedir que se asegurara esa actividad (...).²⁴

Debe tenerse presente que de acuerdo a lo establecido en el inciso 2º del artículo 38 de la Constitución, cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, puede reclamar ante los tribunales que señale la ley en contra de ellos. Una norma similar contiene la Ley Orgánica Constitucional Sobre Bases Generales de la Administración del Estado (D.F.L. Núm. 1/19.653, de 13 de diciembre de 2000 que fijó el texto de la ley N° 19.575) en sus artículos 4º y 42.

De acuerdo a lo dispuesto en la letra s) del artículo 2º de la Ley N° 19.300, se entiende por "*Reparación*" del medio ambiente:

"La acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas"

Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española, aplicable en la especie dado que la ley no ha definido lo que se entiende por "*propiedades básicas*", y por lo tanto debemos estar a su significado natural u obvio (artículo 20 del Código Civil), define:

"Similar": "1. adj. Que tiene semejanza o analogía con algo"

"Propiedad": "3. f. Atributo o cualidad esencial de alguien o algo"

"Cualidad": "1. f. Cada uno de los caracteres, naturales o adquiridos, que distinguen a las personas, a los seres vivos en general o a las cosas"

Y *"Básico"*: "1. adj. Perteneciente o relativo a la base o bases sobre que se sustenta algo, fundamental.

Finalmente, "*fundamental*" (de "*fundamento*") es: "3. m. Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo."

En fin, de las definiciones señaladas se desprende que la *reparación del medio ambiente* que exige nuestra ley, es aquella que permite recuperar las cualidades naturales esenciales que distinguían al medio ambiente afectado por el daño, esto es, restablecer las propiedades sobre las cuales éste se sustentaba. Si ello no fuere posible, dotarlo de características semejantes o *parecidas* a las que tenía, que es lo que la norma legal pretende asegurar.

El problema radica en aquellos casos en que producto del daño al medio ambiente, ello no es posible, esto es, no es factible reparar los componentes del medio ambiente, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de extinción de una especie "*única*" (letra b) del artículo 2º de la Ley N° 19.300).

²⁴ Opinión transcrita en el artículo señalado en la nota 2, por don María José García Castro. CDI. Reports. Responsabilidad Internacional por las Consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional, disponible en: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/2003report.htm> (30/08/2011)



En estas situaciones, estimo que se deben aplicar las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 2314 del Código Civil), modificada por las disposiciones de la Ley N° 19.300 en materia de prescripción, y obligar al causante a pagar al Estado, como representante de la Nación, una indemnización pecuniaria compensatoria, aún cuando, esa no sea la finalidad primordial de la norma.

VIII. CONCLUSIÓN

El decaimiento o la pérdida de importancia que ha tenido la jurisprudencia nacional respecto de las causas ambientales planteadas a través de los recursos de protección, fallos que a nuestro juicio demuestran muchas veces un cierto desapego de la magistratura por la protección del medio ambiente, centrándose fundamentalmente más en la parte procedimental de las resoluciones de calificación ambiental que en los efectos de ella, ha obligado a los defensores del medio ambiente a buscar nuevos caminos. Uno de ellos ha sido la acción de nulidad de derecho público, camino que si bien es bastante más lento e inadecuado para problemas que necesitan pronta resolución, por lo menos exigen un análisis más detallados de ellos y una necesaria remisión a la Constitución y a los principios que informan el derecho ambiental, principios bastante distantes de los tradicionales que componen el derecho civil chileno, tal como se ha tratado de explicar en este trabajo.

Esperamos que los nuevos tribunales ambientales consagrados en la última modificación a la Ley N° 19.300 faciliten el logro de los objetivos que el constituyente tuvo en vista al consagrar la garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución.