



# JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL DE LA ONG FIMA

DICIEMBRE 2022 / N° 14

EDITORIAL  
ARTÍCULOS  
COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA  
ESTUDIOS ONG FIMA



■■■ HEINRICH  
BÖLL  
STIFTUNG  
CONO SUR

Con derecho al ambiente



FIMA  
ONG - Desde 1998



# JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL DE LA ONG FIMA

AÑO XIV, N° 14 / DICIEMBRE 2022

■■■ HEINRICH  
BÖLL  
STIFTUNG  
CONO SUR

Con derecho al ambiente



**FIMA**  
ONG - Desde 1998

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a [info@derediciones.com](mailto:info@derediciones.com) o visite nuestra página web [www.derediciones.com](http://www.derediciones.com).

REVISTA JUSTICIA AMBIENTAL N° 14

© ONG FISCALÍA DEL MEDIO AMBIENTE FIMA

2022 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 160, oficina 404, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

[info@derediciones.com](mailto:info@derediciones.com)

[www.derediciones.com](http://www.derediciones.com)

Primera edición, diciembre de 2022 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

**Consejo Editorial:**

Álvaro Fuentealba Hernández, Raúl Campusano Droguett, Fernando Dougnac Rodríguez, Francisco Ferrada Culaciati, Raúl Letelier Wartenberg, Rodrigo Polanco Lazo, Ezio Costa Cordella, Gabriela Burdiles Perucci y Verónica Delgado Schneider

**Director general:**

Ezio Costa Cordella

**Editores:**

Sofía Rivera Belkhoff, Antonio Pulgar Martínez y Nicole Mansuy Torres

**Auspicia:**

Fundación Heinrich Boll

Publicado por la ONG Fiscalía del Medio Ambiente FIMA

ISSN N° 0718-736X - Santiago de Chile

**Representante legal:**

Fernando Dougnac Rodríguez

Mosquito N° 491, oficina 312, Santiago

[www.fima.cl](http://www.fima.cl)

“Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de ONG FIMA”

ÍNDICE  
Nº 13 AÑO 2021

ABREVIATURAS .....	III
EDITORIAL .....	1
El derecho ambiental a 50 años de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo .....	1
<i>Antonio Pulgar Martínez - Nicole Mansuy Torres</i>	

ARTÍCULOS

¿Función ecológica de la propiedad en Chile?: análisis teórico y comparativo con miras a su incorporación en la nueva Constitución .....	11
<i>Sofía Rivera Berkhoff - Alejandro Ramírez Pérez</i>	
La participación ciudadana ambiental: fundamentos e importancia para la legitimación de decisiones .....	51
<i>Claudio Alhambra Carvajal</i>	
Resignificando a los municipios: la garantía institucional de la autonomía y el interés legítimo.....	101
<i>Aníbal Acevedo Esbeile</i>	
Los sistemas de gestión de la Ley Nº 20.920, su implementación normativa y el caso de los sistemas no domiciliarios y los consumidores industriales .....	155
<i>Jorge Canals de la Puente - Javiera Estenssoro Soriano</i>	

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Acuicultura y anaerobismo: algunas consideraciones sobre el sistema de respuestas dispuesto en la normativa chilena. Comentario a la Sentencia de causa Rol R-19-2020 del Tercer Tribunal Ambiental .....	199
<i>Diego Lillo Goffreri</i>	

## ESTUDIOS ONG FIMA

Hacia una Constitución ecológica: acceso a la justicia ambiental.....	223
<i>Nicole Mansuy - Victoria Belemmi - Constanza Gumucio - Gabriela Burdiles - Sofía Rivera</i>	
Ordenamiento territorial en la propuesta de nueva Constitución.....	285
<i>Constanza Gumucio - Nicole Mansuy - María Jose Kaffman - Trinidad Torres</i>	
Agencias reguladoras independientes en materia ambiental y la nueva Constitución de Chile.....	349
<i>Sofía Rivera Berkhoff - Ezio Costa Cordella</i>	

## ABREVIATURAS

27F	: terremoto ocurrido el 27 de febrero de 2010 y que afectó la zona centro sur de Chile
AFET	: Actividad Formativa Equivalente a Tesis
AIDA	: Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente
ALU	: productor prioritario aceite lubricante
ANIR	: Asociación Nacional del Reciclaje
APP	: Análisis de Políticas Públicas
ARI	: agencia reguladora independiente
art. / arts.	: artículo / artículos
BBC	: British Broadcasting Corporation (Corporación Británica de Radiodifusión)
CADH	: Convención Americana de Derechos Humanos
CAJ	: Corporaciones de Asistencia Judicial
	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CEAL	: Centro de Estudios de Asistencia Legislativa
CEFIMA	: Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente
CENC	: Comisión de Estudios de la Nueva Constitución / Comisión Ortúzar
Centro de Derechos Humanos UDP	: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales
Centro de Políticas Públicas UC	: Centro de Políticas Públicas Universidad Católica
CEPAL	: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CGR	: Contraloría General de la República
CLACSO	: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
CNN	: Cable News Network (Red de Noticias por Cable)
COES	: Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social
comp.	: compilador
CONADE	: Comisión Nacional de Ecología

CONAMA	: Comisión Nacional del Medio Ambiente	LOCM	: Ley N° 18.695. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
coord. / coords.	: coordinador / coordinadores	MEA	: Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (Millennium Ecosystem Assessment, por sus siglas en inglés)
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos	N. del E. / N. del editor	: nota del editor
CORTIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos	N°	: número
CPEA	: Committee on Promotion of Environmental Autonomy at Shiga Prefecture	NFU	: neumáticos fuera de uso
CPR	: Constitución Política de la República (Chile)	OC	: Opinión Consultiva
DACC	: (Programa) en Derecho, Ambiente y Cambio Climático	OCDE	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
DIA	: declaración de impacto ambiental	ODS	: Objetivo de Desarrollo Sostenible
dir.	: director	OECA	: Órganos de Evaluación con Competencia Ambiental
DL	: decreto ley	ONG / ONGs	: organización no gubernamental
DS / D.S.	: decreto supremo	ONU	: Organización de las Naciones Unidas
ed.	: editor	OT	: ordenamiento territorial
Ediciones UC	: Ediciones Universidad Católica	OUA	: Organizaciones de Usuarios de Aguas
Ediciones UDP	: Ediciones Universidad Diego Portales	p. / pp.	: página / páginas
Enap	: Empresa Nacional del Petróleo	PAYT	: sistemas de recolección y tratamiento son financiados mediante un impuesto fijo anual y el sistema de impuesto “pague por lo que bota” (por sus siglas en inglés)
<i>et al.</i>	: y otros	PCFG	: Parliamentary Commissioner for Future Generations
FAO	: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura	PIB	: producto interno bruto
FIMA	: Fiscalía del Medio Ambiente	PNOT	: Política Nacional de Ordenamiento Territorial
FLACSO / Flacso	: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales	PNUBC	: Política Nacional Uso de Borde Costero
GANHRI	: Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.	PNUD	: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
<i>i.e.</i>	: del latín <i>id est</i> , que en español significa “es decir”	PUCV	: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
INDH	: Instituto Nacional de Derechos Humanos	RAE	: Real Academia Española
INFA	: información ambiental	RCA	: resolución de calificación ambiental
INIDEP	: Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero	RDA	: Revista de Derecho Ambiental
INRA	: Instituto de Reforma Agraria	REP Law	: Ley N° 20.920. Responsabilidad Extendida del Productor (REP)
LBGMA	: Ley N° 19.300. Sobre bases generales del medio ambiente	RETC	: Registro de Emisiones y Transferencias Contaminantes
Ley REP	: Ley de Responsabilidad Extendida del Productor	RIMISP	: Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural
LLM	: maestría en Derecho	RSE	: Responsabilidad Social Empresarial
LOCGAR	: Ley N° 19.175. Sobre Gobierno y Administración Regional	RSEIA	: Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

SCJN	: Suprema Corte de Justicia de la Nación
SCS	: sentencia de la Corte Suprema
SEA	: Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
seremis	: secretarios regionales ministeriales
s.f.	: sin fecha de publicación/edición
SMA	: Superintendencia del Medio Ambiente
s.p.	: sin dato de página
ss.	: siguientes
STC	: sentencia del Tribunal Constitucional
trad.	: traducción / traductor
UDP Facultad de Derecho	: Universidad Diego Portales
UNFPA	: Fondo de Población de las Naciones Unidas
UNSW	: University of New South Wales
vol.	: volumen

## EDITORIAL

EL DERECHO AMBIENTAL A 50 AÑOS  
DE LA CONFERENCIA SOBRE EL MEDIO AMBIENTE  
HUMANO DE ESTOCOLMO

ENVIRONMENTAL LAW 50 YEARS AFTER THE CONFERENCE  
ON THE HUMAN ENVIRONMENT IN STOCKHOLM

**Antonio Pulgar Martínez**

Abogado por la Universidad de Chile.  
Coordinador del Área de Estudios ONG FIMA  
a.pulgar@fima.cl

**Nicole Mansuy Torres**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Chile  
Investigadora del Área de Estudios ONG FIMA  
mansuy@fima.cl

La disciplina del Derecho Ambiental, a nivel global, se encuentra en una etapa intermedia de evolución y desarrollo. Si bien, a lo largo de la historia de la humanidad han existido distintas manifestaciones de regulación respecto a los componentes ambientales que constituyen el entorno natural de distintas sociedades, es un hecho indiscutido que su punto de partida y evolución se encuentra en la Cumbre de la Tierra celebrada en Estocolmo en 1972. Aun existiendo antecedentes de regulación nacional o internacional sobre daños de carácter ambiental o de regulación de uso, acceso o aprovechamiento, la Conferencia de las Naciones Unidas supone un hito fundacional para nuestra disciplina.

A partir de su discusión y evolución en el ámbito de la comunidad internacional, los ordenamientos jurídicos internos se han nutrido fuertemente de los consensos mayoritarios que en estos cincuenta años se han forjado. Desde el reconocimiento de derechos fundamentales relativos a la dignidad intrínseca a la existencia humana que dependen de las condiciones ambientales<sup>1</sup>, así como el desarrollo de principios rectores, la construcción

1 BOYLE (2012), pp. 765-794.

de institucionalidad nacional e internacional, o incluso el reconocimiento normativo de la crisis climática, es imposible pasar por alto la fuerte irrupción de la cuestión ambiental en ambas jurisdicciones. Similar a un desarrollo espejado, en donde la evolución de uno determina los pasos siguientes del otro.

La dimensión normativa surge como respuesta a los avances de los efectos y consecuencias ya extensamente manifiestas de la crisis climática, que encuentra su elemento causal en la relación instrumental y depredadora con la naturaleza, que se ha impregnado en las sociedades humanas a partir de la Modernidad<sup>2</sup>. Algunas de estas reflexiones fueron antecedentes elementales al desarrollo de la Cumbre de la Tierra: Rachel Carson levantó evidencia científica de los efectos desmedidos de pesticidas, en su obra *Primavera silenciosa* (1962), que llamó la atención de gobiernos, comunidad científica, movimientos de masas y tomadores de decisiones, sobre los mecanismos de producción, distribución y consumo, así como los efectos que estas dinámicas sociales tienen en la salud humana<sup>3</sup>. Sus ideas fueron un punto de partida que no podemos olvidar.

Así, comenzó una era de reflexión crítica sobre los postulados modernos, cimentando así la discusión política, económica, social y jurídica en relación al medio ambiente y su protección. La política de crecimiento económico ilimitado, como mecanismo garante del bienestar de las sociedades, entró en un cuestionamiento profundo<sup>4</sup>, entre otras cosas, por el rol que la ciencia y tecnología cumplieron en función de los procesos de acumulación<sup>5</sup>, que encuentra su fundamento filosófico en la idea de que nuestro planeta está a disposición del “hombre” –blanco, occidental e individualmente considerado–<sup>6</sup>, quien se encuentra en la cúspide de la pirámide biológica de los habitantes del planeta, en el contexto de una explosión demográfica sin precedentes<sup>7</sup>. Ya en 1972, el Informe del Club de Roma, “Los límites del crecimiento”, avizoraba que nos encontrábamos en un ca-

2 GUDYNAS (2010), pp. 48-49.

3 GRISWOLD (2012).

4 MARTÍNEZ-ALIER (2004), pp. 13-30.

5 MARTINEZ (2011), pp. 214-216; WALLERSTEIN (2005), *passim*.

6 BARROS (2010), p. 39; ZAFARONI (2011), pp. 23 y ss.; BALZA y GARRIDO (2015), pp. 145-155; KAILO (2015), pp. 357-373.

7 STUTZIN (1984), p. 99.

mino prácticamente sin retorno a la devastación de nuestros ecosistemas si es que las dinámicas de producción, distribución y consumo no tomaban un cambio en su curso de acción.

El inicio de la discusión política y jurídica que supuso la Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano implicó un desafío de largo aliento. Enfrentados a una multiplicidad de actores y comunidades, a distintos niveles, inauguró un proceso de construcción de una estructura jurídica que fuese capaz de responder a la evolución de las sociedades, las interacciones humanas y la estructura globalizada de la economía capitalista, asegurando nuestra supervivencia en el planeta tierra.

Así, al abordar esta reflexión, pareciera que viajásemos a un pasado que desde hace largo tiempo nos viene advirtiendo que nos encontramos en un momento crucial. Actualmente, es incuestionable que el desafío se volvió de una dimensión tan grande, como la de una era geológica completa: la era del Antropoceno, en donde la humanidad en su conjunto –o más bien algunos círculos de poder de ella– es la fuerza que moldea los cambios geológicos de nuestro hogar común<sup>8</sup>. De tal manera, efectivamente nos encontramos en un momento crítico para el desarrollo de la disciplina, que tenga en consideración las nuevas referencias sociopolíticas, nacionales e internacionales, que hagan posible el cumplimiento de las metas de adaptación y mitigación al cambio climático que la comunidad internacional ya ha consensuado.

En el ámbito internacional, solo en los últimos treinta años nuestro país ha suscrito más de una decena de acuerdos internacionales, tanto vinculantes como de *soft law*, que abordan distintas obligaciones del Estado de Chile para con la comunidad internacional<sup>9</sup>. Estos han pasado desde la celebración de acuerdos marco de toda la comunidad internacional, la firma de acuerdos de cooperación entre Estados, a la integración de tratados regionales que reconocen derechos y principios específicos del derecho ambiental para Latinoamérica, como es el caso del Acuerdo de Escazú.

En el ámbito nacional, y en el mismo periodo de tiempo, pasamos de la aplicación indistinta de distintas normativas sectoriales aplicables a la dictación de la Ley N° 19.300, que ha servido de base para el desarrollo de

8 MONFRINOTTI (2020), pp. 91-92.

9 PROGRAMA EN DERECHO, AMBIENTE Y CAMBIO CLIMÁTICO (DACC), (2021), *passim*.

instrumentos de gestión ambiental en Chile y la integración de las distintas normativas a un sistema general de protección ambiental. A partir de ahí, la discusión social, política y jurídica ha ido en un incremento notorio, dando cuenta de una proliferación al alza de conflictos socioambientales cada vez más notorios. Esto se condice con la creación de una institucionalidad para conducir estos conflictos, para entregar vías de solución de conflictos institucionales. Sin perjuicio de ello, la vigencia de la Constitución de 1980 sigue manteniendo una matriz jurídica antropocéntrica, en donde el objeto de protección que se encuentra en la cúspide del sistema normativo sigue una lógica exclusivamente antropocéntrica, sin otorgar cabida a valores autónomos de la naturaleza<sup>10</sup>.

Si bien la propuesta de una nueva constitución que fue rechazada en el plebiscito de salida contenía algunas propuestas y contenidos relevantes para esta discusión, no podemos olvidar que los conflictos socioambientales por la dignidad, la vida y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza siguen vivos. Aun cuando las zonas de sacrificio han tenido un reconocimiento jurisprudencial, las vías institucionales no han sido capaces de conducir una respuesta adecuada para las comunidades y territorios que siguen en una situación de vulneración de derechos elementales, en tanto ello se opondría al orden público económico que la Constitución de 1980 resguarda. O bien, el reconocimiento y cabida que tiene la participación ciudadana, siendo reconocida explícitamente en la ley, no responde de manera correcta a la prevención de los conflictos ambientales. La perspectiva del Estado subsidiario sigue limitando el despliegue de las obligaciones de la Administración del Estado en la prevención y solución de dichos conflictos o en la profundización de mecanismos de economía circular que nos permitan generar un impacto significativo en las dinámicas de producción y sus consecuentes residuos.

Este nuevo número de la *Revista de Justicia Ambiental* rescata aquellos temas y elementos del debate actual que son insoslayables para el devenir de nuestra sociedad tanto en la arena institucional democrática como en la materialidad y equilibrio del entorno natural que compartimos como comunidad política.

En su primer artículo se analiza el derecho de propiedad en el derecho constitucional chileno, postulando que la actual configuración de tal

derecho, desde un prisma liberal y absoluto, resulta incompatible con la función social de la propiedad, específicamente la arista de conservación ambiental de esta. A pesar de estar actualmente consagrada constitucionalmente, una interpretación bajo dicho prisma no ha permitido su aplicación práctica a la hora de querer regular o limitar el derecho. Esta reflexión invita a cuestionarnos de qué manera debería consagrarse en una nueva Constitución, dado el contexto de crisis climática y ecológica que nos desafía actualmente y la necesidad de contar con herramientas para hacerle frente.

Otro elemento analizado en esta versión de la *Revista de Justicia Ambiental* es la participación ciudadana. Se aborda su contenido e implicancias tanto como principio jurídico que ordena el actuar estatal como garantía del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y como condición de posibilidad para decisiones más justas, integrales y legítimas ante la ciudadanía. Se profundiza en las carencias de la participación ciudadana bajo los actuales estándares, y explora recomendaciones para hacer de ella una herramienta que efectivamente permita una integración real de los ciudadanos en la toma de decisiones en materia ambiental.

El tercer artículo analiza la evolución jurisprudencial en torno al rol de los municipios en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para efectuar observaciones a los proyectos. Dicho rol ha transitado desde una visión más bien excluyente al relegar a los municipios un simple rol de colaborador en el proceso de evaluación, a una comprensión del interés legítimo de los municipios para actuar en representación del bienestar comunal. El análisis se basa en la competencia constitucional de satisfacer las necesidades locales, de la mano de la garantía institucional de la autonomía local, y enfatiza en la necesidad de afianzar a lo largo de toda la institucionalidad ambiental este concepto ampliado del rol de los municipios en función de una democracia y justicia ambiental más robustas.

Por su parte, el cuarto artículo se enfoca en explicar los sistemas de gestión de residuos que se establecen en la Ley de Responsabilidad Extendida del Productor, sus elementos, objetivos, requisitos y diferentes tipos, así como su relación con los actores como consumidores genéricos y consumidores calificados como industriales. El artículo se considera un aporte a la escasa bibliografía en la temática y un acercamiento necesario a una materia de alto nivel de especificidad y tecnicismos, además de plantear

10 MORAGA *et al.* (2021), pp. 329 y ss.

elementos de mejora al actual sistema. La comprensión de esta temática se torna clave para mejorar su implementación y con ello aproximar los horizontes de la economía circular.

El presente número contiene un comentario de jurisprudencia que refiere a una de las mayores problemáticas medioambientales en el país: la salmicultura y los impactos en el medio marino. Al respecto, se analizan las causales que activan o no la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente ante condiciones de anaerobismo en el medio acuático, construyendo una crítica a la regulación relativa a la prescripción de las infracciones, lo que termina por limitar la capacidad de la ciudadanía para hacer valer ante la autoridad los incumplimientos a la normativa ambiental por parte de las empresas salmoneras.

Por último, se presentan tres trabajos de investigación de nuestra propia ONG FIMA, que abordan materias claves que profundizan la cuestión ambiental en el contexto constituyente abierto. El primero dice relación con el acceso a la justicia ambiental. Entendido como un derecho procedimental para asegurar el efectivo ejercicio del derecho al medio ambiente sano, busca la concreción de una cuestión elemental para los derechos humanos: la manifestación de la igualdad ante la ley en los conflictos socioambientales. Para esta temática, el trabajo presenta una sistematización de los elementos más discutidos en la doctrina, la dimensión institucional que permita asegurar el acceso a la justicia ambiental, los mecanismos de legitimación activa y el cumplimiento de las decisiones de autoridades administrativas y judiciales en materia ambiental.

Una segunda temática abordada en los informes dice relación con la dimensión del ordenamiento territorial en lo que fue la propuesta de nueva Constitución, abordando elementos que son necesarios visitar para el devenir del proceso constitucional. Se analiza en dicho documento la conformación de una unidad política en un territorio profundamente diverso; la dimensión ambiental que debe contemplar una definición de territorio como componente de la organización de un Estado; la división político-administrativa y la histórica necesidad de descentralización del poder; las repercusiones que las dimensiones anteriormente mencionadas tienen en la gestión pública de las aguas desde la perspectiva del manejo integrado de cuencas; la incorporación del maritorio en dicha discusión y la consagración de la dimensión urbana del territorio, vinculado al derecho a la ciudad.

Finalmente, abordaremos la inclusión constitucional de agencias reguladoras independientes. Se aborda, en primer lugar, un estudio teórico sobre las características de este tipo de organismos, para luego compararlas con las características que ha tenido el modelo de las superintendencias en Chile. A partir de ello, se propone incluir el modelo de agencias reguladoras independientes a nuestro ordenamiento ambiental, en tanto su carácter técnico garantiza una cierta objetividad en el trato de las temáticas ambientales, mientras mantiene un carácter político en la incorporación de la participación ciudadana como principio y derecho.

Agradecemos profundamente la participación y colaboración de todas y todos los autores, asistentes y profesionales que participaron de la elaboración de este nuevo número de la *Revista de Justicia Ambiental*, quienes nos ayudaron a difundir el conocimiento del derecho y la justicia, compartiendo conocimientos y reflexiones indispensables para nuestra historia. Asimismo, un especial saludo a quienes conforman y han conformado los distintos equipos humanos y profesionales de la ONG FIMA.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BOYLE, Alan (2017): “Human rights and the environment: where next?”, en KAMMINGA, Menno (ed.), *Challenges in International Human Rights Law* (London: Routledge).
- BALZA, Isabel y GARRIDO, Francisco (2015): “Cuatro tesis sobre la asimetría de género en la percepción y actitudes ante los problemas ecológicos”, en PULEO, Alicia (ed.), *Ecología y género en diálogo interdisciplinar* (Madrid: Plaza y Valdés Editores).
- BARROS, Arturo de Jesús (2010): “Ética medioambiental: de la ética centrada en lo humano a una ética centrada en la vida: del antropocentrismo al biocentrismo”, en *Amauta*, vol. 8, N° 16.
- GRISWOLD, Eliza (2012): “How ‘Silent Spring’ ignited the environmental movement”, en *The New York Times*, vol. 21. Disponible en línea: <<https://www.nytimes.com/2012/09/23/magazine/how-silent-spring-ignited-the-environmental-movement.html>>.
- GUDYNAS, Eduardo (2010): “La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica”, en *Tabula Rasa* N° 13.

- KAILO, Kaarina (2015): “Del patriarcado como sistema alquímico a la alternativa: el imaginario del don”, en PULEO, Alicia (ed.), *Ecología y género en diálogo interdisciplinar* (Madrid: Plaza y Valdés Editores).
- MARTÍNEZ, Abel (2011): “Reflexiones en torno al sistema mundo de Immanuel Wallerstein”, en *Historia y memoria* N° 2.
- MARTINEZ-ALIER, Joan (2004): “Ecological distribution conflicts and indicators of sustainability”, en *International Journal of Political Economy*, vol. 34, N° 1.
- MONFRINOTTI, Vanessa (2020): “El Antropoceno/Capitaloceno y sus implicancias ontológico-políticas: escenario de la pandemia actual”, en *Revista Interdisciplinar em Cultura e Sociedade* N° 6, vol. 2.
- MORAGA, Pilar *et al.* (2021): “Perspectiva latinoamericana de la protección constitucional del medio ambiente”, en MORAGA, Pilar (coord.), *Protección constitucional del medio ambiente: Desafíos globales para la democracia en la nueva constitución* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- PROGRAMA EN DERECHO, AMBIENTE Y CAMBIO CLIMÁTICO (DACCC) (2021): *Tratados Internacionales sobre Medio Ambiente vigentes en Chile* (Concepción: Universidad de Concepción).
- STUTZIN, Godofredo (1984): “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza”, en *Ambiente y Desarrollo*, vol. 1, N° 1.
- WALLERSTEIN, Immanuel (2005): *Análisis de sistemas-mundo: una introducción* (Madrid: Siglo XXI de España Editores).
- ZAFFARONI, Eugenio (2011): *La Pachamama y el humano* (Buenos Aires: Ediciones Colihue).

## ARTÍCULOS

---

¿FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD EN CHILE?:  
ANÁLISIS TEÓRICO Y COMPARATIVO CON MIRAS A SU  
INCORPORACIÓN EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

ECOLOGICAL FUNCTION OF PROPERTY IN CHILE?  
THEORETICAL AND COMPARATIVE ANALYSIS LOOKING FORWARD  
ITS INCORPORATION IN THE NEW CONSTITUTION

**Sofía Rivera Berkhoff**

Estudiante de Derecho por la Universidad de Chile  
Ayudante Departamentos de Ciencias del Derecho, Derecho Público y  
Derecho Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile  
Asistente de investigación en ONG FIMA  
sofia.rivera@derecho.uchile.cl

**Alejandro Ramírez Pérez**

Egresado de Derecho por la Universidad de Chile  
Ayudante del Departamento de Ciencias del Derecho  
en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile  
alejandro.ramirez@derecho.uchile.cl

*RESUMEN: Este trabajo pretende analizar la estructura de la propiedad en el derecho constitucional chileno, atendiendo a las funciones que dicha institución busca realizar, desde una perspectiva crítica y ecológica. Sostendremos que la idea de señorío absoluto, asociada a la concepción liberal de la propiedad privada, resulta incompatible con la función social de la propiedad, reconocida por la Constitución de 1980, incompatibilidad en la que prevalece la función señorial que conduce a la invulnerabilidad de la propiedad privada frente a cualquier intento de regulación o limitación fundados en la función social. En este contexto, se realiza una crítica de la configuración del derecho de propiedad en el actual texto constitucional, planteándose la necesidad de reconocer su función ecológica, para lo cual se explican los fundamentos y características de dicha innovación, recurriendo a la doctrina y experiencia constitucional comparada.*

*PALABRAS CLAVE: Función señorial, función social, función ecológica, límites a la propiedad.*

*Abstract: This paper aims to analyze the structure of property in Chilean constitutional law, taking into account the functions this institution seeks,*

*from a critical and ecological perspective. We will argue that the idea of absolute lordship, associated with the liberal conception of private property, is incompatible with the social function of property, recognized by the 1980 Constitution, an incompatibility in which the lordly function prevails, leading to the invulnerability of private property against any attempt of regulation or limitation based on the social function. In this context, a critique of the configuration of the right to property in the current constitutional text is carried out, considering the need to recognize its ecological function, for which the foundations and characteristics of such innovation are explained, resorting to the doctrine and comparative constitutional experience.*

*KEY WORDS: lordship function, social function, ecological function, limits to property.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El orden público económico instaurado por la Constitución chilena de 1980 responde a la función señorial de la propiedad característica del liberalismo clásico, retomada y potenciada por el ordenamiento jurídico neoliberal configurado por dicha constitución. Esta función de la propiedad puede entenderse, desde una perspectiva crítica ecológica, como una manifestación jurídica de la lógica depredadora del capitalismo que ha definido a la modernidad, expresada en el marco de la propiedad privada<sup>1</sup>. La Constitución reconoce la posible limitación de dicha lógica al consagrar la función social de la propiedad, mediante la cual la protección del medio ambiente aparece como una limitación a las facultades discrecionales del propietario. Sin embargo, esas limitaciones son entendidas como externas a los derechos de propiedad, conduciendo en última instancia a una oposición entre esa función social y el denominado núcleo esencial de la propiedad privada, que opera como una protección invulnerable de las facultades discrecionales asociadas a la propiedad privada.

Esta coincidencia entre depredación y señorío absoluto no es contingente, sino necesaria. La manera en que se expresa esa “función señorial” de la propiedad privada en la Constitución de 1980, a través del núcleo esencial, es la ausencia de límites internos a las facultades discrecionales

1 CAPPUCIO (2018) (s.p.).

del propietario: la posibilidad de disponer de la manera más absoluta de las cosas tiene como únicos límites externos a la ley y al derecho ajeno, esto es, la voluntad general y la voluntad particular de los otros. Esto resulta incompatible con la función ecológica de la propiedad, que precisamente plantea como límites internos la naturaleza de los bienes protegidos por el derecho ambiental, no desde la perspectiva abstracta del derecho subjetivo de otros, sino que buscando velar por la protección de los ecosistemas y los derechos de la naturaleza.

Sostendremos en este trabajo que la propiedad privada ha sido entendida históricamente bajo distintos paradigmas, los que se han articulado en torno a propiciar y desarrollar una determinada función de la propiedad, en respuesta a condiciones sociales, económicas y políticas específicas. En este sentido, desde un paradigma individualista o subjetivista propio del siglo XIX, transitamos a uno social o funcionalista durante el siglo XX, para finalmente llegar al siglo XXI, en que se hace necesario adoptar un nuevo prisma conceptual para abordar la propiedad privada, en el contexto de crisis climática y ecológica que enfrentamos como sociedad: un paradigma ecológico. Esta nueva forma de comprender la propiedad desde un punto de vista ecológico, aunque aún se encuentra en construcción, ya se encuentra reconocido en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, los cuales pueden ser una base para su incorporación en Chile.

Para lograr lo anterior, ofreceremos un análisis teórico-conceptual de las diversas funciones asociadas a la propiedad en la tradición jurídica nacional, para luego presentar un análisis constitucional comparado de los diversos países en que se ha recogido el concepto de función ecológica de la propiedad. Finalmente, concluimos que es necesario adoptar esta innovación en nuestro derecho, de cara al actual proceso constituyente que vive nuestro país.

## 2. LAS FUNCIONES DE LA PROPIEDAD Y EL MEDIO AMBIENTE: ANÁLISIS TEÓRICO

En el presente apartado abordaremos la consagración normativa y contenido del derecho fundamental reconocido en el texto constitucional, que integran sus distintas funciones. Dicho énfasis permite ahondar en la construcción dogmática del derecho de propiedad, la relación entre su núcleo esencial y la función social expresamente reconocida, así como las difi-

cultades que este desarrollo ha presentado para el derecho nacional. Lo anterior, con el objetivo de integrar este análisis en la construcción de la función ecológica de la propiedad.

## 2.1. La propiedad privada en la Constitución Política de 1980: una contradicción estructural

La propiedad privada consagrada por la Constitución Política de 1980 se estructura en torno a la realización de dos funciones que propician el desarrollo y la protección de dos intereses jurídicos diversos. Por un lado, la realización del señorío tradicional que el derecho civil clásico ha asumido como paradigma explicativo de la institución propietaria, expresada en los clásicos atributos y facultades del dominio, y que constituye la esfera de autonomía individual que la propiedad privada históricamente ha resguardado, lo que habremos de llamar la función señorial.

Por otro lado, desde principios del siglo XX se ha planteado que la propiedad, además de entenderse como un derecho subjetivo, constituye una institución social, en cuyo marco se generan diversas tensiones entre intereses igualmente legítimos y protegidos por el ordenamiento jurídico, frente a lo cual se acuñó la idea de la función social de la propiedad, que busca conciliar los intereses del propietario con los de la sociedad a la cual pertenece.

## 2.2. La propiedad escindida: entre el núcleo esencial y la función social

El presente acápite analiza, a partir de la distinción del texto constitucional, la relación entre el núcleo esencial del derecho de propiedad y las posibilidades de despliegue que, a partir de dicha construcción, comprende la función social de la propiedad.

### A) *La incomprendida “esencia” de los derechos*

Como veremos, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (o Comisión Ortúzar) adoptó la idea de la esencia de los derechos como ámbito de protección jurídica haciendo referencia a la tradición constitucional alemana de posguerra. La Ley Fundamental de Bonn de 1948 reconoce, en

su artículo 19.2, que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, lo que de esa forma continúa con el desarrollo constitucional previo al nazismo<sup>2</sup>, pues la idea de que los derechos poseen una esencia encuentra su origen en la doctrina constitucional de la teoría de la garantía de los institutos (*Institusgarantien*), elaborada durante la República de Weimar en los años 20<sup>3</sup>.

Dicha doctrina sostiene que las instituciones jurídicas poseen una fisonomía específica, determinada y reconocida, histórica y sociológicamente por la comunidad jurídica, lo que implica que la idea detrás de la institución se asocia con una configuración determinada. De esta manera, la idea de que dichas instituciones tienen una esencia se traduce en que ellas gozan de una protección frente a la actividad del legislador y de la administración, al encontrarse garantizada su fisonomía específica en el texto constitucional de la nación.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución recogió la idea de esencia de los derechos, pero de un modo diferente. Para el constituyente de 1980, resultó imposible definir exactamente en qué consistía la esencia del derecho de propiedad, y en sus actas quedaron registradas las varias formulaciones ofrecidas por los comisionados, sin que se llegase a un acuerdo. No obstante lo anterior, hubo consenso en la necesidad de dar protección reforzada a la dimensión subjetiva del derecho de propiedad<sup>4</sup>. Así, optaron por delegar la determinación de dicho contenido esencial a la jurisprudencia constitucional futura, remitiéndose a señalar que se encuentran protegidas las facultades y atributos esenciales del dominio.

Eduardo ALDUNATE se muestra crítico respecto de cómo estas ideas han sido adoptadas por el medio jurídico nacional<sup>5</sup>, pues “tanto su inclusión en la Constitución, como su manejo doctrinario y jurisprudencial posterior, se han realizado, en términos generales, sin conocimiento del contexto [que le habría dado origen, o al menos,] [...] sin referencia explícita a él”<sup>6</sup>. Esto

2 PETIT GUERRA (2017), pp. 4-5.

3 Ver ALDUNATE y FUENTES (1997), p. 205; ALDUNATE (2008), p. 162; FUENTES (2018), p. 235.

4 Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), tomo V, pp. 4-36.

5 En este mismo sentido, CORDERO (2006), p. 139, y FUENTES (2018), p. 189.

6 ALDUNATE (2008), p. 176.

resulta de suma importancia, por cuanto “el manejo de la garantía de protección al contenido esencial de los derechos, desvinculado de su contexto, conduce a resultados absurdos [...] [tales como] la consagración legislativa de la posibilidad de que los derechos sean lesionados en su contenido esencial por el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador”<sup>7</sup>. A su vez, conduce a las diversas posturas doctrinarias que interpretan el núcleo esencial del dominio de forma tan extensa que conducen a la invulnerabilidad de la propiedad frente a la regulación administrativa o incluso legislativa, al confundir las dimensiones objetiva y subjetiva de la propiedad indiscriminadamente, conduciendo así a una “distorsión al momento de precisar los conceptos de limitación y restricción de los derechos fundamentales, y las facultades del legislador para regular los derechos o libertades correspondientes”<sup>8</sup>.

*B) El supuesto núcleo esencial del dominio: la propiedad blindada como traba funcional*

Está bien documentado por la doctrina que ha investigado los orígenes de la Constitución de 1980 que el miedo fue un actor fundamental en su redacción, y, particularmente, en lo relativo a la protección de la propiedad privada<sup>9</sup>. Los comisionados, designados por la dictadura de Augusto Pinochet, coincidían en la necesidad de robustecer la protección de la propiedad privada, teniendo como antecedente inmediato las políticas estatizadoras y radicalmente redistributivas que caracterizaron, en mayor y menor medida, a los gobiernos de Eduardo Frei y Salvador Allende, a las que consideraban excesos ideológicos por parte de sus opositores políticos.

En ese sentido, la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución recurrió a la invulnerabilidad que implicaba incorporar en el texto constitucional la idea de esencia del derecho (artículo 19 N° 26), al hacerlo bajo un entendimiento diferente al desarrollado por la doctrina alemana. En el diseño nacional, además, se dedicó un desarrollo particular a la protección esencial de la propiedad privada, regulada en el extenso artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980. Dicho artículo es la raíz de los numerosos pro-

blemas interpretativos en el marco de la propiedad privada, lo que habrá de conducir a décadas de infructuosos derroteros jurisprudenciales y a la ausencia de criterios claros que permitiesen determinar los intereses jurídicamente relevantes que se enfrentan en la regulación constitucional de la propiedad privada.

La principal característica de esta norma consiste en homologar las facultades y atributos del dominio a la esencia de la propiedad, mediante una interpretación extensiva de la protección particular de la propiedad. Estas han sido sostenidas tanto por corrientes jurisprudenciales<sup>10</sup> como doctrinarias<sup>11</sup> en nuestro país, y han conducido la recepción en nuestro medio jurídico del concepto “expropiación regulatoria”, fruto del desarrollo jurisprudencial norteamericano<sup>12</sup>, para enfrentar los casos en que se ha de distinguir entre limitación legítima a la propiedad o supuesta expropiación encubierta en el marco de su regulación.

Estas interpretaciones extensivas del ámbito de protección de la propiedad privada han tenido distintos impactos, que han sido consignados ampliamente por la doctrina contemporánea<sup>13</sup>. Ejemplo de ello es el congelamiento de la regulación, la invulnerabilidad de los derechos adquiridos frente al Estado, el entorpecimiento de la actividad regulatoria del Estado, y, en definitiva, tal como señala Morton HORWITZ, a la idea de que el propietario tiene un “derecho a que el mundo no cambie”<sup>14</sup> en lo concerniente a su relación de dominio.

Todo lo anterior constituye un problema de diseño constitucional, por cuanto el blindaje de contornos elásticos consagrado por la actual constitución en torno a la propiedad privada, traba a la función social de la propiedad reconocida por el mismo texto. Este problema, como podemos constatar al revisar las actas, no pudo ser resuelto por la propia Comisión de Estudios

7 ALDUNATE (2008), p. 176, nota 332.

8 ALDUNATE (2008), p. 177.

9 CRISTI (2014), p. 81.

10 Ver evolución jurisprudencial constitucional en materia de propiedad en los trabajos de QUEZADA (2011), (s.p.), y RUIZ-TAGLE (2018), pp. 199-230.

11 FERMANDOIS (2004), pp. 19-53; FERMANDOIS (2016), pp. 263-291.

12 Para una reflexión crítica acerca de la expropiación regulatoria y su aplicabilidad al caso chileno, ver MATUTE (2014), *passim*; GUILLOFF (2018), pp. 621-648.

13 OCEANA (2021) (s.p.); GUILLOFF (2019), pp. 265-300; ALDUNATE (2008), *passim*; CORDERO (2006), pp. 125-148; MATUTE (2014), *passim*, y RUIZ-TAGLE (2018), pp. 199-230, entre otros.

14 HORWITZ (1992), p. 151.

para la Nueva Constitución, cuyos comisionados decidieron posponer la resolución de las contradicciones que ellos mismos detectaron, a la jurisprudencia de las décadas por venir, la cual no pudo hacer realmente frente a la contradicción estructural ensamblada en la constitución por sus redactores.

El núcleo esencial del dominio es la expresión de la función señorial, propia del derecho civil decimonónico, en el nivel constitucional del ordenamiento jurídico. Pensar la propiedad privada desde esta óptica implica entenderla como un derecho subjetivo, asumiendo su carácter de institución social como una cuestión secundaria, incluso, consecencial respecto de la primera. En este sentido, cualquier consideración externa al arbitrio del dueño será entendida en este esquema como una intromisión ilegítima en su esfera de autonomía individual. De este modo, el propietario asumirá que toda regulación de su propiedad, toda modificación del régimen propietario o limitación en razón de la función social en cualquiera de sus causales, implica un cercenamiento de sus facultades en tanto que propietario. Esta forma de pensar la propiedad ha conducido, incluso, al extremo de que algunos presentaron como argumento, en sede de recurso de protección ante las Cortes de Apelaciones y durante la década de 1990, que su derecho constitucional a la propiedad se habría visto vulnerado al ser afectadas las supuestas legítimas expectativas de los propietarios regulados sobre las utilidades esperadas en el marco de la situación anterior a la regulación<sup>15</sup>.

### 2.3. Función social de la propiedad en el derecho chileno

Para lograr profundizar el análisis propuesto, abordaremos la construcción de la función social de la propiedad en el derecho constitucional chileno refiriendo a la historia conceptual de esta institución.

#### A) Breve reseña histórica del concepto de función social

La función social debe entenderse como resultado del desarrollo que el concepto de propiedad ha tenido durante el siglo XX. Sobre el tema, PEÑAILILLO sostiene que solo la siguiente fórmula general es posible:

15 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 207, de 10 de febrero de 1995 (“Deuda Subordinada”); sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 334, de 21 de agosto de 2001 (“Rentas Vitalicias”).

“[D]e una concepción muy liberal del dominio, que otorga las más amplias facultades al propietario para el ejercicio de su derecho, se ha evolucionado en el sentido de imponerle restricciones y cargas a fin de que de ese ejercicio pueda obtenerse provecho no sólo para el propietario, sino también para la colectividad”<sup>16</sup>.

Su más célebre expositor fue el jurista francés León Duguit, quien consideraba necesario abandonar la anacrónica teoría clásica de la propiedad-derecho, para dar paso a la “realidad sociológica de la propiedad-función”<sup>17</sup>. La función social fue recogida constitucionalmente por vez primera en el texto fundacional de la República de Weimar, en la Alemania de entreguerras, que en su artículo 153 señalaba que “la propiedad obliga. Su ejercicio debe ser al mismo tiempo un servicio prestado al bien común”, y que expresa la idea que habría de animar a todas las constituciones que recogieran esta función durante el siglo XX<sup>18</sup>.

La función social de la propiedad ha sido definida, al igual que el núcleo esencial del dominio, como un “concepto jurídico indeterminado”<sup>19</sup> por los redactores de la Constitución de 1980. Esto no es una particularidad de nuestro sistema, pues responde a la reproducción sistemática del carácter de textura abierta que se ha dado a este concepto en sus diversas consagraciones constitucionales, y que busca expresar la necesidad de que la propiedad privada pueda servir, cumplidas ciertas condiciones, al interés de la colectividad, haciendo viable la intervención estatal de la propiedad.

En nuestro derecho, sus orígenes pueden rastrearse a la Constitución de 1925. Si bien en dicho texto no se consagraba de manera literal y expresa la función social de la propiedad, durante las discusiones de la Comisión Constituyente de aquel entonces, se puso especial énfasis en dicha idea, sometiendo la idea tradicional del derecho de propiedad a distintas críticas, variando en su radicalidad según la posición política del comisionado respectivo. Por otro lado, los comisionados más conservadores buscaban proteger la idea tradicional de propiedad<sup>20</sup>.

16 PEÑAILILLO (2015), p. 75.

17 RÍOS (1986), p. 8.

18 CORDERO (2008), p. 511.

19 Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, tomo V, sesiones 149 a 181 (2 de septiembre de 1975 a 13 de enero de 1976), sesión 150°, pp. 28-29.

20 MIROW (2011), pp. 1183-1205.

En su trabajo sobre los orígenes de la función social en Chile, MIROW nos indica que para entender en toda su radicalidad la concepción de la propiedad privada planteada por Duguit, hemos de asumir que en su teoría la función social no era simplemente un nuevo enfoque para entender la propiedad. Por el contrario, implica la constatación de un cambio social, pues “Duguit argumentaba que, a través de la observación científica del uso y la función de la propiedad, había descubierto que la propiedad se había vuelto una función social”<sup>21</sup>.

Esto quiere decir, contra lo que señala FERMANDOIS<sup>22</sup>, que la idea de función social no se encuentra asociada necesariamente a una propuesta política radical, con miras a cambiar estructuralmente el sistema económico y el concepto de propiedad. Al respecto, “Duguit aseguraba que la doctrina de la función social no le conducía a conclusiones redistributivas ni a un análisis de lucha de clases”<sup>23</sup>, lo que indica que el intento de reconstrucción conceptual de la propiedad planteado por el jurista francés se caracterizaba por una pretensión descriptiva antes que prescriptiva, puesto que apuntaba a dar cuenta de una realidad que ya se estaba desarrollando en el campo del derecho y la economía, generando una transformación del papel del Estado en las sociedades de principios del siglo XX, no estando aparejada a una corriente ideológica o una agenda política específica.

A similar conclusión llega Eduardo CORDERO, quien, al reseñar este periodo histórico, señala que:

“Se produce la ‘socialización’ de la propiedad privada, lo que marca el paso y la superación de la ‘propiedad especulación’ –institución propia del individualismo jurídico– a la ‘propiedad función’, lo que va a significar la diversificación o la existencia de una pluralidad de propiedades, en consideración a las distintas funciones sociales que puedan obtenerse de los bienes, rompiendo con el modelo civil codificado de la propiedad”<sup>24</sup>.

De este modo, en virtud de la función social los propietarios no solo gozan de derechos y facultades, sino que además tienen la carga y obli-

gación de dar satisfacción a ciertos deberes, fruto de la vida en sociedad. Es mediante la función social de la propiedad que el legislador puede imponer límites y obligaciones a la propiedad, y esta función es inherente a la institución propietaria, como se desprende categóricamente de las actas mismas de la Comisión Ortúzar:

“En esta materia hubo consenso en que hoy día no puede concebirse el derecho de propiedad sin una función social. La función social es absolutamente inherente al derecho; es un concepto que va unido de tal modo que no puede pensarse que exista derecho de propiedad si no se establece, al mismo tiempo, la función social que ese derecho implica”<sup>25</sup>.

### *B) Configuración normativa de la función social en la Constitución de 1980*

En la actual Constitución Política, la función social se encuentra expresamente establecida por el artículo 19 N° 24 inciso segundo, al declarar que “solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. En relación con dicho precepto, MATUTE señala que “para el Tribunal Constitucional, la función social forma parte de la estructura misma del derecho de propiedad, está insito en él, y, por tanto, es de su esencia”<sup>26</sup>, ratificando lo señalado al respecto por la Comisión de Estudios ya mencionada.

En este sentido, y siguiendo al jurista español Javier BARNÉS, la función social de la propiedad no es un mero límite externo a la propiedad privada, sino que “le dará la medida, conformará su contenido”. Lo anterior habrá de expresarse en los diversos regímenes propietarios que puedan existir en el ordenamiento jurídico, tales como las “aguas, bienes incorporales, propiedad intelectual, propiedad de inmuebles declarados monumentos nacionales”, lo que habilita al legislador para “disciplinar un régimen jurídico de cada forma de propiedad al tiempo que constituye la medida o criterio

21 MIROW (2011), p. 1192 [traducción propia].

22 FERMANDOIS (2004), pp. 21, 30, 31 y 36.

23 FERMANDOIS (2004), p. 13.

24 CORDERO (2008), p. 510.

25 Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, tomo V, sesiones 149 a 181 (2 de septiembre de 1975 a 13 de enero de 1976), sesión 150°, p. 4.

26 MATUTE (2014), p. 30.

básico para delinear desde su interior cuál sea el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho”<sup>27</sup>.

FUENTES enfatiza que “el texto constitucional nacional contempla expresamente la referencia a la función social, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los derechos y libertades en que las limitaciones pueden vincularse a una necesidad social subyacente que las justifica sin que sea mencionada”<sup>28</sup>. Esto se explica porque lo característico del derecho de propiedad “es que resulta determinante en un sistema económico social donde coexiste la propiedad privada junto a objetivos sociales esenciales para el desarrollo de tal sistema y donde, por tanto, las facultades atribuidas a los individuos requieren ser modeladas en torno a una mayor o menor plenitud, dependiendo del bien de que se trata”<sup>29</sup>.

La función social ha de ser entendida, entonces, como una institución que hace posible la operatividad del interés general inmediato en el marco de la propiedad privada, y que su efectiva realización se produce a través de la regulación de los regímenes propietarios. En este sentido, la función social no constituye una excepción al régimen de operatividad normal de la propiedad privada, sino que justifica la existencia de dicho derecho como una institución jurídica y no solamente como el mero poder absoluto sobre las cosas que caracteriza al propietario. Esto hace posible la realización del interés colectivo a través de la regulación de las facultades discrecionales de los propietarios, dependiendo del régimen jurídico en el que se encuentre establecido ese derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta función encuentra su condición de posibilidad en las causales que hacen procedente a la función social. Su estructura operativa se manifiesta subjetivamente en las potestades regulatorias del Estado, pues corresponde al legislador y a la Administración ejercer y desarrollar dicha función social y, desde un punto de vista objetivo, en las limitaciones impuestas al dominio por la actividad regulatoria estatal, ya sea mediante la ley o el reglamento.

27 MATUTE (2014), (s.p.).

28 FUENTES (2018), p. 329.

29 FUENTES (2018), p. 330.

## 2.4. Contradicción estructural: un caos terminológico y conceptual entre privación y limitación

Eduardo ALDUNATE y Jessica FUENTES señalaron en 1997 que “nuestra jurisprudencia no sólo no maneja un claro concepto de derecho de propiedad, sino que más parece enseñorearse en la jurisprudencia relativa a la garantía constitucional de este derecho un verdadero caos terminológico y conceptual, [...] [lo que no solo ha producido] un cierto grado de incomodidad científica, sino que plantea serios problemas a la práctica constitucional”<sup>30</sup>.

En 2006, la situación no había cambiado, y ALDUNATE refiere a la permanencia del problema de distinguir entre limitaciones y privaciones de la propiedad en su obra, a estas alturas canónica sobre el tema<sup>31</sup>. En ella, el autor plantea que se presentaban dos opciones: por un lado, caer en la confusión que lleva a considerar toda limitación como una privación, obstaculizando la operatividad de la función social y las regulaciones legales a la propiedad, y, por otro, hacer caso omiso de los efectos expropiatorios que tales limitaciones pudieran de hecho implicar para los titulares afectados por estas<sup>32</sup>.

En 2018, Pablo RUIZ-TAGLE señalaba:

“[L]a propiedad privada a nivel constitucional en Chile no tiene un concepto único, sino que tiene forma de dilemas y carácter multiforme [...]. [La labor de los juristas nacionales se enfrenta a] una serie de dilemas de orden doctrinario sobre la propiedad en el derecho privado y/o público, y que inciden sobre su comprensión y aplicación [...]. [Y] existe también un conjunto de dilemas jurisprudenciales vinculados a decisiones sobre la propiedad, particularmente del Tribunal Constitucional chileno, basadas en al menos dos concepciones de la propiedad. Una es diferenciada y flexible y admite diversas formas de su reglamentación, y la otra es una concepción que percibe la propiedad como unificada y reforzada y que impone requisitos estrictos a la reglamentación que puede afectarla”<sup>33</sup>.

30 ALDUNATE y FUENTES (1997), p. 195.

31 ALDUNATE (2006), pp. 285-303.

32 ALDUNATE (2006), pp. 287-294.

33 RUIZ-TAGLE (2018), pp. 228-229.

En este sentido, sostenemos que cada una de estas posturas representa un cierto paradigma de la propiedad. Estos se diferencian por la interpretación que sostienen acerca de la relación entre privación y limitación, en el marco regulatorio de la propiedad privada, tensionado por el núcleo esencial del dominio y la función social de la propiedad.

Al analizar los casos “Galletué” (1984)<sup>34</sup> y “Playas”<sup>35</sup> (1996), coincidimos con ALDUNATE respecto a que se hace “imposible toda distinción entre limitaciones al dominio y privación de alguna de sus facultades o atributos esenciales [...]. [Pues al no haber] criterio jurídico que permitiese hacer una distinción entre ambos conceptos; la línea divisoria quedaría entregada a la mera subjetividad judicial en la apreciación práctica de las consecuencias de una regulación legal”<sup>36</sup>. Esto adquiere gran importancia, atendido el hecho de que similares razonamientos se han suscitado en diversos fallos del Tribunal Constitucional desde entonces<sup>37</sup>, llegando, incluso, a fallos diametralmente opuestos en años recientes, como sucedió en “Molinera” (2015)<sup>38</sup> y “Curtidos Bas” (2016)<sup>39</sup>, a pesar de caracterizarse por circunstancias de hecho plenamente homologables y haber sido resueltos solo con meses de diferencia<sup>40</sup>.

Esta contradicción interpretativa por parte del Tribunal, en que en el primer fallo es deferente a las limitaciones al dominio por la Administración, mientras en el segundo da un giro fuerte a favorecer el derecho de propiedad como facultad absoluta de dominio, es expresión de los paradigmas propietarios en pugna a los que ya hicimos referencia.

34 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 16743-1984, de 7 de agosto de 1984, considerando 7°.

35 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 245-246, de 2 de diciembre de 1996, considerando 34°.

36 ALDUNATE (2006), p. 288.

37 Véanse RUIZ-TAGLE (2018), pp. 199-230; FERRADA (2014), pp. 25-56; QUEZADA (2011) (s.p.), y ALDUNATE (2006), pp. 285-303.

38 Sentencia del Tribunal Constitucional, Roles N° 2643-2014 y N° 2644-2014, de 27 de enero de 2015.

39 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2684-2014, de 10 de septiembre de 2015.

40 RUIZ-TAGLE (2018), pp. 216-226.

## 2.5. La conservación del patrimonio ambiental en la actual Constitución

Analizada la construcción dogmática de la propiedad en el derecho constitucional chileno, resulta necesario observar cómo dichas instituciones se incardinan en la efectiva protección del medio ambiente.

### A) *La actual supuesta limitación a la propiedad por protección ambiental*

La Constitución de 1980, como ya adelantamos, reconoce la protección del medio ambiente, lo que se ha señalado como una innovación en nuestra tradición constitucional. Este reconocimiento se encuentra en dos disposiciones del artículo 19: en su N° 8, al consagrar “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”, y en el inciso tercero del N° 24, que entre las causales que hacen procedente la operatividad de la función social de la propiedad contempla “la conservación del patrimonio ambiental”.

Desde un punto de vista ambiental, las críticas al actual texto constitucional “pueden dividirse en dos grupos: a) aquellas dirigidas a criticar la forma en que se consagró un derecho fundamental relacionado con el medio ambiente; b) aquellas dirigidas a criticar lo que no se dice expresamente sobre el medio ambiente pero que tiene consecuencias directas sobre él [...]. Sobre el segundo grupo, y en línea con lo señalado como crítica general a la Constitución, se advierte que el texto constitucional establece un entramado de principios, instituciones y derechos que desconoce la importancia del medio ambiente para la vida, privilegiando la propiedad individual por sobre su función social y la libertad económica por sobre la protección del medio ambiente. Ello, además de potenciar la extracción de recursos naturales sin atender a los límites de la naturaleza”<sup>41</sup>.

En nuestro derecho constitucional, la dimensión subjetiva de propiedad privada se encuentra particularmente reforzada, y “se reconoce que el legislador tiene la facultad de limitarlo, siempre y cuando esta acción esté justificada en su función social, delimitada en ejes temáticos, siendo uno

41 OCEANA (2021), pp. 8-9.

de ellos la conservación del patrimonio ambiental<sup>42</sup>. No obstante, cuando en la práctica se han intentado promover modificaciones legales o regulatorias con el objetivo de avanzar hacia la sustentabilidad y la mejora en el acceso a los recursos naturales, el sector industrial ha alegado que no serían admisibles porque vulneraría el derecho de propiedad de quienes ejercen las actividades reguladas en cuestión, “y, de aplicarse, redundaría en una suerte de expropiación regulatoria, obviando en la práctica la existencia de la función social de dicha institución”<sup>43</sup>.

*B) Necesidad de una nueva configuración: hacia una función ecológica de la propiedad*

En estos momentos, es indubitable que nos encontramos en un contexto de crisis: tanto climática, como ecológica, social, económica, por nombrar algunas aristas. Y todas estas aristas tienden a ser interdependientes, en tanto, en lo que a este trabajo concierne, la crisis climática y ecológica no solo tiene importancia por la afectación al medio ambiente que significa, sino también por la relevancia que el medio ambiente tiene para la vida humana en todos los aspectos de esta. Es esta la razón de que vayan en continuo aumento las preocupaciones internacionales por generar acuerdos y pactos que tiendan a la protección del medio ambiente y la mitigación y adaptación a las crisis; así como es la razón de la percepción social en Chile del problema ambiental<sup>44</sup>. En este sentido, continuar con un entendimiento de la propiedad del siglo XX, e, incluso, como es el caso de nuestra actual Constitución, del siglo XIX, es insostenible en este contexto.

En línea con el análisis funcional de la propiedad hasta ahora presentado, podemos citar al argentino Gonzalo PÉREZ, quien plantea a la función ecológica (o también llamada ambiental) de la propiedad como un concepto que engloba las funciones señorial y social, siendo su “elemento de cierre”<sup>45</sup>. Coincidimos con su tesis, por cuanto “la función ambiental de la propiedad se traduce en la sustentabilidad y uso racional de las cosas”<sup>46</sup>.

42 OCEANA (2021), p. 42.

43 Ídem.

44 COSTA (2021), p. 16.

45 PÉREZ (2014), pp. 129-130.

46 PÉREZ (2014), p. 130.

Por su parte, siguiendo a COSTA, podemos sostener que:

“[A]sí como la función social se construye sobre la idea de que el capital debe estar al servicio de la sociedad y por lo tanto quienes detentan dicho capital deben usarlo de una forma que sirva a los intereses comunes, la función ecológica de la propiedad debería sustentarse en la idea de que todos los elementos de la naturaleza están interconectados y son interdependientes, de suerte que la forma en que cualquiera de ellos es usado, puede afectar a los demás y, por lo tanto, afectar bienes públicos, privados y comunitarios”<sup>47</sup>.

En este sentido, la función ecológica no fluye solamente de los “acuerdos sociales que tengamos con relación a determinadas cosas, sino también del conocimiento que tengamos sobre los ecosistemas [...], [siendo] posible afirmar que la función ambiental de la propiedad se identifica con las funciones ecosistémicas del objeto natural sobre el que cae la referida propiedad”<sup>48</sup>.

En este sentido, podemos entender dichas funciones ecosistémicas como un criterio para evaluar el uso racional y la sustentabilidad de una determinada regulación propietaria, atendiendo al objeto natural en cuestión. Para explicar el concepto de funciones ecosistémicas, COSTA utiliza el ejemplo de un humedal costero:

“Típicamente se reconoce entre las funciones ecosistémicas de un humedal costero, las de (i) proveer de hábitat a las aves migratorias y otras especies, (ii) servir de regulador del ciclo hídrico y (iii) prevenir inundaciones en casos de eventos climáticos extremos, entre otras. En base a la función ambiental de la propiedad entendida como lo hace este artículo, la autoridad podría ordenar ciertas medidas para proteger ese humedal o prohibir su intervención, para efectos de preservar su función como regulador hídrico, por ejemplo. Esa función fluye del conocimiento científico sobre los humedales en general y el humedal en particular, pero también fluiría de la obligación estatal de garantizar el derecho de acceso humano al agua, así como de proteger la biodiversidad, o los derechos de la naturaleza o un ambiente ecológicamente equilibrado, según lo que señalen las respectivas normas”<sup>49</sup>.

De esta manera, el paradigma liberal de propiedad privada, que inspirado en el individualismo posesivo ha conducido a interpretaciones radi-

47 COSTA (2021), p. 20.

48 Ídem.

49 COSTA (2021), p. 21.

calmente subjetivistas de la esencia de los derechos, haciendo de la propiedad privada un ámbito imperturbable frente a las necesidades sociales, se manifiesta como incompatible con los desafíos que representan las crisis climática y ecológica. La idea de la propiedad como el señorío absoluto sobre las cosas deviene irracional, al no poder dar cuenta de un contexto en que “las generaciones actuales ya no ostentan un carácter exclusivo ni central en el campo legal, sino que emergen como sujetos responsables de disfrutar el ambiente para luego legarlo en condiciones razonables a quienes los sucederán”<sup>50</sup>, lo que constituye un límite objetivo e infranqueable al pretendido dominio absoluto que caracterizó a la mentalidad jurídica del siglo XIX.

### 3. ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD: ESTUDIO COMPARADO

Como se ha visto en el apartado anterior, la comprensión de la función social en Chile ha sido distorsionada por la interpretación jurisprudencial y doctrinaria. De esta forma, se le ha despojado de su sentido real como elemento inherente de la propiedad, evitando que esta pueda ser limitada por la función social de la propiedad. Con ello se ha logrado mantener a la propiedad privada como un derecho fundamental absoluto y arbitrario, manteniéndonos en un paradigma liberal más similar a aquella del siglo XIX.

Esto, sumado a la escueta y restringida redacción del artículo 19 numeral 24 inciso segundo, respecto de la conservación de la naturaleza, ha llevado a que en Chile no pueda afirmarse realmente que existe una función ecológica de la propiedad. Los alcances de la redacción “conservación del patrimonio ambiental” son reducidos, y si a eso se le suma lo ambivalente que ha sido la interpretación de la función social, no queda más que concluir que la función ecológica en Chile no tiene cabida en la actual Constitución.

Por ello, en este trabajo proponemos considerar en la redacción de la nueva Constitución tanto la función social de la propiedad, en términos amplios y no mediante un listado taxativo como es actualmente, y la fun-

ción ecológica, también en términos amplios. Ambas como un elemento inherente de la propiedad que la limita y genera obligaciones a la persona propietaria.

Para poder dar con una redacción y comprensión adecuada de ambos términos, proponemos estudiar cómo se han expresado estos en otras constituciones. Así, entonces, en este apartado estudiaremos de forma comparada cómo cinco países han establecido la función ecológica de la propiedad a nivel constitucional o en normas de orden público. Luego, por cada país analizaremos cómo ha sido su recepción a nivel doctrinario y jurisprudencial.

El objetivo, por tanto, de este apartado es hacer un análisis práctico que nos permita dilucidar por cada país las siguientes interrogantes: (i) en qué grado establecen una función ecológica de la propiedad; (ii) de qué forma y en qué condiciones; (iii) cómo se relaciona aquella con la función social de la propiedad, y (iv) cómo se relacionan ambas funciones con la figura de la expropiación.

Para realizar este análisis comparativo de normas se han contemplado tres criterios. En primer lugar, hemos elegido países que, ya sea en normas constitucionales o infraconstitucionales de orden público, establezcan de forma explícita una función social de la propiedad. Luego, hemos elegido países que establezcan ya sea de forma expresa o no la función ecológica de la propiedad, en las mismas normas en que se reconoce la función social.

Por lo tanto, en consideración de la extensión de este artículo y de que nuestro país está vinculado a aquellos países tanto territorial como culturalmente, hemos decidido reducir esta investigación únicamente a países latinoamericanos<sup>51</sup>.

51 Quedan fuera de esta revisión, en pos de no dilatar innecesariamente este trabajo, dos países latinoamericanos que no reconocen expresamente la función social de la propiedad, pero esta puede ser interpretada a partir de las normas que regulan la propiedad, y son de interés, pues también puede ser interpretada una función ecológica de la propiedad. Estos países son México (específicamente respecto del artículo 27 inciso tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y Argentina (en específico, respecto del artículo 240 del Código Civil y Comercial de la Nación). Para más información, ver CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES SCJN (2020), pp. 49-57, y PÉREZ (2014), *passim*.

50 LORENZETTI (2018), citado en COSTA (2022), p. 110.

### 3.1. Colombia

La Constitución Política de Colombia (1991) establece en su artículo 58 inciso segundo:

“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

De esta forma, establece a nivel constitucional la función ecológica como un elemento intrínseco de la propiedad. A mayor abundamiento, la Ley 99 de 1993, Ley General Ambiental de Colombia, en su artículo 127 confirma este carácter intrínseco de la función ecológica al indicar en su inciso tercero:

“En los términos de la presente Ley el Congreso, las Asambleas y los Concejos municipales y distritales, quedan investidos de la facultad de imponer obligaciones a la propiedad en desarrollo de la función ecológica que le es inherente”.

En la redacción de la norma constitucional es interesante resaltar que indica que la propiedad es una función social, de forma tal que la función social pasaría a determinar todo el contenido de la propiedad, configurando toda su estructura. Solo en ese sentido, entonces, se comprende que la función ecológica sería solo una parte de la función social. Y, por lo demás, no se comprenden estas funciones como meros límites a la propiedad, sino más bien como una función propiamente tal, una capacidad o tarea que debe cumplir, y que, dentro de ella, implica obligaciones, las cuales pueden ser vistas como un límite.

De tal manera, podemos ver que en la Constitución colombiana la función social y ecológica es vista más ampliamente, dando la posibilidad de otorgarle otros contenidos distintos a los de limitaciones internas o externas a la propiedad.

Ahora bien, la norma sí regula las limitaciones externas que puede tener la propiedad, y estas pueden ser de dos tipos: en primer lugar, en aplicación de una ley que tiene origen en el interés social, en cuyo caso el interés privado debe ceder ante el bien común (inciso primero), y luego, en el caso de expropiaciones dictadas por mandato judicial, en cuyo caso debe existir la indemnización correspondiente (inciso segundo). El criterio diferenciador entre ambas limitaciones es de qué poder del Estado emana, si la limitación nace en virtud de los mandatos de una ley, entonces el interés común predomina y no existe compensación; si la limitación nace de una

sentencia judicial, si bien su finalidad está en el interés común, debe existir una indemnización y un proceso expropiatorio para salvaguardar también el interés privado.

En conclusión, podemos ver que la Constitución de Colombia es clara en establecer que el interés común predomina sobre el privado, aun tratándose del derecho de propiedad privada, y que esto podría ser explicado en virtud de que la norma define la propiedad como una función social, y en tanto que tal, contiene una función ecológica.

A conclusiones similares ha llegado la doctrina y la jurisprudencia. Partiendo por esta última, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que la función social es un concepto amplio que tiene diversas características dependiendo del caso del que se trate, y que significa, por un lado, moderar o restringir y, por otro lado, propiciar ciertas formas de propiedad<sup>52</sup>. También señaló que gracias a la función social ya no se concibe a la propiedad como un derecho absoluto, sino que se le relativiza<sup>53</sup>. Respecto de la función ecológica, la Corte le otorga el mismo contenido que la función social, en el sentido de que declara que el fin de la norma es relativizar el derecho de propiedad de modo tal que no pueda ser ejercido de forma absoluta<sup>54</sup>.

Sin embargo, la función social y la función ecológica se diferencian en el bien jurídico que buscan proteger, pues la primera busca garantizar los derechos que benefician a la colectividad, mientras que la segunda busca garantizar en específico los derechos ambientales y los ecosistemas<sup>55</sup>. La función ecológica, entonces, ha sido definida por la doctrina (en base al análisis de jurisprudencia) como “el fundamento constitucional que faculta al legislador y las autoridades competentes en materia ambiental a establecer obligaciones, limitaciones, responsabilidades y restricciones al derecho de propiedad, para con esto garantizar el ambiente sano y el cumplimiento del desarrollo sostenible, siendo entonces una relación de derecho-deber”<sup>56</sup>. Así, pues, la función ecológica forma parte de la función social y en

52 Corte Constitucional, sentencia C-595-99, de 18 de agosto de 1999.

53 Corte Constitucional, sentencia C-536-12, de 23 de octubre de 1997.

54 Corte Constitucional, sentencia C-666-10, de 30 de agosto de 2010.

55 RODRÍGUEZ (2004), pp. 109-141; RODRÍGUEZ (2019), pp. 169-196.

56 HERRERA-CARRASCAL, citado en AMPARO (2019), p. 179.

ese sentido tiene una estructura similar, sin embargo, también se diferencia de ella, en tanto busca agregarle una nueva finalidad a la que debe ajustarse la propiedad: proteger el medio ambiente.

Respecto de los límites que tendría la función ecológica de la propiedad, la Corte Constitucional ha fallado que mientras las personas propietarias puedan acceder a la correspondiente explotación económica, se puede establecer todo tipo de regulaciones y limitaciones a la propiedad<sup>57</sup>. De tal manera el derecho de propiedad pasaría a ser “el mínimo espacio de libertad para el ejercicio y libre disposición de los bienes en el marco jurídico”<sup>58</sup>, existiendo límites al órgano regulador bajo criterios únicamente de razonabilidad y proporcionalidad<sup>59</sup>. Esto vendría a salvar el supuesto problema de la doctrina chilena sobre la expropiación regulatoria.

### 3.2. Ecuador

En el caso de Ecuador, la función ecológica de la propiedad se encuentra consagrada en el artículo 66 numeral 26 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), el cual señala:

“[S]e reconoce y garantiza a las personas:

[...] 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”.

Y en el artículo 321, que indica:

“El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”.

Aquí, a diferencia de Colombia, vemos que la función social y ecológica no es la definición de propiedad, y, por lo tanto, su alcance es un poco más limitado. Sin embargo, nuevamente nos encontramos con un enfoque que se aleja de la idea de limitaciones y se acerca mucho más a la idea de función propiamente tal –que, recordemos, se trata de una capacidad o una

tarea– que la propiedad tiene obligación de cumplir. De tal manera, nuevamente, las limitaciones podrían ser solo una forma de cumplir con dicha función, pero esta es más amplia que el solo límite.

Por lo demás, la función social y ambiental tiene una cierta relación con la expropiación, sin embargo, esta no es necesaria para aplicar aquellas. Más bien se relacionan en las razones porque se puede llevar a cabo una expropiación, pues el artículo 323 indica que ella puede ser llevada a cabo “[c]on el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo” por las instituciones del Estado.

Así, entonces, de la sola lectura de las normas, podemos decir que en Ecuador la función social y ecológica se consideran como funciones conjuntas y complementarias (lo que se explica en virtud del paradigma del buen vivir que infunde a toda su carta magna)<sup>60</sup>, que, si bien no definen a la propiedad, si le otorgan una función con la que debe cumplir, y una forma –aunque no la única– de cumplir con ella es por medio de la expropiación.

De parte de la jurisprudencia, la función social y la función ecológica de la propiedad se han analizado también de forma conjunta, en concordancia con la forma en que las trata la norma constitucional. Y de esa forma les ha dado un contenido, aún amplio, pero bastante claro en el sentido de relativizar el derecho de propiedad, indicando, por ejemplo, que “el texto constitucional reconoce la propiedad privada entre una de las diversas formas de propiedad, sin embargo, aquel no es un derecho absoluto, sino que conforme lo expresa el propio texto constitucional, este derecho puede ser relativizado en aras del bien común de la colectividad, para lo cual se tendrá en cuenta un criterio de función social y ambiental”<sup>61</sup>. La doctrina, en tanto, ha determinado que la función social y ecológica de la propiedad son atributos inherentes de esta<sup>62</sup>, y está conteste en que ellas significan

57 Corte Constitucional, sentencia C-189-06, de 15 de marzo de 2006.

58 Corte Constitucional, sentencia C-1172-04, de 23 de noviembre de 2004.

59 Ídem.

60 Preámbulo de la Constitución del Ecuador. Para conocer más sobre el concepto, véanse ARTEAGA (2017), pp. 907-919, y VANHULST y BELING (2013), pp. 497-522. Desde la perspectiva más económica, ver, por ejemplo, los trabajos a este respecto de ACOSTA y MARTÍNEZ (2009), *passim*, así como el trabajo de GUDYNAS (2014), *passim*.

61 Corte Constitucional, sentencia 008-10-SIN-CC, de 15 de julio de 2010. Mismo criterio ha sido utilizado en otras causas, como: Corte Constitucional, sentencia 009-17-SCN-CC, de 10 de junio de 2015; Corte Constitucional, sentencia 191-15-SEP-CC, de 26 de octubre de 2016; Corte Constitucional, sentencia 055-16-SIN-CC, de 26 de octubre de 2016.

62 EGAS (2009), p. 333.

límites a la propiedad evitando que sea esta un derecho absoluto<sup>63</sup>, lo cual nos indica que es un criterio asentado, pues se encuentra recogido tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

Respecto de qué significa que la propiedad tenga una función social, se ha dicho que es “que el derecho debe ser utilizado no de forma desmedida sino más bien cuidando la naturaleza y sus derechos”<sup>64</sup>, sin embargo, cuál será su alcance real y práctico es una materia dejada a la decisión del caso a caso, es decir, que sea determinado por la jurisprudencia.

Así, entonces, de la pregunta de hasta dónde puede esgrimirse la función social y ecológica como limitaciones de la propiedad, en un inicio la Corte Constitucional consideró de forma limitada la función social y ecológica, abogando por la libre disposición de los bienes como un elemento esencial de la propiedad<sup>65</sup>. Pero a medida que han avanzado los años, la Corte se ha apartado de esa postura, como se vio anteriormente, al sostener que el derecho de propiedad es relativo. De todas formas, sus fallos no siempre han sido suficientemente claros respecto al contenido de la función social y ecológica, pues en virtud de que la Corte tiene la potestad de interpretar la Constitución, no ahonda mucho más en las razones de por qué tal acto estatal estaría o no fundado en la función social y ecológica consagrada constitucionalmente<sup>66</sup>.

63 MESÍAS (2016), pp. 86-99.

64 EGAS (2009), p. 335.

65 Indica la Corte: “No obstante, el derecho de propiedad debe contener, al menos, el derecho exclusivo del uso de algo por parte de alguien, es decir, a conservar su propiedad, a que no sea destruida, apropiada o confiscada, y de esta forma pueda tener su libre disponibilidad”. Debemos considerar que este fallo fue dictaminado para el periodo de transición de la Constitución, es decir, cuando esta aún no se encontraba en plena vigencia. Corte Constitucional, sentencia 011-11-SEP-CC, de 18 de agosto de 2011.

66 Un ejemplo de esto es, por ejemplo, el fallo 055-16-SIN-CC, de 14 de noviembre de 2016, pues para determinar que el acto administrativo en el caso era inconstitucional, simplemente razona de la siguiente manera: “En la especie, se determina que la ordenanza prevé una prohibición de otorgar permisos de funcionamiento a locales que cambien de razón social, propietario o representante legal. Al respecto, la Corte Constitucional considera que esta regulación se constituye en una afectación al derecho de propiedad en sí mismo; esto, en razón que, sin realizar ningún procedimiento previo, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal ha establecido que no otorgará permisos a locales que cambien de razón social, propietario o representante legal. Es decir, la norma establece una limitación al derecho que no está orientada a defender

No obstante, en la última jurisprudencia al respecto, la Corte ha sostenido que “si bien la propiedad en la [Constitución de la República de Ecuador] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos está dotada de una función social y ambiental; aquello no es un camino franco para que se anule la propiedad privada mediante políticas fiscales”<sup>67</sup>. Interpretando este criterio con la postura de la relatividad, podemos concluir entonces que para la Corte Constitucional de Ecuador la función social y ecológica deben ser usadas como un método de equilibrio, de modo tal que ni la propiedad se vuelva un derecho absoluto, ni la función social y ecológica la anulen por completo.

Pasando al punto de la expropiación, como habíamos comentado, la norma establece que la expropiación puede ser una herramienta por la cual se lleve a la práctica la función social y ambiental de la propiedad. Esto mismo reconoce la Corte Constitucional en repetidos fallos, en los cuales el criterio más citado es que:

“[L]a declaratoria de utilidad pública, como medida excepcional de limitación al derecho a la propiedad, es un requisito previo a la expropiación, que encuentra su sustento en el objeto que persiga, esto es, la ejecución de planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, razón por la cual es indispensable que se efectúe una justificación de la función y la responsabilidad ambiental a la cual va a destinarse la propiedad”<sup>68</sup>.

Es decir, para que el Estado tenga la capacidad de expropiar, debe previamente declarar la utilidad pública en base a una justificación relacionada a la función social y ecológica<sup>69</sup>.

### 3.3. Costa Rica

Otro país que establece de forma expresa la función ecológica de la propiedad es Costa Rica, sin embargo, no la establece en su Constitución, sino que en la Ley N° 7788 de Biodiversidad (1998). Esta ley indica en

su función social o ambiental, sino más bien, a desestimular la disposición del bien en cuestión; o, en otro sentido, está destinado a controlar quién es el propietario, el representante, o la denominación del negocio”.

67 Corte Constitucional, sentencia 47-15-IN/21, de 10 de marzo de 2021.

68 Corte Constitucional, sentencia 146-14-SEP-CC, de 16 de octubre de 2014.

69 Corte Constitucional, sentencia 009-17-SCN-CC, de 10 de junio de 2015.

su artículo 8 que “[c]omo parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental”. De esta forma, al igual que Colombia, establece que la función ecológica es parte de la función económica y social, siendo esta última más amplia que la función ecológica.

Siguiendo la misma línea de los dos países antes analizados, la norma determina que la función ecológica no es una mera limitación, sino que es una función propiamente tal, que debe ser cumplida por la propiedad. Sin embargo, llama la atención que la norma lo establezca únicamente respecto de la propiedad inmueble, y no respecto de todos los tipos de propiedad.

Otro aspecto curioso de la normativa costarricense es que la Constitución Política de la República de Costa Rica (1949) establece una forma de limitar la propiedad distinta a la expropiación, y que podría asemejarse a la modalidad de limitación que establece la Constitución Colombiana. En efecto, el artículo 45 inciso segundo de la Constitución de Costa Rica indica que:

“[P]or motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social”.

Considerando que esta norma existió antes de la Ley N° 7788 que establece de forma expresa la función social de la propiedad, podría interpretarse que ella buscaba justamente consagrar constitucionalmente la función social, sin embargo, se mantiene la duda en tanto exige aprobación del Congreso para poder ejercerla.

Por último, la misma Constitución costarricense establece en el artículo 45 inciso primero la limitación externa por medio de expropiación, la cual debe ser fundada en el interés público.

El modelo de Costa Rica parece, entonces, asemejarse mucho más al modelo colombiano, aunque a diferencia de este último, limita la función social a un elemento de la propiedad y no a la definición de esta.

Al estudiar la jurisprudencia costarricense, es interesante ver cómo desde el siglo pasado las cortes superiores de justicia han entendido que la función social sí se encuentra plenamente reconocida en la Constitución. Uno de los fallos más citados en este sentido es el de la sesión extraordinaria de Corte Plena de 25 de marzo de 1983, que indica:

“En la Constitución de 1949 no se llegó a declarar la llamada ‘función social’ de la propiedad, pero si se mantuvo el mismo concepto de ‘interés social’ de la propiedad, y tanto por la época en que esa regla fue incorporada al derecho constitucional patrio, junto con las garantías sociales, como por los motivos que impulsaron la reforma y por el sentido que desde años anteriores se daba a esa expresión de la literatura jurídica, no hay duda de que aquel concepto se identifica con los problemas de las clases sociales, acentuadamente las de menores recursos, y con las medidas que deben adoptarse para mejorar las condiciones económicas de esas clases y lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución de un bien común y de justicia social”<sup>70</sup>.

Este dictamen ha generado una “sólida y reiterada jurisprudencia”<sup>71</sup> constitucional que afirma la existencia de la función social a nivel Constitucional en Costa Rica. Esta función social buscaría armonizar los intereses de los individuos particulares con los intereses de la colectividad, a través de limitaciones y deberes a cargo de la persona propietaria<sup>72</sup>. Por lo demás, dichas limitaciones son “un método para definir el contenido del o el ejercicio del derecho de propiedad, que califica y afecta el derecho en sí mismo”<sup>73</sup>, generando que este pase a ser un poder-deber, más que un derecho absoluto<sup>74</sup>.

Ahora, esta jurisprudencia también ha sido vasta en explicar cuáles serían los alcances de la función social, dotándola de diversos criterios que delimitan su contenido. De tal forma se ha dicho que en virtud de la función social se pueden establecer limitaciones, “pero no despojo de la propiedad ni privación de un atributo primario del dominio”<sup>75</sup>, es decir, “con el requisito de que el uso natural del bien inmueble no sea afectado al límite de su valor como medio de producción, o de su valor en el merca-

70 Sesión extraordinaria de Corte Plena de 25 de marzo de 1983, citada en Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 04610, de 26 de junio de 1998.

71 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 06054, de 16 de abril de 2008.

72 Ídem.

73 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 796, de 26 de abril de 1991.

74 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 06054, de 16 de abril de 2008.

75 Sesión extraordinaria de Corte Plena de 16 de junio de 1983, citada en Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 04610, de 26 de junio de 1998.

do”<sup>76</sup>. También se ha indicado que “la afectación es válida y no genera la obligación estatal de indemnizar en tanto afecte a todos de forma general. Sin embargo, cuando la limitación solamente afecta a una persona en particular, se produce una expropiación”<sup>77</sup>. Por último, se ha establecido que las restricciones “deben imponerse dentro de los parámetros de necesidad, idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad”<sup>78</sup>.

En lo que respecta a la función ambiental de la propiedad, en Costa Rica está es considerada como parte de la función social tanto por la doctrina<sup>79</sup> como por la jurisprudencia<sup>80</sup>, con lo cual sería aplicable a la función ambiental gran parte de los criterios que hemos analizado en virtud de la función social en este país. Sin embargo, aunque la función ambiental se considera inescindible de la social, se han determinado ciertas diferencias fundamentales, pues la función social pareciera proteger en principio solo los fines económicos de los bienes, mientras que la ambiental busca también proteger los intereses ecológicos y ambientales; de forma tal que la función ambiental viene a actualizar y reformular a la función social<sup>81</sup>.

Finalmente, respecto del aspecto del alcance de la función ambiental, se ha sostenido que las “limitaciones o regulaciones que no pueden ir más allá de cierto límite, ya que, de lo contrario, harían nugatorio el ejercicio del derecho de propiedad. *A contrario sensu*, sí se pueden establecer limitaciones en el tanto y en el cuanto el administrado pueda ejercer los atributos esenciales del derecho de propiedad, dentro de determinadas condiciones”<sup>82</sup>.

76 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 796, de 26 de abril de 1991, considerando V.

77 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 796, de 26 de abril de 1991, considerando IV. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 06054, de 16 de abril de 2008.

78 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 17214, de 15 de octubre de 2010.

79 PEÑA (2019), p. 26.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, sentencia 230, de 20 de julio de 1990; Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, sentencia 241, de 27 de julio de 1990; Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, sentencia 50, de 5 de agosto de 1993.

81 DELGADO (1992), *passim*; Tribunal Agrario, Resolución 00192-2013, de 28 de febrero de 2013.

82 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 5893, de 27 de octubre de 1995.

Para evitar dudas al respecto, los tribunales agrarios de Costa Rica, principales autoridades en resolver asuntos relacionados a función ambiental o ecológica de la propiedad, han establecido una lista no taxativa de las principales regulaciones y normas que establecen límites a la propiedad por medio de la función ambiental y que, por tanto, en ningún caso podrían considerarse como expropiaciones<sup>83</sup>.

### 3.4. Bolivia

Bolivia es uno de los países que, si bien no establece de forma explícita la función ecológica de la propiedad, esta puede ser interpretada directamente de sus normas. En este sentido, debemos contemplar primeramente que el Estado boliviano consagra la función social tanto en la nueva Constitución Política del Estado (2010) como en la Ley N° 300, Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien (2012).

En la Constitución se establece la función social en el artículo 56 párrafos I y II, que dicta:

“I. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social.

II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo”.

Así, pareciera ser que la norma hace una relación entre la función social y el interés colectivo, en tanto ambos son requisitos condicionantes para la garantía de la propiedad privada, y, por lo tanto, le imponen una obligación.

Luego, en línea con el enfoque de este trabajo, el artículo 348 párrafo II indica que “[l]os recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país”, lo cual es de relevancia para el estudio de la función ecológica en este país, que analizaremos ahora.

Primeramente, la Ley Marco de la Madre Tierra contempla la función social en el artículo 16 numeral 3, señalando que el Estado tiene la obliga-

83 Tribunal Agrario, Resolución 00192-2013, de 28 de febrero de 2013; Tribunal Agrario, Resolución 00616-2010, de 29 de junio de 2010; Tribunal Agrario, Resolución 00659-2010, de 9 de julio de 2010; Tribunal Agrario, Resolución 01073-2014, de 25 de noviembre de 2014; Tribunal Agrario, Resolución 01183-2014, de 18 de diciembre de 2014, entre muchas otras.

ción de generar “[a]cciones para garantizar el aprovechamiento sustentable de la tierra y territorios, bajo cualquier forma de propiedad, incorporando criterios sociales, económicos, productivos, ecológicos, espirituales y de sostenimiento de la capacidad de regeneración de la Madre Tierra en la función social y función económico social”.

En este sentido, pareciera ser que las obligaciones que tiene la propiedad en el ámbito económico son parte de la función social de la propiedad.

Esto último se condice con el principio 6 del artículo 4, el que indica:

“[E]l Estado Plurinacional de Bolivia y cualquier persona individual, colectiva o comunitaria con derechos de propiedad, uso y aprovechamiento sobre los componentes de la Madre Tierra: está obligado a respetar las capacidades de regeneración de los componentes, zonas y sistemas de vida de la Madre Tierra”.

Es decir, la propiedad conlleva necesariamente una obligación intrínseca, que no es impuesta externamente por la ley o el Estado, sino que debe ser cumplida por cualquiera sea la o las personas propietarias.

De esa forma, entonces, podemos ver que el Estado boliviano sí reconoce la función ecológica de la propiedad, aun cuando no la consagra de forma explícita en sus normas, al someter el uso y aprovechamiento (facultades esenciales del dominio) a limitaciones y obligaciones que tienen como finalidad la protección ambiental.

Ahora, respecto de la expropiación, la Constitución boliviana la trata en su artículo 57:

“[L]a expropiación se impondrá por causa de necesidad o utilidad pública, o cuando la propiedad no cumpla una función social, calificada conforme con la ley y previa indemnización justa”.

Aquí, entonces, se incluye una fórmula distinta de las que vimos previamente en otros países, pues se ve la expropiación como una forma externa de limitar a la propiedad que puede ser fundada en la función social. Es decir, si bien la expropiación no es condición necesaria para la aplicación de la función social, esta última sí puede ser una causal para aplicar la expropiación. Parece ser, entonces, que la norma boliviana se asemeja a la ecuatoriana, en tanto que la expropiación podría ser una de las formas en que la función social se aplique, aunque, como se desprende de la amplitud del artículo 56 y de lo indicado en la Ley Marco ya analizados, no es la única forma ni es necesaria.

Así, podemos concluir que en el Estado de Bolivia la función ecológica, si bien no está reconocida de forma explícita, se puede comprender recogida como parte de la función social de la propiedad. A su vez, que dicha función social de la propiedad es una obligación intrínseca de la propiedad, a la vez que un elemento de la esencia de ella y una posible justificación de la expropiación.

Al buscar jurisprudencia que reconozca la función ecológica de la propiedad dentro de Bolivia, hemos de remitirnos únicamente a la jurisprudencia que se refiere a la función social o económico-social de la propiedad, en tanto, como se dijo, la función ecológica se entiende comprendida en la función económica-social, y a esta última, si bien no se le dota de un contenido ambiental claramente delimitado en la norma constitucional, sí se expresa ello en la regulación administrativa y otras fuentes normativas de nivel legal<sup>84</sup>.

Así, entonces, cabe referirnos únicamente a la jurisprudencia constitucional de Bolivia sobre la función social de la propiedad, en tanto debemos entender que la función ecológica se encuentra comprendida dentro de ella, y, por tanto, sigue los mismos cánones interpretativos. En primer lugar, se ha fallado por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que la función social se debe interpretar en el sentido que la postulaba León Duguit, es decir, que la propiedad no es un derecho natural, sino que es una función social, con lo que entiende el Tribunal que la propiedad “consiste en ejercer poder sobre un bien con libertad de hacer lo que es conveniente para la sociedad”<sup>85</sup>. Además, se reconoce que, entonces, el carácter de función social de la propiedad la limita para que ella nunca más sea ejercida de forma totalmente absoluta, haciéndola compatible con los intereses de la sociedad<sup>86</sup>.

84 PUENTE (2008) p. 120. La autora nos indica que entre las normas legales que le dan un contenido claramente ambiental a la función económico social están: “la Ley de Medio Ambiente, la Ley Forestal, la Ley del Instituto de Reforma Agraria –INRA– y sus reglamentos, entre las más significativas”.

85 Tribunal Constitucional Plurinacional, Primera Sala, sentencia 960/2016-S1, de 19 de octubre de 2016, fundamento jurídico III.4.

86 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Civil, sentencia 200/2019, de 6 de marzo de 2019, y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Civil, sentencia 489/2013, de 19 de septiembre de 2013.

Es interesante también ver que la razón doctrinaria que se da para justificar la función social está en que “los bienes que la naturaleza da al hombre son para la subsistencia, desarrollo y trabajo, en igualdad de condiciones con sus semejantes, ya que la propia naturaleza no establece sino diferencias formales entre los componentes de la especie humana. No es natural, ni lógico ni lícito, por ello, acumular en pocas manos los bienes que deben servir para el sustento y la superación de todos”<sup>87</sup>, lo cual parece darle una justificación basada en la idea de bienes comunes naturales.

En lo relativo al límite de la función social, es importante decir que en toda la jurisprudencia revisada se hace hincapié en que el derecho de propiedad es un derecho fundamental consagrado en la Constitución que no puede ser vulnerado, con lo cual la función social nunca podría limitarlo al punto de hacer impracticable los tres elementos esenciales de la propiedad: uso, goce y disposición<sup>88</sup>. Luego sobre la expropiación se reafirma lo que hemos dicho, en tanto que la jurisprudencia indica que la propiedad “sólo puede ser afectada por medio de una expropiación por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa”<sup>89</sup>.

Para finalizar, se hace necesario mencionar que, a pesar de que se establezcan contenidos ambientales a la función social o económico-social de la propiedad en Bolivia, aún se considera que dichas funciones tienen una perspectiva más orientada al carácter productivo de la propiedad, lo cual no siempre podrá conciliarse con garantizar un medio ambiente sano, para lo cual es necesario consagrar la función ambiental como una función diferenciada e independiente de la propiedad<sup>90</sup>.

87 DERMIZAKI (2010), p. 203, doctrina reconocida jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo de Justicia.

88 En este sentido, Tribunal Constitucional Plurinacional, Primera Sala, sentencia 2177/2012, de 8 de noviembre de 2012; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena, sentencia 828/2006-R; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena, sentencia 37/2006; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena, sentencia 512/2005-R; Tribunal Constitucional Plurinacional, Primera Sala, sentencia 601/2012, de 20 de julio de 2012, entre otras.

89 Tribunal Constitucional Plurinacional, Primera Sala, sentencia 2177/2012, de 8 de noviembre de 2012.

90 RUFFO (2017), pp. 16-17.

### 3.5. República Dominicana

Al igual que Bolivia, en República Dominicana no se reconoce expresamente la función ecológica de la propiedad, pero ella sí puede ser derivada de las disposiciones que reconocen la función social de la propiedad.

La Constitución de la República Dominicana (2010) establece en su artículo 51:

“El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes”.

De esta forma tan escueta, la norma reconoce que la función social es parte intrínseca de la propiedad, y le impone obligaciones.

Considerando aquello, para determinar si la Constitución contempla o no la función ecológica de la propiedad, debemos estudiar el artículo 67:

“Artículo 67. Protección del medio ambiente

1) Toda persona tiene derecho, tanto de modo individual como colectivo, al uso y goce sostenible de los recursos naturales; a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de las distintas formas de vida, del paisaje y de la naturaleza;

[...]

4) En los contratos que el Estado celebre o en los permisos que se otorguen que involucren el uso y explotación de los recursos naturales, se considerará incluida la obligación de conservar el equilibrio ecológico, el acceso a la tecnología y su transferencia, así como de restablecer el ambiente a su estado natural, si éste resulta alterado”.

Se puede ver, entonces, que los derechos individuales de uso y goce (y, por tanto, de propiedad) tienen como elementos intrínsecos y de la esencia la sostenibilidad y la conservación del medio ambiente. En ese sentido, entendemos, entonces, que la norma establece en cierta forma una función ecológica de la propiedad, que si bien no es tan robusta como las que se establecen en otros ordenamientos que hemos estudiado (como Colombia o Costa Rica), de todas formas, le dan un contenido esencial a la propiedad que le impone ciertas obligaciones, limitando de forma intrínseca la absoluta libertad de ejercicio.

Respecto de la expropiación, el artículo 51 ya analizado, en su numeral 1) indica:

“[N]inguna persona puede ser privada de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor, determinado por acuerdo entre las partes o sentencia de tribunal competente, de conformidad con lo establecido en la ley”.

Así, entonces, podemos ver que en ningún punto relaciona la función social de la propiedad con la expropiación, pues esta última tendría solo dos justificaciones que, si bien pueden relacionarse a la función social en los objetivos que se persiguen, no son idénticas.

De tal forma, podemos concluir que, si nos mantenemos solo en base a los textos de las normas, en República Dominicana se establece la función social de forma expresa, y la función ecológica de forma implícita. Además, ambas no tienen necesariamente relación ni son interdependientes, pues son reguladas separadamente. Por último, la expropiación en estas normas no es ni una herramienta para cumplir con la función social o ecológica, ni es una condición para que se lleve a cabo la función social o ecológica, de forma que no se relaciona con ellas y es tratada también de forma separada.

La jurisprudencia<sup>91</sup> ha sido muy clara al respecto, y en este sentido una de las sentencias más relevantes en el reconocimiento de la función ecológica de la propiedad es la dictada el 20 de diciembre de 2012 por el Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original de San Cristóbal. El fallo dispone que:

“[S]i bien dentro de las áreas protegidas se reconoce la existencia de propiedad privada, el derecho subsiste, pero los atributos del uso y usufructo del inmueble se encuentran limitados en virtud de la función ecológica de la propiedad y la primacía del interés general de conservar las áreas de especial interés ecológico”<sup>92</sup>.

Así mismo, la Procuraduría General ha sostenido que sostener que estas limitaciones a la propiedad, ya sea que provengan de la función social o

ecológica, vulneran el derecho es sostener que aquel es absoluto, y ello sería por completo insostenible<sup>93</sup>. Ahora bien, a diferencia de lo que se puede desprender del texto expreso de las normas antes analizadas, tanto la Procuraduría General<sup>94</sup> como el Tribunal Constitucional<sup>95</sup> de República Dominicana consideran la función ecológica de la propiedad (o sus elementos, al no ser considerada explícitamente) como un resultado de la función social reconocida constitucionalmente.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional es clara en sostener que “el titular del derecho [de propiedad] siempre podrá gozar, disfrutar y disponer de su bien, solo que estará sujeto a una restricción que atiende al elevado propósito de la utilidad pública y el interés general de la nación, postulados jurídicos que procuran el bien común”<sup>96</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN AMBIENTAL DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Como hemos visto en la primera parte de este artículo, si bien nuestra Constitución actual consagra la función social de la propiedad en el artículo 19 numeral 24 inciso segundo, y le da una perspectiva ambiental bajo la causal de conservación del patrimonio ambiental, en la práctica, la realidad supera la ficción. En primer lugar, el establecer esta función social junto con una mal comprendida teoría de la esencia de los derechos en la Constitución configuró una contradicción estructural, cuya solución fue delegada por los constituyentes de la época a la jurisprudencia constitucional posterior.

Esto abrió un universo de posibilidades a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial chilena, que finalizó generando una serie de dilemas en

91 A diferencia de los demás países aquí analizados, no fue posible encontrar publicaciones académicas relativas a función ecológica de la propiedad en este país.

92 Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original de San Cristóbal, sentencia 02992012 000622, de 20 de diciembre de 2012, y Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original de San Cristóbal, sentencia 02992012000621, de 15 de diciembre de 2012.

93 Opinión de la Procuraduría General de la República, punto 5.1.2 y 5.1.3, en el fallo del Tribunal Constitucional, sentencia TC/0173/18, de 18 de julio de 2018.

94 Ídem.

95 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0173/18, de 18 de julio de 2018.

96 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0232/21, de 30 de julio de 2021; Tribunal Constitucional, sentencia TC/0297/19, de 8 de agosto de 2019; Tribunal Constitucional, sentencia TC/0173/18, de 18 de julio de 2018; Tribunal Constitucional, sentencia TC/0017/13, de 20 de febrero de 2013.

el entendimiento de la propiedad. Por un lado se le ve como un derecho absoluto y arbitrario, estudiado bajo el paradigma liberal de la función señorial del siglo XIX. Por otro, se reconoce que tiene una función social que lo limita, según el modelo del siglo XX. Pero al intentar conciliar ambas perspectivas de la propiedad hemos finalizado en comprenderla como un derecho prioritario sobre otros derechos, que puede ser limitada por la función social de forma muy excepcional, y que, si dichas limitaciones siquiera rozan el gran margen de la esencia del derecho de dominio, entonces son consideradas expropiaciones.

Esta trama tan compleja bajo la que se ha intentado comprender la función social de la propiedad, genera que la conservación del patrimonio ambiental, consagrado como una de las causales taxativas de la función social, no ha tenido el fin y la aplicación práctica que debiera, considerando el estado actual del medio ambiente.

La crisis climática y ambiental que vivimos a nivel global, y aún más, los factores de vulnerabilidad que nos afectan día a día a nivel local, deben ser un llamado de atención para que la nueva Constitución que derive del proceso constituyente actual tenga el carácter de ecológica. Y entre las características que la catalogarán de dicha forma, debemos contemplar la función ecológica de la propiedad como un elemento intrínseco del derecho de propiedad (ya sea privada, colectiva, pública o cualquier otra). Si bien aún es un paradigma en construcción, la función ecológica de la propiedad puede ser comprendida como una de las funciones de la propiedad que delimita su contorno con el fin de asegurar la protección ambiental, que se ve amenazada bajo los paradigmas propietarios de los siglos pasados, y nos pone en contexto para un entendimiento de la propiedad del siglo XXI.

Un ejemplo clave al que podemos acudir para buscar respuestas y aprender de los errores son nuestros países vecinos. En cada vez más países latinoamericanos se ha reconocido la función ambiental de la propiedad ya sea nivel constitucional o en normas de orden público. Si bien este reconocimiento es muy diverso, y tiene características propias en cada país, si hacemos un análisis inteligente, podremos rescatar ciertos aspectos clave que nos podrían dar una señal de lo que queremos para Chile. A nuestro parecer, lo más propicio sería contemplar una función ecológica independiente de la función social de la propiedad, pero complementaria, haciendo así honor a su contenido, que busca poner la preocupación más allá del elemento económico (que es el elemento al que se limita la función social).

Creemos que establecer la función ecológica de la propiedad en la nueva Constitución es una forma de avanzar desde los paradigmas históricos de la propiedad privada y la función social de siglos pasados consagrados en nuestra actual Constitución. Y de esa forma tendremos herramientas para afrontar los problemas ambientales de nuestra sociedad actual, y legar una Constitución ecológica para las generaciones futuras.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Eduardo y MARTÍNEZ, Esperanza (2009): *El buen vivir. Una vía para el desarrollo* (Santiago: Editorial Universidad Bolivariana).
- ALDUNATE, Eduardo (2006): “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 33, N° 2.
- (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago: LegalPublishing).
- ALDUNATE, Eduardo y FUENTES, Jessica (1997): “El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 18.
- ARTEAGA, Erika (2017): “Buen Vivir (*Sumak Kawsay*): definiciones, crítica e implicaciones en la planificación del desarrollo en Ecuador”, en *Saúde em Debate*, vol. 41, N° 114.
- ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza (2016): *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile* (Santiago: Thomson Reuters).
- CAPPUCCIO, Silvina (2018): “Ambientalismo, utopía y estética. Un análisis de la relación naturaleza-sociedad desde el pensamiento de Theodor Adorno”, en *Ambiente y Desarrollo*, vol. 22, N° 43.
- CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES SCJN (2020): *Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano*. Serie: *Cuadernos de Jurisprudencia* N° 3 (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- CORDERO, Eduardo (2006): La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 19, N° 1.

- (2008): “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 31.
- COSTA, Ezio (2021): *Por una Constitución ecológica. Replanteando nuestra relación con la naturaleza* (Santiago: Thomson Reuters).
- (2022): “La protección del medio ambiente como limitación a las libertades económicas. Una revisión necesaria”, en MORAGA, Pilar (coord.), *Protección constitucional del medio ambiente: Desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución* (Santiago: Tirant lo Blanch).
- CRISTI, Renato (2014): “La génesis de la Constitución de 1980 y sus claves conceptuales: Función social de la propiedad y bien común”, en CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *El constitucionalismo del miedo* (Santiago: LOM Ediciones).
- DELGADO, Juan Francisco (1992): *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología* (Pamplona: Aranzadi).
- DERMIZAKY, Pablo (2010): *Derecho constitucional* (Cochabamba: Editorial Alexander).
- EGAS, Pablo (2009): “La propiedad en la Constitución de 2008”, en GRIMALVA, Agustín *et al.* (coords.), *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: Corporación Editora Nacional).
- FERMANDOIS, Arturo (2004): “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en *Sentencias Destacadas 2004* (Libertad y Desarrollo).
- (2016): “Curtidos Bas y expropiación regulatoria: Elevando el estándar constitucional para cargas gravosas a la propiedad”, en *Sentencias Destacadas 2015* (Libertad y Desarrollo).
- FERRADA, Juan Carlos (2014): “El derecho de propiedad en el ordenamiento constitucional chileno: revisión, evolución y estado actual”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N°s. 235-236, año LXXXII.
- FUENTES, Jessica (2018): *El derecho de propiedad* (Santiago: DER Ediciones).
- GUDYNAS, Eduardo (2014): *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, 5ª edición (Quito: AbyaYala).
- GUILOFF, Matías (2018): “La expropiación regulatoria: Una doctrina impropia para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”, en *Ius et Praxis*, año 24, N° 2.
- (2019): “En defensa del casuismo: reflexiones acerca del control de constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada”, en *Estudios Constitucionales*, año 17, N° 2.
- HORWITZ, Morton (1992): *The transformation of American Law, 1870-1960* (New York: Oxford University Press).
- LORENZETTI, Pablo (2018): *La función ecológica en el Estado de derecho ambiental argentino* (IUCN WCEL Country and Region Reports).
- MATUTE, Claudio (2014): *Expropiaciones regulatorias: Aplicabilidad al caso chileno* (Santiago: LegalPublishing).
- MESÍAS, María Gabriela (2016): “La ley de tierras rurales y territorios ancestrales, breve análisis de la función ambiental de la propiedad rural”, en AGUILERA, Roberto (comp.), *Desarrollo local de las comunidades agrícolas rurales* (Guayaquil: Ecotec).
- MIROW, Matthew (2011): “Origins of the social function of property in Chile”, en *Fordham Law Review*, vol. 80, N° 3, artículo 8.
- OCEANA (2021): “Constitución & océanos: Recursos marinos y regulación constitucional de la propiedad”. Informe junio 2021. Disponible en línea: <<https://chile.oceana.org/informes/constitucion-oceanos-recursos-marinos-y-regulacion-constitucional-de-la-propiedad/>>.
- PEÑA, Mario (ed.) (2019): *Derecho ambiental del siglo XXI* (San José: Editorial ISOLMA).
- PEÑAILILLO, Daniel (2015): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago: Thomson Reuters).
- PÉREZ, Gonzalo (2014): “Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad. Presentación de la estructura tripartita del derecho de propiedad”, en *Lecciones y Ensayos* N° 92.
- PETIT GUERRA, Luis (2017): “La categoría del ‘contenido esencial’ para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación”, en *Revista de Derecho* N° 15.

PUEENTE, María Cristina (2008): *Perdidos entre las leyes y los árboles: propiedad y posesión en un bosque protector ecuatoriano* (Quito: Abya Yala-FLACSO, Sede Ecuador).

QUEZADA, Flavia (2011): *El derecho de propiedad privada en la constitución chilena: un intento de sistematización* [Tesis de pregrado].

RÍOS, Lautaro (1986): “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 84, N° 2.

RODRÍGUEZ, Gloria (2004): “La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de los resguardos indígenas”, en LONDOÑO, Beatriz (ed.), *Propiedad, conflicto y medio ambiente* (Bogotá: Universidad del Rosario).

——— (2019): “La función ecológica de la propiedad en Colombia”, en *Revista de Justicia Ambiental* N° 11.

RUFFO, Nivardo (2017): “Necesidad de incorporar la función ambiental entre los principios de la administración de justicia agraria”, en *Revista Jurídica Agroambiental* N° 4.

RUIZ-TAGLE, Pablo (2018): “La propiedad en Chile y sus dilemas”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 51.

VANHULST, Julien y BELING, Adrián (2013): “El Buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad”, en *Polis, Revista Latinoamericana*, vol. 12, N° 36.

## LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL: FUNDAMENTOS E IMPORTANCIA PARA LA LEGITIMACIÓN DE DECISIONES

ENVIRONMENTAL CITIZEN PARTICIPATION:  
BASIS AND IMPORTANCE FOR THE LEGITIMATION OF DECISIONS

**Claudio Alhambra Carvajal**

Abogado por la Universidad Academia de Humanismo Cristiano  
Magister en Derecho por la Universidad Católica del Norte, Chile  
Jefe División de Medio Ambiente en la Municipalidad de Los Vilos  
calhambraclaudio@gmail.com

*RESUMEN: El artículo aborda la relación existente entre los derechos humanos y el derecho internacional ambiental, así como la importancia de este último en la configuración y diseño del ordenamiento jurídico nacional. Un primer apartado finaliza con comentarios sobre los principios ambientales. Posteriormente, se analiza la satisfacción de presupuestos de una participación ciudadana ambiental efectiva, su marco legal e identifican distintos instrumentos, mecanismos y procedimientos que consideran etapas participativas previas a la adopción de decisiones con repercusión ambiental. Finalmente, se desarticula la proposición normativa del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, profundizando en la obligación de garantía que recae sobre el Estado.*

*PALABRAS CLAVE: Participación ciudadana ambiental, principios jurídicos, democracia ambiental, garantías constitucionales.*

*ABSTRACT: The article addresses the relationship between human rights and international environmental law, as well as the importance of the latter in the configuration and design of the national legal system. A first section ends with comments on environmental principles. Subsequently, the satisfaction of budgets of an effective environmental citizen participation, its legal framework is analyzed and different instruments, mechanisms and procedures are identified that consider participatory stages prior to the adoption of decisions with environmental repercussions. Finally, the normative proposition of article 19 No. 8 of the Political Constitution of the Republic is dismantled, delving into the guarantee obligation that falls on the State.*

*KEYWORDS: Environmental citizen participation, legal principles, environmental democracy, constitutional guarantees.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La sequía, los cambios ocurridos en el borde costero y la pérdida de ecosistemas son algunas muestras perceptibles de la degradación del medio ambiente. Las causas son múltiples y variadas, como la fuerte presión sobre los recursos naturales, la masiva y persistente utilización de combustibles fósiles, el aumento de gases contaminantes<sup>1</sup> y el crecimiento de la población mundial<sup>2</sup>, sin un modelo equitativo de distribución de recursos.

En este escenario, lograr un medio ambiente armónico y sostenible para las distintas especies resulta ser un desafío mayor para los Estados, los que se ven en la necesidad y obligación de respetar normas de equilibrio natural. Esto implica proteger la integridad, renovación y conservación de los diversos sistemas naturales, algo complejo en un mundo globalizado e industrializado<sup>3</sup>.

En lo jurídico, la protección del medio ambiente se ha desarrollado principalmente desde el contexto internacional, destacando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano por ser el primer instrumento en reconocer de manera explícita el derecho de los seres humanos a un medio ambiente sano. La conferencia fue celebrada en Estocolmo en el año 1972, y su texto es considerado el acta de fundación de lo que actualmente conocemos por derecho ambiental o derecho del medio ambiente.

Esta rama del derecho, compleja, interdisciplinaria y ecléctica, se sustenta en varios principios como el de acción preventiva, desarrollo sustentable, responsabilidad y participación ciudadana. Este último, fundamental para los fines de la investigación, será abordado cuidadosamente desde distintas perspectivas, como aquella que intenta involucrar preocupaciones de la ciudadanía en proyectos o actividades con impacto ambiental, como

herramienta para lograr una distribución equitativa y justa de cargas ambientales, también como un ejercicio de consecución democrática.

De manera preliminar, es posible sostener que el actual diseño de la institucionalidad ambiental chilena contempla diversas instancias participativas. Esto ha posibilitado que la autoridad considere que las observaciones formuladas por la ciudadanía constituyen un conjunto de información valiosa para visualizar impactos, riesgos, costos, entre otros elementos y factores no considerados originalmente. Es decir, la participación ciudadana sería un instrumento necesario para incrementar la información disponible en la toma de decisiones que finalmente incidirán en el rechazo, modificación o aprobación de actividades y/o proyectos con impacto ambiental.

Ahora, si bien la legislación nacional contempla diversas instancias y mecanismos de participación, en la práctica sus garantías parecieran ser insuficientes para cumplir los fines que en la teoría se esperan de ella. La insuficiencia legislativa ha obligado a la casuística administrativa y judicial a hacerse cargo de ciertas imprecisiones, como también a construir criterios de ponderación. Ello ha ocurrido sin la precisión que podríamos esperar de una institución nueva dentro del ordenamiento jurídico, constituyendo de esta manera una de las principales deficiencias del sistema<sup>4</sup>.

En este contexto, cabe preguntarse: ¿está la participación ciudadana ambiental lo suficientemente garantizada para cumplir una función efectiva en la actual institucionalidad ambiental y contribuir al aseguramiento del derecho fundamental de vivir en un medio ambiente libre de contaminación?

El problema se aborda sobre la hipótesis consistente en que la participación ciudadana ambiental, con una composición multidimensional, adolece de garantías que le permitan cumplir una función efectiva y contribuir a asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Intentando identificar las diferentes dimensiones que fluyen a la conformación de la institución participativa y sus finalidades comunes, el presente trabajo se organiza en función de los siguientes tres apartados. El primer apartado analiza el derecho ambiental desde una perspectiva general, distinguiendo diversos momentos que permiten comprender las circunstan-

1 PASTÉN (2012), pp. 28-30.

2 FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA) (2011), p. 3.

3 AGUILAR e IZA (2009), p. 1.

4 ASTORGA (2017), p. 233.

cias de su nacimiento, evolución e introducción en el ordenamiento jurídico nacional. Luego refiere a los principios ambientales y a la forma en cómo éstos se han incorporado en la institucionalidad. El segundo apartado distingue entre aquella participación necesaria para una mejor relación entre Estado y ciudadanía y aquella de naturaleza estrictamente ambiental. Posteriormente propone un concepto de participación ciudadana inspirado principalmente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y analiza el cumplimiento del derecho de acceso a la información y a la justicia ambiental, con el objetivo de precisar el alcance y satisfacción de presupuestos de una participación efectiva. El tercer y último apartado enfrenta la problemática de una institución con contornos difusos en su aplicación práctica. Analiza el rango de garantías con que cuenta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, las garantías propias de la participación ciudadana ambiental y reflexiona sobre consideraciones doctrinales, notando que la concepción actual sobre la utilidad práctica de la participación ciudadana en temáticas ambientales es más bien limitada, con escasas posibilidades de influir en la toma de decisiones. Finalmente se formulan conclusiones.

## 2. DERECHOS HUMANOS, DERECHO AMBIENTAL Y PRINCIPIOS

En el presente acápite se analizará el desarrollo que, a partir de la disciplina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha presentado para el surgimiento del Derecho Ambiental tanto en la comunidad internacional como a nivel interno. Este proceso de evolución muestra una recepción de la dogmática internacional en distintos principios y textos normativos que posibilitan el reconocimiento de la temática ambiental en el derecho nacional.

### 2.1. Derechos humanos y medio ambiente

El surgimiento de los derechos humanos se relaciona principalmente con razones históricas y circunstancias de índoles económicas, ideológicas y políticas, por lo tanto, su evolución y características encuentran dependencia del momento de su implementación. Para efectos de metodología, estos derechos suelen ser agrupados en aquellos de primera generación, segunda generación y tercera generación. La primera de ellas está inte-

grada por los derechos civiles y políticos; la segunda, por los derechos económicos, sociales y culturales, y, la tercera, por los llamados derechos de la colectividad<sup>5</sup>.

A su vez, los derechos ambientales encuentran relación con el mismo proceso evolutivo de los derechos humanos. Principalmente, con su etapa más avanzada, ya que se entienden pertenecer a la llamada generación de los derechos colectivos, de solidaridad o de acción positiva, es decir, a los de tercera generación<sup>6</sup>.

En cuanto a su consolidación, se pueden distinguir dos etapas: una implícita y otra explícita. La primera se desprende de ciertos instrumentos que reconocen la relación entre derechos humanos y derechos ambientales. Por nombrar algunos, la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que, en su Resolución de 1948, mencionó conceptos e ideas centrales para el derecho humano al ambiente, entre ellos: dignidad, cultura, salud y bienestar.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en 1966 por la Asamblea General de Naciones Unidas, obliga a los Estados Parte a tomar las medidas necesarias para asegurar el mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, en función al derecho a la salud física y mental<sup>7</sup>. De esta manera, además de establecer una relación entre los conceptos mencionados y generar obligaciones para los Estados, el Pacto reconoció la importancia del medio ambiente como presupuesto de la salud física y mental.

La etapa de reconocimiento expreso comienza en el año 1972, específicamente en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo, cuando se reconoció explícitamente el derecho que tienen las personas a un medio ambiente sano, lo que es reconocido directamente en su primer principio<sup>8</sup>.

5 BRUZÓN y ANTÚNEZ (2012), p. 76.

6 BRUZÓN y ANTÚNEZ (2012), p. 91.

7 PEÑA (2021), p. 20.

8 El principio 1 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 señala de manera textual: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio

Las cumbres siguientes: de Río en 1992 o Cumbre de la Tierra; la de Johannesburgo de 2002 o Cumbre Mundial Sobre el Desarrollo Sostenible, y la Cumbre de Río + 20 del año 2012, por consenso han admitido la existencia e importancia del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado permitiendo vivir en dignidad y bienestar.

De las referidas conferencias, muy especialmente de la primera, han surgido diversas convenciones, acuerdos, instrumentos y organismos de protección ambiental. Si bien sus objetivos, contenidos y alcances son variados y su suerte ha sido diversa, con distintos niveles de eficacia respecto a sus fines y metas, de una u otra manera todos han influido en la construcción del derecho ambiental internacional y, por ende, de los distintos ordenamientos jurídicos internos, donde las organizaciones gubernamentales, y también aquellas de carácter no gubernamental, han desarrollado una labor destacada<sup>9</sup>.

El reconocimiento de los derechos ambientales en los términos referidos no ha estado libre de discusión, existiendo opiniones contrarias a la conveniencia de reconocer el derecho ambiental como un derecho humano. BOYLE sostiene que su reconocimiento no es conveniente, e identifica tres objeciones: la primera dice relación con la incertidumbre, en cuanto es imposible determinar a ciencia cierta que constituye un ambiente satisfactorio, adecuado, viable o saludable; la segunda es el antropocentrismo, en cuya virtud resulta complejo determinar el valor intrínseco que estamos dispuestos a reconocer al ambiente; la tercera es la redundancia, ya que no sería conveniente la adopción de este derecho por cuanto agregaría muy poco a las nociones y reglas imperantes en el derecho internacional<sup>10</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la protección del medio ambiente desde el contexto internacional resulta de vital importancia. Si la protección del ambiente no fuese una necesidad, entonces el derecho al ambiente no hubiese sido reconocido y consagrado en numerosos ordenamientos locales

---

de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el *apartheid*, la segregación racial, la discriminación, de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse”.

9 AGUILAR e IZA (2009), p. 12.

10 PINOCHET (2015), p. 100.

como ha ocurrido. Es más, sin la protección internacional de los distintos sistemas naturales, el disfrute de otros derechos humanos como la vida, la salud, la integridad física, la igualdad, entre otros, resultaría impracticable.

A modo de ejemplo, el cambio climático, sin distinguir fronteras, ha generado múltiples efectos ambientales adversos, varios de ellos de carácter irreversible. Dada la gravedad de sus consecuencias, se podría decir que los esfuerzos locales por mitigar o detener los efectos negativos serían débiles sin un respaldo internacional. En este caso, la protección viene dada por dos instrumentos obligatorios: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Protocolo de Kioto<sup>11</sup>.

## 2.2. Institucionalidad ambiental en Chile

El desarrollo institucional no ha sido fácil ni rápido. Planificado o no, su avance ha transitado por diversas coyunturas políticas y sociales, pudiendo identificar distintos momentos y etapas en su configuración.

Podemos distinguir cuatro grandes hitos en el desarrollo institucional chileno. El primero corresponde al reconocimiento y protección jurídica realizado por la Constitución Política de la República de 1980 (CPR), la que, sin entregar un concepto, consagró el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en su artículo 19 N° 8, mandando al Estado a velar para que este derecho no sea afectado y a tutelar la preservación de la naturaleza. La omisión conceptual de medio ambiente fue abordada por la doctrina y la jurisprudencia hasta 1994, año en que el artículo 2° letra II) de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) definió el concepto para todo efecto legal<sup>12</sup>. Es posible afirmar que el reconocimiento a un ambiente libre de contaminación como un derecho humano es un hecho de la máxima trascendencia en ma-

---

11 URRUTIA (2010), p. 603.

12 El artículo 2° letra II) de la LBGMA señala: “El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física y 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”. Ley N° 19.300 (de 9 de marzo de 1994), Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

teria jurídico-ambiental, lo que permite considerarlo como el primer gran hito en la configuración de la institucionalidad local.

En cuanto a la operatividad, la institucionalidad formada en la década de los años ochenta tuvo como punto de partida la creación de la Comisión Interministerial, específicamente en el año 1984. Esta Comisión, también denominada Comisión de Ecología, al poco tiempo fue reemplazada por la Comisión Nacional de Ecología (CONADE). Se ha señalado que el escaso avance sustantivo en el desarrollo de las instituciones de la época, la deficiente internalización del tema ambiental por parte de la sociedad y la casi nula prioridad política, fueron hechos que, de cierta manera, obligaron a la realización de cambios<sup>13</sup>.

El segundo hito corresponde a la dictación de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente en marzo de 1994. Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300, tomó especial importancia la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), organismo que pasó a convertirse en la principal institución ambiental del país. Desde la perspectiva del nuevo diseño, la Comisión se estructuró administrativamente como un servicio público funcionalmente descentralizado, sometido a la supervigilancia del presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia<sup>14</sup>.

El tercer hito está constituido por la reforma del modelo institucional contenido en la Ley N° 19.300. Esto se produce con la dictación de la Ley N° 20.417, en enero del año 2010, que mandata la creación del Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Posteriormente, en el año 2012, por mandato de la Ley N° 20.600, comenzó la implementación de los tribunales ambientales, configurándose una nueva etapa de la institucionalidad ambiental nacional.

El cuarto hito es reciente, y corresponde a la dictación de la Ley Marco de Cambio Climático. La Ley N° 21.455 establece una serie de principios que la guiarán. El fortalecimiento de la democracia ambiental y la definición de objetivos precisos, tal como la meta de alcanzar la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero a más tardar en el

año 2050, ubican a las cuestiones ambientales en el centro del desarrollo productivo.

En cuanto a la democracia ambiental, destaca el deber estatal de establecer mecanismos que permitan asegurar la participación de toda persona o agrupación de personas en la gestión del cambio climático tanto a nivel nacional como regional y local. Esto guarda estrecha relación con la reciente adhesión de Chile al Acuerdo de Escazú que se analizará en el apartado siguiente.

Otro aspecto a considerar en torno a la gestión del cambio climático es la transversalidad con la que esta temática debe ser considerada en el aparato estatal. Con ello, el legislador viene a responder a las recomendaciones del informe de Evaluación de Desempeño Ambiental de Chile<sup>15</sup>, que en el año 2016 llamaba a aclarar las responsabilidades relacionadas con el diseño y la ejecución de la política de cambio climático en miras a fortalecer y formalizar la base institucional sobre la materia<sup>16</sup>.

De lo dicho hasta el momento, es posible advertir que el desarrollo institucional nacional ha estado relacionado al desarrollo del derecho internacional ambiental, el que ha evolucionado desde diferentes perspectivas, como aquella referida a la discusión e inclusión de nuevos principios ambientales. Considerando que el eje central de la investigación corresponde al estudio de la participación ciudadana ambiental, resulta oportuno revisar aspectos de esta fuente del derecho y precisar la relación con la institución participativa.

### 2.3. Principios generales del derecho y principios ambientales

Ni la doctrina nacional ni la extranjera están de acuerdo en el contenido, sentido y definición de los principios generales del derecho. Se podría sostener, en cambio, que la doctrina mantiene una cierta pasividad en cuanto a las funciones que a los principios se les atribuyen, siendo estas las de fundamentación del derecho, de interpretación y una función integradora de lagunas legales.

13 ALVEAR y CASH (2015), pp. 84-91.

14 BERGAMINI y PÉREZ (2015), p. 268.

15 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)/ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2016), *passim*.

16 MORAGA (2022), p. 3.

En nuestro ordenamiento jurídico, a los principios generales del derecho se les ha otorgado una función principalmente interpretativa y al abordaje de lagunas legales<sup>17</sup>. También se puede observar, cada vez con mayor frecuencia, una jurisprudencia tendiente a comprenderlos como informadores de toda la legislación, por tanto, como elementos para darle coherencia y sentido a todo el ordenamiento jurídico.

Desde una perspectiva general, analizar los principios conduce a una clásica discusión formulada en el marco de la filosofía del derecho, específicamente en los trabajos de Ronald DWORKIN, quien, respecto a si para todo caso jurídico existe una única respuesta, propuso una teoría distinta a la positivista<sup>18</sup>. Para la perspectiva positivista, como la de Kelsen y el modelo clásico ideado por Locke y Montesquieu, el sistema jurídico es un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia<sup>19</sup>. Sostiene Kelsen que, en el caso de vacío legal que no pueda ser llenado con ayuda de la metodología jurídica, el juez no está vinculado por el sistema jurídico, por lo que debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos<sup>20</sup>. Debido a lo anterior, para esta perspectiva no es posible hablar de una respuesta única<sup>21</sup>.

Dworkin, por su parte, contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico, proponiendo un modelo de principios. Este modelo, además de estar compuesto por reglas, está integrado de manera esencial por principios que permiten la existencia de una respuesta única correcta<sup>22</sup>. Esta respuesta única correcta o respuesta verdadera sería la que mejor pueda justificarse a través de una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y sus ponderaciones que se correspondan con la constitución, las reglas de derecho y los precedentes<sup>23</sup>.

Según Dworkin, el positivismo jurídico, y muy especialmente los postulados del profesor Hart, que intenta presentar una visión moderna y es-

tilizada del positivismo, conciben el derecho como un modelo de reglas que no dejan ver el papel central que en la práctica de aquel desempeñan los principios jurídicos, y, para hacer justicia al papel de tales principios –sostiene–, no queda otra alternativa que demoler el positivismo jurídico desde sus cimientos<sup>24</sup>.

En lo que respecta a Chile, se podría decir que la tendencia es más bien positivista, esto en el entendido de que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria entienden que los principios generales del derecho deben estar sancionados positivamente para tener vigencia<sup>25</sup>.

En materia ambiental, no existe un instrumento único de aplicación global que defina los derechos y obligaciones de los países<sup>26</sup>. Sí es posible identificar instrumentos con espíritu codificador de principios, donde por su orientación inspiradora a los gobiernos de preservar y mejorar el medio ambiente humano. Destaca nuevamente la Declaración de Estocolmo. Dicho instrumento fue adoptado por 113 Estados, y contiene 26 principios de contenidos y alcances variados, donde algunos de ellos fueron expresados de manera obligatoria<sup>27</sup>.

La Declaración de Río, adoptada por 176 Estados, también resulta fundamental en la etapa de codificación al formular 27 principios y situarlos en las relaciones internacionales a través del Programa 21 o Agenda 21. Esta Declaración, además de solicitar a las Naciones Unidas la incorporación de los principios en los programas y procesos del Sistema de Naciones Unidas, impulsa a los gobiernos a su disseminación en el sector público y privado, promoviendo el crecimiento económico, la justicia social y la protección del medio ambiente a través de la noción de desarrollo sostenible<sup>28</sup>.

También se pueden distinguir aquellas normas no jurídicas y no obligatorias pertenecientes al llamado *soft law*, aunque su cumplimiento, más bien, queda entregado a los Estados casi discrecionalmente. Según algunos autores, los diferentes documentos de *soft law* han generado una cierta

17 TERRAZAS (2004), p. 158.

18 DWORKIN (1989), pp. 72-79.

19 KELSEN (1982), pp. 201-210.

20 KELSEN (1982), pp. 254-258.

21 ALEXI (1988), p. 139.

22 DWORKIN (1989), pp. 80-101.

23 ALEXI (1988), p. 140.

24 CARRÍO (1970), p. 8.

25 TERRAZAS (2004), p. 158.

26 VALVERDE (1996), p. 1.

27 MAES (2007), p. 200.

28 PÜSCHEL y URRUTIA (2011), p. 1.

inflación de principios, degradando su carácter efectivamente principal al promover una cierta banalización del tema ambiental, esto en el sentido de impedir una interpelación efectiva a los sectores jurídicos más conservadores<sup>29</sup>. En contraposición a lo anterior, se ha sostenido que, pese a la falta de vinculación de estas normas, de todas maneras, cumplen una función de guía y orientación para el actuar de sujetos de derecho internacional, por lo que su importancia sería innegable<sup>30</sup>.

En concreto, los principios ambientales no tienen la misma uniformidad y aceptación; es más, en ocasiones no tienen un significado definido y hasta presentan conflictos entre ellos. Por lo anterior, su enumeración resulta amplia y confusa, ya que doctrinalmente se han ido aceptando nuevos principios con el paso del tiempo.

#### A) Principios ambientales a nivel legislativo

Considerando el rediseño institucional chileno y la diversidad de principios que han surgido desde el contexto internacional, resulta interesante saber cómo la legislación nacional les ha dado tratamiento. Al respecto se precisa que la legislación chilena no ha efectuado una codificación positiva expresa, sin embargo, existen distintos reconocimientos que permiten efectuar una distinción en tres grupos<sup>31</sup>.

El primer grupo de reconocimiento corresponde a aquellos principios consagrados directamente en la legislación, como ocurre con la Ley N° 20.920, que establece un marco para la gestión de residuos, recogiendo el principio contaminador pagador, participativo, precautorio y preventivo, entre otros<sup>32</sup>. Lo mismo ocurre con la Ley N° 20.657, que modifica la Ley N° 18.892 en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos mediante la aplicación de un enfoque precautorio<sup>33</sup>. La reciente Ley N° 21.455, por su parte, contiene una serie de principios orientados a un

29 JARIA (2019), p. 406.

30 MAES (2007), p. 190.

31 IRARRÁZABAL Y LUENGO (2018), p. 17.

32 Ley N° 20.920 (de 1 de junio de 2016), que establece el marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje.

33 Ley N° 20.657 (de 9 de febrero de 2013), que modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal

fin específico, cual es inspirar las políticas, planes, programas, normas, acciones y demás instrumentos que se dicten o ejecuten para hacer frente a los desafíos que presenta el cambio climático.

El segundo grupo está integrado por aquellos principios consagrados de manera indirecta a través del Mensaje de la Ley N° 19.300, los que se materializan a través de instrumentos, mecanismos y procedimientos. En este sentido, cuando el Mensaje de la ley señala la forma en que cada uno de los principios se manifiesta en los distintos instrumentos de gestión ambiental, lo que está diciendo es que la aplicación de ellos se debe hacer efectiva en la implementación de los distintos instrumentos de gestión o mecanismos de tutela.

Así, por ejemplo, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la educación ambiental, los planes de prevención y de descontaminación, entre otros instrumentos reconocidos en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, recogen el principio de acción preventiva. Las Normas de Calidad y Emisión, en tanto, recogen el principio de responsabilidad o principio contaminador pagador.

Un tercer grupo de principios está constituido por aquellos principios del ámbito internacional. Estos procederían en casos de imposibilidad de aplicación de los que se encuentran consagrados de manera directa e indirecta<sup>34</sup>.

#### B) Naturaleza de los principios ambientales

Luego de referir a los principios generales del derecho, principios de naturaleza ambiental y distinguir las formas de reconocimiento en la ley, resulta pertinente determinar cuál es su naturaleza. Esto permitirá entender el rol que deben cumplir en la institucionalidad y en la judicatura ordinaria y especializada. De igual manera, permitirá fijar una postura, lo que de cierta manera influirá en el resto de la investigación.

Al respecto, un sector de la doctrina sostiene que los principios ambientales no son capaces de dar respuesta concluyente a cuestiones dogmáticas

y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura, contenida en la Ley N° 18.892, y sus modificaciones.

34 IRARRÁZABAL Y LUENGO (2018), p. 14.

jurídicas, su naturaleza sería poco clara, por lo que debe ser determinada en cada uno de ellos<sup>35</sup>. Otro sector sostiene que los principios ambientales tienen la misma naturaleza y valor que los principios generales del derecho, por lo tanto, deben ser vinculantes en la dictación de actos jurídicos, y, respecto de ellos, la discusión solo debe centrarse en cuál es su contenido y no en si son principios jurídicos<sup>36</sup>.

En el orden local, tal como se expuso anteriormente, existen ciertos niveles o grados de reconocimiento legal. Así se desprende del Mensaje de la Ley N° 19.300 y se comprueba con ciertas leyes vigentes. Esto, sumado a la observancia de un periodo reciente en que el recurso de protección ambiental ha vuelto a ser utilizado transversalmente<sup>37</sup>, pudiéndose observar en los respectivos fallos una fuerte invocación del derecho internacional público y de los principios del derecho ambiental, que lleva a descartar la idea de considerarlos como instrumentos meramente orientadores.

A modo de ejemplo, conociendo de la apelación de un recurso interpuesto por ciudadanos afectados por un acto administrativo que calificó ambientalmente favorable el proyecto “Mina Invierno” y rechazó numerosas solicitudes de aperturas de procedimientos participativos, la Corte Suprema resolvió retrotraer el proceso de evaluación de impactos de una declaración de impacto ambiental al momento anterior a la resolución de calificación ambiental, ordenando someter el proyecto al procedimiento de participación ciudadana previsto en la ley. De manera muy exhaustiva, la Corte analizó los alcances de las cargas ambientales, los beneficios sociales, las externalidades negativas y la participación ciudadana, para finalmente acoger el recurso con un razonamiento notoriamente apoyado en principios ambientales. Específicamente, se distingue el principio precautorio, preventivo y de participación ciudadana. Respecto de este último, el considerando séptimo señala expresamente que “la participación ciudadana es uno de los principios del Derecho Ambiental Chileno”<sup>38</sup>.

35 IRARRÁZABAL y LUENGO (2018), p. 11.

36 BERMÚDEZ (2014), p. 46.

37 LEPPE (2021), p. 15.

38 “María Javiera Stipicic Escauriaza y otros, con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2016). Corte Suprema. 16 de marzo de 2017. Rol N° 55203-2016. Disponible en línea: <<https://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/stipicic-escauriaza-maria-javiera-672007505>>, p. 9.

Siguiendo la argumentación por vía ejemplar, es prudente referir al emblemático caso por sucesos de contaminación atmosférica en las comunas de Quinteros y Puchuncaví, del año 2018. Existieron recursos que fueron deducidos por miembros de las comunidades ya mencionadas, por autoridades parlamentarias y municipales, por organizaciones sociales e instituciones públicas en contra de algunas empresas ubicadas en el sector, como también contra autoridades públicas de los niveles central, regional y local. Entre otras solicitudes contenidas en los recursos se encuentra la adopción de distintas medidas, como la paralización de faenas, la reubicación de grupos familiares, la adopción de medidas de mitigación, la dictación de nuevas normas de calidad ambiental y la elaboración de un nuevo Plan de Descontaminación Atmosférica<sup>39</sup>.

En primera instancia, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, con voto disidente, desestimó todas las acciones al concluir que el recurso de protección en su variante ambiental solo podría abarcar situaciones de emergencia, pero no contextos generales de contaminación como el presentado en las localidades de Quintero y Puchuncaví.

Específicamente, el considerando tercero del fallo señala:

“[L]a Acción de Protección solo será pertinente para buscar remedios de emergencia frente a episodios de crisis, y exclusivamente en tanto ellos presenten una gravedad tal que se produzca esa relación inseparable entre los derechos amagados vida, salud y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. No lo será, en cambio, para intentar obtener soluciones de fondo o permanentes respecto de estados prolongados de saturación, o de situaciones históricas de contaminación ambiental, porque ello cae de lleno en la competencia que el artículo 17 de la Ley 20.600 le atribuye a los Tribunales Ambientales”<sup>40</sup>.

La Corte Suprema, por su parte, revocó parcialmente la sentencia del tribunal de instancia con un fallo destacable por su intento de hacerse cargo de problemas arrastrados por largos años y también por intentar cubrir todas las imputaciones atribuidas a la Administración del Estado<sup>41</sup>.

39 LEPPE (2021), p. 174.

40 “Francisco Chahuán Chahuán y otros, con Enap y otros” (2019). Corte de Apelaciones de Valparaíso. 19 de febrero de 2019. Rol N° 7266-2018, *Jurisprudencia ambiental*, años 2016 a 2020, pp. 177-208.

41 “Francisco Chahuán Chahuán y otros, con Enap y otros” (2019). Corte Suprema. 28 de mayo de 2019. Rol N° 5888-2019. Disponible en línea: <<https://observatoriop10>>.

En lo concerniente a los principios ambientales, el fallo reconoce que los jueces de Iberoamérica han asumido el conocimiento y aplicación de los principios ambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable, expresando como parte del principio de acceso a la justicia ambiental que las sentencias deben concretar soluciones que constituyan procesos de larga duración. De esta manera, encuentra sentido el razonamiento del tribunal que se estructuró y sustentó sobre el texto constitucional, otras fuentes formales de menor jerarquía y los principios ambientales.

Si bien destacan en el fallo los principios de desarrollo sostenible y el precautorio, también hay un reconocimiento al principio de participación ciudadana. Dicho reconocimiento se realiza con especial énfasis sobre aquella parte en que obliga a los recurridos a crear y mantener un sitio web destinado a incorporar los datos, antecedentes, pesquisas, resultados, informes, entre otros, que den cuenta de actuaciones llevadas a cabo para dar cumplimiento a las medidas dispuestas por la sentencia. Todo con el fin de facilitar el acceso a la información y, por ende, de la participación de las personas interesadas, muy en particular, de los vecinos de las comunas de Quintero y Puchuncaví.

Con posterioridad a los casos señalados, se ha hecho frecuente encontrar sentencias sustentadas en principios ambientales, y en particular de la participación ciudadana. Un ejemplo de ello es el caso del proyecto minero San Cayetano, ubicado en la ciudad de Ovalle, Región de Coquimbo. La Corte Suprema, acogiendo un recurso de protección, ordenó someter dicho proyecto a un proceso de participación ciudadana. El máximo tribunal consideró que la omisión del proceso de participación legalmente requerido por los actores deviene en ilegal al impedir la efectiva aplicación del principio de participación, de manera de no lesionar la garantía de igualdad ante la ley, lo que ocurre al no aplicarse las disposiciones contenidas en los artículos 26 y siguientes de la Ley N° 19.300<sup>42</sup>.

Un argumento similar se puede encontrar en la sentencia de la Corte Suprema relativa a centros de acuicultura en el Parque Nacional Kawés-

gar, en la Región de Magallanes. La Corte acogió un recurso de protección deducido por comunidades indígenas y organizaciones no gubernamentales, ordenando al Servicio de Evaluación Ambiental abrir un proceso de participación ciudadana en el proyecto de instalación, fusión y relocalización de centros de cultivos de salmones en las inmediaciones del parque. La Corte vuelve a sostener que la omisión del proceso de participación ciudadana deviene en ilegal cuando impide el ejercicio de participación ciudadana consagrado en el derecho nacional<sup>43</sup>.

Conforme a lo analizado, los principios ambientales serán considerados principios jurídicos con carácter integrador, interpretativo y de fundamentación de las demás fuentes formales del derecho. Esto significa que los operadores deberán inspirarse en ellos para garantizar una cabal interpretación normativa. La función integradora, por su parte, debe entenderse como un imperativo para aquellos que deban colmar vacíos legales. Este imperativo consistiría en tener presente los principios en todo momento, a fin de llevar al derecho a un sistema hermético.

Así considerados, los principios ambientales serían categorías especiales de los principios generales del derecho, por lo que deberían ser criterios rectores de todo el ordenamiento jurídico cuando se regula la relación del hombre con su entorno<sup>44</sup>.

### 3. PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL

El presente apartado, luego de analizar la evolución del derecho ambiental y su incorporación en el derecho ambiental, pretende abordar la consagración de la participación ciudadana como una institución propia del derecho ambiental. De tal manera, se abordará su construcción dogmática, su relación con la dimensión de derechos procedimentales o denominados “de acceso”, su reconocimiento normativo y la incardinación de esta institución en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

cepal.org/es/jurisprudencia/sentencia-la-corte-suprema-chile-rol-num-5888-2019>, pp. 40-59. Críticamente se analiza en ROJAS (2020), pp. 67-83.

42 “Junta de Vecinos Alto La Mollacas con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2021). Corte Suprema. 3 de noviembre de 2021. Rol N° 52957-2021. Disponible en línea: <<https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/11/PROYECTOSANCAYETANOSUPREMARol-No-52.957-2021.pdf>>, p. 14.

43 “Comunidad Indígena Atap y Otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2021). Corte Suprema. 31 de enero de 2022. Rol N° 60548-2021. Disponible en línea: <<https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/68596>>, pp. 6-12.

44 OLIVARES (2016), p. 437.

### 3.1. Participación ciudadana

En sentido amplio, participar significa compartir, tener las mismas opiniones o ideas que otra persona<sup>45</sup>; es decir, participar supone un mismo nivel de implicancia. Cuando hablamos de participación ciudadana, debemos entender que nos referimos a un involucramiento activo mayor, pues los que intervienen son los ciudadanos y las ciudadanas en procesos de toma de decisiones públicas con repercusión en sus vidas.

Entendida así, la participación ciudadana tiene la virtud de contribuir a generar una relación de colaboración y respeto mutuo entre el Estado y la ciudadanía, favoreciendo el fortalecimiento de la sociedad civil y una mayor legitimidad de las políticas públicas<sup>46</sup>. De esta manera, la participación ciudadana se transforma en una vía fundamental de consecución democrática, esto en cuanto participar supone deliberar, y esto último, a su vez, supone lograr consensos sobre temas de interés público<sup>47</sup>, lo que contribuye al reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos y deberes institucionalmente establecidos.

De lo señalado, se puede deducir que la participación es fundamental en la modernización de los sistemas democráticos como el chileno<sup>48</sup>. No solo por la posibilidad que representa para controlar las actuaciones estatales a través del *accountability* –término acuñado en los últimos años como sinónimo de rendición de cuentas o responsabilización<sup>49</sup>–, sino también porque la presencia de los ciudadanos en asuntos públicos se ha convertido en una condición necesaria para promover el bien común y configurar el rol del Estado al servicio de las personas<sup>50</sup>.

En cuanto a las modalidades formales y específicas de participación, según mandato legal, deben ser establecidas por los propios órganos de la

Administración del Estado y siempre dentro del ámbito de sus competencias<sup>51</sup>. De disposiciones encontradas en las Leyes N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, así como de las modificaciones introducidas por esta última a las Leyes N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, podemos señalar que los principales mecanismos son: acceso a la información relevante, cuentas públicas participativas, consultas ciudadanas y consejos de la sociedad civil, aunque, con posterioridad a su entrada en vigencia, se han incorporado nuevas formas participativas, como la audiencia pública, presupuestos participativos, cabildos ciudadanos territoriales y sectoriales, encuentros de diálogo participativo y las plataformas digitales participativas<sup>52</sup>.

Consolidando la importancia de la participación ciudadana y sus modalidades para hacerla efectiva, el Tribunal Constitucional sostuvo:

“[D]eben tener por objeto facilitar y promover, no entorpecer, el derecho establecido en el artículo 1, inciso final de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 5 de la misma Carta Fundamental, en orden a que las personas puedan participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”<sup>53</sup>.

### 3.2. Marco legal de la participación ciudadana ambiental

La participación ciudadana tiene reconocimiento constitucional. El artículo 1° inciso final de la Constitución vigente dispone que es deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Pese a lo expreso de la norma, hasta hace poco más de una década, el marco regulatorio era insuficiente para

45 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE) (2014). Disponible en línea: <<https://dle.rae.es/participar?m=form>>.

46 Instructivo Presidencial N° 030 (2000), p. 1. Disponible en línea: <[http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res26.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res26.pdf)>.

47 GARRIDO *et al.* (2016), p. 256.

48 El artículo 4° de la CPR señala: “Chile es una república democrática”.

49 MORALES (2016), p. 103.

50 Instructivo Presidencial N° 002 (2011), p. 5. Disponible en línea: <<https://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/002-2011.pdf>>.

51 El artículo 70 de la Ley N° 18.575 señala: “Cada órgano de la administración del Estado deberá establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia. Las modalidades de participación que se establezcan deberán mantenerse actualizadas y publicarse a través de medios electrónicos u otros”. Ley N° 18.575 (de 22 de junio de 2000), Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

52 Instructivo Presidencial N° 007 (2014), pp. 4-7. Disponible en línea: <<https://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/007.pdf>>.

53 NAVARRO Y CARMONA (2011), p. 563.

involucrar a la ciudadanía en las cuestiones públicas. Por ello, las mencionadas Leyes N° 20.285 y N° 20.500, del año 2008 y 2011, respectivamente, han significado un notorio avance en la satisfacción de los estándares participativos.

La Ley N° 20.285, también conocida como Ley de Transparencia, vino a recoger el mandato del Constituyente en materia de publicidad<sup>54</sup>. De la misma manera, a través de mecanismos de control entregados a los ciudadanos, pretende garantizar una participación activa, fortaleciendo la transparencia de los actos de gobierno<sup>55</sup>.

La Ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública introdujo una serie de modificaciones legales de las que destaca el agregado Título IV, “De la participación ciudadana en la gestión pública”, en la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 32), y también la incorporación de la participación de la sociedad civil a través del Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil en la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (artículo 33). Esta ley, además, reconoce el derecho de las personas de participar en las políticas, planes, programas y acciones del Estado, sancionando como contraria a derecho toda conducta destinada a excluir o discriminar, sin razón justificada, el ejercicio del derecho de participación (artículo 69).

De esta forma, la nueva normativa se presenta como propicia para concretar la idea que una mayor participación ciudadana en la política pública fomenta la gobernabilidad al aumentar la legitimidad de las decisiones, promoviendo el capital social<sup>56</sup>.

En lo específicamente ambiental, con notoria influencia del derecho internacional, la participación ciudadana se ha desarrollado con cierta importancia en nuestra legislación. Ya el Mensaje de la Ley N° 19.300 señalaba que detrás de sus objetivos existen principios que permiten darle coherencia y sin los cuales no se podría entender plenamente su real alcance y

54 El artículo 8° inciso segundo de la CPR señala: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen...”.

55 Instructivo Presidencial N° 002 (2011), p. 1. Disponible en línea: <<https://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/002-2011.pdf>>.

56 COLLADO (2018), p. 80.

pretensiones. Uno de ellos es el principio participativo que según el propio Mensaje debe ser considerado de vital importancia, puesto que para lograr una adecuada protección del medio ambiente se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática<sup>57</sup>.

De esta manera, la participación ciudadana logra un reconocimiento expreso en la Ley N° 19.300, la que además de imponer al Estado la obligación de facilitarla y de permitir el acceso a la información, lo mandata a promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente (artículo 4°). Más aún, en un intento conceptualizador, el legislador ha señalado, en el artículo 30 bis, lo siguiente:

“La participación ciudadana comprende los derechos de acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas”.

Si bien los términos son categóricos al consagrar los derechos de información ambiental y el de obtener respuesta fundada de las observaciones vertidas en el proceso de participación, no son lo suficiente precisos para comprender la figura participativa en todas sus dimensiones.

### 3.3. Instancias participativas en materia ambiental y participación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

La Ley N° 19.300 contempla diversas instancias participativas, como aquella establecida en el Sistema de Evaluación Ambiental Estratégica, con un procedimiento que busca incorporar consideraciones ambientales del desarrollo sustentable al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general con impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad (artículo 2° letra i bis).

Asimismo, se consagra la participación en la dictación de las normas de calidad ambiental y normas de emisión. Ambas con el imperativo de establecerse mediante decreto supremo y sujeción a un procedimiento compuesto por distintas etapas de las que destacan las consultas a organismos

57 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1992), p. 15.

competentes, públicos y privados, el análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad (artículos 32 y 40).

También se contempla una instancia participativa en la elaboración de los planes de prevención y descontaminación. Su elaboración corresponde al Ministerio del Medio del Ambiente y su establecimiento definitivo se debe efectuar mediante decreto supremo que llevará la firma del mismo ministerio. Al igual que el caso de las normas de calidad ambiental y normas de emisión, la participación ciudadana se efectuará mediante el mecanismo de consulta a organismos públicos y privados (artículo 44).

No solo en la Ley N° 19.300 encontramos instancias participativas. También se distinguen en otros cuerpos normativos, por nombrar algunos: Consejo Consultivo del Bosque Nativo, Cuentas Públicas de las Áreas Silvestres Protegidas, Consejo de Política Forestal, Consejo Consultivo para la Conservación y el Uso Sustentable del Alerce.

Si bien todos los instrumentos, procedimientos e instancias de participación son importantes y merecen un análisis por separado, en esta oportunidad se destaca la participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, esto por ser el instrumento de protección ambiental más utilizado en Chile y el más expandido en el derecho comparado<sup>58</sup>. También destaca, por su intento de materializar algunos principios del derecho ambiental como el preventivo, el precautorio y el de cooperación, del que a su vez la participación ciudadana puede considerarse una manifestación. Esto último, atendido el rol activo que le corresponde a la comunidad en la protección del medio ambiente<sup>59</sup>.

Hasta el momento, podríamos inferir que el reconocimiento y regulación legal de la participación ciudadana en materia ambiental, y específicamente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, es suficiente para considerarla como una institución efectiva y útil en la solución de conflictos ambientales.

El tema no está libre de discusión. Son varios los aspectos cuestionados que en definitiva permiten dudar de su real efectividad. En efecto, se ha dicho que esta instancia participativa puede constituir una real oportunidad

de influencia del público en la decisión resultante y de lograr acuerdos mutuamente beneficiosos, pero su alcance finalmente es limitado y ello impide considerarla como una solución completa para conflictos ambientales complejos<sup>60</sup>.

También se critica la falta de obligatoriedad de participación en las declaraciones de impacto ambiental. En estos instrumentos solo se podrá participar previa solicitud de interesados y siempre que se cumplan los —no pocos— requisitos establecidos en la ley (artículo 30 bis). En razón de lo anterior, es posible notar una práctica recurrente en que los titulares de proyectos ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante declaración, precisamente para evitar el proceso participativo obligatorio que se contempla en el ingreso por Estudio de Impacto Ambiental<sup>61</sup>. Sobre este mismo punto, es necesario considerar que el rechazo a una solicitud de participación ciudadana podría derivar en una indefensión de interesados, pues, al no abrirse proceso participativo, los solicitantes carecerían posteriormente de legitimación activa para recurrir en el contencioso administrativo<sup>62</sup>.

Asimismo, es cuestionable el tardío espacio formal en que la ciudadanía puede ejercer la participación. Este comienza una vez concluido el diseño de ingeniería, por lo que la posibilidad que tienen los ciudadanos de incidir en la elaboración del proyecto es demasiado estrecha en términos de la idea, la prefactibilidad y factibilidad de las inversiones<sup>63</sup>. Para esta línea argumentativa, el rol otorgado a los ciudadanos en la protección ambiental no es significativo, la participación no estaría asegurada para generar una real influencia en las decisiones de la autoridad.

Otro punto que se ha sostenido es que la participación ciudadana no se ha ejercido de manera funcional a los objetivos que teóricamente se le han entregado. Las barreras artificiales que existen en diversas instancias complejizan la satisfacción de un derecho que, de por sí, es difícil de ejercer y garantizar. Lo anterior ha derivado en una cierta crisis de legitimidad en las decisiones tomadas al interior del Sistema de Evaluación de Impacto

58 BERMÚDEZ (2014), p. 263.

59 MIROSEVIC (2011), p. 282.

60 CHÁVEZ (2015), p. 79.

61 SILVA (2019), p. 45.

62 MIROSEVIC (2011), p. 310.

63 LARA y LETELIER (2017), p. 307.

Ambiental, debido a la desconfianza generalizada en las instituciones y, en particular, a la sensación de baja importancia a la colaboración de la ciudadanía<sup>64</sup>.

También como una barrera de participación, de carácter económico, encontramos los costos profesionales y técnicos necesarios para una correcta participación. La desigual condición económica de las partes que suelen litigar en juicios ambientales y la necesidad de contratar servicios profesionales y técnicos especializados, con costos no siempre accesibles para la ciudadanía, incidirían en acentuar la desigualdad de las partes involucradas<sup>65</sup>. Lo anterior se plantea no solo como una barrera de participación, sino también como una limitante de acceso a la justicia ambiental.

En este orden de ideas, una de las principales deficiencias del sistema corresponde a la falta de regulación en la ponderación que se debe asignar a la participación de la ciudadanía. Específicamente, el artículo 29 inciso tercero de la Ley N° 19.300 refiere a cómo debe proceder la autoridad administrativa ambiental después de verificada la participación. Sin embargo, no fija la ponderación que se debe asignar a tal participación, limitándose solamente a señalar que “[e]l Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones...”<sup>66</sup>. Esta falta de precisión fue abordada por el Servicio, que para estandarizar criterios elaboró un oficio ordinario para tener presente al momento de atender observaciones ciudadanas<sup>67</sup>. No obstante, el oficio tampoco precisó el término “considerar”, lo que mantuvo la controversia respecto de su sentido y alcance.

La falta de precisión respecto a la consideración de observaciones ha sido abordada en diversos fallos que muestran una cierta uniformidad al entender que no es equivalente al concepto “acoger”. En esta línea, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago ha recalado que el deber de la au-

toridad es disponer la información, recibir observaciones y hacerse cargo de las mismas, pero no está obligado a acogerlas:

“[C]abe aclarar que la debida consideración de las observaciones ciudadanas, por parte de la Administración, obviamente no implica concluir en una posición favorable a lo observado, pero si obliga a la autoridad a motivar adecuadamente su respuesta...”<sup>68</sup>.

Como una mejora se podría señalar la modificación introducida por la Ley N° 21.449 al artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, que, en lo relativo a las declaraciones de impacto ambiental, amplió de diez a treinta días el plazo para que las organizaciones ciudadanas, cumpliendo con los requisitos que establece la norma, puedan solicitar la realización de un proceso de participación ciudadana. Sin embargo, pese a que es posible notar que la participación ciudadana tiene reconocimiento e importancia distinguida dentro de la legislación ambiental nacional, las múltiples, variadas y atendidas críticas no permiten determinar, aun si su regulación específica es suficiente para cumplir las funciones que le han sido entregadas o, por el contrario, si es lo suficientemente incompleta e imperfecta para confirmar que adolece de garantías que permitan una satisfacción efectiva en la contribución al aseguramiento del derecho fundamental de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En razón de lo anterior y principalmente por haber constatado resultados desiguales entre la ciudadanía y los titulares de proyectos, también en el afán de propender a una participación ciudadana efectivamente colaboradora con el aseguramiento del derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se propone un concepto inspirado principalmente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en los siguientes términos:

“La participación ciudadana ambiental es una institución compleja que para su efectividad requiere, además del reconocimiento de vías para su ejercicio, la disposición de información útil y una debida asistencia, esto último en caso de ser requerido y justificado, con el fin de permitir una participación con conocimiento integral del asunto en particular, posibilitando, de esta manera, una

64 COSTA y BELEMMI (2017), p. 27.

65 HERNÁNDEZ (2018), pp. 31-37.

66 El artículo 29 inciso tercero de la LBGMA señala: “El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de ésta, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto”. Ley N° 19.300 (de 9 de marzo de 1994), Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

67 SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2013), p. 3.

68 “Comité pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental” (2016). Segundo Tribunal Ambiental. 27 de octubre de 2016. Rol R-86-2015. Disponible en línea: <<https://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2014/07/R-86-2015-28-10-2016-Sentencia.pdf>>, p. 30.

mayor legitimidad ciudadana sobre las decisiones que se adopten sobre dicho asunto y sus alcances”.

Se previene que la participación ciudadana ambiental ha sido conceptualizada desde diferentes perspectivas. Esto se justifica por el hecho de no ser un concepto neutro, entonces, al formularse alguna proposición conceptual se involucran, explícita o implícitamente, sistemas de normas y valores, así como también diferentes objetivos.

Con el concepto propuesto no se pretende resolver el problema acerca de cómo ponderar la participación ciudadana ambiental o cómo asegurar la influencia del público en la decisión. Sí, en cambio, se intenta refrendar la idea de que el conocimiento técnico, siendo del todo necesario para obtener antecedentes de carácter científico, no es suficiente por sí solo para resolver problemas ambientales complejos. Estos últimos generalmente consideran variables sociales que con un enfoque puramente científico y tecnocrático no se pueden resolver.

Por su parte, la participación ciudadana ambiental tiene la virtud de incorporar a la decisión aquel conocimiento llamado primario, que permite a las personas y comunidades acumular diversa, valiosa y variada experiencia a lo largo de los años y que en una instancia debidamente garantizada, lo que implica más que un espacio de tiempo dentro de un procedimiento, debe ser puesta a disposición de la autoridad respectiva para favorecer una visualización holística de elementos, hechos e impactos considerados o no considerados originalmente en proyectos o actividades sobre los que deba resolver.

### 3.4. Participación ciudadana y otros derechos de acceso

Es un hecho que la participación ciudadana ambiental se ha ampliado en los últimos años, pero ejercer este derecho no es suficiente si hay ausencia de información pertinente y de calidad respecto del asunto en el que se participa. Tampoco lo será si no se contemplan vías judiciales para los casos de infracción de ley, lo que determinará que su contribución efectiva a la democracia ambiental sea limitada. Siendo entonces la información un requisito fundamental previo o simultáneo de la participación ciudadana, surge la pregunta: ¿qué nivel de garantía tiene la disponibilidad y acceso a la información para que los ciudadanos puedan participar durante la toma de decisiones ambientales?

En primer término, resulta oportuno referir al Acuerdo de Escazú. Este instrumento reconoce como pilares centrales de la democracia ambiental para América Latina y el Caribe los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales (artículo 1). Aunque el Acuerdo de Escazú no ofrece un catálogo de normas sustantivas, sino más bien se enfoca en brindar garantías procesales, su adopción viene a llenar una necesidad de sistematización y orden normativo de los derechos de acceso en la región<sup>69</sup>.

En lo referido a la información, específicamente el artículo 5, regula la accesibilidad, el régimen de denegación de acceso, las condiciones aplicables a la entrega y los mecanismos de revisión independientes. El artículo siguiente regula la generación y divulgación, constituyendo la fase activa del deber de acceso a la información.

Por su espíritu, Escazú constituye un avance en la consecución democrática ambiental al poner en práctica el Principio 10 de la Declaración de Río. Dicho principio manifiesta un claro mensaje: que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los interesados en los procesos de adopción de decisiones, para lo cual se necesita acceso a la información adecuada y oportuna respecto de procedimientos administrativos y judiciales.

Es necesario referir nuevamente a la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, que recoge el mandato del constituyente en materia de publicidad. De tal manera, sus disposiciones son perfectamente aplicables al análisis sobre el acceso a la información ambiental. Estos mandatos se manifiestan a través de dos vías: haciendo pública la información de propia iniciativa y sin necesidad de requerimiento alguno, entendida como transparencia activa, o bien facilitando el acceso a toda persona que lo requiera<sup>70</sup>, haciendo efectivo el derecho de todo ciudadano de informarse. De esta manera, su cumplimiento estaría garantizando el derecho de acceso a la información elaborada o contenida por los órganos de la Administración, lo que, adicionalmente, favorece la gestión interna, al aumentar la

69 JIMÉNEZ (2019), pp. 386 y 396.

70 Instructivo Presidencial N° 008 (2006), p. 2. Disponible en línea: <[http://www.gobiernotransparente.gob.cl/asistente/oficios/Instructivo\\_Presidencial\\_008.pdf](http://www.gobiernotransparente.gob.cl/asistente/oficios/Instructivo_Presidencial_008.pdf)>.

transparencia de las instituciones y posibilitar una mayor confianza entre los ciudadanos y sus autoridades<sup>71</sup>.

También desde una perspectiva general, corresponde referir a la Ley N° 18.575, específicamente a la obligación contenida en su artículo 71, que obliga a los órganos de la Administración del Estado a “poner en conocimiento público información relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que ésta sea oportuna, completa y ampliamente accesible”. Si bien la norma no es específicamente de carácter ambiental, el mandato es para todos los órganos de la Administración, por lo que se deben entender comprendidos aquellos de naturaleza ambiental.

Más en concreto, el artículo 4° de la Ley N° 19.300 impone al Estado el deber de “permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente”. Esta norma se encuentra en total armonía con el mandato constitucional, ya que permite a los ciudadanos acceder no solo a la información elaborada por los órganos de la Administración, sino también a aquella que esté en poder de esta última, pero que proviene de particulares, como sucede con aquella referente a la elaboración de proyectos o actividades con impacto.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley N° 20.600 de Tribunales Ambientales establece un procedimiento público e impulsado de oficio por el tribunal hasta su resolución definitiva. Al permitir el conocimiento efectivo de la causa por la sociedad, cosa que permite ejercer el derecho de participación, incluso en calidad de tercero, la norma se transforma en un claro avance en materia de acceso a la información.

Existen otros antecedentes que permiten notar un desarrollo en este derecho. Ejemplo de ello se materializa en que han aumentado las publicaciones de informes periódicos y se han reforzado los sistemas de información<sup>72</sup>. Sobre esto último, se deben distinguir los sistemas introducidos por la Ley N° 20.417 donde destacan: el Sistema Nacional de Información Ambiental, el Sistema de información de cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental, el Sistema de información sobre permisos y au-

torizaciones ambientales, el Sistema de información de líneas base de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental<sup>73</sup>.

De lo expuesto, se puede concluir que Chile ha reforzado su marco regulatorio en materia de disponibilidad de información ambiental. En cuanto al acceso, este se encuentra mandado por ley, por lo que su garantía encuentra un cierto nivel de seguridad, al menos desde el plano teórico. Lo anterior es sin desconocer las mejoras pendientes en el avance de una implementación efectiva y plena de este derecho, principalmente en materia de cobertura e integridad de información, donde aún se identifican problemas<sup>74</sup>.

En cuanto a la justicia ambiental y su regulación en el ordenamiento jurídico local, se ha dado un tratamiento dispar respecto de los otros pilares de la democracia ambiental reconocidos en el Principio 10 de la Declaración de Río. A diferencia del derecho de acceso a la información ambiental y de la participación ciudadana, el derecho de acceso a la justicia ambiental tiene un reconocimiento difuso, siendo su mayor expresión la dictación de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales.

La mencionada ley dota al sistema de una jurisdicción especializada para temas complejos y sensibles como es el medio ambiente. Además, reconoce a las personas la capacidad de actuar ante órganos competentes establecidos por ley tanto para garantizar el ejercicio de los derechos ambientales como para solicitar directamente su defensa por afectación de actos u omisiones de particulares o de la Administración<sup>75</sup>.

La falta de tratamiento igualitario de los pilares de la democracia ambiental no es motivo para negar la existencia de una estrecha, lógica y casi natural relación entre información ambiental, justicia ambiental y participación ciudadana. Se podría decir que la información ambiental es el requisito previo para alcanzar la justicia ambiental; la participación, que imaginariamente podríamos ubicar en el medio de ambos derechos, sería una de las vías para conducir tal información hacia la justicia ambiental<sup>76</sup>.

71 CHILE TRANSPARENTE (2021), p. 1.

72 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)/ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2016), p. 30.

73 BERMÚDEZ (2010), pp. 580-584.

74 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)/ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2016), p. 130.

75 MUÑOZ (2014), p. 125.

76 BERMÚDEZ (2010), p. 590.

Es decir, mientras mayor sea la información, los ciudadanos estarán en una mejor posición para participar o exigir la distribución que creen justa de los servicios que el medio ambiente otorga y para evitar las cargas que consideran inequitativas<sup>77</sup>. Dicho de otra manera, en la justicia ambiental procedimental, la información es un requisito de tal y la participación ciudadana es un medio para conducirla.

Pese a la importancia del acceso a la justicia ambiental, hay ciertos objetivos de este derecho que no se cumplen. Tal es el caso de la finalidad de nivelar o equilibrar la asimetría existente entre las partes, donde una de las principales manifestaciones serían las limitantes para incoar el procedimiento ante los tribunales ambientales, ya que el acceso corresponde solo a las personas naturales y jurídicas que sean titulares de un derecho o interés afectado.

Excepcionalmente, se podrá comparecer sin tener un derecho ni interés involucrado. Esto a través de una acción popular que solo podrá ejercerla quien considere que los actos administrativos que dicten los ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación infrinjan la ley, las normas y los objetivos de los instrumentos señalados (artículo 18 N° 6 de la Ley N° 20.600).

No menos importantes son aquellas restricciones ya referidas como las condicionantes para participar ciudadanamente en las evaluaciones de impacto ambiental por medio de declaración. Asimismo, los costos por servicios profesionales, costas y cauciones que en definitiva impiden ampliar el acceso a los tribunales ambientales permitiendo, en consecuencia, una coexistencia con las vías procesales clásicas del recurso de protección y la nulidad de derecho público, que en ocasiones no son las más idóneas para conocer de las controversias ambientales cuando se trata de un contencioso administrativo<sup>78</sup>.

Como se advierte, la participación ciudadana tiene reconocimiento e importancia distinguida dentro de la legislación ambiental nacional. Sin embargo, las múltiples, variadas y atendidas críticas no permiten determinar, aun si su regulación específica es suficiente para cumplir las funciones

77 BERMÚDEZ (2010), p. 591.

78 BORDALÍ (2019), p. 11.

que le han sido entregadas, o, por el contrario, si es considerada incompleta e imperfecta, confirmando que adolece de garantías que permitan una satisfacción efectiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Enseguida, se revisarán las garantías del artículo 19 N° 8 de la Constitución y luego las garantías propias de la participación ciudadana ambiental. Si el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra debidamente garantizado, podríamos presumir que todos los instrumentos o vías que contribuyen a su concreción tienen una correcta consagración. Por el contrario, en carencia de garantías del derecho fundamental, no debería sorprender si los instrumentos o medios contributivos, como la participación ciudadana ambiental, no se encuentran lo suficientemente garantizados.

#### 4. DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL

En el presente apartado se analizará cómo la participación ciudadana en materia ambiental ha encontrado en el sistema de garantías fundamentales una materialización de sus contenidos, encauzándolo en los procedimientos judiciales y administrativos dispuestos para ello. De tal manera, se revisará la relación entre derechos fundamentales y la temática ambiental, así como los mecanismos de incorporación al sistema normativo nacional.

##### 4.1. Derechos fundamentales y medio ambiente

La Constitución reconoce distintos tipos de derechos, pero solo un grupo de ellos corresponde a los llamados derechos fundamentales. Estos han sido objeto de distintas conceptualizaciones, consecuencia de un fenómeno de inflación generado a partir de la segunda mitad del siglo XX, donde se comenzaron a incorporar en los textos constitucionales derechos que carecían de la trascendencia o universalidad que caracterizaba a los textos anteriores<sup>79</sup>.

79 ALDUNATE (2008), p. 40.

En cuanto a la expresión “derechos fundamentales”, ALDUNATE efectúa una sistematización, señalando que el sentido más difundido corresponde al uso del término para aludir a aquellos derechos de las personas que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional. Conforme a este criterio, el uso de la expresión es meramente formal y consiste en el solo reconocimiento constitucional, sin importar la identidad de los mismos.

Otra postura expone la idea de considerarlos como aquellos derechos de los que son titulares las personas, no por concesión de las normas positivas, sino por el mero hecho de ser personas. Vale decir, existirían con anterioridad e independencia de las normas positivas. Esta postura se puede sintetizar en la idea de considerarlos como derechos naturales e innatos, de carácter primario o básico, cuya condición de fundamental alude a su importancia o trascendencia para el desarrollo de la persona.

Como tercera alternativa, señala ALDUNATE, se ha propuesto reservar la utilización teórica de la expresión de derechos fundamentales en un sentido formal o estructural. El rasgo definitorio, según esta posición, sería la universalidad, sin atender a la naturaleza o importancia de los intereses protegidos bajo este concepto<sup>80</sup>.

De lo expuesto, cotejado con la realidad, es posible sostener que los derechos fundamentales tienen rasgos de las tres acepciones, aunque se reconoce la necesidad de fijarlos por escrito en declaraciones o constituciones, dada su relevancia y distinción por sobre otros derechos<sup>81</sup>. Así, conforme con la doctrina nacional, los derechos fundamentales, también llamados derechos esenciales, serían aquellos enumerados en el artículo 19 de la Constitución y también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y hayan sido incorporados al derecho interno<sup>82</sup>.

En el sentido anterior, el reconocimiento del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se sitúa en lo más alto del ordenamiento jurídico, elevándose su importancia a la categoría de derecho fundamental. Por lo mismo, se ratifica la idea de lo sostenido en el primer apartado en

80 ALDUNATE (2008), p. 39.

81 ALDUNATE (2008), p. 40.

82 NOGUEIRA (2003), p. 412.

cuanto a que la proposición normativa del artículo 19 N° 8 correspondería al primer gran hito en el desarrollo de la institucionalidad ambiental chilena, pues toda norma y política que concierna al medio ambiente debe ser dictada y ejecutada con observancia de este derecho.

Ahora, el reconocimiento de un derecho fundamental no es el objetivo final, como se desprende del artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Más bien es el comienzo de una serie de obligaciones para el Estado, específicamente de las obligaciones de respetar, promover y garantizar tales derechos. Como sistematiza NOGUEIRA, la primera de ellas se debe entender como una obligación negativa para los órganos y agentes del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida. También dentro de esta obligación, pesa el imperativo para que el ordenamiento jurídico completo se ordene con el objeto de asegurar el goce efectivo de los derechos constitucionalmente reconocidos a las personas que se encuentren dentro de su territorio y jurisdicción.

Por su parte, la obligación de promoción se debe entender como la contribución efectiva a la que están llamados los órganos del Estado y los poderes públicos respecto de los derechos asegurados y de los valores que ellos representan, aun en el caso en que no exista pretensión subjetiva, obligación asumida en el mismo artículo 5° inciso segundo, al disponer que “[e]s deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos”.

Finalmente, señala que la obligación de garantía, que más importa en esta oportunidad, exige que el Estado asegure la eficacia práctica con todos los medios a su alcance, estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que permitan superar los obstáculos para su ejercicio<sup>83</sup>.

#### 4.2. Las garantías del artículo 19 N° 8 de la Constitución

Suelen utilizarse los términos “derecho fundamental” y “garantía” con significación similar. Lo anterior es posible mediante una noción comprensiva de distintos ámbitos o dimensiones en los que operan elementos de garantías, como el reconocimiento escrito en el texto constitucional, que sería su expresión más primaria; su carácter de fundamental, que lo pondría en

83 NOGUEIRA (2003), p. 413.

una situación privilegiada respecto de otros derechos; las vías jurisdiccionales, para obtener la declaración de un derecho afectado, entre otros mecanismos, como la compensación y reparación en función de su vulneración.

En este sentido amplio, las garantías se incorporan a los derechos desde el mismo proceso de positivización. No obstante, la noción de garantía también conserva un significado autónomo y diferenciado, pudiendo entenderse como aquellos instrumentos al servicio de la concreción fáctica de la promesa normativa. Incluso en Chile, la distinción entre “derecho” y “garantía” se ha planteado como una relación entre lo principal y lo accesorio<sup>84</sup>.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que “garantizar” implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituyen incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio Pacto de San José<sup>85</sup>.

Para el profesor Luigi FERRAJOLI, las “garantías constitucionales” se vinculan con la rigidez de la Constitución, y consisten en las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas.

Su tesis sostiene:

“La rigidez de las normas constitucionales impone al legislador dos clases de garantías constitucionales, conectadas entre sí como las caras de una misma medalla y correspondientes a la doble naturaleza, de aspecto negativo y de aspecto positivo que revisten, en particular, los derechos fundamentales con ellas establecidos: por un lado, las garantías negativas, consistentes en la prohibición de derogar; por el otro, las garantías positivas, consistentes en la obligación de realizar lo dispuesto por ellas”<sup>86</sup>.

Previo a la revisión de algunos aspectos de la tesis, a la que adhiero, es conveniente hacer una precisión. Con la expresión “garantías constitucionales” normalmente se alude a la rigidez de la Constitución, es decir, a la

no modificabilidad de principios, normas e instituciones previstas en ella y al control de la constitucionalidad respecto de las leyes en conflicto con la misma. No obstante, la rigidez constitucional no es propiamente una garantía, sino más bien un rasgo característico de la estructura jerárquica de las normas.

Volviendo a la tesis de FERRAJOLI, se distinguen dos clases de garantías: las de naturaleza negativa y las de naturaleza positiva. Las negativas consisten en las prohibiciones de inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario, al cual se le impide la producción de normas en conflicto con ella. Esta prohibición de inderogabilidad da lugar a una nueva distinción entre garantías negativas primarias y garantías negativas secundarias<sup>87</sup>.

Las primarias corresponden a la prohibición de producción de normas de ley que violen o deroguen normas constitucionales, y se materializan a través de las normas sobre la revisión constitucional. Las segundas consisten en la anulación o en la inaplicación de las normas de ley reñidas con las normas constitucionales y, por tanto, en violación de su garantía negativa primaria. Se materializan por medio de las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad<sup>88</sup>.

Las garantías constitucionales positivas, a su vez, serían aquellas indispensables para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Según FERRAJOLI, aquellas consisten en la obligación a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos de establecer una legislación de ejecución; en suma, en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados<sup>89</sup>.

En lo particular, analizando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y siguiendo a FERNÁNDEZ, no debemos entender que se trata de proteger el ambiente de toda contaminación, pues ello sería imposible de lograr. La protección debe ser de aquella contaminación en que los contaminantes lleguen a constituir un riesgo para el ser humano y el medio en que vive y se desarrolla, es decir, la naturaleza<sup>90</sup>.

87 FERRAJOLI (2006), p. 25.

88 Ídem.

89 FERRAJOLI (2006), p. 28.

90 FERNÁNDEZ (2004), p. 86.

84 ALDUNATE (2008), pp. 62-67.

85 FERRER y PELAYO (2012), p. 155.

86 FERRAJOLI (2006), p. 25.

La segunda parte del inciso primero del artículo 19 N° 8 contiene dos obligaciones para el Estado que debemos entender comprendidas dentro del derecho fundamental. Me refiero al deber de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y al de tutelar la preservación de la naturaleza. Respecto del deber de velar, lo que hace el constituyente es imponer al Estado una obligación de acción, la que en su ejercicio se debería hacer extensiva a todos los órganos de la Administración del Estado, ya sea en su función ejecutiva, legislativa, jurisdiccional o contralora. En esta lógica, los órganos de la Administración, dentro de sus competencias, tendrían el deber de velar por este derecho, observando, cuidando y previniendo que su ejercicio no sea privado, perturbado o amenazado<sup>91</sup>.

El deber de tutelar la preservación de la naturaleza cuenta con una definición legal en el artículo 2° letra p) de la Ley N° 19.300, formulada en los siguientes términos:

“Para todos los efectos legales, se entenderá por:

[...] p) Preservación de la Naturaleza: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país”.

Como es posible notar, existe una obligación expresa impuesta para el Estado de garantizar positivamente el derecho fundamental. Sin embargo, ni esta norma ni otras disposiciones de la Constitución refieren a la forma en cómo se deben satisfacer estas obligaciones. Es más, tampoco el constituyente estableció modalidades específicas y concretas para su cumplimiento<sup>92</sup>.

De lo anterior se desprende que la idea de garantía también debe incluir mecanismos que permitan enfrentar una transgresión del derecho. Es por ello que cabe referir a la acción constitucional de protección en materia ambiental, concebida originalmente como garantía del ejercicio de determinados derechos y libertades, y con naturaleza eminentemente cautelar, orientada a la adopción rápida de medidas y providencias conducentes al restablecimiento del imperio del derecho<sup>93</sup>.

91 CARRASCO (2020), p. 54.

92 CARRASCO (2020), p. 53.

93 FERNANDOIS y CHUBRETOVIC (2016), p. 85.

Si bien la acción es esencial para defender jurídicamente el derecho otorgado, así como su implementación permite darle coherencia a la democracia constitucional, su naturaleza judicial más bien lo ubican dentro del concepto amplio de garantía, equivalente a todos los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y no a un concepto restringido o estricto orientado a la efectividad o concreción fáctica del derecho reconocido. A mayor abundamiento, desde la modificación constitucional del recurso de protección en el año 2005, la jurisprudencia asociada ha transitado por periodos marcados de diversos criterios de interpretación que generan incertidumbre sobre la real utilidad de esta acción en materia ambiental.

Al respecto, es posible distinguir un primer periodo con una pérdida de la deferencia técnica hacia la evaluación ambiental; un segundo periodo en que la discusión se centró en la extensión de la tutela; un tercer periodo, no concluido del todo, en que se trasladó la discusión a la naturaleza jurídica de los actos administrativos supuestamente ilegales; un cuarto periodo con una marcada sugerencia de ocurrir ante los tribunales ambientales y finalmente un periodo reciente en que ha recobrado cierto vigor<sup>94</sup>.

En suma, la carencia de disposiciones procedimentales, de modalidades de ejecución en el texto constitucional y la naturaleza de la vía jurisdiccional de protección, impiden sostener que la fórmula constitucional vigente para los asuntos ambientales, específicamente en materia de garantías, resulta suficiente<sup>95</sup>. Lo anterior permite perfectamente presumir la existencia de una laguna de garantías a nivel constitucional.

### 4.3. Las garantías de la participación ciudadana ambiental

Desde la primera sección se ha desarrollado la conceptualización de la participación ciudadana ambiental como un principio de naturaleza jurídica, lo que no debiera interferir en otras concepciones que se puedan hacer de la participación como institución. De acuerdo a lo anterior, y sin perder su naturaleza de principio, la participación ciudadana ambiental también asumiría el rol de instrumento contributivo para que la proposición normativa en análisis sea practicable.

94 LEPPE (2021), pp. 14-15.

95 CUBILLOS (2020), p. 26.

Para contribuir al aseguramiento de un derecho, la participación ciudadana ambiental debería estar lo suficientemente garantizada; de lo contrario, su alcance sería limitado y su contribución efectiva sería cuestionable.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-23/17, ha señalado que la participación ciudadana ambiental es uno de los pilares fundamentales de los derechos de acceso y que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar al medio ambiente<sup>96</sup>.

Continuando con el juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la participación ciudadana ambiental debe ser asegurada desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones, informando al público sobre estas oportunidades de participación. Además, esta debe hacerse sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente debe haberse garantizado el acceso a la información<sup>97</sup>.

En el ámbito local, debemos recordar que la participación ciudadana tiene anclaje constitucional. El artículo 1º inciso final de la Constitución dispone que es deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Si bien la norma no asegura específicamente el derecho de participación en materia ambiental, sabemos que estas se presentan como uno de los ámbitos de mayor relevancia en asuntos participativos, por lo tanto, la norma es perfectamente aplicable al tema en estudio. Lo anterior se explica debido al carácter social del ambiente, a la universalidad del daño al entorno y a la titularidad común de los elementos que la componen<sup>98</sup>.

También debemos recordar que nuestra legislación ha avanzado hacia una regulación que incluye distintas instancias participativas, y esto nos podría llevar a sostener la existencia de una política y un diseño regulatorio dirigidos a garantizar la participación ciudadana ambiental en la forma señalada anteriormente. Sin embargo, a partir de la verificación de detalle, la impresión apunta a lo contrario, y ha sido precisamente al abordar estos

96 COSTA (2020), p. 191.

97 Ídem.

98 MIROSEVIC (2011), p. 282.

asuntos cuando se han notado con mayor nitidez las deficiencias de nuestro sistema.

La falta de certeza de resultados en procesos participativos, las barreras económicas, la falta de acción popular para concurrir a la judicatura especializada, entre otros hechos, impiden avanzar hacia una convicción de contribución efectiva del derecho fundamental reconocido. Con la finalidad de encontrar nuevos antecedentes para luego proponer conclusiones, se revisarán algunas consideraciones doctrinales sobre la materia.

#### 4.4. Consideraciones doctrinales necesarias para concretar la participación ciudadana ambiental

Sherry ARNSTEIN señaló que la participación pública se puede dar en diferentes grados, y los resultados para cada uno de ellos variarán dependiendo de la forma en que se distribuya el poder sobre la decisión entre la autoridad y la ciudadanía.

ARNSTEIN elaboró la conocida escala de participación ciudadana, que considera ocho niveles de acuerdo al poder entregado a los participantes en la decisión. Estos niveles van desde la falta de participación, en que se incluyen la manipulación y la terapia utilizada para influir en la decisión, hasta el poder ciudadano que comprende el poder delegado y el control ciudadano. Entre estos extremos plantea un nivel intermedio, que sería el *tokenismo*, el que con actividades tales como información, aplacamiento y consulta, contiene las aproximaciones más comunes a la participación pública actual<sup>99</sup>.

En el contexto local, la doctrina se ha desarrollado fuertemente en los últimos años. Esto no tiene nada de extraño. Resulta casi lógico luego de las grandes reformas que han ocurrido en el país. Si bien hay varios temas que presentan divergencia doctrinal, la concepción de utilidad de la participación ciudadana ambiental pareciera no presentar mayores cambios con el paso de los años.

Hace más de una década, FERNÁNDEZ sostuvo que la participación pública, en la forma en cómo se venía desarrollando, no podía ser vinculante,

99 ARNSTEIN (1969), p. 217.

y esa falta de vinculación la relegaba a una mera formalidad, quizá tendrá un carácter consultivo, pero nunca vinculante<sup>100</sup>.

De manera coetánea a FERNÁNDEZ, ASTORGA sostuvo que la falta de regulación de los criterios de ponderación y la falta de transparencia constituían una de las principales deficiencias del sistema, cuestión que impedía considerar a la participación ciudadana como solución autónoma y efectiva. El autor propuso a la Administración reservar un cierto margen de maniobra a efectos de negociar con las partes en disputa e incluso establecer ciertas condiciones para la realización de proyectos, pues un proceso participativo bien desarrollado, es decir, con adecuada información, así como con mecanismos y espacios claros y suficientes, disminuye la conflictividad<sup>101</sup>.

Ya con la nueva institucionalidad en marcha, BERMÚDEZ ha sostenido que uno de los aspectos que mayor discusión ha planteado el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es precisamente el de la participación ciudadana. Reconociendo la importancia de la institución en el sistema mencionado, principalmente por el efecto jurídico consistente en que la autoridad que evalúa se encuentra en el deber jurídico de considerar las observaciones formuladas y luego hacerse cargo de ellas. También reconoce que aquello no quiere decir que la decisión que se adopte en la respectiva resolución de calificación ambiental deba corresponder a lo planteado por los miembros de la comunidad<sup>102</sup>, cuestión que de plano controvierte un posible efecto vinculante.

Por su parte, MIROSEVIC señala que la participación ciudadana tiene varias funciones positivas. Destaca dos: la de servir como mecanismo de prevención y resolución de conflictos y la de servir como una forma de cooperación de los particulares con la Administración ambiental. Fundamenta su posición en el efecto positivo que la participación puede generar para facilitar el entendimiento entre los interesados<sup>103</sup>.

Coincidiendo con BERMÚDEZ, MIROSEVIC sostiene que la participación ciudadana tiene una naturaleza consultiva por cuanto la Administración no se encuentra vinculada por las observaciones de la ciudadanía. Sostiene

100 FERNÁNDEZ (2004), p. 168.

101 ASTORGA (2000), p. 84.

102 BERMÚDEZ (2014), pp. 269-270.

103 MIROSEVIC (2011), pp. 285-286.

que la operatoria del sistema impediría asignarle carácter vinculante, pues, si así fuera, se estaría trasladando el centro de la decisión a la ciudadanía, es decir, la decisión le correspondería a esta y no a la Administración<sup>104</sup>.

Nuevamente fuera del escenario local, las posturas no parecieran ser muy distintas. A modo de ejemplo, LEME sostiene que la participación ciudadana ambiental, más que un instrumento para la solución de conflictos ambientales, es un instrumento que permite la conciliación y ponderación de intereses en ocasiones divergentes, fomentando la publicidad y facilitando el entendimiento entre los interesados, ya que buena parte de los conflictos ambientales pasan por problemas de información. Lo anterior sería posible en la medida de que se trate de una participación oportuna y efectiva y no de una mera formalidad que muchas veces termina frustrando las expectativas de los participantes<sup>105</sup>.

FORMHERZ, en tanto, propuso requerir un consentimiento previo en lugar de hacer una consulta pública. Esto, al menos en aquellos casos en que haya un impacto significativo y que los costos sean desproporcionados en relación a los beneficios, considerando la desconexión demográfica entre aquellos afectados por proyectos y aquellos que se beneficiarán de él<sup>106</sup>. Esta idea de FORMHERZ, que de cierta manera se puede relacionar con lo propuesto por ASTORGA, en el sentido de que podría ser la propia Administración la encargada de proponer bases para un acuerdo, se ha adoptado en algunos instrumentos relativos a pueblos indígenas.

De lo anterior y también de lo propuesto por ARNSTEIN, se puede inferir que la participación ciudadana ambiental, ya sea a través de manifestación de consentimiento o consulta, podría servir como solución para problemas ambientales complejos, lógicamente si el grado de poder entregado a la ciudadanía es el suficiente para ello. Sin embargo, la doctrina más bien parece estar conteste sobre el carácter limitado de la participación ciudadana ambiental y sus escasas posibilidades de influir en decisiones resultantes de procesos participativos.

Esta falta de definición relativa al peso jurídico de la participación, sumado a otras limitantes ya advertidas, como la falta de disposiciones que

104 MIROSEVIC (2011), p. 314.

105 LEME (2010), p. 185.

106 FORMHERZ (2013), p. 186.

reconozcan y se hagan cargo de las diferencias de poder y preparación entre los distintos actores, acentúan el carácter limitado de la participación ciudadana ambiental. Aun siendo necesaria, deseable e ineludible, en oportunidades pareciera ser un discurso poco realista por las dificultades que se observan para hacerla operativa en la práctica.

## 5. CONCLUSIONES

1) La participación ciudadana ambiental evidencia un desarrollo notoriamente constante en el ordenamiento jurídico nacional de la última década. En este espacio de tiempo se advierten diferentes niveles de reconocimiento, la creación de distintos mecanismos participativos y sus respectivas vías para ejercerlos, lo que guarda relación con el propio desarrollo de una sociedad civil más consciente de sus derechos, más movilizadora y menos tolerante a la opacidad.

En cuanto a su conformación, se observan diferentes dimensiones conectadas con finalidades comunes, las que tienen que ver principalmente con el desarrollo de gestiones más justas, integrales y legítimas. Por esta conformación multidimensional la participación ciudadana ambiental resulta ser una institución altamente compleja y con contornos difusos en la práctica. Específicamente se advierte una dimensión de principio jurídico, otra de garantía de un derecho fundamental y finalmente de condición de posibilidad.

2) En su dimensión de principio jurídico, la institución participativa, al igual que los demás principios ambientales, debe asumir el rol de constituir una limitación a la discrecionalidad de la autoridad administrativa y del juez, quienes no deben soslayar la función modeladora y colaboradora del control que ellos ejercen. En consecuencia, tanto la autoridad administrativa como el juez, frente a la necesidad de aplicación y creación de derecho por laguna o indeterminación legal, se encuentran obligados a recurrir a la utilización de los principios ambientales.

Lo anterior se formula con conciencia de la necesidad de regular los propios límites de los principios, ya que, al plantearse como estándares diferentes de las reglas, sin una forma de aplicación del todo o nada, podrían generar un efecto adverso al de limitación de la discrecionalidad que se pretende.

3) En su dimensión de garantía de un derecho fundamental, se precisa que la participación ciudadana ambiental cuenta con un llamamiento de servir como instrumento colaborativo en la concreción fáctica de la proposición normativa del artículo 19 N° 8 de la Constitución.

De acuerdo a lo analizado durante la investigación, el Estado debe asegurar la eficacia práctica de los derechos fundamentales reconocidos, con todos los medios a su alcance, estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que permitan superar los obstáculos para su ejercicio.

Bajo esta concepción, la participación ciudadana ambiental asume el rol de garantía positiva, es decir, de aquella legislación de ejecución que debe disponer el Estado para contribuir a la práctica efectiva de un derecho fundamental, en este caso, el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

No obstante, las ambigüedades y contradicciones entre el discurso y los hechos llevan a concluir que la generación e implementación de los mecanismos e instancias analizadas se han limitado a asegurar las formas de participación ciudadana en materias ambientales, sin posibilitar la integración real sociopolítica de los ciudadanos, lo que, sin invalidar las decisiones que se adopten sobre el asunto en particular, genera el efecto de convertirlas en menos legítimas ante la ciudadanía.

De esta manera, se comprueba la hipótesis en el sentido de ratificar que la participación ciudadana ambiental, en su variante de garantía positiva, es decir, como instrumento colaborativo con la eficacia práctica del artículo 19 N° 8 de la Constitución, adolece de garantías que le permitan cumplir una función efectiva y contribuir al aseguramiento del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Si la participación ciudadana ambiental no está lo suficientemente garantizada, difícilmente podría colaborar al aseguramiento de otro derecho.

4) En su dimensión de condición de posibilidad, la participación ciudadana ambiental debe ser entendida como un hecho que, de cumplirse, favorecería y posibilitaría decisiones más justas, integrales y legítimas ante la ciudadanía. Sin embargo, advertidas las carencias que presenta la institución, como por ejemplo en términos de igualdad de partes, su mero ejercicio no sería un requisito *sine qua non* de decisiones con las características señaladas.

En este sentido, el concepto propuesto en el apartado “Participación ciudadana ambiental” correspondería a una condición de posibilidad en donde los elementos condicionantes serían la debida información y sobre todo la asistencia *a priori*. Por su parte, el hecho de que la participación ciudadana ambiental contenga elementos condicionantes para propender a cierta efectividad permite sostener que la institución en sí misma, sin perder su naturaleza de principio jurídico ni de garantía positiva, correspondería a una condición, pues su correcto ejercicio favorecería y posibilitaría decisiones más justas, integrales y legítimas ante la ciudadanía.

- 5) Asentir en que la participación ciudadana ambiental contiene elementos condicionantes y que uno de ellos es el de asistencia técnica de los participantes nos obligaría a conducir el debate hacia un rediseño de las actuales instancias y condiciones participativas que entrega el Estado, quien debería ampliar las instancias obligatorias, con especificación concreta y precisa de los objetivos que se pretenden en cada caso.

También se debería garantizar cierto nivel de asistencia, aunque esto podría generar reticencia por la inversión de recursos que requiere un aseguramiento en los términos planteados; sin embargo, no debemos olvidar que un medio ambiente sano es fundamental para el disfrute de otros derechos, y por ello no deberían esforzarse las restricciones de recursos en este punto.

Finalmente, la evidencia arroja resultados desiguales entre la ciudadanía y los titulares de proyectos; por lo mismo, la asistencia, en caso de ser requerida y procedente, sería una buena forma de equilibrar la asimetría observada, favoreciendo finalmente a la democracia ambiental.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Grethel e IZA, Alejandro (2009): *Derecho ambiental en Centroamérica*, tomo I (Gland: UICN).
- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago: LegalPublishing).
- ALEXY, Robert (1988): “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa* N° 5. Disponible en línea: <<https://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>.

ALVEAR, Soledad y CASH, Jorge (2015): “Nueva institucionalidad ambiental en Chile”, en MALDONADO, Jorge (ed.), *Gestión ambiental para un desarrollo humano sustentable* (Santiago: Universidad Miguel de Cervantes).

ARNSTEIN, Sherry (1969): “A ladder of citizen participation”, en *Journal of American Planning Association*, vol. 36. Disponible en línea: <<https://www.tandfonline.com/loi/rjpa19>>.

ASTORGA, Eduardo (2000): *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: régimen jurídico en especial aplicado a la actividad minera* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur).

——— (2017): *Derecho ambiental chileno. Parte general*, 5ª edición actualizada (Santiago: LegalPublishing).

BERGAMINI, Kay y PÉREZ MUÑOZ, Cristian (2015): “Fiscalización y cumplimiento ambiental en Chile: principales avances, desafíos y tareas pendientes”, en *EURE*, vol. 41, N° 124. Disponible en línea: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S025071612015000400013&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S025071612015000400013&lng=es&nrm=iso)>.

BERMÚDEZ, Jorge (2010): “El acceso a la información pública y la justicia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 34. Disponible en línea: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n34/a18.pdf>>.

——— (2014): *Fundamentos del derecho ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1992): Historia de la Ley N° 19.300: mensaje. Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6910/>>.

BORDALÍ, Andrés (2019): “El acceso a los tribunales ambientales”, en FERRADA, Juan *et al.* (coords.), *La justicia ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental* (Santiago: DER Ediciones).

BRUZÓN, Carlos y ANTÚNEZ, Alcides (2012): “Reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional”, en *Revista Justicia Ambiental* N° 4. Disponible en línea: <[http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/03/art\\_04\\_03.pdf](http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/03/art_04_03.pdf)>.

- CARRASCO, Edesio (2020): *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación* (Santiago: DER Ediciones).
- CARRIÓ, Genaro (1970): *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- CHÁVEZ, Romina (2015): “Participación pública en la evaluación de impacto ambiental y conflicto ambiental: un análisis desde el derecho internacional”, en *Revista Justicia Ambiental* N° 7. Disponible en línea: <[http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/03/art\\_07\\_05.pdf](http://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/03/art_07_05.pdf)>.
- CHILE TRANSPARENTE (2021): *Somos transparentes: Guía práctica para facilitar la implementación de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública*. Disponible en línea: <[http://www.chiletransparente.cl/wp-content/files\\_mf/1347391972manualfuncionariosleytransparencia.pdf](http://www.chiletransparente.cl/wp-content/files_mf/1347391972manualfuncionariosleytransparencia.pdf)>.
- COLLADO, Alena (2018): “Las políticas públicas de participación ciudadana en Chile”, en *Revista Estudios de Políticas Públicas*, vol. 4, N° 1. Disponible en línea: <<https://revistaestudiospoliticaspUBLICAS.uchile.cl/index.php/REPP/article/view/50424>>.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)/ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2016): *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016*. Disponible en línea: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/1/S1600413\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/1/S1600413_es.pdf)>.
- COSTA, Ezio (2017): “La justicia ambiental en la evaluación de desempeño ambiental: Chile 2016 de la OCDE”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 7. Disponible en línea: <<https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/download/46450/48479/>>.
- (2020): *Participación ciudadana, conceptos generales, deliberación y medio ambiente* (Santiago: DER Ediciones).
- COSTA, Ezio y BELEMMI, Victoria (2017): “¿Susurros al viento?: Desempeño de la participación ciudadana en el SEIA”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 8. Disponible en línea: <<https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/47909>>.
- CUBILLOS, María (2020): “Constitucionalismo ambiental en Chile: una mirada para el siglo XXI”, en *Revista de Derecho* N° 21. Disponible en línea: <[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2393-61932020000100025&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2393-61932020000100025&script=sci_abstract)>.
- DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio*, 2ª edición (Barcelona: Ariel S.A.).
- FERNÁNDEZ, Pedro (2004): *Manual de Derecho Ambiental chileno*, 2ª edición actualizada (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- FERNANDOIS, Arturo y CHUBRETOVIC, Teresita (2016): “El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia post-institucionalidad ambiental”, vol. 43, N° 1. Disponible en línea: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/141300>>.
- FERRAJOLI, Luigi (2006): “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 29. Disponible en línea: <<https://doxa.ua.es/article/view/2006-n29-las-garantias-constitucionales-de-los-derechos-fundamentales>>.
- FERRER, Eduardo y PELAYO, Carlos (2012): “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana”, en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca* N° 2. Disponible en línea: <<https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art04.pdf>>.
- FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA) (2011): *Estado de la población mundial 2011. 7 mil millones de personas su mundo, sus posibilidades*. Disponible en línea: <[https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/SP-SWOP2011\\_Final.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/SP-SWOP2011_Final.pdf)>.
- FROMHERZ, Nicholas (2013): “From consultation to consent: Community approval as a prerequisite to environmentally significant projects”, en *Wester Virginia Law Review*, vol. 116. Disponible en línea: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2313251](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313251)>.
- GARRIDO, Luis *et al.* (2016): “Democracia deliberativa, instituciones y participación ciudadana en América Latina”, en *Revista de Ciencias Políticas*, vol. 54, N° 2. Disponible en línea: <<https://www.redalyc.org/pdf/645/64551061010.pdf>>.
- HERNÁNDEZ, Nicolás (2018): *Barreras económicas en el acceso a la justicia ambiental* (Santiago: Rubicón Editores).
- IRARRÁZABAL, Ricardo y LUENGO, Sebastián (2018): “Aplicación de principios ambientales en el control jurisdiccional del actuar de la adminis-

- tración”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 9. Disponible en línea: <<https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/issue/view/4799>>.
- JARIA, Jordi (2019): “Los principios del derecho ambiental: concreciones, insuficiencias y reconstrucción”, en *Ius et Praxis* N° 2. Disponible en línea: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7032201>>.
- JIMÉNEZ, Henry (2019): “El Acuerdo de Escazú y el derecho de acceso a la información dan a luz una nueva jurisprudencia análisis jurisprudencial sentencia Fundación Ambiente y Recursos Naturales”, en *Revista Derecho Estado* N° 44. Disponible en línea: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n44/0122-9893-rdes-44-385.pdf>>.
- KELSEN, Hans (1982): *Teoría pura del derecho*, 2ª edición (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México).
- LARA, Martín y LETELIER, Diego (2017): “Mecanismos de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno”, en *Revista de Gestión Pública*, vol. VI, N° 2. Disponible en línea: <<https://revistas.uv.cl/index.php/rgp/article/view/2210>>.
- LEME, Paulo (2010): *Direito ambiental brasileiro* (São Paulo: Malheiros Editores).
- LEPPE, Juan (2021): *Jurisprudencia ambiental: Recursos de protección años 2016 a 2020* (Santiago: Hammurabi).
- MAES, Franc (2007): “Los principios de derecho ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el derecho internacional marítimo. Un cambio para los legisladores nacionales”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII. Disponible en línea: <[https://www.researchgate.net/publication/28138738\\_Los\\_principios\\_de\\_derecho\\_ambiental\\_su\\_naturaleza\\_y\\_sus\\_relaciones\\_con\\_el\\_derecho\\_internacional\\_maritimo\\_Un\\_cambio\\_para\\_los\\_legisladores\\_nacionales](https://www.researchgate.net/publication/28138738_Los_principios_de_derecho_ambiental_su_naturaleza_y_sus_relaciones_con_el_derecho_internacional_maritimo_Un_cambio_para_los_legisladores_nacionales)>.
- MIROSEVIC, Camilo (2011): “La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la ley N° 20.417”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 36. Disponible en línea: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n36/a08.pdf>>.
- MORAGA, Pilar (2022): “Una nueva era del derecho ambiental: la ley marco de cambio climático en Chile a 50 años de Estocolmo”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 17. Disponible en línea: <<https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/67640/70780>>.
- MORALES, Soledad (2016): “Participación ciudadana y *accountability*: reflexiones sobre la experiencia comparada en Chile y Colombia”, en *Jurídicas*, vol. 13, N° 2. Disponible en línea: <[http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas13\(2\)\\_8.pdf](http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas13(2)_8.pdf)>.
- MUÑOZ, Sergio (2014): “El acceso a la justicia ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 6. Disponible en línea: <<https://fima.cl/site/wp-content/uploads/2015/03/Justicia-Ambiental-VI.pdf>>.
- NAVARRO, Enrique y CARMONA, Carlos (2011): *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011). Colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971-2011*. Disponible en línea: <[http://e.tribunalconstitucional.cl/libros\\_generados/Librossubido/1/Libro\\_Recopilacion.pdf](http://e.tribunalconstitucional.cl/libros_generados/Librossubido/1/Libro_Recopilacion.pdf)>.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003): “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, N° 1. Disponible en línea: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100020>>.
- OLIVARES, Alberto (2016): “Los principios ambientales en la actividad del tribunal constitucional”, en *Estudios Constitucionales* N° 2. Disponible en línea: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n2/art14.pdf>>.
- PASTÉN, César (2012): “Chile, energía y desarrollo”, en *Obras y Proyectos* N° 11. Disponible en línea: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071828132012000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071828132012000100003)>.
- PEÑA, Mario (2021): *Derechos humanos y medio ambiente* (San José: Maestría en Derecho Ambiental Universidad Costa Rica).
- PINOCHET, José Ignacio (2015): “El derecho al ambiente como derecho humano, relaciones y desafíos para su reconocimiento”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 2. Disponible en línea: <<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36473/49717>>.
- PÜSCHEL, Lorna (2019): “Regulación de actividades en áreas protegidas”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 11. Disponible en línea: <<https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/52506/56387>>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE) (2014): *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición (Madrid).

ROJAS, Christian (2020): “Alcances jurídico-públicos a partir de la sentencia de la E. Corte Suprema, rol N° 5888-2019 en acción de protección por contaminación de las comunas de Quintero y Puchuncaví”, *Sentencias Destacas 2019*. Disponible en línea: <[https://www.academia.edu/49350589/Alcances\\_jur%C3%ADdico\\_p%C3%BAblicos\\_sobre\\_la\\_sentencia\\_de\\_C\\_Suprema\\_por\\_contaminaci%C3%B3n\\_de\\_comunas\\_Quintero\\_y\\_Puchuncav%C3%AD](https://www.academia.edu/49350589/Alcances_jur%C3%ADdico_p%C3%BAblicos_sobre_la_sentencia_de_C_Suprema_por_contaminaci%C3%B3n_de_comunas_Quintero_y_Puchuncav%C3%AD)>.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2013): *Instructivo. Consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. Disponible en línea: <[https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration\\_files/archivos/instructivos/inst130528\\_obs\\_ciudadana\\_evaluacion.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/instructivos/inst130528_obs_ciudadana_evaluacion.pdf)>.

SILVA, Yeny (2019): *Recursos administrativos en el SEIA* (Santiago: Rubicón Editores).

TERRAZAS, Juan David (2004): “Algunas consideraciones sobre los principios generales del derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sede Coquimbo* N° 1. Disponible en línea: <<https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/2152>>.

URRUTIA, Osvaldo (2010): “El régimen jurídico internacional del cambio climático después del Acuerdo de Copenhague”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 34. Disponible en línea: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071868512010000100019](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512010000100019)>.

VALVERDE, Max (1996): “Principios generales del derecho ambiental internacional”, en *Journal of International & Comparative Law*, vol. 3. Disponible en línea: <<https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol3/iss1/19>>.

## RESIGNIFICANDO A LOS MUNICIPIOS: LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA Y EL INTERÉS LEGÍTIMO

NEW MEANINGS FOR LOCAL GOVERNMENTS:  
THE INSTITUTIONAL GUARANTEE OF AUTONOMY  
AND LEGITIMATE INTEREST

**Aníbal Acevedo Esbeile**

Abogado por la Universidad de Chile

LLM por la University of New South Wales, Sydney (UNSW)

Asesor jurídico de la Municipalidad de Peñalolén

[anibal.acevedo.esbeile@gmail.com](mailto:anibal.acevedo.esbeile@gmail.com)

*RESUMEN: En la interpretación dominante de las potestades públicas de que se encuentran investidos los municipios para intervenir en el sistema de evaluación de impactos ambientales, estos son considerados como servicios públicos cuya participación debe circunscribirse a ciertos márgenes dados. Por una parte, por el marco de los artículos 8° y 9° ter de la Ley N° 19.300 relativos a la compatibilidad de los proyectos evaluados con las políticas, planes y programas municipales, y con los instrumentos de planificación territorial aplicables. Por otra parte, deben circunscribirse a lo indicado por el artículo 31 de la Ley N° 19.300, sobre el rol de los municipios como garantes de la participación ciudadana en el procedimiento. No obstante, en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema se ha establecido la existencia de una presunción de interés legítimo de estos órganos para intervenir en dichos procesos de evaluación ambiental. Para dar sustento a esta presunción se ha hecho referencia a su competencia constitucional de satisfacer las necesidades locales. Este trabajo pretende explicar dicha evolución desde el concepto de garantías institucionales asociadas a la autonomía municipal.*

*PALABRAS CLAVE: autonomía municipal, interés legítimo, garantías institucionales.*

*ABSTRACT: Local authority's public powers to take part in the environmental assessment process traditionally equate to those of a mere public service whose participation must be circumscribed to the limits given by articles 8, 9 ter and 31 of law number 19.300. The first two relate to the compatibility of the project under evaluation with local policies and*

*plans, and its compliance with the local urban planning. And the last one, to the overseeing powers over public participation processes conducted as part of the environmental assessment process. Nevertheless, recent Supreme Court decisions, analyzing the constitutional powers of said institutions, have recognized the existence of a presumption of legitimate interest in their favor to take part and submit comments during said processes, and to challenge environmental administrative decisions. The premise of this paper builds on that presumption as an expression of the institutional guarantee associated with their autonomous character.*

*Keywords: Local governments autonomy, legitimate interest, institutional guarantees.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de autonomía municipal, que se encuentra implícito en la sección orgánica de nuestra ley fundamental, participa activamente del carácter polémico inherente a todo concepto constitucional, por tratarse de un concepto indeterminado y heterogéneo. Por lo tanto, cada vez que nos veamos enfrentados a un caso difícil para cuya solución se nos exija atribuirle un significado específico a este concepto, tendremos dos opciones: (i) atribuirle un significado que se alinee con nuestras preferencias políticas, en cuyo caso habremos abandonado la ciencia jurídica y poco podrá decirse sobre los méritos de la solución, o (ii) apelar al carácter constitutivo de los conceptos constitucionales, o, en otras palabras, apelar a “los compromisos fundacionales cuyo desarrollo constituye nuestra biografía”<sup>1</sup>, en virtud de los cuales debiese ser posible circunscribir el conflicto a una cuestión de principios, o, lo que es lo mismo, a estándares de racionalidad comunes por referencia a los cuales se nos permite lograr una solución ajustada a dicha norma fundamental, sin por ello diluirla y privarla de su carácter fundacional.

Entre las definiciones más relevantes autonomía municipal (o local) podemos destacar la contenida en la Carta Europea de Autonomía Local de 1985, que la define como “el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus

habitantes”<sup>2</sup>, y la desarrollada por el Tribunal Constitucional de España, que la ha definido como “un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen”<sup>3</sup>. En el concierto nacional, son de interés las definiciones ofrecidas por NOGUEIRA ALCALÁ –citado por VILLAGRÁN–<sup>4</sup>, quien nos dice que, atendidas las particularidades del régimen chileno, la autonomía debe ser entendida en sentido de autonomía administrativa o autarquía, en sentido jurídico estricto, esto es, que como entes jurídicos que disponen de capacidad para autoadministrarse en el ámbito de sus atribuciones, con independencia del nivel administrativo regional y nacional. En términos organizativos, FERNÁNDEZ<sup>5</sup> destaca que esta implica la facultad municipal para darse la estructura interna que estime adecuada para ejercer las funciones que le son propias.

Nuestra jurisprudencia constitucional también ha tenido oportunidad de referirse a este concepto. Así, el Tribunal Constitucional, en causa Rol N° 80-1989, dictaminó que no es óbice al carácter autónomo del municipio el que el constituyente no lo haya señalado expresamente en la ley fundamental, pues tal carácter se desprende de sus características, contenidas en el artículo 118 de la Constitución Política de 1980, las cuales son: (i) corporaciones de derecho público; (ii) personalidad jurídica y patrimonio propio, y (iii) con atribuciones propias derivadas directamente de su ley orgánica constitucional.

El problema conceptual de la autonomía municipal, al menos en el contexto nacional, es de orden material y no meramente formal. Las dificultades que aquejan a los municipios dicen relación con su inserción institucional y con su relación con el resto de los órganos que componen la estructura administrativa estatal. Evidencias de dichas dificultades podemos encontrar no solo en la ciencia jurídica, sino que también en la historiografía del municipio chileno.

Se ha sostenido, por ejemplo, que la no consagración del principio de la subsidiariedad respecto del régimen local chileno ha significado que el poder central absorbe para sí la mayoría de las competencias –incluidas

1 ATRIA (2016), p. 265.

2 Carta Europea de Autonomía Local (1985), artículo 3.

3 Tribunal Constitucional de España, sentencia N° 32/81, de 28 de julio de 1981.

4 VILLAGRÁN (2013), p. 200.

5 FERNÁNDEZ (2007), *passim*.

aquellas que es preferible que sean atendidas por los municipios atendida su proximidad y cercanía—, restando a las comunidades locales poder para tomar decisiones sobre los asuntos que les atañen directamente y asegurándose así el más amplio control sobre su gestión<sup>6</sup>.

Por otro lado, se ha puesto especial énfasis en las vicisitudes a las que se han enfrentado históricamente los municipios<sup>7</sup>, tales como su instrumentalización por parte de la aristocracia dominante, la corrupción electoral y los problemas de desfinanciamiento, entre otros.

La historiografía del municipio chileno, como fenómeno jurídico y social, se ha centrado también en resaltar críticamente cómo cuestiones ajenas al concepto de autonomía han incidido en su percepción y su desarrollo institucional. Así, Julio ALEMPARTE<sup>8</sup> y Alfonso VALDEBENITO<sup>9</sup> nos dicen que el cabildo colonial —predecesor del municipio— tuvo un rol protagónico en la construcción de la República. Además, Gabriel SALAZAR<sup>10</sup>, ROJAS<sup>11</sup> y VILLAGRÁN<sup>12</sup> sostienen que el retroceso de este en la historia institucional de Chile obedeció a razones ajenas a la institución misma (relativa a cuestiones como excesivo centralismo, desconfianza, corrupción, oligarquías competitivas, manipulación electoral, entre otros).

Por último, cabe relevar que la consolidación del centralismo político e institucional<sup>13</sup> nos permite explicar que, pese a los esfuerzos legislativos, persista una inserción institucional débil de los municipios en el esquema organizativo estatal y la precariedad presupuestaria que enfrenta esta institución es directamente atribuible a ello<sup>14</sup>.

Pese al panorama, es indispensable relevar que los entendimientos comunes de todo concepto jurídico deben ser contrastados permanentemente con el quehacer del legislador y especialmente el del juez como intérprete

6 VILLAGRÁN (2013), p. 192.

7 ZAPATA (2020), *passim*.

8 ALEMPARTE (1940), *passim*.

9 VALDEBENITO (1973), *passim*.

10 SALAZAR (2019), pp. 91-94.

11 ROJAS (2019), *passim*.

12 VILLAGRÁN (2010), p. 225.

13 MONTECINOS (2005), pp. 443-462.

14 VIAL (2014), *passim*.

auténtico de la ley. Por ello resulta plausible sostener que, como resultado de la confluencia de las innovaciones normativas y jurisprudenciales en materia ambiental con los preceptos constitucionales vigentes, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y con los demás cuerpos legales que rigen a los consistorios nacionales, es posible advertir una resignificación del concepto de autonomía municipal, el cual se ha enriquecido para dar paso a un entendimiento distinto, más acorde con las expectativas que el mundo moderno impone sobre el órgano estatal que, constituye una de las expresiones más acabadas del principio democrático y de la soberanía.

En concreto, la tesis de este artículo consiste en que un análisis armónico de la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>15</sup> nos debiese conducir a la conclusión de que la amplia interpretación que dicha Corte hace de distintas normas legales<sup>16</sup> es funcional para:

- a) Conferir legitimación a los municipios para emitir observaciones ciudadanas en los procesos de participación ciudadana en los procesos de evaluación de impacto ambiental;
- b) Presentar observaciones en consultas de pertinencia de ingreso de proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental;
- c) Solicitar la invalidación de actos administrativos de contenido ambiental, y
- d) Accionar ante la judicatura especializada. Es una expresión de una de las garantías institucionales inherentes a la autonomía constitucional de los municipios y que ello, en último término, se debe a la confluencia de una ampliación del concepto de autonomía local desde sus raíces constitucionales, con los importantes avances teóricos y prácticos que, en nuestra judicatura, han tenido los principios de la participación ciudadana y de acceso a la justicia ambiental.

15 Causas Roles N°s. 12802-2018, 72108-2020, 129344-2020 y 84513-2021, en materia de municipios, interés legítimo, evaluación de impacto ambiental y participación ciudadana.

16 Artículo 1° de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; artículo 18 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales; artículo 54 de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente; artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, y artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.

De lo anterior se sigue que una interpretación formalista y asistémica de los artículos 8º, 9º ter y 31, todos de la Ley N° 19.300, y sus correlatos reglamentarios, para determinar el rol que cabe a los municipios en el contexto del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, deviene no solo en incompatible por contravenir el citado artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, sino que en inconstitucional por suponer una reducción injustificada de una de las competencias que forma parte y da sentido al municipio: intervenir en todos asuntos de interés local que tengan aptitudes para impactar el territorio comunal y los sistemas de vida de sus habitantes.

Para demostrar que dicha interpretación judicial implica una desnaturalización injustificada de la atribución municipal relativa al aseguramiento del desarrollo de sus territorios en el sentido de que esta les habilita para actuar en todo asunto que atañe y/o afecte directamente a sus comunidades, en el apartado 2 (“La evaluación de impactos ambientales y el rol municipal en la legislación y la jurisprudencia”) se desarrolla un análisis crítico de las competencias ambientales municipales en el contexto de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental; enseguida, en el apartado 3 (“De la interpretación de estas competencias por la judicatura nacional y de su evolución”), se aborda la jurisprudencia que sobre estas han producido los tribunales ambientales y la Corte Suprema, poniendo especial énfasis en la transición desde el criterio residualista al de la presunción del interés y desde dónde este es construido por la judicatura, y, por último, en el apartado 4 (“De la garantía institucional de la autonomía municipal”), para fundar la racionalidad normativa de dicha presunción, se desarrolla el concepto de las garantías institucionales y sobre cómo estas son, en último término, el concepto que dan un mejor sentido al cambio en la jurisprudencia. A modo de conclusiones, se ofrece un contraste de la tesis con los resultados, y del rol que los conceptos jurídicos ambientales juegan en la construcción de la presunción sobre la que versa este trabajo.

## 2. LA EVALUACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES Y EL ROL MUNICIPAL EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

En presente apartado se analizan los artículos 8º, 9º ter y 31 de la Ley N° 19.300 y su relación con los instrumentos de gestión local a los que se encuentran vinculados. No obstante, en forma previa a abordar de lleno el análisis de dicho articulado, cabe hacer algunas precisiones de carácter

general respecto del contexto en que se insertan, su procedencia, de los aspectos de la gestión local a los que se vinculan y, por último, de su valor jurídico.

En cuanto a su inserción institucional, resulta necesario precisar que estas normas operan en el contexto del Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales, el cual es administrado por el Servicio de Evaluación Ambiental y que, en términos generales, es un sistema cuyo objetivo esencial es proveer de información a los tomadores de decisiones sobre las consecuencias ambientales de actividades o proyectos, dirigir dichas decisiones y garantizar la participación de los más afectados por aquella<sup>17</sup>.

En cuanto a su procedencia, se debe destacar que estos pueden ser emitidos tanto respecto de Declaraciones de Impacto Ambiental como respecto de Estudios de Impacto Ambiental, no existiendo diferencias sustantivas en cuanto a su contenido.

En cuanto a los aspectos de la gestión local a los que se vinculan estos informes, corresponde aclarar que solo los artículos 8º y 9º ter de la Ley N° 19.300 se encuentran asociados a instrumentos de gestión local propiamente tales, y que el artículo 31 de la Ley N° 19.300 se asocia genéricamente a los municipios a propósito de su cercanía con la población que componga el área de influencia del proyecto.

Finalmente, en cuanto a su valor jurídico, cabe precisar que los informes expedidos respecto de los instrumentos de gestión local deben ceñirse a las reglas propias que rigen las competencias locales a las que se asocian y que, pese a todo ello, carecen de fuerza vinculante para el Servicio de Evaluación Ambiental en virtud de lo previsto en el inciso final del citado artículo 24 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales en relación con el artículo 38 de la Ley N° 19.880. Dichas normas dicen relación con el carácter meramente facultativo y el valor no vinculante de los informes sectoriales que se emitan en el contexto de la evaluación de proyectos. Por otra parte, respecto de las competencias sobre adecuada publicidad y de participación vecinal, resulta importante destacar que se trata de obligaciones de carácter procedimental respecto de las que el legislador no dispuso formas concretas para su ejercicio, de modo que estas deben ser interpretadas por referencia a las reglas generales que

<sup>17</sup> SANDS *et al.* (2018), p. 657.

resulten aplicables, cuestión que cobrará especial relevancia al analizar los pronunciamientos de los tribunales ambientales sobre las mismas.

## 2.1. Del plan comunal de desarrollo

La referencia al plan comunal de desarrollo se encuentra en el artículo 9º ter de la Ley N° 19.300, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Los proponentes de los proyectos o actividades, en sus Estudios o Declaraciones de Impacto Ambiental, deberán describir la forma en que tales proyectos o actividades se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional, así como con los planes de desarrollo comunal.

La comisión señalada en el artículo 86 deberá siempre solicitar pronunciamiento a al Gobierno Regional respectivo, así como a las municipalidades del área de influencia del proyecto, con el objeto de que estos señalen si el proyecto o actividad se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y con los planes de desarrollo comunal, respectivamente”.

El correlato reglamentario de esta disposición es dual. El primero es el inciso segundo del artículo 13 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el cual, junto con reiterar que el relacionar el proyecto con dichos instrumentos es una obligación del titular, explicita lo siguiente:

“Para evaluar la forma en que el proyecto o actividad se relaciona con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y comunal, el titular deberá indicar si la tipología del proyecto o actividad se encuentra reconocida en alguna de las definiciones estratégicas, objetivos generales u objetivos específicos de dichos instrumentos. Del mismo modo, deberá indicar cuáles de dichas definiciones y objetivos se ven favorecidos o perjudicados por el proyecto”.

El segundo es el artículo 34 del Reglamento en comento, el que regula, entre otras cosas, la forma y el plazo en que el municipio respectivo debe emitir su informe sobre la compatibilidad del proyecto presentado con sus planes, políticas y programas.

Aclarado lo anterior, menester es precisar que el plan comunal de desarrollo, como instrumento de gestión, tiene su origen en el Decreto Ley N° 1.289, de 1976, en que se estableció este instrumento como una obligación privativa del municipio, para cuya confección debía ponerse especial

énfasis en los aspectos sociales y territoriales de la comuna. No obstante, su formulación debía ser concordante con los requerimientos de la planificación regional y se encontraba, en último término, sujeto a la aprobación del intendente respectivo, en su calidad de máxima autoridad regional.

Luego, con la dictación de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, en 1988, este persistió prácticamente en los mismos términos, con la salvedad de que, con la creación de los Consejos de Desarrollo Comunal, pasó a ser dicho órgano colegiado el que debía ser consultado por la autoridad edilicia durante el proceso de elaboración y de aprobación.

No obstante, sería por intermedio de las Leyes N° 19.602, de 1999, y N° 20.500, de 2011, que modificaron la Ley Orgánica de Municipalidades, que el plan comunal de desarrollo adquiriría un carácter preponderante como instrumento de gestión local. En la primera modificación, promovida con el objetivo de “consolidar y modernizar la administración municipal, fortaleciendo su legitimidad institucional de los municipios, todo lo cual habrá de incidir en el robustecimiento de su capacidad de gestión para atender los asuntos comunales que les son propios”<sup>18</sup>, se introdujo un concepto de plan de desarrollo comunal que le calificó como el instrumento rector de la gestión comunal e incorporó la necesidad de considerar la participación de la comunidad en su elaboración, además de establecer mecanismos blandos de fiscalización tanto para el concejo municipal como para las organizaciones comunitarias reunidas en el consejo económico y social comunal. En la segunda modificación referida, dicho consejo pasaría a llamarse consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, el que tiene una conformación mucho más amplia que incluye, entre otros, a las organizaciones territoriales y funcionales constituidas en el territorio comunal.

En su versión actualizada, la letra a) del artículo 3º de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo es una competencia de carácter privativo del municipio en el ámbito de su territorio, y que aquel, en su aplicación, deberá armonizarse con los planes regionales y nacionales. Luego, el artículo 6º de dicho cuerpo normativo, por su parte, dispone que toda gestión municipal deberá contar con, a lo menos, un plan comunal de desarrollo y sus programas asociados, entre otros.

18 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1999), p. 3.

Enseguida, el artículo 7° de la ley en comento lo define de la siguiente forma:

“El plan comunal de desarrollo, instrumento rector del desarrollo en la comuna, contemplará las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y promover su avance social, económico y cultural. Su vigencia mínima será de cuatro años, sin que necesariamente deba coincidir con el período de desempeño de las autoridades municipales electas por la ciudadanía. Su ejecución deberá someterse a evaluación periódica, dando lugar a los ajustes y modificaciones que correspondan.

En todo caso, en la elaboración y ejecución del plan comunal de desarrollo, tanto el alcalde como el concejo deberán tener en cuenta la participación ciudadana y la necesaria coordinación con los demás servicios públicos que operen en el ámbito comunal o ejerzan competencias en dicho ámbito”.

La regulación de este instrumento en la Ley Orgánica Constitucional Municipal contempla además las siguientes disposiciones: el deber de su implementación dentro de los márgenes de los planes regionales y nacionales (artículo 9°); el deber de rendir cuenta a la comunidad sobre las acciones realizadas para su implementación (artículo 67, letra b)); el derecho de los concejales a solicitar la priorización de alguna de sus acciones (artículo 79, letra g)); la forma en que debe presentarse para acuerdo del concejo el plan de desarrollo comunal (artículo 82); el deber de regular en una ordenanza los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos municipales (artículo 93 y siguientes); el deber de mantener permanentemente a disposición del público copia del plan (artículo 98, letra a)); el derecho del alcalde, con acuerdo del concejo, de convocar a plebiscito comunal para aprobar o modificar el plan de desarrollo (artículo 99).

Para determinar los alcances del plan comunal de desarrollo como instrumento rector de la gestión comunal se abordarán los aspectos jurídicos –esto es, al tenor literal y la técnica legislativa– y algunos estudios sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones asociadas a su elaboración y fiscalización.

Con respecto al tenor de las normas que lo regulan es posible establecer los siguientes como los aspectos positivos de su regulación: (i) su elaboración se trata de una obligación indisponible para los alcaldes; (ii) en dicho proceso debe contar con el acuerdo del Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil; (iii) para efectos de su fiscalización, debe darse cuenta periódica de su cumplimiento tanto a los concejales como a la

comunidad, y, por último, (iv) exige considerar las aportaciones que hagan los vecinos en el proceso de su elaboración.

No obstante, pese a que se le entregan facultades de fiscalización tanto al concejo municipal como al consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, el no haber aparejado a estas, otras complementarias para adoptar medidas en caso de que se detectaren retrasos injustificados o significativos en su implementación, ni para hacer efectiva la responsabilidad del alcalde, resulta forzoso a concluir que en los hechos este carece de una real fuerza obligatoria y/o vinculante, y que se trata, por lo tanto, de un instrumento de carácter indicativo.

Para dar un sustento desde la *praxis* a tal aseveración, son de utilidad las conclusiones del estudio “Plan de desarrollo comunal: ¿El instrumento rector de la gestión municipal?”, cuyos autores, tras haberse propuesto analizar los planes de desarrollo de un total de 58 comunas metropolitanas –municipios con presupuestos por sobre el promedio nacional por habitante– en aspectos como participación ciudadana, planificación, accesibilidad a la información y *accountability*, concluyeron que:

“Los municipios se encargan de asegurar el cumplimiento mínimo establecido por la ley (que es contar con un Plan de Desarrollo Comunal vigente), pero rindiendo cuentas al fiscalizador oficial en términos generales, pero no específico a la ciudadanía [...] así, el hecho de que aspectos relativos a la participación evidencien bajas exigencias de cumplimiento de los Plan de Desarrollo Comunal responde a que la ley solo exige que haya habido un proceso participativo sin precisar modo ni incidencia, y no plantea nada acerca de *accountability*”<sup>19</sup>.

Otros aspectos críticos que inciden en la debilidad de estos planes como instrumentos de gestión son las dificultades asociadas a la implementación de mecanismos de participación ciudadana en su elaboración<sup>20</sup> y a la falta de indicadores y mecanismos para ejercer un control efectivo de su implementación<sup>21</sup>.

Considerando este carácter indicativo de los planes comunales de desarrollo, corresponde revisar ahora el debate legislativo en torno a su in-

19 ORELLANA *et al.* (2016), p. 197.

20 MORA y PINEDA (2014), pp. 66-89.

21 UBILLA *et al.* (2006), *passim*.

clusión como parámetro de evaluación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y cómo lo ha entendido el propio Servicio de Evaluación Ambiental al pronunciarse sobre el papel que juega en el contexto de los procedimientos de evaluación.

El diagnóstico sobre este carácter meramente indicativo era conocido por el legislador de la Ley N° 20.417, de 2010, y para dar cuenta de ello resulta prudente citar algunos pasajes de la historia de dicha ley:

“El Honorable Senador señor Navarro reiteró que el Plan de Desarrollo Regional es anterior, son instrumentos que requieren actualización. Respecto de los Planes de Desarrollo Comunal expresó que en algunos casos puede que no existan y no se puede dejar sin efecto la exigencia.

La señora Ministra aclaró que al existir una norma que le dé sentido y utilidad a los planes de desarrollo comunal y regional, va a generar el incentivo para que se dicten.

El Honorable Senador señor Girardi acotó que la exigencia de que los proponentes de los proyectos describan la forma como estos se ajustan a los programas de desarrollo no es la adecuada, debiendo consignarse la expresión ‘se ajusten’. Si el espíritu es que se cumpla con la normativa, debiera considerarse la referida expresión, agregó que, la expresión ‘relacionarse’ desvirtúa completamente el sentido y obligatoriedad de la norma.

La expresión ‘ajustarse’ implica que se tienen que compartir y poner en acción los principios y criterios que están establecidos en los instrumentos mandantes, por lo que solicitó que se reestablezca el texto aprobado en general por el Senado.

La señora Ministra acotó que se ha constatado un problema que dice relación con la naturaleza jurídica de los planes de desarrollo regional y comunal, que no son obligatorios, son indicativos, en consecuencia, se puede exigir la relación y la justificación. No se puede mediante una ley hacer obligatorio un instrumento que se contiene en otras normas, por ello se optó por la expresión relacionarse. Se debe justificar la forma en que se hará compatible un proyecto con ese instrumento que legalmente no es obligatorio”<sup>22</sup>.

Lo relevante del intercambio transcrito es que se afirma algo que no es correcto: el plan de desarrollo comunal sí es obligatorio en cuanto a su existencia, así como también lo es informar sobre su avance a los conceja-

22 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010), p. 946.

les y a las organizaciones vecinales de la comuna, por lo que es vinculante para el municipio, y, en tal contexto, pareciera ser que se caracterizó su naturaleza jurídica por referencia a los defectos que se detectaron sobre su formulación legislativa, esto es, se afirmó que “son de carácter indicativo” en circunstancias que devinieron en indicativos debido a la mala técnica legislativa con que fueron concebidos.

Lo anterior permite aseverar que existía cierto espacio para argüir en uno u otro sentido sobre el valor de estos planes para efectos de la evaluación ambiental, no obstante, la Corporación Nacional del Medioambiente –predecesora del actual Servicio de Evaluación Ambiental– fijó el sentido del actual artículo 9° ter de la Ley N° 19.300, señalando que estos instrumentos son “sólo de carácter informativo para los proyectos o actividades que deben someterse al SEIA [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental]”; que, en su ponderación, “debe recordarse que la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 21, consagra la libre iniciativa en materia económica, en la medida que se respeten las normas legales que regulen la actividad. De esta forma, los instrumentos antes señalados carecen de un carácter vinculante para los proyectos o actividades que por disposición legal deben ser evaluados ambientalmente, sino que revisten un carácter meramente indicativo”, y que el artículo 9° ter “no es más que una forma de mejorar la información con que se cuenta al momento de adoptar las decisiones que se tomen en el marco de la evaluación ambiental, a través de la exigencia de solicitar el mencionado informe, pero sin imponer nuevas exigencias a la calificación de los proyectos o actividades. A mayor abundamiento, no puede interpretarse que tales políticas, planes y programas constituyen normativa ambiental vigente”<sup>23</sup>.

Sin perjuicio de la poca rigurosidad jurídica de la interpretación de la Corporación Nacional del Medio Ambiente, bien vale concluir que la caracterización final del plan comunal de desarrollo para efectos del artículo 9° ter sería la siguiente: instrumentos de carácter indicativo para el municipio; no vinculantes para los titulares de proyectos y para el Servicio de Evaluación Ambiental; sin aptitudes para servir de bases a exigencias im-

23 Comisión Nacional del Medio Ambiente. Oficio Ordinario Dirección Ejecutiva N° 101958, de 30 de junio de 2010, que “Imparte instrucciones sobre aplicación de artículos modificados o incorporados a la ley N° 19.300, luego de la entrada en vigencia de la ley N° 20.417”. Disponible en línea: <[www.mma.gob.cl/transparencia/Fmma/doc/Articulosmodificadosley19300trasvigencia20417.pdf](http://www.mma.gob.cl/transparencia/Fmma/doc/Articulosmodificadosley19300trasvigencia20417.pdf)>.

puestas en las resoluciones de calificación ambiental y que, por lo demás, no constituye normativa ambiental vigente.

## 2.2. Del plan regulador comunal

El deber de informar sobre la compatibilidad territorial del proyecto sometido a evaluación ambiental se encuentra consagrado en el inciso tercero del artículo 8° de la Ley N° 19.300, cuyo tenor es el siguiente:

“Sin perjuicio de los permisos o pronunciamientos sectoriales, siempre se requerirá el informe del Gobierno Regional, del Municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando corresponda, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado”.

El correlato reglamentario de esta disposición son los artículos 24 y 33 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El primero es una reiteración genérica del deber de informar sobre la compatibilidad territorial del proyecto, y el segundo establece la forma y el plazo en que el municipio debe evacuar dicho informe.

Este informe debe ser vinculado, en primer lugar, con el inciso cuarto del artículo 41 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones<sup>24</sup>, el cual, entre otras cosas, señala respecto del plan regulador comunal que “sus disposiciones se refieren al uso del suelo o zonificación, localización del equipamiento comunitario, estacionamiento, jerarquización de la estructura vial, fijación de límites urbanos, densidades y determinación de prioridades en la urbanización de terrenos para la expansión de la ciudad, en función de la factibilidad de ampliar o dotar de redes sanitarias y energéticas, y demás aspectos urbanísticos”.

El plan regulador comunal se inserta en el sistema de planificación contenido en la citada Ley de Urbanismo y Construcciones, el cual es de carácter jerárquico en el sentido de que los niveles inferiores deben supeditarse a la regulación de los niveles superiores y que “dicha jerarquía adquiere especial trascendencia en la relación ‘plan intercomunal y/o metropolitano y plan comunal’ [...] en virtud de los cuales las disposiciones de los Planes Reguladores Intercomunales serán obligatorios en la elaboración de los Planes Reguladores Comunales y las disposiciones de los Planes Regula-

dores Intercomunales, que constituyan alteraciones a las disposiciones de los Planes Reguladores Comunales existentes, se entenderán automáticamente incorporadas a éstos como modificaciones”<sup>25</sup>.

En similares términos se ha pronunciado la Corte Suprema, quien ha señalado, entre otras cosas, que efectivamente existen niveles jerárquicos o de primacía entre los cuerpos normativos que constituyen el derecho urbanístico, figurando la Ley General de Urbanismo y Construcciones en la cúspide, seguida de su ordenanza y de los diferentes planes reguladores (*i.e.*, regional, intercomunal, comunal y seccional, en ese orden)<sup>26</sup>.

Por último, cabe relacionar el plan regulador comunal con los incisos primero, sexto y séptimo del artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que estipulan que toda obra a ejecutarse en un territorio comunal debe contar con autorización del director de obras respectivo, y que este, en su labor de revisión, verificará únicamente el cumplimiento de la normativa urbanística, cual es el calificativo que reciben las normas contenidas en los referidos niveles jerárquicos de la planificación.

En ese sentido, el plan regulador comunal constituye un requisito indispensable, siendo indiferente a este respecto que el proyecto se someta o no a evaluación ambiental. No obstante, en caso de requerirse dicha evaluación, el inciso primero del artículo 8° de la Ley N° 19.300 dispone expresamente que los proyectos “sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”.

Lo relatado hasta ahora configura el contexto normativo en que debe interpretarse el citado inciso tercero del artículo 8° de la Ley N° 19.300. Los titulares de proyectos se encuentran obligados a presentar un proyecto compatible con la planificación urbana, y el municipio, a observarlos por referencia a las disposiciones de su plan regulador comunal y/o planos seccionales que resulten aplicables, si los hubiere, y, si no los hubiere, a las disposiciones del plan regulador intercomunal que rijan en sus límites territoriales.

Enseguida, respecto al origen normativo del instrumento, cabe relevar (i) que, por disposición expresa de la Ley General de Urbanismo y Cons-

24 Decreto con Fuerza de Ley N° 458 de 1975.

25 Contraloría General de la República. Dictamen N° 10.422, de 2001, y Circular Ordinaria N° 0258, de 2001, de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

26 “Carlos Rómulo Alfredo Manterola y otros con Ilustre Municipalidad de Valparaíso” (2017).

trucciones, el plan regulador comunal debe ser concordante con las metas regionales de desarrollo económico-social; (ii) que, por expresa disposición de la Ley General de Urbanismo y de la Ley N° 19.300 (Ley de Bases Generales del Medio Ambiente), este debe ser sometido al procedimiento de evaluación ambiental estratégica, en que intervienen el Ministerio del Medio Ambiente, el de Vivienda y Urbanismo, y el municipio; (iii) que, además de requerir una fase de participación ciudadana y del acuerdo del concejo municipal, también debe contar con informe técnico de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo respectiva, y (iv) que, en caso de no existir planificación intercomunal, deberá contar también con acuerdo del Consejo Regional.

Las consideraciones procedimentales transcritas dan cuenta de que, si bien son titulares de la iniciativa para modificar el plan regulador comunal, los municipios están sujetos a importantes controles en su tramitación, cuales responden tanto a la naturaleza jerárquica del sistema de planificación en que este se inserta, como a su significativo componente ambiental, y que ello importa, en último término, que las preferencias municipales deben subsumirse a las preferencias regionales y nacionales sobre la mejor forma de desarrollar los territorios.

Por tanto, resulta de toda lógica que se deba informar al Servicio de Evaluación Ambiental si el proyecto sometido a evaluación se ajusta a la planificación urbana, así como también que ello corresponda, preferencialmente, al organismo llamado a velar por su correcta aplicación, cual no es otro que el municipio; no obstante, es también de toda lógica entender que el inciso tercero del artículo 8° de la Ley N° 19.300 no fue incluido con el objetivo de otorgar al municipio un espacio para manifestar sus preferencias de desarrollo territorial, sino que se incluyó más bien bajo la lógica de la colaboración del municipio con el encargado de llevar adelante la evaluación ambiental.

### 2.3. De la adecuada publicidad y garantizar la participación ciudadana

Este apartado no tiene por objeto argumentar sobre el rol que desempeña la participación vecinal en la determinación del contenido esencial de la autonomía municipal, sino que pretende ofrecer una interpretación del

artículo 31 de la Ley N° 19.300, con miras a determinar preliminarmente sus alcances.

El tenor del citado artículo 31 de la Ley N° 19.300 es el siguiente:

“La Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo [del Servicio de Evaluación Ambiental], en su caso, remitirá a las municipalidades, en cuyo ámbito comunal se realizarán las obras o actividades que contemple el proyecto bajo evaluación, una copia del extracto o de la lista a que se refieren los artículos 28 y 30 precedentes, según corresponda, para su adecuada publicidad y garantizar la participación de la comunidad”.

Dado que no existe ninguna atribución municipal específica vinculada a dicha obligación, se centrará el análisis en su tenor literal. En ese sentido, las locuciones clave son: “adecuada publicidad” y “garantizar la participación de la comunidad”.

La adecuada o apropiada publicidad no requiere de mayores análisis, pues resulta evidente que, en aplicación de dicha norma, el municipio debe velar por que la o las comunidades que integren el área de influencia del proyecto, entendida esta en los términos de la letra a) del artículo 2° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tomen conocimiento de este, puedan acceder al expediente de la evaluación (*i.e.*, declaración y/o estudio y sus anexos), y se abra la posibilidad de coordinar reuniones entre estos y el titular del proyecto en conformidad con el artículo 89 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esto, por lo demás, se encuentra en armonía con lo previsto en los artículos 27, 28, 30, 30 bis y 30 ter, todos de la Ley N° 19.300.

No obstante, no ocurre lo mismo respecto del concepto “garantizar”, pues sus alcances variarán según la amplitud con que sea interpretado, de modo que resulta conveniente para emprender dicha labor tener presente lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 19.300 que le precede:

“Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto [...].

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento

deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto”.

Es decir, el municipio debe garantizar que, en el ámbito de su territorio, cualquier persona, natural o jurídica, pueda presentar observaciones y, a su vez, velar por que estas sean consideradas en la evaluación por parte del Servicio de Evaluación Ambiental.

De lo anterior surge la interrogante sobre si el municipio, en tanto corporación autónoma de vecinos con personalidad jurídica propia, se encuentra legalmente habilitado para presentar observaciones en los procedimientos de participación ciudadana abiertos durante la evaluación ambiental de proyectos, y, para responderla, bien sirve traer a colación algunos pasajes de la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.417:

El señor diputado Alberto Robles, en la discusión en sala del proyecto, sostuvo lo siguiente:

“Me parece que cuando uno habla desde el punto de vista del Estado, en especial cuando se trata de una materia como el medio ambiente, es necesario contar con la opinión local, no solo con la de los seremis [...] ellos son entes políticos, son designados por la autoridad, tienen la anuencia del Presidente de la República y, por lo tanto, son entes del Gobierno [...] a mi juicio, en esta instancia debiera estar lo local profundamente enraizado. Me refiero a los alcaldes que, en último caso, son elegidos por la ciudadanía local del lugar donde se desarrolla algún proyecto [...]. En consecuencia, ¿por qué no incorporar al alcalde y a los concejales, que también tienen que ver con esta representación ciudadana que debe existir en el tema ambiental?”<sup>27</sup>.

Luego, en una evidente réplica al señor Robles, el diputado Patricio Vallespín señaló lo siguiente:

“Lo digo, porque algunos señalan que les parece fundamental incluir a los alcaldes. ¡Por favor! O sea, vamos a dejar que el alcalde o el concejal tomen decisiones técnicas respecto de proyectos de inversión. No desconfío de ellos, confío plenamente en la autoridad política; pero ahí se toman decisiones relacionadas con aspectos normativos, regulatorios, que se tiene que adoptar conforme al estado de derecho. No obstante, esas autoridades van a votar en función de lo que escuchar o de lo que les conviene o no les conviene para la próxima elección. Eso me parece inaceptable en un sistema serio y

27 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010), pp. 314-315.

responsable con el que Chile debe tener en materia ambiental, porque hay que seguir avanzando”<sup>28</sup>.

Sin perjuicio de que hubo más intervenciones parlamentarias sobre el tópico de los diputados De Urresti, Lorenzini, Sule y Mulet, entre otros<sup>29</sup>, las intervenciones transcritas permiten caracterizar adecuadamente la tensión que representaba la participación de los municipios en la evaluación de los impactos ambientales: se trata de un problema sobre potencial politización de una instancia que, atendido el carácter de la regulación ambiental, debía ser esencialmente técnico o, a lo menos, aspirar a ser una instancia en que primen tales consideraciones.

En relación a la fórmula propuesta para responder a esta tensión entre potencial politización y el otorgamiento de un espacio para que el municipio incida en la evaluación ambiental, resulta importante dejar constancia de cuál era la intención con que originalmente se propuso la inclusión del artículo 9° ter de la Ley N° 19.300, para lo que es de gran utilidad la opinión que diera el profesor Luis CORDERO en su calidad de asesor jurídico de la Corporación Nacional del Medio Ambiente durante esta discusión:

“[El asesor jurídico] aseveró que en aquellos casos en que hay regulaciones de carácter indicativo, como lo son los planes de desarrollo, el proyecto obliga a los proponentes a hacerse cargo en sus estudios y/o en sus declaraciones, acerca de la manera como sus respectivos proyectos afectan las políticas regionales y locales y por lo tanto, traslada la carga al propio proponente; asimismo, obliga a consultar a los gobiernos regionales y a las municipalidades acerca de la manera como se da esta compatibilidad, con lo cual está obligando a los gobiernos regionales y locales a dictar políticas de desarrollo regional y comunal, que en la mayoría de los casos no existen”<sup>30</sup>.

En definitiva, el consenso tendría un marcado carácter centralista y se construiría confiriendo a los municipios las competencias de los ya citados artículos 8° y 9° ter de la Ley N° 19.300, bajo el entendido de que ello incentivaría la dictación de los planes comunales de desarrollo y que estos incidirían en la evaluación ambiental, e incorporando a las secretarías regionales ministeriales evaluadoras y al intendente respectivo (actual

28 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010), p. 319.

29 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010), pp. 325, 329, 330, 332, 344, 345, 350, 351 y 359.

30 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010), p. 446.

delegado presidencial) en la Comisión de Evaluación Ambiental, bajo el entendido de que dicha conformación representaba un apropiado equilibrio técnico-político y garantizaba la primacía de la técnica por sobre las consideraciones políticas contingentes.

Sin embargo, el consenso no dio los resultados esperados, pues ni los planes comunales de desarrollo resultaron ser instrumentos que permitieran al municipio incidir efectivamente en la evaluación ambiental<sup>31</sup>, ni la forma de conformación de las comisiones de evaluación ambiental previno la politización de la calificación ambiental ni sirvió de garantía de primacía de lo técnico por sobre otras consideraciones en la evaluación<sup>32</sup>, y dicho fracaso permite explicar, en cierta medida, que nuestro máximo tribunal transitara en sus fallos desde una actitud deferencial para con el evaluador técnico, hacia una de control intenso del contenido de sus decisiones basándose en la dogmática de la motivación de las decisiones administrativas<sup>33</sup>.

Comoquiera, mirando únicamente a los insumos literales e históricos para interpretar el citado artículo 31 de la Ley N° 19.300, resulta claro que no fue intención del legislador otorgar a los municipios más espacios que aquellos conferidos por los artículos 8° y 9° ter de la misma ley, de modo que no corresponde ampliar su sentido para entender que el municipio puede, por sí solo, emitir observaciones ciudadanas en los procedimientos de participación ciudadana consagrados a propósito del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

A mayor abundamiento, tanto la Contraloría General de la República como el Servicio de Evaluación Ambiental serían partícipes de dicha interpretación. La primera, por medio del Dictamen N° 65.373, de 2011, estableció que, “[...] de conformidad a lo dispuesto en la ley N° 19.300, tal municipio no es interesado, sino uno de los organismos que participan en

la evaluación ambiental [...]”, y el segundo, haciendo eco de tal interpretación, ha añadido que “considerando el rol lo anterior [el dictamen] refuerza la idea en orden a que los municipios no pueden realizar observaciones ciudadanas, ya que de ello nacería el derecho a impugnar la resolución de calificación ambiental en el caso previsto en la ley N° 19.300, habiéndose establecido por el ente Contralor que ello no es posible”<sup>34</sup>.

No es de interés a este estudio el analizar el mérito de dicha interpretación, pues no surge desde un intérprete auténtico de la ley, de modo que con lo dicho basta para el propósito de este apartado, cual era dar cuenta del sentido y alcance de la frase final del citado artículo 31 de la Ley N° 19.300, habida consideración de la historia de su establecimiento y, adicionalmente, del alcance que otros órganos administrativos le han dado en el ejercicio de sus competencias.

### 3. DE LA INTERPRETACIÓN DE ESTAS COMPETENCIAS POR LA JUDICATURA NACIONAL Y DE SU EVOLUCIÓN

En el apartado anterior se estableció que el plan de desarrollo comunal, debido a defectos en su formulación, era un instrumento meramente indicativo y no apto para imponer exigencias a los proyectos sometidos a evaluación ambiental. A la vez, se aclaró que el plan regulador comunal, por su parte, pese a tener un carácter vinculante, su contenido, al pertenecer a un sistema jerárquico de planificación, no expresa necesariamente las preferencias territoriales municipales ni las vecinales sobre el proyecto en particular. Por último, se determinó que las obligaciones relativas a garantizar la participación ciudadana no pueden interpretarse en el sentido de admitir que estos ingresen observaciones en los procedimientos de participación ciudadana y/o asuman un rol preponderante en el proceso de evaluación.

Para articular de mejor manera el análisis de los avances jurisprudenciales producidos sobre dichas competencias, se distingue entre dos momentos relevantes de su evolución en el tiempo: (i) una primera fase dominada por el criterio de las competencias residuales o “residualista” y (ii) una segunda fase dominada por el criterio de la “presunción del interés legítimo”.

31 Comisión Nacional del Medio Ambiente. Oficio Ordinario Dirección Ejecutiva N° 101958, de 30 de junio de 2010, que “Imparte instrucciones sobre aplicación de artículos modificados o incorporados a la ley N° 19.300, luego de la entrada en vigencia de la ley N° 20.417”. Disponible en línea: <[www.mma.gob.cl/transparencia/Fmma/doc/Articulosmodificadosley19300trasvigencia20417.pdf](http://www.mma.gob.cl/transparencia/Fmma/doc/Articulosmodificadosley19300trasvigencia20417.pdf)>.

32 Cámara de Diputadas y Diputados. Boletín N° 12714-12. Proyecto de Ley: Introduce modificaciones en la institucionalidad ambiental y en el Sistema de Evaluación Ambiental.

33 CORDERO (2012), *passim*; GALINDO (2002), pp. 143-185.

34 Servicio de Evaluación Ambiental. Dirección Ejecutiva. Resolución Exenta N° 1.608, de 10 de diciembre de 2015, que califica favorablemente el proyecto “Plan Expansión Chile LT 2x500 kV Cardones-Polpaico”, p. 89.

### 3.1. La acotada primera fase del criterio residualista

Este criterio tiene su origen en una línea jurisprudencial sostenida por la Corte Suprema en las sentencias dictadas en las causas Roles N°s. 6590-2014, 14263-2014 y 21973-2014. Dicha línea, en lo medular, se construye sobre dos consideraciones: (i) las competencias de protección del medio ambiente consagradas en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades son de carácter residual respecto de las atribuciones de los órganos de la nueva institucionalidad, y ii) el municipio, en tal contexto, es solo un colaborador de los organismos técnicos especializados encargados del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

La conclusión que se extrae de tales consideraciones es que el municipio, pese a ostentar competencias ambientales amplias, no puede invocarlas para impugnar las decisiones de los órganos especializados, pues se inserta institucionalmente como un mero colaborador de estos, quienes ostentan atribuciones especializadas y que, por lo tanto, priman por sobre las genéricas que consagra la Ley Orgánica de Municipalidades.

Pese a que dicha línea interpretativa se circunscribe al año 2014, ha sido citada ampliamente tanto por el Servicio de Evaluación Ambiental como por los tribunales ambientales al resolver reclamaciones municipales de la más diversa índole.

En ese sentido, el primer fallo de la jurisdicción especializada de interés es el dictado por el Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol R-2-2020, sobre reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en que este se pronunció, entre otras materias, sobre las diferencias existentes entre los informes de los artículos 8° y 9° ter de la Ley N° 19.300, y también sobre los alcances con que debe leerse el artículo 31, también de la Ley N° 19.300.

El fallo es dogmáticamente muy denso, pues aborda latamente el rol de los municipios en la evaluación y, por ende, nos interesa destacar que, en las consideraciones novena y décima, el tribunal señala cuáles son dichas competencias, para luego, en la consideración undécima, constatarse la naturaleza jurídica de los informes de los artículos 8° y 9° ter de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente con las observaciones ciudadanas. En este punto, estableció que:

“[...] mientras los informes de la Municipalidad son evacuados a requerimiento del SEA y aportan información sobre la compatibilidad del proyecto con

los instrumentos de planificación territorial vigente y el plan de desarrollo comunal, las observaciones ciudadanas nacen de la propia comunidad y consisten en ‘formular cualquier tipo de opinión, comentario, duda, preocupación o consulta, vinculadas con los impactos o riesgos de un proyecto o actividad, en cualquiera de los componentes ambientales, o de sus partes, obras o etapas’ (como ya lo ha definido este Tribunal en sentencia de causa Rol N° R-12-2019, acumulando reclamaciones rol R-14-2019 y R-15-2019)”<sup>35</sup>.

El propósito de dicha distinción era examinar si se cumplía el requisito de procesabilidad de la acción del citado artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, pues para que esta pueda interponerse es indispensable que haya habido un procedimiento de participación ciudadana, que se hayan recibido observaciones, y que el observante no estuviere conforme con la consideración que el Servicio de Evaluación Ambiental hiciera de estas, de modo que, al ser los informes de los artículos 8° y 9° ter de la Ley N° 19.300 de naturaleza distinta a una observación ciudadana, no podía entenderse que se hubiera podido cumplir con dichos requisitos y que, por lo tanto, la acción no podía prosperar.

Sin embargo, el fallo no cierra con tal aserto, sino que el tribunal, al profundizar sobre la locución “garantizar la participación ciudadana” y si correspondía a los municipios esgrimirla para emitir observaciones ciudadanas, nos señala lo siguiente:

“DÉCIMOTERCERO. Respecto de la segunda función de las Municipalidades en la evaluación ambiental –colaborar en la ejecución de la participación ciudadana–, ésta consiste en la recepción de copia del extracto o lista de proyectos presentados al SEIA para facilitar la publicidad y garantizar la participación de la comunidad en relación a los proyectos o actividades que se encuentren en el ámbito comunal (art. 31 Ley N° 19.300). Dicha función está especificada en el artículo 93 RSEIA, el cual establece, además, que, para la adecuada publicidad del listado de proyectos referidos, éste deberá ser exhibido en un lugar de acceso público de la municipalidad. Todo lo anterior es concordante con la facultad que se le otorga al SEA para solicitar –en el contexto de la implementación de los procesos de participación ciudadana– la colaboración de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental o con competencias en materia de desarrollo comunitario, social o indígena y/o de participación ciudadana (inciso segundo art. 83 RSEIA). De estas normas no se sigue que la

35 Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-2-2020, caratulada “Ilustre Municipalidad de Calbuco contra Dirección Ejecutiva del SEA”, sentencia de 23 de julio de 2020.

Municipalidad esté legalmente facultada para presentar observaciones ciudadanas; ni a título propio, ni en representación de la comunidad”.

Pese a ello, en las consideraciones vigésima, vigésimo primera y vigésimo segunda del citado fallo, interpreta el inciso segundo del artículo 40, el inciso segundo del artículo 43, el inciso tercero del artículo 44 y la letra k) del artículo 56, todos del Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, en el sentido de establecer que los municipios se encontrarían habilitados para, en los Informes Consolidados de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones y en la solicitud de revisión del informe consolidado, manifestar su parecer respecto a si el titular se había hecho cargo apropiadamente de las observaciones ciudadanas. En caso de que ello no fuera así, se encontraría habilitado para ejercer las acciones previstas para ello, pero sin especificar cuáles acciones serían estas ni cómo conversa dicha aseveración con el hecho de que en los párrafos anteriores se negare absolutamente a estas la posibilidad de acceder a la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600.

Las contradicciones de fallo son evidentes, pues dispone que, en el ejercicio de la competencia del artículo 31 de la Ley N° 19.300, el municipio se encontraría impedido de presentar observaciones ciudadanas tanto a título propio como en representación de la comunidad. Pero luego sostiene que el municipio sí se encontraría facultado para observar las respuestas del titular que se refieran a dichas observaciones ciudadanas. No obstante, si en último término dichos informes sobre las observaciones ciudadanas no fueron respondidos adecuadamente, se encontraría igualmente impedido de interponer la acción del N° 6 del artículo 17 de la Ley N° 20.600.

Este mismo parecer fue refrendado en causa Rol R-32-2020, también sobre reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600<sup>36</sup>.

Por su parte, el Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-148-2017, sobre la misma reclamación, al pronunciarse sobre la legitimación activa de los municipios para presentar observaciones ciudadanas y recurrir en contra de la resolución si estimase que estas no han sido debidamente consideradas, sostuvo lo siguiente:

36 Tercer Tribunal Ambiental, causa Rol N° 32-2020, caratulada “Ilustre Municipalidad de Coronel con Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental”, de 2 de febrero de 2021.

“VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, conforme a la normativa que rige la materia discutida, se debe concluir que a las municipalidades les cabe una participación acotada durante la evaluación ambiental, previamente determinada por el legislador. En este sentido, la Corte Supremo ha resuelto que ‘[...] las Municipalidades pueden desarrollar directamente o con otros órganos de la Administración en sus comunas funciones relacionadas con la protección del medio ambiente, y colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente dentro de sus límites, tal cometido es residual, es decir, lo ejercen de manera general y en los casos en que no se haya dispuesto por la ley la participación específica de órganos especializados. [...] Es decir, los municipios sólo son colaboradores de los organismos técnicos especializados, encargados del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental’ (SCS Rol N° 6.590-2014, considerando 4°, y SCS Rol N° 14.263-2014, considerando 2°)”<sup>37</sup>.

En las consideraciones vigésimo tercera, vigésimo cuarta y vigésimo quinta del fallo en comento, el tribunal aclaró que no es óbice a lo resuelto que los fallos de la Corte Suprema citados se hubieren expedido respecto de acciones de protección, por cuanto lo relevante de aquellos es la explicitación de la sujeción al principio de legalidad que deben observar los municipios. Por lo tanto, en opinión del tribunal, los municipios no pueden presentar observaciones en los términos de los artículos 29 y 30 del Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, ni interponer las acciones del artículo 20 del mismo y del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, y que el rol de garante les permitiría únicamente participar como tercero coadyuvante de la persona que estimare que sus observaciones no fueron debidamente consideradas, mas no accionar directamente.

Pese a que hubo unanimidad sobre negar acceso a la justicia ambiental a los municipios, no lo hubo respecto de las razones jurídicas que lo justificarían. Para dar cuenta de ello, baste con señalar que en los votos concurrentes se sostuvo que, como los pronunciamientos edilicios se incorporan en los informes consolidados aun cuando se refieren a tópicos ajenos a su competencia, estos entes se encontrarían en una posición aventajada respecto de los observantes ciudadanos, y que de ello se sigue que resultaría ineficiente sostener que pueden emitir observaciones ciudadanas

37 Segundo Tribunal Ambiental, causa Rol R-148-2017, caratulada “Municipalidad de San Felipe con Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental”, de 23 de abril de 2018.

y, además, accionar cuando estas no sean acogidas. Por otro lado, se señala que sería el deber de imparcialidad el que impide a los municipios emitir observaciones ciudadanas, pero que, en caso de que algún observante insatisfecho requiriera de su asesoría y representación para interponer la reclamación del N° 6 del artículo 17 de la Ley N° 20.600, entonces el municipio se encontraría bajo el imperativo de accionar en el sentido pedido en ejercicio de su facultad de asumir la representación de la comunidad en defensa de sus intereses, a pesar de que esto constituye una interpretación desconectada del artículo 28 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Enseguida, en causa Rol R-107-2016, ahora sobre reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, el Segundo Tribunal Ambiental sostuvo lo siguiente:

“DECIMOTERCERO. Que, por su parte, las normas de la ley N° 18.695, esgrimidas por las reclamantes, son claramente de orden general en relación con la legislación que regula el SEIA. En efecto, a este respecto, la Corte Suprema ha declarado, consistentemente y bajo una misma argumentación, que las Municipalidades carecen de legitimación para recurrir de protección, así como para accionar por nulidad de derecho público, en el contexto del SEIA. El máximo tribunal ha señalado que ‘Las Municipalidades pueden desarrollar directamente o con otros órganos de la Administración en sus comunas funciones relacionadas con la protección del medio ambiente, y colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente dentro de sus límites, tal cometido es residual, es decir, lo ejercen de manera general y en los casos en que no se haya dispuesto por la ley la participación específica de órganos especializados. En el caso de autos la ley N° 19.300, cuyo primero objetivo fue darle contenido concreto y desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, según se indica en el Mensaje del Presidente de la República, tiene como segundo objetivo crear una institucionalidad que permita a nivel nacional solucionar los problemas ambientales existentes y evitar que surjan otros nuevos. Para ello creó el Servicio de Evaluación Ambiental, el que se desconcentra territorialmente a través de las Direcciones Regionales de Evaluación Ambiental, correspondiente a las Comisiones a que se refiere el artículo 86 de la citada ley efectuar la evaluación de impacto ambiental. Es decir, los municipios sólo son colaboradores de los organismos técnicos especializados, encargados del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental’ (SCS Rol N° 6590-2014, considerando cuarto, y SCS Rol N° 14263-2014, considerando segundo).

DECIMOQUINTO. Que, lo anterior, se ve refrendado con la interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 21, 28, 30 y 53 de la ley N° 19.880, en virtud de los cuales el procedimiento de invalidación que no es iniciado de oficio, debe ser impulsado por un ‘interesado’. Las Municipalidades no pueden ser consideradas ‘interesadas’ en los términos de la Ley N° 19.880, atendido el rol que ejercen dentro del SEIA. En efecto, no siendo ‘terceros absolutos’, en los términos que ha descrito la Corte Suprema (Sentencias Rol N° 45.807-2016 y N° 31.176-2016), no están legitimadas en sede administrativa para solicitar la invalidación de la RCA respectiva. Por lo tanto, en razón de lo anterior, la pretensión de los reclamantes debe ser desestimada”<sup>38</sup>.

Pese a que en esta oportunidad la vía de impugnación escogida por el municipio fue la del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, el parecer general de los sentenciadores fue el mismo, con la salvedad de que ahora, dado que no se trataba de observaciones ciudadanas no consideradas, sino que de una petición de invalidación del artículo 53 de la Ley N° 19.880, estos extendieron el argumento para especificar que, además de carecer de potestades para formular observaciones en los procedimientos de participación ciudadana, los municipios carecen también de interés legítimo para requerir el ejercicio de dicha facultad invalidatoria, por no asistirles ninguna de las categorías estatuidas en el artículo 21 de la Ley N° 19.880 y por carecer de legitimación para impugnar actos administrativos expedidos en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En suma, los criterios interpretativos de la judicatura ambiental respecto del rol que corresponde a los municipios en la evaluación ambiental pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Que el municipio participa de la evaluación como un órgano estatal con competencias ambientales;
- b) Que su participación es de carácter acotado al tenor literal de los artículos 8°, 9° ter y 31 de la Ley N° 19.300;
- c) Que el artículo 31 de la Ley N° 19.300 no puede ser entendido como una autorización para emitir observaciones ciudadanas, ni tampoco para interponer la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, no obstante, existen criterios disímiles sobre sus

38 Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-107-2016 (acumulando R-114-2016), caratulada “Ilustre Municipalidad de Zapallar y Puchuncaví con Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental”, de 24 de enero de 2018.

alcances –como vimos, para algunos el impedimento es absoluto, mientras que para otros, es relativo, pues igualmente admitiría al municipio la posibilidad de pronunciarse sobre si las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas por el titular y/o interponer la reclamación en caso de ser ello requerido por un observante de la comuna–;

- d) Que, en consonancia con ello, el municipio tampoco se encuentra legitimado para solicitar la invalidación de una resolución de calificación ambiental, ni para impugnar el acto que sobre esta se pronuncie ante los tribunales ambientales, por carecer de interés en los términos del artículo 21 de la Ley N° 19.880, y
- e) Que todo ello se encontraría refrendado por la Corte Suprema, la que en diversos fallos, que ya hemos citado, niega legitimación activa a los municipios para accionar de protección e impugnar decisiones administrativas en el contexto del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, por ser servicios públicos colaboradores titulares de meras competencias residuales.

La indeterminación que nos convoca es, por tanto, una de carácter institucional, pues dice relación con el lugar que ocupan los municipios en la orgánica ambiental, esto es, la disyuntiva entre atribuirles el carácter de un mero servicio público colaborador versus el de una corporación autónoma de vecinos de derecho público. No obstante, pese a que la respuesta se encuentra en el texto constitucional, en su primera exposición al tópico, la institucionalidad ambiental se valió de interpretaciones asistémicas e inarmónicas del ordenamiento jurídico nacional para no aplicar dicha norma fundacional so pretexto de un impropio entendimiento del principio de la especialidad en desmedro del principio de la jerarquía, y es por ello que resulta tan relevante cómo la Corte Suprema ha abordado esta problemática.

### 3.2. La transición hacia el criterio de la presunción del interés legítimo y su racionalización

A través de los fallos dictados en las causas Roles N°s. 12802-2018, 72108-2020, 129344-2020 y 84513-2021, el máximo tribunal derrota su acotado –pero ampliamente citado– criterio residualista, sin decirlo expre-

samente, al decantarse por otra interpretación de dichas competencias que amplía significativamente su ámbito de aplicación. Nos referimos, por supuesto, a la presunción de interés que asiste a los municipios para actuar en representación de la colectividad de vecinos en cuya cabecera se encuentran, cada vez que un acto administrativo ambiental contenga disposiciones que interesen a la comunidad, o, en otras palabras, toda vez que este sea capaz de causarles perjuicio.

Cabe aclarar, sin embargo, que no es el propósito de este trabajo sostener que este cambio se haya producido de golpe ni que esté completamente afinado, sino que, muy por el contrario, este aún se encuentra en construcción, siendo precisamente tal estado de cosas sobre el que se erige este ensayo.

El cambio de dirección referido tiene su origen en la sentencia dictada en causa Rol N° 12802-2018, que acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, dictada en la ya referida causa Rol R-148-2017, que rechazó una reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, deducida por el ente edilicio en contra de una resolución de calificación ambiental.

En las consideraciones undécima a decimocuarta de la sentencia de casación, los sentenciadores establecen que una interpretación armónica del artículo 17 N° 6 y el artículo 18 de la ley permiten concluir que los municipios pueden ostentar la calidad de interesados en los procedimientos, y que, para determinar con certeza si este existe, debe estarse a lo siguiente:

“DÉCIMOQUINTO. Que, si bien esta Corte Suprema, al resolver recursos de protección ha negado tal legitimación activa a las Municipalidades, lo resuelto no se contradice con lo que se viene afirmando en los motivos precedentes por cuanto lo decidido al respecto, por ejemplo en SCS Rol N° 4.777-2011, sentencia de 6 de octubre de 2011, dice relación la legitimación activa para recurrir de protección invocando el amago de la garantía constitucional contemplada en el numeral primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de forma tal que era procedente exigir al alcalde compareciente la individualización de alguna persona natural cuyo derecho se encontrara amagado en los términos descritos en el artículo 20 del Texto Constitucional.

En efecto, para esclarecer aquellos casos en los que dichas entidades pueden ejercer acciones ambientales, es necesario, distinguir, por una parte, el tipo de resolución de que se trate, y la clase de competencias atribuidas a los distintos órganos participantes en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Es así que, en el caso de las resoluciones de carácter general, se ha resuelto que las municipalidades ‘poseen legitimación activa para formular reclamos interpuestos atendida la calidad de las normas que pueden ser objeto de las impugnaciones previstas en los mencionados artículos 50 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 1 de la ley N° 20.600’ (SCS Rol N° 1.119-2015, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015), vale decir, dichas reparticiones públicas están siempre legitimadas para accionar en aquellos casos en que la decisión de la autoridad ambiental contiene ‘disposiciones que interesan a toda la comunidad’, pues que ‘el perjuicio ambiental se materializa en el interés que tiene cualquier persona en que las normas ambientales que se dicten, efectivamente, sirvan para proteger el medioambiente’ de forma tal que se resguarde suficientemente ‘el interés colectivo que tiene el medio ambiente y la protección ambiental, que incluye la posibilidad de acceder a la jurisdicción ambiental’ (Bermúdez S., Jorge, Fundamentos de Derecho Ambiental, 2ª Edición, EDEVAL, 2015, página 259).

Luego estarán aquellos casos en los que la Ley ha dispuesto expresamente la participación de las municipalidades en el proceso de evaluación ambiental, como sucede con el artículo 8°, inciso 3°, de la Ley N° 19.300, que expresa: ‘Sin perjuicios de los permisos o pronunciamientos sectoriales, siempre se requerirá el informe del Gobierno Regional, del Municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando corresponda, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado’.

Por último, en aquellos casos en los que la Municipalidad respectiva invoca sólo sus facultades residuales, contempladas en su Ley Orgánica, será necesario acreditar, cada vez, la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil<sup>39</sup>.

Como se adelantó en la introducción, el razonamiento se construye sobre la base de tres consideraciones:

- a) Que los informes del inciso tercero del artículo 8° y del artículo 9° ter de la Ley N° 19.300 se emitan durante la vigencia de un procedimiento de participación ciudadana –este sería el punto más conflictivo del fallo–;
- b) Que la resolución impugnada tenga efectos generales o, en este caso, que contenga disposiciones que puedan interesar a toda la comunidad, y

39 Corte Suprema, causa Rol N° 12802-2018, caratulada “Ilustre Municipalidad de San Felipe con Dirección Ejecutiva del Servicio Evaluación Ambiental”, de 30 de mayo de 2019.

- c) Que esta pueda no proteger efectivamente el medio ambiente o en otras palabras, que su persistencia en las mismas condiciones pueda perjudicar a dicha comunidad. Si estas consideraciones concurren, asistirá al municipio tanto la legitimación activa del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil –en relación con el inciso final del artículo 18 de la Ley N° 20.600–, como la del artículo 21 N° 3 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880), pudiendo, en consecuencia, actuar como tercero coadyuvante del reclamante<sup>40</sup> y, alternativamente, accionar directamente invocando el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, como si hubiese presentado sus observaciones durante el procedimiento de participación ciudadana.

El laudo que avanzaría este proceso de evolución sería el dictado por el Primer Tribunal Ambiental en causa Rol R-26-2019, que acoge una reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 65, de 2019, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, que rechazó la petición de invalidación de la resolución de calificación ambiental favorable del proyecto denominado “Andes LNG”.

La consideración septuagésima quinta del referido fallo sostiene lo siguiente:

“Que, al hacer un análisis sistémico y armónico de la normativa municipal, ambiental y administrativa, y sus principios, se evidencia que no puede negarse a los municipios el acceso a la justicia ambiental por cuestiones de forma, más aún, cuando estos son garantes en sus territorios del desarrollo integral de sus habitantes en múltiples dimensiones, que incluyen la protección de la salud y el medio ambiente; como asimismo, están mandatados a la búsqueda del bien común para ciudadanos, como se lo ordena la CPR en su artículo 19 N° 8, la LOCM, y la LBGMA, teniendo por tanto, un interés legítimo y vigente, como persona jurídica autónoma, tal como ya se ha indicado por este Tribunal<sup>41</sup>.”

40 Corte Suprema, causa Rol N° 8197-2018, caratulada “Ilustre Municipalidad de Zapallar y Puchuncaví con Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental”, de 9 de octubre de 2018.

41 Primer Tribunal Ambiental, causa Rol R-26-2019 (acumulando R-32-2019), caratulada “Ilustre Municipalidad de Caldera y otras con Servicio de Evaluación Ambiental”, de 27 de mayo de 2020.

Por su parte, la Corte Suprema, al resolver, en causa Rol N° 72108-2020, el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra del referido fallo del Primer Tribunal Ambiental, en conjunto con reiterar lo concluido en causa Rol N° 12802-2018, confirmó el fallo considerando que, “en dicha línea de razonamiento, cabe concluir que en la medida que los sentenciadores se han limitado a declarar que las Municipalidades de Copiapó y Caldera tienen legitimación activa para deducir reclamación en contra de la RCA N° 65/2019, por tratarse de organismos con competencia ambiental, que emitieron sus pronunciamientos oportunamente –que no fueron acogidos en la RCA reclamada– y que representa los intereses de su respectiva comuna en materia medioambiental, sin resolver el fondo del asunto, no es posible estimar que tal sentencia produzca un agravio a la recurrente”<sup>42</sup>.

Lo relevante de las consideraciones destacadas radica en que, en este caso, el interés legítimo de los municipios para pedir la invalidación del acto administrativo ambiental y para acceder a la justicia ambiental si dicha petición es rechazada, no se basa exclusivamente en la problemática interpretada sostenida por el máximo tribunal en causa Rol N° 12802-2020, sino que se construye desde más arriba, esto es, mirando a la competencia constitucional del municipio sobre satisfacción de los intereses locales y su relación con el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Por último, cabe referirse a lo resuelto por la Corte Suprema en causa Rol N° 129344-2020, sobre recurso de protección por vulneración del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política, respecto de la que resulta del todo relevante lo concluido por los sentenciadores en la consideración cuarta de la sentencia:

“Que, a continuación, respecto de legitimidad activa, el artículo 54 de la Ley N° 19.300 confiere acción ambiental a “las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas”, regla que se reproduce en el artículo 18 N° 2 de la Ley N° 20.600 y que no es sino una manifestación de la atribución municipal de “satisfacer las necesidades de la comunidad local” (artículo 1° de la Ley N° 18.695), para lo cual contará, entre otros, con una unidad encargada de la función de medio ambiente (artículo 25 del mismo cuerpo legal).

42 Corte Suprema, causa Rol N° 72108-2020, caratulada “Municipalidad de Copiapó y otra con Servicio de Evaluación Ambiental”, de 8 de febrero de 2021.

En este sentido, a diferencia de aquello que viene resuelto, el recurso interpuesto no constituye el ejercicio de una acción popular, sino la concreción de un interés municipal en relación al resguardo del medio ambiente comunal, respecto de hechos que pudieren afectar el derecho de los habitantes a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y que se asienta en normas expresas que presumen tal interés en este ámbito”<sup>43</sup>.

Esta consideración sería replicada por el máximo tribunal en causa Rol N° 84513-2021<sup>44</sup>, sobre acción de protección de garantías constitucionales, interpuesta en contra de la resolución del Servicio de Evaluación Ambiental que le negare legitimación activa al reclamante para formular observaciones durante una consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por estimar que carecía de interés, al no suponer el procedimiento ninguna potencial afectación de los intereses de la comunidad.

Débase destacar que en ambas causas el máximo tribunal, prescindiendo una vez más de su criterio residualista y aplicando directamente el texto constitucional, por intermedio de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, toma la presunción de interés que ostentan los municipios para accionar por daño ambiental establecida en el artículo 54 de la Ley N° 19.300, y la hace aplicable a todo acto u omisión de la autoridad ambiental que pudiera afectar a la comunidad de cuyo desarrollo armónico es responsable, y para ello tiene en consideración no solo el correlato del citado artículo, esto es, el artículo 18 de la Ley 20600, sino que también el artículo 1° de la Ley Orgánica de Municipalidades, el que, pese a su trascendencia, había sido ignorado hasta ahora.

Como corolario a esta revisión jurisprudencial, cabe consignar que el Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-36-2020, sobre reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, en las consideraciones décimo octava a vigésimo tercera reconoció la legitimación activa a los municipios<sup>45</sup>, y para ello razonó sobre la base de lo resuelto por la Corte Suprema en la antedicha causa Rol N° 12802-2018.

43 Corte Suprema, causa Rol N° 129344-2020, caratulada “Ilustre Municipalidad de Pichidegua con Isabel Vergara Kauffman”, de 23 de junio de 2021.

44 Corte Suprema, causa Rol N° 84513-2021, caratulada “Carrasco con Servicio de Evaluación Ambiental”, de 16 de marzo de 2021.

45 Tercer Tribunal Ambiental, causa Rol R-36-2020, caratulada “Municipalidad de Pucón y otros con COEVA de la Araucanía”, de 17 de marzo de 2022.

En síntesis, en la jurisprudencia analizada se puede observar que efectivamente se produjo una transición desde una interpretación restrictiva de los citados artículos 8º, 9º ter, 31 y 54 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300), que entendía a los municipios como meros servicios públicos colaboradores del Servicio de Evaluación Ambiental, hacia una interpretación sistemática que descansa, por una parte, en una extensión de la presunción de interés contenida en los citados artículos 54 de la Ley N° 19.300, 18 de la Ley N° 20.600 y 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, y, por la otra, en las atribuciones esenciales municipales contenidas en los artículos 118 de la Constitución Política y 1º, 3º, 4º y 28 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que regulan la autonomía municipal, su deber institucional de satisfacer los intereses locales, sus atribuciones asociadas a la promoción del desarrollo comunitario, la protección del medioambiente local y a la posibilidad de asumir la representación judicial de la comuna en todo asunto en que éste tenga interés. Todo esto bajo la lógica de que las decisiones que se adopten a propósito de la evaluación de impactos ambientales evidentemente se relacionan con la efectividad de dichas atribuciones y suponen una potencial afectación de los intereses que los municipios están llamados a proteger.

Asimismo, cabe develar que esta transición implica una derrota del primer criterio a manos del segundo, pues si consideramos que el concepto de competencias residuales locales sugiere que estas son todas aquellas atribuidas al gobierno local dado que la Constitución no las confiere expresamente a los gobiernos nacionales ni regionales, entonces resulta impropio sostener que el municipio se encuentre ejerciendo una competencia de tales características al accionar en interés de la comunidad, máxime si para justificar la primacía de dicho interés se hace alusión a las competencias que les han sido otorgadas por la Constitución Política, amén de que es desde dicha norma fundacional que se construye la antedicha interpretación sistemática y armónica de las leyes aplicables.

Ahora bien, lo concluido hasta ahora pareciera señalar de manera previa que no es mucho más lo que puede decirse sobre el tema. No obstante, creo que esta problemática del interés es manifestación de un conflicto de orden institucional que, como ha sido zanjado por aplicación directa de las normas constitucionales, debe ser entendido en los términos de estas. En efecto, si el interés legítimo para intervenir ante la autoridad ambiental cada vez que esta se disponga a dictar un acto administrativo que pueda

afectar a la comunidad vecinal surge directamente del artículo 118 de la Constitución Política y del artículo 1º de la Ley Orgánica de Municipalidades, entonces resulta evidente que tal atribución no solo reviste el carácter de esencial o exclusiva, sino que es, además, un elemento esencial de la orgánica constitucional municipal cuya desfiguración importa una desnaturalización de la institución.

En tal contexto, es que resulta del todo plausible racionalizar la transición desde el criterio residualista hacia el criterio del interés legítimo como una tardía reivindicación del carácter autónomo de los gobiernos locales, el cual, al encontrarse consagrado expresamente en el texto constitucional, es protegido por este bajo la forma de una garantía institucional, cual, en lo medular, importa una protección de la institución frente al resto de los órganos del entramado estatal que impide a estos, entre otras cosas, obstaculizar o coartar arbitrariamente el ejercicio de las atribuciones esenciales de los municipios.

#### 4. DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

Anteriormente se observó que las competencias municipales establecidas en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente no habían sido establecidas por el legislador con la intención de admitir a esta un rol protagónico en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sino que se les relegaba a ser meros colaboradores del Servicio de Evaluación Ambiental en la evaluación de impactos ambientales, no siendo sus informes vinculantes, y que a dicha falta de vinculatoriedad se debía añadir el carácter disímil de los instrumentos de gestión en base a los cuales debía informar. Luego, al analizar cómo la jurisprudencia había entendido dichas competencias, se dio cuenta de que, en una primera etapa, se había negado absolutamente acceso a la justicia ambiental a los municipios, por estimar los sentenciadores que las atribuciones municipales invocadas admitían a estas un rol acotado y eran, en último término, residuales respecto del Servicio de Evaluación Ambiental, por lo que no podía decirse que se encontraran habilitadas las reclamaciones correspondientes. No obstante, en una segunda etapa liderada por la Corte Suprema, dicha interpretación es desestimada, mas no porque el criterio residualista admitiera excepciones, sino porque existía un criterio de orden superior cuyo origen era reconducible a la Constitución Política, en virtud del que se concluyó que debía

existir otro concepto jurídico que sirviera mejor de sustento a tal interpretación, y es aquel sustento sobre el que versa el presente apartado, el cual es, a saber, el de la garantía institucional de la autonomía municipal.

#### 4.1. La teoría de las garantías institucionales y la autonomía municipal

La teoría de las garantías institucionales es obra del jurista Carl SCHMITT, quien, en el capítulo 14 de su *Teoría de la Constitución*, a propósito de una distinción entre derechos fundamentales y garantías institucionales, sostuvo:

“[M]ediante la regulación constitucional puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La legislación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa. Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales, si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad [...]. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y limitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible cierta ‘universalidad del círculo de actuación’”<sup>46</sup>.

Luego, citando la autonomía municipal como un ejemplo paradigmático de dicha teoría, señala que:

“[E]l artículo 127 [de la Constitución Alemana de 1919], declara: Los municipios y las asociaciones de municipios tienen el derecho de administración autónoma dentro de los límites de la ley. Este postulado contiene una garantía legal-constitucional: el instituto de la autonomía queda garantizado por ley constitucional del Reich, de manera que la institución de la administración municipal autónoma como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido objetivo nieguen esta administración autónoma del municipio, o arrebaten su esencia, son inconstitucionales”<sup>47</sup>.

Las instituciones así garantizadas, en tanto insertas en un sistema político en que el legislador es elegido democráticamente y posee amplias

facultades para regular la estructura del aparato estatal y la vida en sociedad, se erigen como un reducto cuya esencia o características esenciales son indisponibles para este, y ello fluye del hecho de que, en el momento constituyente, dicha institución se presenta ya conformada y bien definida en sus rasgos característicos<sup>48</sup>. En otras palabras, “presupone la garantía un concepto de la institución generalizado en la conciencia colectiva y, en particular, de la comunidad jurídica”<sup>49</sup>, de modo que, si en dicho momento no se presentare de tal forma la institución y se requiriese, por tanto, una caracterización pormenorizada de esta, entonces no podríamos hablar de una garantía institucional propiamente tal.

En sentido contrario, una institución que fuere creada en el momento constituyente no gozaría de una garantía institucional que únicamente confirmara su pretérita existencia y características esenciales, sino que ostentaría una garantía constitucional en tanto sería tal texto fundacional el que le definiría en todo orden de consideraciones.

En tal contexto, y solo para avanzar con la formulación de la teoría respecto de los municipios, débese consignar que, como señalamos previamente, es la propia ley fundamental la que reconoce el carácter autónomo de los municipios y entrega el desarrollo de sus atribuciones a una ley orgánica constitucional.

En virtud de dichas características de la regulación constitucional de los municipios, son de gran utilidad los avances teóricos que la dogmática y jurisprudencia españolas han desarrollado sobre el contenido de la garantía institucional de la autonomía local, puesto que la regulación fundamental de esta en la Constitución española de 1978 también la reconoce expresamente y entrega al legislador el desarrollo de su contenido<sup>50</sup>, amén de que su desarrollo es lo suficientemente genérico como para permitirnos construir desde él nuestro argumento.

48 ESTEVE (1991), p. 127.

49 PAREJO (1988), pp. 105-106.

50 Artículo 140 de la Constitución española de 1978: “La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen de concejo abierto”.

46 SCHMITT (1928), p. 175.

47 SCHMITT (1928), pp. 175-176.

Para comenzar el análisis cabe destacar que el objeto de protección de una garantía institucional es el denominado *núcleo esencial* de la institución de que se trate, siendo este el elemento cuya configuración presenta más dificultades, pues, pese a que es sabido que lo componen todos aquellos elementos sin los cuales no puede decirse que estemos frente a la institución protegida, el asunto de qué tanto margen de intervención quedará para el legislador dependerá en gran medida de la historia constitucional de dicha institución.

Por de pronto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional español ha establecido algunos criterios generales a los que debería mirarse para determinar si se ha violado o no dicho núcleo esencial. Los asertos jurisprudenciales relativos a la autonomía local de mayor relevancia para este estudio son los siguientes:

- a) Se trata de un principio constitucional que, si bien es compatible con el control de legalidad, no lo es con control genéricos que le posicionen en un plano de subordinación respecto de otros órganos estatales<sup>51</sup>;
- b) Su objeto no es un ámbito específico de competencias, sino la preservación de una institución en términos “recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo lugar”<sup>52</sup>;
- c) Su contenido se extiende no solo a la protección de la institución frente a ablaciones que la desfiguren completamente, sino que

también al derecho que esta supone para la comunidad local para participar en el gobierno y administración de cuánto asunto les atañen<sup>53</sup>, y

- d) Es contrario a la autonomía el impedir la intervención municipal en todos los asuntos que digan relación con los intereses de la comunidad local a la cual sirve<sup>54</sup>.

Por otra parte, a lo dicho por los autores PAREJO Y ESTEVE, debe sumarse lo dicho por MUÑOZ, quien ha sostenido que los elementos característicos de este denominado núcleo esencial de la autonomía, según su consagración en los artículos 137 y 142 de la Constitución española de 1987, que servirían de límite material para el legislador autonómico y central son la existencia misma de la institución; su forma de organización democrática y representativa; su legitimación normativa directa derivada de su carácter colectivo; la gestión de sus respectivos intereses o el núcleo esencial de asuntos que conciernen a la propia localidad y que les habilita a participar en otros asuntos públicos que afecten sus intereses; ausencia de interferencias, mandatos o controles políticos ejercidos por las administraciones territoriales superiores; reserva de ley que impide su supresión, su vaciamiento de contenido, ni la privación arbitraria de sus competencias; suficiencia financiera y atribución de potestades esenciales para su autogobierno, y, por último, legitimación activa para accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra las decisiones y normas reglamentarias que afectasen sus intereses y competencias<sup>55</sup>.

Concuero también de su prevención final en orden a que, en la medida en que se engrose la regulación constitucional de estas entidades y se les otorguen estas garantías directamente por la norma fundacional, entonces será innecesario hablar de garantía institucional como la hemos entendido,

51 Tribunal Constitucional de España, STC 004/1981, caratulada “Recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de las Leyes de Bases del Régimen Local; de la Ley de Bases de Sanidad Nacional; de la Ley de Montes; de la Ley de Bases del Estatuto del Régimen Local”, de 2 de febrero de 1981. Recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de las Leyes de Bases del Régimen Local, de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, de la Ley de Montes y de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local (1980).

52 Tribunal Constitucional de España, STC 032/1981, caratulada “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Cataluña Nº 6/1980, de 17 de diciembre”, 28 de julio de 1987, y Tribunal Constitucional de España, STC 040/1998, caratulada “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante”, de 19 de febrero de 1998. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante (1993).

53 Tribunal Constitucional de España, STC 027/1987, caratulada “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 2/1983, de 4 de octubre, de la Generalidad Valenciana”, de 27 de febrero de 1987. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/1983, de 4 de octubre, de la generalidad valenciana (1984).

54 Tribunal Constitucional de España, STC 170/1989, caratulada “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid Nº 1/1985, de 23 de enero”, 19 de octubre de 1989. Recurso de inconstitucionalidad contra la ley de la comunidad autónoma de Madrid, 1/1985, de 23 de enero (1985).

55 MUÑOZ (2015), pp. 144-146.

y lo propio será hablar, como se ha señalado anteriormente, de garantías constitucionales que pueden ser derivadas directamente y sin dificultades de su texto.

En definitiva, es posible aseverar que la esencia de la autonomía local, además de asegurar la existencia misma de la institución, protege la potestad para gestionar sus asuntos bajo su propia responsabilidad sin interferencias; que ello deriva de su forma de organización democrática y representativa, y que ello, a su vez, es el fundamento de su legitimación activa para accionar en defensa y representación de sus intereses cuando estos se vieran afectados por el accionar de las otras administraciones.

#### 4.2. La garantía institucional de la autonomía en el modelo nacional

Como se señaló, el municipio chileno es autónomo por expresa disposición constitucional, por lo que ahora corresponde caracterizar dicha autonomía. Para ello menester es tener presente no solo la historia jurídico-política de su establecimiento como parte integrante del aparato estatal, sino que también lo que sobre esta ha dicho el Tribunal Constitucional, conociendo de la constitucionalidad de los diversos proyectos que a esta se refieren. Este análisis incluye, por supuesto, a los períodos bajo regímenes autoritarios, pues la persistencia de una institución incluso en períodos de tal naturaleza es, sin duda, sintomático de la imagen que de esta existe en la conciencia colectiva, en general, y en la conciencia del mundo jurídico, en particular.

Ningún análisis del municipio puede prescindir de hacer una breve referencia al cabildo abierto colonial, tanto porque era la instancia deliberativa en que el propio vecindario decidía sobre los asuntos de su interés, cuanto porque jugaron un rol protagónico en las independencias latinoamericanas y en la conformación del Estado durante sus primeros años de existencia<sup>56</sup>.

En efecto, en palabras de VALDEBENITO, el período entre 1810 y 1854 es uno de transición en que, ante municipios que ejercían competencias derivadas directamente del texto constitucional, derivadas de la práctica secular, el legislador se dio la misión de encauzar su actuar mediante la

dictación de leyes reguladoras. En efecto, podría decirse que es la Ley Orgánica de Municipalidades de 1854 –que viene a desarrollar el concepto de municipio de la Constitución Política de 1833– con la que da comienzo la historia jurídica del municipio chileno moderno. Este primer acercamiento a un régimen organizativo unificado tenía un marcado carácter centralista, y era acorde con el texto constitucional vigente y con las normas que a propósito de aquel se habían dictado a la fecha, las cuales venía a recopilar<sup>57</sup>.

Entre las características más relevantes de dicha ley cabe destacar las siguientes:

- a) Territorialmente se constituyeron en todos los departamentos en que se subdividieran las provincias;
- b) Para el ejercicio de sus funciones contaba con un órgano ejecutivo compuesto por regidores electos por voto popular, por alcaldes elegidos entre aquellos, por el gobernador del departamento y un subdelegado que ejerciera funciones en dicho departamento;
- c) En su cabecera, en conformidad con el artículo 127 de la Constitución vigente a esa fecha, se encontraba el gobernador en calidad de jefe superior del departamento, quien era designado directamente por el presidente de la República a propuesta del correspondiente intendente provincial;
- d) El municipio poseía amplias competencias en diversas áreas, tales como productividad, educación, fomento y aseo y ornato, salud, por nombrar algunas;
- e) Ejercía funciones de policía;
- f) También ejercía funciones legislativas locales (ordenanzas y reglamentos), y
- g) No contaba con autonomía financiera, sino que su presupuesto debía ser visado por el presidente de la República.

El hito histórico de relevancia que seguiría a la fórmula de 1854 sería la Ley de Comuna Autónoma de 1891. Esta, en lo medular, a diferencia de su predecesora, dispuso la independencia jurídica y económica de los municipios, y, si bien no modificó la estructura de las máximas autoridades co-

56 ALEMPARTE (1940), *passim*; MERINO (2021), (s.p.).

57 VALDEBENITO (1973), p. 33.

munales –persistían los regidores elegidos por voto popular y los alcaldes elegidos entre estos, gobernando en conjunto con los agentes del Gobierno Central–, innovó en diversos aspectos. En efecto, amplió sus atribuciones; equiparó en funciones a los alcaldes con el dúo gobernador-subdelegado, además de quitarle el derecho a voto a estos últimos; estableció seis fuentes de ingresos para los municipios, y estatuyó una denominada asamblea de contribuyentes, núcleo deliberativo compuesto por los vecinos de la comuna y que ejercía funciones ejecutivas, normativas y fiscalizadoras<sup>58</sup>.

Dicha norma sería modificada luego por la Ley N° 2.960, de 1915, que sustituiría la asamblea de contribuyentes por la asamblea de electores, cambiando su conformación y reduciendo su ámbito de competencias, pero manteniendo la configuración de institucional municipal.

Con la Constitución Política de 1925 y el Decreto Ley N° 740, de 1925, en conjunto con propugnarse la descentralización del Estado y utilizarse como base el diseño de la Ley de Comuna Autónoma, se estableció un modelo municipal que, por una parte, contaba con autoridades elegidas por voto popular, con atribuciones especiales o propias de gran especificidad, con ingresos propios, con autonomía para el ejercicio de sus funciones y que, por la otra, a modo de contrapeso, estaba sujeta al control de funcionarios designados por el presidente y a la vigilancia de las asambleas provinciales. No obstante, dado que estas últimas nunca se constituyeron<sup>59</sup>, en los hechos, persistía un importante intervencionismo centralista en su gestión.

Por último, de este período interesa destacar la sistematización de modificaciones municipales que se hiciera por medio de la Ley N° 11.860, de 1955. Su relevancia radica en que vino a perfeccionar el régimen interno municipal y a consolidar la división de poderes a su interior. En efecto, ahora podían distinguirse claramente los órganos encargados de legislar, de los órganos encargados de hacer cumplir dichas resoluciones y de juzgar a quienes infringieran la normativa local.

Pese a los avances, las opiniones sobre el régimen comunal que perviría con matices hasta el año 1975 fueron dispares. Para algunos autores, “demostró la inmensa importancia que tienen las libertades municipales

y la imperiosa necesidad que había de la descentralización administrativa de nuestro país”<sup>60</sup>, y, para otros, que esta les quedaba grande, pues “en ese tiempo se han visto detenidos el progreso de nuestras ciudades y la seguridad de nuestros campos”<sup>61</sup>. Cabe aclarar, sin embargo, que ya se advirtió que las falencias del modelo autonómico no tienen su razón de ser en este, sino en una serie de problemáticas ajenas al mismo, pero que mermaron su efectividad y afectaron en último término su reputación institucional.

Con la instauración del régimen militar en el año 1973, se derogaron todas las normas sobre atribuciones municipales y se dictó, provisoriamente, el Decreto Ley N° 1.289, de 1975, mediante el que se transformó al municipio en un servicio público sujeto al control del Gobierno Central. Para ello se eliminaron los cargos elegidos por voto popular, pasando su máxima autoridad –un único alcalde– a ser designado directamente por el presidente de la República, y quedando la participación de la comunidad en manos del consejo de desarrollo comunal, órgano colegiado presidido por el alcalde y compuesto por representantes de organizaciones territoriales y funcionales comunales afines al régimen, y por representantes del municipio, cuyas funciones eran esencialmente fiscalizadoras.

El régimen definitivo del municipio de la dictadura fue establecido en la Constitución Política de 1980, y de la discusión de esta en la comisión encargada de su redacción –Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile o coloquialmente Comisión Ortúzar (CENC)– resulta fundamental destacar las siguientes intervenciones.

En la discusión sobre si el municipio debía ser concebido como un servicio público o algo distinto, el presidente de la subcomisión encargada del nuevo régimen local, el señor José Fernández Richard, sostuvo que:

“[E]l municipio [...] es una institución a nivel mundial; no es una creación chilena. Tal como se lo concibe [...] está integrado por el Consejo de Desarrollo Comunal, que cuenta con una participación mayoritaria del vecindario, de las organizaciones comunitarias, y de los sectores laborales, teniendo a su cargo la administración local. Tal como se ha dicho, los municipios no son ya un servicio, porque abarcan diversas funciones que comprenden la totalidad de los intereses del vecindario. En consecuencia, se declaró totalmente de acuerdo

58 SALAZAR (2019), pp. 68-70.

59 SALAZAR (2019), pp. 158-159.

60 VALDEBENITO (1973), pp. 35-36.

61 Ídem.

con que se innove en el texto y se designen a las municipalidades como organismos de derecho público”<sup>62</sup>.

Por su parte, siguiendo con tal discusión, el señor Arturo Aylwin, miembro de la Subcomisión sobre Descentralización Administrativa y Regional, aseveró que:

“[...] otra idea fundamental es que el municipio, por esencia, debe ser un organismo de base, ya que debe recoger las aspiraciones de la comunidad proyectándolas hacia el gobierno central [...] de todos los organismos del Estado, el municipio debe ser el más abierto, en que haya una representación mayoritaria de las organizaciones comunales, para que éstas a través de los municipios puedan tener un poder real de intervención en los procesos de planificación regional, en los presupuestos y en todo el proceso administrativo del Estado [...] en consecuencia, cuando se dice que el municipio es integrante del Estado, tal afirmación no es opuesta a la otra idea de que debe ser un organismo de base, representativo de la colectividad y que debe, por lo mismo, gozar de amplias atribuciones, de amplia autonomía para actuar”<sup>63</sup>.

En ese sentido, débese destacar que para el comisionado señor Ortúzar, presidente de la comisión, “el carácter de las municipalidades dependerá de dos elementos: del sistema de designación del alcalde, si es elegido por la ciudadanía local es obvio que el municipio no será un servicio público, y en seguida (sic) de las atribuciones que se le otorguen”<sup>64</sup>.

En consonancia con ello, el comisionado Guzmán sostuvo que era fundamental distinguir la bajada del gobierno central hacia lo local:

“[D]e la agrupación natural que representa el municipio como expresión de una entidad de carácter vecinal [...] en tanto, la sociedad está concebida como expresión que nace desde el hombre y la familia y se va proyectando hasta culminar en el Estado, y entendiendo que cada una de estas entidades intermedias está dotada de autonomía para cumplir sus fines propios, es evidente que la agrupación debe tener un lugar incuestionable”<sup>65</sup>.

Enseguida, a la justificación de que la complejización de las necesidades públicas locales y la falta de recursos para ello hacía aconsejable

que estas fueran de tuición directa del poder central, el comisionado señor Carmona aclaró que ello era “ajeno a la existencia misma de las municipalidades y fácilmente soluble por la vía de que el Estado preste apoyo a corporaciones que son y debe continuar siendo diferentes de él [...] [no parece prudente] que el Presidente de la República designe a todos los funcionarios del país, hasta llegar al último eslabón regional, porque ello significaría una estatificación violenta, cerrada, concentrada en lo político y administrativo”<sup>66</sup>.

Finalmente, parece prudente, habida consideración de las particularidades del contexto histórico en que se produce esta discusión, develar lo señalado por el comisionado Guzmán en cuanto a que el municipio constituye una institución mediante la que el vecindario propenderá a alcanzar en comunidad objetivos que no puede alcanzar cada vecino por sí solo, siendo aquella la razón que justificaría su carácter autónomo. La formulación propuesta –prosiguió el comisionado– no miraba necesariamente al régimen autoritario vigente a esa fecha, sino a los regímenes políticos que le seguirían y que bien podrían caer en manos de personas del signo político contrario<sup>67</sup>.

Las intervenciones transcritas dan cuenta de que en el momento constituyente –a pesar de su carácter autoritario, y a pesar también del tenor del referido Decreto Ley N° 1.289, de 1975, de la norma transitoria dictada a propósito de la dictadura– respecto de las características esenciales persistía, con matices propios de la tensión centralista del país, el acuerdo histórico en relación a la necesidad de que el municipio se constituyese como una institución distinta del Gobierno Central, cuyas máximas autoridades no fuesen designadas por este, y que, además, debía tener autonomía para la gestión de los intereses de la comunidad local.

Enriquecería esta regulación la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en causa Rol N° 54-1988, sobre control preventivo de la Ley N° 18.695, que discurriría en el siguiente sentido sobre las atribuciones edilicias:

“Que, de esta manera, en el proyecto se precisan las atribuciones que corresponde determinar a la ley orgánica constitucional y que son aquellas que revisten el carácter de esenciales y que taxativamente se señalan en dicha ley.

62 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1973), tomo I, p. 594.

63 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1973), tomo I, p. 596.

64 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1973), tomo XI, p. 85.

65 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1973), tomo XI, p. 87.

66 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1973), tomo XI, p. 148.

67 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1973), tomo XI, p. 149.

Por su parte, todas aquellas normas que hayan otorgado u otorguen a las municipalidades que no revisten el carácter de esenciales quedan entregadas a la ley común. Lo anterior claro está, en el entendido que esta legislación común vigente o futura no menoscabe, entrase o imposibilite el cumplimiento de una función o el ejercicio de una atribución esencial que haya sido entregada por la ley orgánica constitucional sobre municipalidades<sup>768</sup>.

Enseguida, como se dijo en la introducción, pese a que la Constitución Política de 1980 en su primera versión no reconocía expresamente al municipio como ente autónomo, el Tribunal Constitucional se encargó de precisar que ello fluía directamente sus características constitucionales (causa Rol N° 80-1989).

En síntesis, la configuración institucional del municipio al finalizar la dictadura era una expresión clara de la tensión histórica inherente a esta. Por una parte, se le reconocía como un órgano autónomo con atribuciones exclusivas protegidas de los excesos del legislador y del resto de los órganos estatales, pero, por la otra, persistía el intervencionismo centralista en la forma de designación de sus máximas autoridades y ello permeaba inevitablemente su gestión.

No obstante, una vez restaurada la democracia, mediante las Leyes N°s. 19.097, 19.130, 19.452, 19.602, 19.704 y 20.500 se corregirían dichos resabios autoritarios y, en sintonía con el principio de la descentralización, se restauraría progresivamente su carácter autónomo mediante sendas reformas a su consagración constitucional, a sus atribuciones, a los regímenes de elección de las autoridades comunales, de los instrumentos de gestión local y de los mecanismos de participación directa de la comunidad en todos los asuntos de interés local.

Por tanto, es posible sostener con propiedad que el municipio actual, en tanto órgano con autonomía para la gestión y satisfacción de los intereses locales cuyas máximas autoridades son elegidas democráticamente, es titular de una garantía institucional que le protege de las arbitrariedades del legislador y del resto de los órganos estatales. Su historia da cuenta de una institución que, en sus orígenes, sirvió de base para la construcción del

68 Tribunal Constitucional, causa Rol N° 54-1988, “Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades”, 19 de abril de 1988. Control preventivo de la Ley N° 18.695 (1988), Rol N° 54-1988.

Estado; que, una vez consolidada la independencia y habiéndose dictado la primera Constitución, persistió con matices como el órgano encargado preferentemente de la gestión de los asuntos locales, y que, pese a los retrocesos que significó el régimen militar instaurado a partir de 1973, sobrevivió al proceso junto con su carácter autónomo, bajo el entendido de que este representa en sí mismo un valor constitucional relevante para el devenir nacional.

En consideración de aquella, es que se concluye que este es el concepto jurídico que, en último término, mejor nos permite racionalizar normativamente el porqué de la derrota de la interpretación restrictiva de las competencias municipales ambientales consagradas tanto en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300) como en la Ley Orgánica de Municipalidades, en el sentido de que mediante dicha interpretación se desfiguraron las atribuciones esenciales consagradas en los artículos 1°, 3°, 4° y 28 de la Ley Orgánica de Municipalidades en relación con los citados artículos 21 N° 3 de la Ley N° 19.880; 8°, 9° ter, 31 y 54 de la Ley N° 19.300, y 17 N°s. 6 y 8, y 18 de la Ley N° 20.600.

## 5. CONCLUSIONES

El objeto del presente estudio busca realizar una racionalización jurídica de la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema en materia de interés legítimo de los municipios en materia ambiental.

Para lograr tal cometido, en el apartado 2 (“La evaluación de impactos ambientales y el rol municipal en la legislación y la jurisprudencia”), a propósito de un análisis crítico de las competencias ambientales de los municipios en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se concluyó que el legislador optó deliberadamente por otorgarles un rol colaborador acotado, y que dicho rol fue acotado aún más por el Servicio de Evaluación Ambiental, la Contraloría General de la República y la judicatura especializada, quienes, citando el criterio residualista que sostuvo brevemente la Corte Suprema a propósito de acciones de protección, negaron que el municipio pudiera actuar como algo distinto que un servicio público colaborador.

Pese a lo desolador de tal panorama, en el apartado 3 (“De la interpretación de estas competencias por la judicatura nacional y de su evolución”) se

destacó cómo la Corte Suprema, a propósito de su propia tendencia a ser menos deferente con el evaluador ambiental y ante el creciente interés de los municipios por participar activamente del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, amplió su margen de participación en los diversos procesos destinados a evaluar impactos ambientales. Esta ampliación no era un fenómeno aislado, sino que significó una evolución de los criterios jurisprudencial del máximo tribunal, quien pasó de entender a los municipios como meros colaboradores del Servicio de Evaluación Ambiental en el del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a entenderlos como entes colectivos plenamente capaces para actuar en representación de los intereses comunales cada vez que estos se vieran afectados por decisiones administrativas de carácter ambiental.

Finalmente, en el apartado 4 (“De la garantía institucional de la autonomía municipal”), junto con aseverar que el concepto jurídico que mejor permitía racionalizar dicha transición era el de la garantía institucional de la autonomía local, se analizó cómo dicha autonomía era el atributo desde el que a sus símiles en otras latitudes se les construía una garantía institucional, para cuya justificación se miraba a cómo la institución se encontraba perfilada en el momento constituyente y que, al revisar hitos relevantes de la historia jurídico-política del municipio nacional, se logró dar cuenta de la persistencia de dicho carácter autónomo y de sus atributos esenciales (*i.e.*, principio organizativo democrático, fuentes de ingresos propios, facultades esenciales protegidas frente al legislador, entre otras), de modo que es posible sostener que al municipio nacional le asiste tal garantía y que es esta idea constitucional desde la que debe construirse la racionalidad de la presunción de interés que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal había extendido en materia ambiental.

Pese a todo lo dicho, menester es reiterar que el problema abordado tiene como partícipes a toda la institucionalidad nacional, desde el Servicio de Evaluación Ambiental y la Contraloría General de la República, pasando por el Congreso Nacional y llegando a la Corte Suprema y los tribunales ambientales. En otras palabras, estamos frente a un problema de carácter institucional cuyo protagonista son los municipios y que consiste en una obstaculización arbitraria de sus atribuciones por parte de los reseñados órganos estatales, valiéndose de interpretaciones asistémicas e inarmónicas del texto constitucional y de la legalidad vigente.

Por lo tanto, pese a que la solución propuesta en este estudio debiese propender a la construcción de un concepto de autonomía local más robusto, es forzoso relevar que persiste la necesidad de que, para que una garantía como la propuesta sea realmente efectiva, se establezcan mecanismos de justicia constitucional y/o contencioso-administrativa que permitan a los municipios accionar cada vez que sus atribuciones sean afectadas arbitrariamente por la acción de otros órganos del entramado estatal, como sucede en el caso en comento. Mientras ello no ocurra, los consistorios se verán obligados a continuar utilizando impropriamente otros mecanismos institucionales para la resolución de tales controversias, ninguno de los cuales está diseñado ni ofrece garantías procesales para hacer frente al tipo de problemática competencial que representan las afectaciones a las garantías institucionales.

Lo anterior no es óbice a que, en definitiva, se pueda sostener que el interés legítimo de los municipios para tener un rol preponderante en la evaluación ambiental surge directamente de su consagración constitucional como encargados de satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas, y que esta se encuentra protegida por la garantía institucional propia de la autonomía del municipio. Es el propio texto constitucional el que, por una parte, permite una interpretación amplia de los artículos 1º, 3º, 4º y 28 de la Ley Orgánica de Municipalidades, y del artículo 21 N° 3 de la Ley N° 19.880, y, por la otra, da sentido a la presunción de interés contenida en el inciso final del artículo 18 de la Ley N° 20.600 y en el artículo 54 de la Ley N° 19.300, de modo que no se construye esta desde abajo, sino que su racionalidad normativa tiene su origen en la citada norma fundacional por haberlo querido así el constituyente de 1980, y haberlo querido así también el legislador democrático al reforzar significativamente su carácter democrático, sus atribuciones exclusivas y los mecanismos de participación de la comunidad en su gestión.

Es por ello, además, que el criterio residualista deviene en ininteligible en materia de evaluación ambiental, pues la presunción de interés permite superar las interpretaciones restrictivas de los artículos 8º inciso tercero, 9º ter, 31 y 54 de la Ley N° 19.300, y de las competencias ambientales consagradas en la Ley Orgánica de Municipalidades, y permite, además, sostener que negar acceso a la participación y justicia ambiental a los municipios basándose en estas es inconstitucional, pues constituye una limita-

ción arbitraria de una de las atribuciones características de la autonomía de que estos son titulares por decisión de la Constitución y la ley.

Adicionalmente, menester es hacer presente que es el concepto de democracia ambiental que ha recogido nuestra jurisprudencia, el que, sin ser el marco teórico desde el que se ha construido la evolución aquí reseñada, ha sentado las bases para dar cabida al cambio, ya porque ha ampliado significativamente las vías de acceso a la justicia ambiental (*i.e.*, tesis de la invalidación impropia), ya porque ha ampliado también el acceso a la participación ciudadana en materia ambiental (*i.e.*, participación en declaraciones de impacto ambiental). De este modo, no debe perderse de vista la íntima conexión existente entre el derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente sano, el contenido deliberativo de la participación ciudadana en materia ambiental<sup>69</sup> y el reseñado rol constitucional de los municipios, el cual, concluimos, se encuentra protegido por una garantía institucional radicada en su carácter autónomo y en su origen democrático.

Dicha relación implica que, si entendemos a la participación ciudadana en materia ambiental como elemento integrante de la antedicha garantía constitucional a un medio ambiente sano, en su aplicación se deben considerar variables como los riesgos tolerables de la actividad sometida a evaluación ambiental, la distribución de las cargas y beneficios que irroge y la contribución que esta hace al desarrollo sostenible. En tal contexto resulta indiscutible que a los municipios les corresponde un rol preponderante en dicha deliberación, pues su mandato constitucional es propender al desarrollo sostenible y resguardar a sus habitantes, y es la razón por la que resulta ininteligible que sean considerados como meros servicios públicos colaboradores del evaluador ambiental y que se restrinjan sus competencias acudiendo a normas cuya finalidad era limitar dicho mandato, pese a las prevenciones que hiciera el Tribunal Constitucional en el año 1988.

Asimismo, queda pendiente el estudio de qué particularidades de la historia institucional del municipio justifican este empoderamiento para impugnar acciones u omisiones de contenido ambiental; esto es, qué tensiones o deficiencias de diseño institucional viene en corregir el municipio

69 COSTA (2020), *passim*.

al acceder a la justicia ambiental, y, en ese sentido, qué relevancia tiene, en último término, el reconocimiento efectivo de una garantía institucional aparejada de acceso a la justicia constitucional para defender sus intereses frente a leyes o interpretaciones administrativas que pretendan reducir su ámbito de competencias constitucionales, como ocurre tan palmariamente con las normas citadas de la Ley N° 19.300.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEMPARTE, Julio (1940): *El cabildo en Chile colonial: Los orígenes municipales de la República* (Santiago: Editorial Universidad de Chile).
- ATRIA, Fernando (2012): “Lo que importa de los principios”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* N° 25.
- (2016): *La forma del derecho*, primera edición (Madrid: Marcial Pons).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1980): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile: Tomos I al XI*. Disponible en línea: <[https://www.bcn.cl/leychile/consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.bcn.cl/leychile/consulta/antecedentes_const_1980)>.
- (1999): Historia de la Ley N° 19.602, que modifica la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en materia de gestión municipal. Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6639/>>.
- (2010): Historia de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medioambiente. Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>>.
- CORDERO, Luis (2012): “Corte Suprema y medio ambiente: ¿Por qué la está revolucionando la regulación ambiental?”, en COUSO, Javier (ed.), *Anuario de Derecho Público 2012* (Santiago: Ediciones UDP). Disponible en línea: <<https://derecho.udp.cl/investigacion/informes-y-anuarios/>>.
- COSTA, Ezio (2020): *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente* (Santiago: DER Ediciones).

- ESTEVE, José (1991): “Garantía institucional o función constitucional en el régimen local”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, N° 31.
- FERNÁNDEZ, José (2007): *Derecho municipal chileno*, segunda edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- GALINDO, Mario (2002): “El ‘Caso Itata’, sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del Recurso de Protección”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 1. Disponible en línea: <<https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36448/38082>>.
- JORQUERA, Álvaro y PINEDA, Héctor (2014): “El Plan de Desarrollo Comunal como una oportunidad para la participación ciudadana: Creación de observatorio de desarrollo local para la comuna de San Bernardo, Chile”, en *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, vol. 2, N° 1.
- MENÉNDEZ, Ángel (2007): “Autonomía urbanística municipal: planeamiento, disciplina y obras públicas”, en UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ed.), *Anuario de Derecho Municipal* N° 1. Disponible en línea: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2744333>>.
- MERINO, Valentín (2021): “El rol de los cabildos en las independencias iberoamericana: Pensamiento y acción”, en *Revista Iberoamericana de Gobierno Local* N° 20. Disponible en línea: <<https://revista.cigob.net/20-diciembre-2021/articulos/el-papel-de-los-cabildos-en-las-independencias-iberoamericanas-pensamiento-y-accion/>>.
- MONTECINOS, Egon (2005): “Antecedentes sobre la relación histórica centralismo y descentralización en Chile”, en *Revista Venezolana de Gerencia (Caracas)*, vol. 10, N° 31.
- (2006): “Descentralización y democracia en Chile: Análisis sobre la participación ciudadana en el presupuesto participativa y el plan de desarrollo comunal”, en *Revista de ciencia política (Santiago)*, vol. 26, N° 2. Doi: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2006000200011>>.
- MORA, Álvaro y PINEDA, Héctor (2014): “El plan de desarrollo comunal como una oportunidad para la participación ciudadana: creación de Observatorio de Desarrollo Local para la comuna de San Bernardo, Chile”, en *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, vol. 1, N° 2.
- MUÑOZ, Santiago (2015): *Tratado de derecho administrativo y público en general. Tomo XI: Instituciones Autonómicas y Locales*, cuarta edición (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).
- ORELLANA, Arturo *et al.* (2016): “Municipal development plan: The guiding instrument for municipal management in Chile?”, en *Revista INVI*, vol. 31, N° 87. Doi: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-83582016000200006>>.
- PAREJO, Luciano (1988): *Derecho básico de la administración local* (Barcelona: Ariel).
- ROJAS, Andrés (2019): *El fracaso de la autonomía municipal y la consolidación del centralismo en Chile (1891-1935)*. Tesis doctoral (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en línea: <<https://repositorio.uam.es/handle/10486/690619>>.
- SANDS, Philippe *et al.* (2018): *Principles of International Environmental Law*, cuarta edición (Cambridge: Cambridge University Press).
- SALAZAR, Gabriel (2019): *Historia del municipio chileno y la soberanía comunal en Chile (1820-2016)* (Santiago: Editorial Universitaria).
- SCHMITT, Carl (1982): *Teoría de la Constitución* (trad. Francisco Ayala), (Madrid: Alianza Editorial S.A.).
- UBILLA, Gerardo *et al.* (2010): “Estado de los Planes de Desarrollo Comunal de la Región Metropolitana de Santiago, Gobierno Regional Metropolitano de Santiago”. Disponible en línea: <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01251148>>.
- VALDEBENITO, Alfonso (1973): *Evolución jurídica del régimen municipal en Chile (1541-1971)*, 1ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- VIAL, Camilo (2014): “Las municipalidades y su papel en el contexto institucional en Chile” [Presentación en papel], XI Congreso Chileno de Ciencia Política, Asociación Chilena de Ciencia Política, Santiago, 15 al 17 de octubre de 2010. Disponible en línea: <<https://pdfslide.tips/education/las-municipalidades-y-su-papel-en-el-contexto-institucional-en-chile.html?page=1>>.
- VILLAGRÁN, Marcelo (2010): “La autonomía municipal”, en *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales*, año I, N° 2.

——— (2013): “Bases de la institucionalidad municipal chilena”, en CHACÓN, Andrés (ed.), *Análisis y perspectivas del derecho municipal chileno* (Santiago: Instituto Chileno de Estudios Municipales).

ZAPATA, Patricio (2020): *La casa de todos y todas. La nueva Constitución que Chile merece y necesita* (Santiago: Ediciones UC).

## LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE LA LEY N° 20.920, SU IMPLEMENTACIÓN NORMATIVA Y EL CASO DE LOS SISTEMAS NO DOMICILIARIOS Y LOS CONSUMIDORES INDUSTRIALES

THE MANAGEMENT SYSTEMS OF LAW NO 20.920:  
ITS REGULATORY IMPLEMENTATION AND THE CASE OF  
NON-HOME SYSTEMS AND INDUSTRIAL CONSUMERS

### Jorge Canals de la Puente

Abogado por la Pontificia Universidad Católica  
Magíster (LLM) mención en Derecho Regulatorio  
en la Pontificia Universidad Católica

Actualmente se desarrolla como socio y jefe del Área de  
Derecho Ambiental del Estudio Jurídico Moraga y Compañía  
jcanals@moragaycia.cl

### Javiera Estenssoro Soriano

Abogada por la Universidad de Chile  
Diplomada en Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable  
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile  
Actualmente se desempeña en el Área de Derecho Ambiental  
del Estudio Jurídico Moraga y Compañía  
jestenssoro@moragaycia.cl

*RESUMEN: Este trabajo pretende analizar los sistemas de gestión que establece la Ley de Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, sus elementos, objetivos, requisitos y diferentes tipos, y su relación con los actores como consumidores y consumidores industriales. Específicamente, analiza la viabilidad jurídica de los sistemas de gestión de la información o “monitoring” a la luz de la legislación chilena.*

*PALABRAS CLAVE: Sistemas de gestión, responsabilidad extendida del productor, gestión, valorización, consumidor industrial, sistema monitoring.*

*ABSTRACT: This paper aims to analyze the management systems established by the Extended Producer Responsibility Law and Promotion of Recycling, their elements, objectives, requirements, and different types; and their relationship with the actors such as consumers and industrial*

*consumers. Specifically, it analyzes the legal feasibility of monitoring systems in the light of Chilean legislation.*

*KEY WORDS: Management Systems, Extended Producer Responsibility, Management, Valorization, Industrial Consumer, Monitoring System.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20.920 de 2016, que establece el Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (en adelante, también, Ley REP o la ley), intenta sistematizar el tratamiento de residuos en nuestro país, el que, al momento de su dictación, se encontraba regulado a través de, al menos, 13 cuerpos normativos<sup>1</sup>. Si bien no es propiamente una ley general de residuos, y, en consecuencia, no deroga los reglamentos vigentes sanitarios o ambientales<sup>2</sup> que regulan la gestión de residuos<sup>3</sup>, sí considera un conjunto de principios generales aplicables a la generalidad de la gestión integral de los residuos en nuestro país, especialmente el principio de jerarquía en su manejo<sup>4</sup>.

La Ley de Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje tiene el objetivo de disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización<sup>5</sup>. Para la ejecución de este objetivo, la ley establece la responsabilidad y obligación de gestionar los residuos de productos prioritarios que los productores determinados por ella introduzcan en el mercado.

1 RAGLIANTI (2018), p. 69.

2 Reglamentos tales como: el DS N° 148/2004, del Ministerio de Salud, que regula los residuos peligrosos; el DS N° 189/2008, del mismo Ministerio, que regula las condiciones sanitarias de los rellenos sanitarios, o el Decreto N° 1/2003, del Ministerio del Medio Ambiente, que regula el Registro de Emisiones y Transferencias Contaminantes (RETC) en la declaración de residuos.

3 AYLWIN y BORTNICK (2017), p. 328.

4 Artículo 2° letra d) de la Ley N° 20.920 de 2016: “Principio de Jerarquía en el manejo de residuos: Orden de preferencia de manejo, que considera como primera alternativa la prevención en la generación de residuos, luego la reutilización, el reciclaje de los mismos o de uno o más de sus componentes y la valorización energética de los residuos, total o parcial, dejando como última alternativa su eliminación, acorde al desarrollo de instrumentos legales, reglamentarios y económicos pertinentes”.

5 Artículo 1° de la Ley N° 20.920 de 2016.

Los productores de los denominados productos prioritarios<sup>6</sup> deben, en consecuencia, constituir o pertenecer a un sistema de gestión, colectivo o individual, el cual deberá contar con un plan de gestión autorizado por el Ministerio del Medio Ambiente, que organice eficientemente la materialización y el proceso necesario para la gestión de los residuos de productos prioritarios, y para el cumplimiento de las metas de recolección y valorización que al efecto determine dicho Ministerio a través de los respectivos decretos supremos asociados a cada producto prioritario<sup>7</sup>.

El presente trabajo pretende analizar los sistemas de gestión que establece la Ley Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje. Abordaremos el principal mecanismo para el cumplimiento de las obligaciones que contempla y para el logro gradual de las metas de valorización; sus tipos, elementos, objetivos, requisitos y su relación con los diferentes actores del régimen de responsabilidad extendida del productor, tales como las empresas gestoras de residuos, los consumidores, en términos generales, y los consumidores industriales. Además, se analiza el caso específico de los sistemas *monitoring*, su viabilidad o inviabilidad en la legislación chilena actual.

Igualmente, efectúa un estudio práctico de los sistemas de gestión, con el objetivo de constituir una guía en la tramitación de su implementación, y se detiene en ciertas dificultades normativas en su aplicación, especialmente en el caso de los sistemas de gestión para productos prioritarios categorizados como no domiciliarios y su relación con la figura de los consumidores industriales.

## 2. ¿QUÉ Y PARA QUÉ SON LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTENDIDA DEL PRODUCTOR?

La Ley de Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje define en su artículo 3° número 27 “sistema de gestión” como un “[m]ecanismo instrumental para que los productores, individual o colecti-

6 Aceites lubricantes, aparatos eléctricos y electrónicos, baterías, envases y embalajes, neumáticos y pilas. Artículo 10 de la Ley N° 20.920 de 2016.

7 Artículo 10 de la Ley N° 20.920 de 2016.

vamente, den cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor, a través de la implementación de un plan de gestión”.

Esta definición establece las directrices fundamentales para determinar sus elementos esenciales y su modo de implementación en nuestro marco normativo. Tal como señala además la “Historia de la ley”, los sistemas de gestión fueron introducidos en el proyecto de ley en consideración a la experiencia del derecho comparado, existiendo ejemplos en Estados Unidos, Canadá, la Unión Europea, Australia, Japón, Brasil y Colombia<sup>8</sup>, siendo los países europeos los que llevan mayor tiempo de implementación de esquemas de responsabilidad ampliada del productor, con regulación que data de principios de los años noventa.

En virtud de dicha experiencia, en conjunto con la incorporación de los sistemas de gestión a nuestra legislación, se incorporaron disposiciones destinadas a evitar errores y debilidades observados en la práctica de su implementación, vinculados a la obtención y manejo de información y al resguardo de la libre competencia<sup>9</sup>.

Como se mencionó, la norma define a los sistemas de gestión como un mecanismo instrumental, lo cual se traduce en que, exclusivamente por medio de este, los productores deberán dar cumplimiento a sus obligaciones establecidas en la ley, pudiendo optar por la conformación de un sistema de gestión colectivo o individual.

Para el caso de los sistemas de gestión colectivos, la ley exige que se constituyan como personas jurídicas que no distribuyen utilidades entre sus asociados y cuyo fin exclusivo sea la gestión de los residuos de los productos prioritarios<sup>10</sup>.

Considerando dicha prescripción, se discutió sobre qué tipo de persona jurídica cumplía con aquellas exigencias normativas. No obstante, frente a la posibilidad de crear sociedades que no distribuyan utilidades para sus socios, o de cooperativas, tanto desde el punto de vista académico como práctico, esto es, en cuanto a las propias decisiones de los sistemas de

gestión en conformación, se ha determinado que lo más adecuado al texto de la ley es constituir asociaciones de derecho privado sin fines de lucro<sup>11</sup>.

La ley es clara en establecer la funcionalidad y los objetivos de los sistemas de gestión: estos son el mecanismo mediante el cual los productores cumplen las obligaciones impuestas por esta norma.

Respecto a su finalidad, es imprescindible entender las obligaciones que dispone la Ley N° 20.920 para los productores de productos prioritarios, principales obligados del régimen de responsabilidad extendida del productor. No solo en cuanto al cumplimiento de las metas de recolección y valorización, sino también a la constitución y financiamiento de los sistemas de gestión.

El artículo 9° de la Ley REP define la responsabilidad extendida del productor como “un régimen especial de gestión de residuos, conforme al cual los productores de productos prioritarios son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de los productos prioritarios que comercialicen en el país”. Por su parte, la gestión de residuos se define en el artículo 3° número 11 como las “[o]peraciones de manejo y otras acciones de política, de planificación, normativas, administrativas, financieras, organizativas, educativas, de evaluación, de seguimiento y fiscalización, referidas a residuos”.

En consecuencia, el régimen especial de la responsabilidad extendida del productor obliga a los productores sujetos al cumplimiento de la ley a organizar y financiar la gestión de sus residuos de productos prioritarios, la cual, a su vez, se compone de diversas etapas: generación, almacenamiento, recolección, transporte, transferencia y tratamiento, que según el principio de jerarquía de manejo de residuos antes citado, puede consistir en disposición final o valorización<sup>12</sup>.

Junto con las operaciones de manejo, la gestión de residuos comprende igualmente acciones de política, de planificación, normativas, administra-

8 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (s.f.), p. 198.

9 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (s.f.), p. 8.

10 Artículo 20 de la Ley N° 20.920 de 2016.

11 IBÁÑEZ e IZURIETA (2019), p. 2. Para las opciones prácticas asumidas por los sistemas de gestión colectivos, y por vía ejemplar: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol NC-492-2021 (en tramitación), caratulada “Solicitud de informe de Agrosuper S.A. y otras respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIGENEM”.

12 SÁEZ y URDANETA (2014), p. 122.

tivas, financieras, organizativas, educativas, de evaluación, de seguimiento y fiscalización. Estas acciones, sin embargo, son complementarias, y no sustituyen a las operaciones de manejo propiamente tal, lo que se desprende del tenor literal de la norma que utiliza el conector “y” y no “o”, además de la propia naturaleza de las operaciones enunciadas en el párrafo precedente.

Tal como se ha dicho previamente, y de acuerdo al artículo 9° de la Ley N° 20.920, la gestión de residuos de este régimen especial corresponde a los residuos de los productos prioritarios, determinados por la misma ley. Estos corresponden a una “[s]ustancia u objeto que una vez transformado en residuo, por su volumen, peligrosidad o presencia de recursos aprovechables, queda sujeto a las obligaciones de la responsabilidad extendida del productor, en conformidad a esta ley”<sup>13</sup>.

El legislador determinó que los productos prioritarios corresponden a envases y embalajes, neumáticos fuera de uso, aceites y lubricantes usados, baterías, pilas y aparatos eléctricos y electrónicos. Dichos productos, como lo adelantó el artículo precedentemente transcrito, fueron seleccionados y priorizados para la aplicación de la responsabilidad extendida del productor en base a criterios de volumen, peligrosidad, potencial de valorización y experiencia comparada<sup>14</sup>.

Considerando todas estas precisiones, que constituyen, además, su marco de referencia, puede definirse con mayor especificidad a los sistemas de gestión como mecanismos instrumentales, de carácter individual o colectivo, en cuyo caso se constituirá como una persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados, mediante los cuales los productores de productos prioritarios deben cumplir sus obligaciones legales de gestión de sus residuos de acuerdo a las etapas de sus operaciones de manejo: generación, almacenamiento, recolección, transporte, transferencia y tratamiento, en la forma establecida por la ley, y con el propósito de cumplir con las metas de recolección y valorización determinados por cada decreto supremo pertinente<sup>15</sup>.

13 Artículo 3° N° 20 de la Ley N° 20.920 de 2016.

14 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (s.f.), p. 41.

15 Artículo 12 de la Ley N° 20.920 de 2016. Esta disposición determina que tanto las metas de recolección como de valorización de los residuos de productos prioritarios serán establecidas mediante decretos supremos dictados por el Ministerio del Medio

Por lo tanto, el objetivo principal de los sistemas de gestión corresponde ser el mecanismo instrumental de materialización de la obligación de los productores de productos prioritarios. Esto se traduce en organizar y financiar la recolección de los residuos de los productos prioritarios en todo el territorio nacional, así como su almacenamiento, transporte y tratamiento, en conformidad a la Ley N° 20.920 y a los reglamentos vigentes para la gestión de los residuos en nuestro país<sup>16</sup>. La forma en que dicha obligación será cumplida por los sistemas de gestión deberá ser descrita y organizada en un plan de gestión aprobado por el Ministerio del Medio Ambiente, que constituye, a la postre, su autorización administrativa de funcionamiento.

Dicho plan de gestión se presenta a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, y, según el artículo 26 de la Ley N° 20.920, debe contener, al menos, lo siguiente:

- a) La identificación del o los productores, de su o sus representantes e información de contacto.
- b) La identificación de la persona jurídica, copia de sus estatutos e identificación de los asociados, en el caso de un sistema colectivo de gestión.
- c) Las reglas y procedimientos, en el caso de un sistema colectivo de gestión, para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema, que garanticen el respeto a las normas para la defensa de la libre competencia.
- d) Un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declare que en las reglas y procedimientos, para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión, no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia<sup>17</sup>.

Ambiente, considerando que la responsabilidad extendida del productor aplicará a las categorías o subcategorías definidas en los respectivos decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas (artículo 10).

16 Artículo 9° de la Ley N° 20.920 de 2016.

17 Entre las cuestiones observadas en la experiencia comparada, que se materializaron en nuestra Ley REP, se encontró la necesidad de fortalecer la acción de los sistemas integrados de gestión, previniendo la producción de atentados contra la libre com-

- e) La estimación anual de los productos prioritarios a ser comercializados en el país, promedio de su vida útil y estimación de los residuos a generar en igual período.
- f) La estrategia para lograr el cumplimiento de las metas y demás obligaciones asociadas en todo el territorio nacional.
- g) El mecanismo de financiamiento de las operaciones de gestión y copia de la garantía constituida, si corresponde.
- h) Los procedimientos de licitación, en el caso de un sistema colectivo de gestión.
- i) Los mecanismos de seguimiento y control de funcionamiento de los servicios contratados para el manejo de residuos.
- j) Los procedimientos para la recolección y entrega de información al Ministerio del Medio Ambiente.
- k) Los sistemas de verificación de cumplimiento del plan<sup>18</sup>.

Aquellos requisitos son detallados y desglosados dependiendo del producto prioritario en que recaerá el plan de gestión respectivo e identificando si este proviene de un sistema de gestión colectivo o individual, en los decretos que establecen las metas de recolección y valorización del producto prioritario. Además, el Ministerio del Medio Ambiente se ha encargado de dictar resoluciones específicas que detallan precisamente los contenidos de los planes de gestión para guiar a los productores en su admisibilidad y posterior autorización<sup>19</sup>.

---

petencia. En España, por ejemplo, hubo problemas tratándose del sistema integrado de gestión de neumáticos. Aquello explica la incorporación en el procedimiento de autorización de los sistemas de gestión de un informe previo a la autorización del plan de gestión por parte del Ministerio del Medio Ambiente, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este, en ejercicio de sus potestades de control preventivo, en un procedimiento no contencioso, informa respecto a los estatutos y bases de licitación de los SG, en cuanto a sus reglas de incorporación y respecto de reglas que impiden, restringen o entorpecen la competencia. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (s.f.), p. 63. Artículos 24 y 26 de la Ley N° 20.920 de 2016.

18 Artículo 26 de la Ley N° 20.920 de 2016.

19 A la fecha se han dictado, considerando los decretos supremos de metas publicados y vigentes: la Resolución Exenta N° 1.023, de 14 de septiembre de 2021, que aprueba la “Guía para la presentación y descripción de los contenidos del plan de gestión de los

Finalmente, la Ley N° 20.920 establece en su artículo 22 las obligaciones generales de los sistemas de gestión, las cuales corresponden a:

- a) Constituir y mantener vigente fianza, seguro u otra garantía para asegurar el cumplimiento de la obligación a que se refiere el artículo 9° letra c), según lo dispuesto en el decreto supremo que establezca las metas y otras obligaciones asociadas a cada producto prioritario, solo tratándose de un sistema colectivo de gestión<sup>20</sup>.
- b) Celebrar los convenios necesarios con gestores registrados y autorizados, municipalidades y/o asociaciones municipales con personalidad jurídica, en los términos establecidos en los artículos 24 y 25<sup>21</sup>.
- c) Entregar al Ministerio del Medio Ambiente los informes certificados de avance o finales, a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, sobre el cumplimiento de las metas y otras obligaciones asociadas, en los términos establecidos en el respectivo decreto supremo.
- d) El informe final de cumplimiento deberá contener, al menos, la cantidad de productos prioritarios comercializados por los productores que integran el sistema en el país en el período inmediatamente anterior; una descripción de las actividades realizadas; el costo de la gestión de residuos, en el caso de un sistema individual, y la tarifa correspondiente al costo de la gestión de residuos y su fórmula de cálculo, en el caso de un sistema colectivo, y el cumplimiento de las metas de recolección y valorización, así como de las obligaciones asociadas, si corresponde.

---

sistemas de gestión de neumáticos”, y la Resolución Exenta N° 0241, de 8 de marzo de 2022, que aprueba la “Guía para la presentación y descripción de los contenidos del plan de gestión de los sistemas de gestión de Envases y Embalajes”, ambas del Ministerio del Medio Ambiente.

20 Precisadas a través de resoluciones exentas en aquellos productos prioritarios con decretos supremos de metas vigentes. Ver Resolución Exenta N° 242 de 2022, de 6 de julio de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente.

21 Que permite que los sistemas de gestión realicen convenios directamente con municipios o asociaciones de municipios para la gestión de los residuos de productos prioritarios sin necesidad de licitarlos públicamente, como sucede en el caso en que dichos convenios de gestión se realicen con empresas privadas de gestión de residuos.

- e) Proporcionar al Ministerio o a la Superintendencia toda información adicional que le sea requerida por estos, referida al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor.

### 3. SISTEMAS DE GESTIÓN

La Ley de Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje establece que los sistemas de gestión podrán ser individuales o colectivos. Los sistemas de gestión individuales corresponden a los mecanismos instrumentales, compuestos por solo un productor de productos prioritarios, mediante el cual cumple sus obligaciones legales de gestión de residuos y las metas de recolección y valorización de acuerdo a los decretos supremos de metas de cada producto prioritario. Los sistemas de gestión colectivos son personas jurídicas que no distribuyen utilidades entre sus asociados, compuestos por más de un productor de productos prioritarios.

La forma en que las obligaciones de uno u otro sistema serán cumplidas se aborda en los siguientes acápite.

#### 3.1. Sistemas de gestión individuales

Los sistemas de gestión individuales consideran un plan de gestión aprobado por el Ministerio del Medio Ambiente, de acuerdo con los contenidos exigidos en la Ley N° 20.920, el reglamento y las resoluciones de que se traten.

##### A) *Obligaciones del sistema de gestión individual*

Las obligaciones de este sistema de gestión se encuentran descritas en el artículo 22 de la ley, mencionado anteriormente. Las letras a), c) y d) de dicha disposición contienen obligaciones que tanto un sistema de gestión individual o colectivo deben cumplir de la misma forma.

Ahora se revisarán particularmente algunas de las dificultades en el cumplimiento de la obligación del artículo 22 letra b) –forma de contratación con gestores–, en cuanto a que los sistemas de gestión individuales, a diferencia de los sistemas de gestión colectivos, en concordancia con el

artículo 21 de la misma ley<sup>22</sup>, podrán contratar directamente con gestores autorizados y registrados.

Al respecto, cabe señalar que nuestro sistema tiende a desincentivar fuertemente el cumplimiento de las obligaciones de la responsabilidad extendida del productor mediante sistemas de gestión individuales, mediante la aplicación del artículo 19 de la Ley REP, que habilita a que los decretos supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas restrinjan la aplicación de uno u otro sistema, a fin de evitar distorsiones de mercado que pongan en riesgo la efectividad de la responsabilidad extendida del productor o afecten la libre competencia.

En la práctica, aquella habilitación se ha traducido en la restricción para la aplicación de sistemas de gestión individuales en todos los productos prioritarios. Así ha sido para envases y embalajes, “permitiendo que estos sistemas –los individuales– sólo puedan cumplir sus metas de recolección y valorización con los residuos de los Envases y Embalajes que han introducido al mercado, de forma tal de impedir que un productor que no se asocia con otros en un sistema colectivo, pueda dar cumplimiento a sus metas con los residuos de los Envases y Embalajes que otro productor introduce al mercado”<sup>23</sup>. Esto, con el propósito de que los productores de productos prioritarios internalicen en su función de costos el valor que tiene gestionar los residuos en que se transforman dichos productos.

Lo mismo sucede en el caso de los neumáticos fuera de uso, donde la habilitación legal se tradujo en la restricción de la aplicación de los sistemas de gestión individuales, “permitiendo [del mismo modo que para envases y embalajes] que estos sistemas sólo puedan cumplir sus metas de recolección y valorización con los residuos de los neumáticos que han introducido al mercado, de forma tal de impedir que un productor que no se asocia con otros en un sistema colectivo, pueda dar cumplimiento a sus metas con los residuos de los neumáticos que otro productor introduce al mercado”<sup>24</sup>.

22 Artículo 21 de la Ley N° 20.920: “Los productores que asuman el cumplimiento de sus obligaciones de manera individual podrán contratar directamente con gestores autorizados y registrados”.

23 Considerando 19 del Decreto Supremo N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente. La aclaración dentro del párrafo es nuestra.

24 Considerando 20 del Decreto Supremo N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente. La aclaración dentro del párrafo es nuestra.

Dado lo complejo de asegurar la trazabilidad<sup>25</sup> de los propios residuos de los productos prioritarios, estas restricciones han implicado la práctica inexistencia de sistemas de gestión individuales en envases y embalajes.

En el caso de neumáticos fuera de uso, sobre todo en la categoría de neumáticos industriales o “B”<sup>26</sup>, sí han iniciado su proceso de constitución sistemas de gestión individuales, dada la naturaleza de dicho mercado, donde los productores/importadores de estos neumáticos mantienen una relación directa con los consumidores/clientes de los mismos, garantizando la trazabilidad suficiente para garantizar el correcto cumplimiento de las metas de recolección y valorización.

En este caso, además, se potencian las ventajas inherentes a estos sistemas de gestión, dado que no deben necesariamente constituirse como una persona jurídica distinta, ni tienen la obligación de someterse al procedimiento de control preventivo ante el Tribunal de Libre Competencia. En el mismo sentido, tampoco se encuentran sujetos a la obligación de convenir mediante licitaciones públicas con los gestores de residuos que realizarán las operaciones de manejo de los residuos para el cumplimiento de las metas.

En consecuencia, en los casos en que la trazabilidad de los propios residuos se encuentra garantizada de forma previa a la vigencia del régimen de responsabilidad extendida del productor, aparece como conveniente la constitución de un sistema de gestión individual en términos operativos y jurídicos, sin perjuicio de la tendencia estructural del sistema a restringir su aplicación.

Cabe destacar, finalmente, que para el caso de aceite lubricante, el anteproyecto de decreto supremo de metas propuso incluso restringir completamente la aplicación de sistemas de gestión individuales, dado el riesgo que el regulador prevé de que un productor que no se asocia con otros en un sistema colectivo pueda aprovechar su acceso preferente a los residuos

25 Conjunto de procedimientos preestablecidos y autosuficientes que permiten conocer las cantidades, ubicación y trayectoria de un residuo o lote de residuos a lo largo de la cadena de manejo.

26 Neumáticos que tengan un aro igual a 45 pulgadas, a 49 pulgadas, a 51 pulgadas y aros iguales o mayores a 57 pulgadas.

de este producto prioritario en desmedro de la efectividad general de la regulación.

En caso de que esta proscripción prospere, estaríamos frente a una prohibición inédita en la implementación del régimen de responsabilidad extendida del productor en nuestro país<sup>27</sup>.

### *B) Forma de cumplimiento de un sistema de gestión individual de metas establecidas por productos prioritarios*

Tal como lo hemos expuesto, los sistemas de gestión no solo se rigen por las disposiciones generales establecidas en la Ley N° 20.920, sino que, a su vez, se rigen de forma más detallada mediante los decretos vigentes referidos a cada producto prioritario.

A la fecha, tan solo se encuentran vigentes dos decretos: el Decreto N° 8, de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, que “establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de neumáticos”, y el Decreto N° 12, de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, que “establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes”. Estos decretos establecen diferentes formas de cumplimiento de las metas de valorización establecidas a cada producto, dependiendo de si los productores cumplirán sus obligaciones mediante sistemas de gestión colectivos o individuales.

Para el caso de las metas de valorización referidas a neumáticos, el Decreto N° 8 establece que los sistemas de gestión individuales deberán dar cumplimiento a sus metas de recolección y valorización únicamente con

27 La elaboración de los decretos supremos de metas está regulada por el Decreto Supremo N° 8, del año 2017, del Ministerio del Medio Ambiente, publicado el 30 de noviembre del mismo año. De acuerdo a dicha regulación, y para el caso del productor prioritario aceite lubricante (ALU), el 3 de diciembre de 2020, se publicó en el *Diario Oficial* la Resolución N° 1.296, que aprobó el anteproyecto de decreto supremo de metas de recolección y valorización de ALU, contando a partir de dicha publicación el plazo de 30 días hábiles para formular observaciones en un proceso de consulta pública. Se recibieron 304 observaciones, algunas de las cuales hacían referencia a esta restricción total en la aplicación de los sistemas de gestión individual. Dada la envergadura de las observaciones y antecedentes presentados, mediante Resolución N° 276, de marzo de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente, se volvió a prorrogar el plazo para dictar el decreto supremo de metas ALU definitivo, hasta el 13 de octubre de 2022.

los neumáticos fuera de uso en que se conviertan los neumáticos que esos mismos productores hayan introducido en el mercado<sup>28</sup>.

En el caso de los envases y embalajes, en cambio, los sistemas individuales de gestión y los sistemas colectivos de gestión compuestos por menos de veinte productores no relacionados, podrán cumplir sus metas de recolección y valorización únicamente con los residuos en que se conviertan los envases que introduzcan en el mercado los productores que componen dichos sistemas de gestión<sup>29</sup>.

Cabe finalmente señalar que el ritmo en la generación de estos instrumentos regulatorios claves para la materialización de la responsabilidad extendida del productor ha implicado una dilación en la aplicación del régimen especial de la responsabilidad extendida del productor. Si bien el proceso de elaboración del reglamento, regulado por el Decreto Supremo N° 8, del año 2017, del Ministerio del Medio Ambiente, ha evidenciado prácticas virtuosas, como los amplios espacios de participación de los regulados en su elaboración –tanto en los comités operativos que se constituyen en el inicio del proceso como en las etapas de consulta pública respecto a los anteproyectos–, también ha mostrado deficiencias, entre las que se encuentra la excesiva dilación en la concreción de los mismos.

En efecto, y sin contar con lo dicho para envases y embalajes y neumáticos fuera de uso, a la fecha en aceite lubricante se ha prorrogado cuatro veces el plazo para la publicación de la propuesta final de decreto supremo (a octubre de 2022); en pilas y aparatos eléctricos y electrónicos se encuentra a la espera de la publicación del anteproyecto, y en baterías, que es lo más grave, aún ni siquiera hay atisbos de inicio del proceso de reglamentación.

Considerando aquello, tan solo para la entrada en vigencia de las metas conjuntas de todos los productos prioritarios, podría pensarse en el año 2025, nueve años después de la publicación de la Ley REP. Esto muestra también lo complejo que sería intentar sumar otros productos como productos prioritarios de la ley. Esto, más aún cuando la propia ley, en sus disposiciones transitorias –artículo tercero transitorio– determinó que los

28 Artículo 9° del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

29 Artículo 11 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

reglamentos debían dictarse o actualizarse, según corresponda, dentro del plazo de un año contado desde su publicación.

Finalmente, se trata de la precariedad de nuestra institucionalidad, que requiere un urgente fortalecimiento para apalancar transformaciones tan profundas como las implicadas en la aplicación de la responsabilidad extendida del productor. No por nada, en jurisdicciones más desarrolladas, la aplicación de un esquema de responsabilidad ampliada va acompañada de subsidios públicos, regímenes de impuestos y agencias públicas fuertes que coordinan la implementación de esta política<sup>30-31</sup>.

### C) *Contenido del plan de gestión de un sistema de gestión individual*

Tal como se señala en la descripción legal de los sistemas de gestión, estos ejecutan sus obligaciones y, por ende, las obligaciones de los productores, mediante lo establecido en cada plan de gestión que el sistema elabore y que se somete a aprobación ante el Ministerio del Medio Ambiente.

Tanto en los Decretos N° 8 y N° 12, para neumáticos fuera de uso y envases y embalajes, respectivamente, se establecen los contenidos que cada plan de gestión debe contener, y disponen requisitos diferentes para el caso de un sistema de gestión colectivo o individual, complementados por las resoluciones ya individualizadas.

En el caso del sistema de gestión individual, el plan de gestión relativo a neumáticos fuera de uso (NFU) contendrá:

- a) La identificación del o los productores que lo integren, de su o sus representantes e información de contacto;
- b) La estimación, para cada uno de los años de duración del plan de gestión, de la cantidad total de neumáticos a ser introducidos en el mercado, en unidades y toneladas, promedio de su vida útil y esti-

30 ECOING (2012a), p. 59.

31 Para el caso de Holanda, donde hay impuestos a los envases, de los cuales aproximadamente un tercio está destinado por ley a un Fondo de Residuos del Estado, que paga a las municipalidades para la recolección diferenciada y a la empresa del sistema de gestión individual. O respecto del caso belga, donde los sistemas de recolección y tratamiento son financiados mediante un impuesto fijo anual y el sistema de impuesto “pague por lo que bota” (PAYT, por sus siglas en inglés).

mación de los neumáticos fuera de uso a generar en igual periodo, en unidades y toneladas, considerando el desgaste de los neumáticos;

- c) La estrategia para lograr el cumplimiento de las metas y demás obligaciones asociadas en todo el territorio nacional por el plazo de duración del plan de gestión, la que deberá considerar, al menos, las estrategias de recolección, precisando un cronograma y su cobertura, y de información a los consumidores;
- d) Una estimación del costo para el manejo de los neumáticos fuera de uso;
- e) El mecanismo de financiamiento de las operaciones de gestión por el plazo de duración del plan de gestión;
- f) Los mecanismos de seguimiento y control de funcionamiento de los servicios contratados para el manejo de neumáticos fuera de uso;
- g) Los procedimientos para la recopilación y entrega de información al Ministerio del Medio Ambiente;
- h) Los sistemas de verificación de cumplimiento del plan, e
- i) Un plan de prevención que contenga una descripción de las estrategias que adoptará el sistema de gestión para prevenir la generación de neumáticos fuera de uso<sup>32</sup>.

Por su parte, el plan de gestión relativo a envases y embalajes contendrá:

- a) La identificación del o los productores que lo integren, de su o sus representantes e información de contacto;
- b) La estimación, para cada uno de los años de duración del plan de gestión, de la cantidad total de envases a ser introducidos en el mercado por los productores asociados al sistema de gestión, por subcategorías, en toneladas; promedio de su vida útil, cuando corresponda, y estimación de los residuos a generar en igual periodo, por subcategorías, en toneladas;
- c) La estrategia para lograr el cumplimiento de las metas y demás obligaciones asociadas, en todo el territorio nacional, por el plazo

de duración del plan de gestión, la que deberá considerar, al menos, estrategias de recolección, cronograma, cobertura, residuos de envases que se recolectarán, forma de recolección y valorización, y una estrategia de información a los consumidores;

- d) Una estimación del costo total de gestión de los residuos;
- e) El mecanismo de financiamiento de las operaciones de gestión, por el plazo de duración del plan de gestión;
- f) Los mecanismos de seguimiento y control de funcionamiento de los servicios contratados para el manejo de residuos;
- g) Los procedimientos para la recopilación y entrega de información al Ministerio del Medio Ambiente;
- h) Los sistemas de verificación de cumplimiento del plan;
- i) Un plan para apoyar la prevención en la generación de residuos y reutilización de los envases del productor o productores que lo integran;
- j) Una copia del convenio con el sistema de gestión de envases agroindustriales o con el sistema de gestión de envases de sustancias peligrosas referido en el artículo 29 y un listado con los productores que forman parte de dicho sistema, cuando corresponda, y
- k) La identificación de los productores del respectivo sistema de gestión que se hubieren beneficiado del incentivo en la reducción de residuos de envases, de conformidad con el Párrafo 5° del Título III, si correspondiere<sup>33</sup>.

Todos los planes de gestión, ya sean de sistemas de gestión colectivos o individuales, de neumáticos fuera de usos o de envases y embalajes deben ser presentados mediante ventanilla única de Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, para su aprobación por parte del Ministerio del Medio Ambiente, el que, al aprobarlos mediante resolución exenta, concede verdaderas autorizaciones administrativas de funcionamiento para estas entidades privadas.

32 Artículo 11 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

33 Artículo 13 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

### 3.2. Sistema de gestión colectivo

Los sistemas de gestión colectivos, como se ha expresado, son personas jurídicas que no distribuyen utilidades entre sus asociados, compuestos por más de un productor de productos prioritarios. Este es un mecanismo instrumental mediante el cual los referidos productores cumplen con sus obligaciones legales de gestión de residuos.

Si bien la Ley REP menciona los principios básicos que regulan a las organizaciones que se constituyan como sistemas de gestión colectivos de residuos, entre los cuales se encuentra el hecho de que no pueden distribuir utilidades entre sus asociados, no señaló expresamente qué tipo de personas jurídicas deben ser<sup>34</sup>, dejando a discreción de quienes constituyan el sistema de gestión la figura jurídica a utilizar para la conformación de la persona jurídica correspondiente. Como se mencionó anteriormente, ello terminó por decantar hacia la constitución de asociaciones de derecho privado, y, en lo específico, corporaciones de derecho privado.

#### A) Obligaciones del sistema de gestión colectivo

Al igual que los sistemas de gestión individuales, los colectivos se encuentran obligados a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 20.920. Las letras a), c) y d) no presentan diferencias en la forma en que se deben cumplir las obligaciones entre un sistema de gestión colectivo e individual.

Pero en el caso de la obligación contenida en la letra b) del artículo 22, referido a la forma de contratación del sistema de gestión con los gestores autorizados y registrados, los sistemas de gestión colectivos por regla general no podrán contratar directamente con estos, a diferencia de los sistemas de gestión individuales.

Salvo excepción expresa, los sistemas de gestión colectivos tendrán la obligación de contratar con los gestores autorizados y registrados mediante licitaciones abiertas en procedimiento concursal, mediante el cual el respectivo sistema de gestión realiza un llamado público a través de su sitio electrónico, convocando a los interesados para que, con sujeción a las bases fijadas, formulen propuestas para un servicio de manejo de residuos.

34 IBÁÑEZ e IZURIETA (2019), p. 15.

Las bases de licitación deberán ser entregadas de manera gratuita a los recicladores de base que manifiesten interés en participar<sup>35</sup>.

Respecto a los servicios de recolección y tratamiento, la ley establece que serán licitados por separado, y que, en el caso de la recolección, los contratos deberán tener una duración máxima de cinco años<sup>36</sup>.

Las excepciones legales que permiten a un sistema de gestión colectivo contratar con los gestores mediante mecanismos diferentes al de la licitación corresponden a: (i) cuando el sistema de gestión colectivo obtenga autorización expresa por parte del Ministerio del Medio Ambiente en casos calificados, y (ii) cuando se celebren convenios con municipalidades o asociaciones de municipalidades con personalidad jurídica.

El inciso quinto del artículo 24 de la Ley N° 20.920 establece una de las excepciones mediante la cual un sistema de gestión colectivo podría contratar directamente con un gestor autorizado y registrado, y no mediante licitación. La ley dispone al efecto que, para que opere esta excepción, los sistemas de gestión deberán solicitar autorización al Ministerio del Medio Ambiente, fundando dicha solicitud exclusivamente en las siguientes razones:

- a) Ausencia o inadmisibilidad de interesados en ella (en la licitación).
- b) Casos de emergencia, urgencia o imprevisto.
- c) Circunstancias o características del convenio que así lo requieran.
- d) Cuando se trate de la contratación de recicladores de base.

La segunda excepción que contempla la ley en el artículo 25, para que los sistemas de gestión colectivos puedan contratar de forma directa con gestores autorizados y registrados, opera cuando se celebran convenios con las municipalidades o asociaciones de municipalidades con personalidad jurídica, destinados a la separación en origen, a la recolección selectiva, al establecimiento y/u operación de instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de productos prioritarios, o a la ejecución de otras acciones que faciliten la implementación de esta ley en sus comunas.

Las municipalidades o asociaciones de municipalidades podrán ejecutar dichos convenios directamente o a través de terceros –que deberán ser

35 Artículo 24 inciso segundo de la Ley N° 20.920 de 2016.

36 Artículo 24 inciso tercero de la Ley N° 20.920 de 2016.

gestores autorizados y registrados—. En el segundo caso, el municipio o asociación de estos deberá contratar al tercero mediante el proceso de licitación establecido en el artículo 24 de la Ley N° 20.920 y las disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.886<sup>37</sup>. En este caso, la Ley REP traslada la obligación general que tienen los sistemas de gestión colectivos de contratación mediante proceso de licitación a los municipios y asociaciones de estos.

En consecuencia, se diseñó un modelo que considera incentivos para que las municipalidades se incorporen como gestores de residuos y convengan directamente con los sistemas de gestión colectivos, sin necesidad de licitación. Aquello implica un direccionamiento a que estas entidades concurren a convenir con estas organizaciones, en tanto les asegura el acceso a las comunas y les permite igualmente asegurar un porcentaje importante de toneladas de residuos que ya están siendo recolectados por los municipios de acuerdo a las atribuciones que les da su propia ley orgánica<sup>38</sup>.

Sin embargo, también es posible prever dificultades y desigualdades en la aplicación de estas disposiciones. Probablemente, los sistemas de gestión tiendan a priorizar la contratación con aquellas comunas o asociaciones de comunas donde existen mayores recursos y capacidades instaladas en la recolección diferenciada para el caso de los envases y embalajes domiciliarios. Es esperable que, de no corregirse, esto incida en los primeros años de aplicación de la Ley REP en una acentuación de las diferencias entre comunas con más y/o menos recursos, entre comunas densamente pobladas y las que no, y entre comunas de la Región Metropolitana y de las otras regiones.

### B) *Sobre las bases de licitación y estatutos de los sistemas de gestión colectivos*

Respecto a los sistemas de gestión colectivos, una de las exigencias que establece la Ley N° 20.920 corresponde a que deberán contar con un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que declare que en las bases de licitación no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, y, además, que en las reglas y procedimientos para la

37 Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

38 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (s.f.), p. 203.

incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema colectivo de gestión —que se contemplan en los estatutos de los sistemas de gestión colectivos— no existen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia<sup>39</sup>.

Esta exigencia implica que, previo a la presentación del plan de gestión ante el Ministerio del Medio Ambiente, los sistemas de gestión colectivos deberán obtener el informe referido del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este informe se obtiene mediante un procedimiento no contencioso, reglado en el Decreto Ley N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia, que se deberá iniciar a solicitud del sistema de gestión colectivo.

### C) *Forma de cumplimiento de un sistema de gestión colectivo de metas establecidas por productos prioritarios*

El Decreto N° 8, del Ministerio del Medio Ambiente, que “establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de neumáticos”, y el Decreto N° 12, del Ministerio del Medio Ambiente, que “establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes”, corresponden a los únicos decretos vigentes a la fecha que regulan las formas de cumplimiento de las metas de los productos prioritarios.

En el caso del Decreto N° 8, no se establece de manera explícita la forma en que los sistemas de gestión colectivos podrán cumplir sus metas de recolección y valorización, pero se entiende, *a contrario sensu*, de lo referido a los sistemas de gestión individuales, que los colectivos podrán cumplir sus metas de recolección y valorización con cualquier residuo de neumáticos fuera de uso.

Respecto del cumplimiento de las metas establecidas de recolección y valorización para los envases y embalajes, el Decreto N° 12 distingue entre dos tipos de sistemas de gestión colectivos: los sistemas de gestión colectivos que se componen por lo menos de veinte productores no relacionados, y los sistemas de gestión colectivos que se componen por veinte o más productores no relacionados.

39 Artículos 24 y 26 de la Ley N° 20.920 de 2016.

Los sistemas de gestión colectivos de menos de veinte productores no relacionados se registrarán por las mismas reglas respecto a la forma de cumplimiento de metas de recolección y valorización que los sistemas de gestión individuales; esto es, que podrán cumplir sus metas de recolección y valorización únicamente con los residuos en que se conviertan los envases que introduzcan en el mercado los productores que componen dichos sistemas de gestión. Por su parte, en el caso de los sistemas de gestión colectivos que se componen por veinte o más productores no relacionados, podrán cumplir sus metas de recolección y valorización con cualquier residuo de envases<sup>40</sup>.

*D) Contenido del plan de gestión de un sistema de gestión colectivo*

A continuación, se exponen los contenidos que los sistemas de gestión colectivos deben contener en su plan de gestión, que se encuentran determinados de forma general en el artículo 26 de la Ley N° 20.920, y se detallan en particular en los decretos vigentes que regulan las metas de recolección y valorización de neumáticos fuera de uso y envases y embalaje.

Los planes de gestión de los sistemas de gestión colectivos de neumáticos fuera de uso deberán contemplar los mismos contenidos que los planes de gestión de sistemas de gestión individuales de neumáticos fuera de uso, pero, además, el Decreto N° 8 agrega que, en el caso de un sistema colectivo de gestión, deberá además presentarse<sup>41</sup>:

- a) La identificación de la persona jurídica, copia de sus estatutos e identificación de los integrantes;
- b) Las reglas y procedimiento para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema, que garanticen el respeto a las normas para la defensa de la libre competencia, acompañados del respectivo informe favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia;

40 Artículo 11 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

41 Artículo 11 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

- c) Copia de la fianza, seguro o garantía constituida, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Decreto N° 8;
- d) Una descripción de los procedimientos de licitación;
- e) Una descripción de los tipos de neumáticos, en virtud de los cuales se cobrará una tarifa para financiar el sistema de gestión respectivo y los criterios objetivos que los fundamentan;
- f) Una estimación de la tarifa que le cobrará a los productores para cada neumático. La tarifa podrá ser diferenciada por tipo de neumático, y
- g) La estructura societaria y el o los mandatos en virtud de los cuales se acogen a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto N° 8, cuando corresponda.

Por su parte, los sistemas de gestión colectivos de envases y embalajes, según lo dispone el Decreto N° 12, que establece las metas de recolección y valorización de envases y embalajes, distingue el contenido de los planes de gestión entre los sistemas de gestión colectivos conformados por menos de veinte productores no relacionados y los sistemas de gestión colectivos conformados por veinte productores no relacionados o más. Ambos tipos de sistema de gestión colectivos deberán contener las mismas disposiciones que se establecen en dicho decreto para los sistemas de gestión individuales.

Ahora bien, respecto a los sistemas de gestión colectivos conformados por menos de veinte productores no relacionados, deberá, además, presentarse<sup>42</sup>:

- a) La identificación de la persona jurídica, copia de sus estatutos e identificación de los integrantes;
- b) Las reglas y procedimiento para la incorporación de nuevos asociados y funcionamiento del sistema, que garanticen el respeto a las normas para la defensa de la libre competencia, acompañados del respectivo informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia;

42 Artículo 13 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

- c) Copia de la fianza, seguro o garantía constituida, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto N° 12;
- d) Una descripción de los procedimientos de licitación;
- e) Una estimación de la tarifa que deberán pagar los productores para financiar el sistema de gestión respectivo y una descripción de la modulación de la misma, especificando claramente los criterios objetivos que fundamentan dicha modulación, según lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto N° 12, y su incidencia en la formulación de la tarifa, a través de recargos o bonificaciones, si corresponde. Adicionalmente, los sistemas de gestión podrán presentar mecanismos de certificación o etiquetado, en virtud de los criterios referidos precedentemente;
- f) La estructura societaria y el o los mandatos en virtud de los cuales se acogen a lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto N° 12, cuando corresponda, y
- g) Un plan de formalización de recicladores de base, según lo establecido en el artículo 41 del Decreto N° 12.

Por último, el Decreto N° 12 establece contenidos adicionales que los sistemas de gestión colectivos conformados por veinte productores no relacionados o más deberán contener en su plan de gestión. Además del contenido dispuesto para los sistemas de gestión individuales y sistemas de gestión colectivos conformados por menos de veinte productores no relacionados, deberá presentarse, además, la siguiente información<sup>43</sup>:

- a) Una estimación de la cantidad de habitantes a los que proveerá los servicios de recolección, considerando los incrementos anuales;
- b) Un listado de las comunas en las que prestará los servicios de recolección indicados en los artículos 35 y 36 del Decreto N° 12;
- c) Una descripción detallada del estándar de recolección selectiva, el que deberá ajustarse a lo establecido en el artículo 36 del Decreto N° 12, indicando fundadamente los criterios en virtud de los cuales realizará recolección domiciliaria o recolectará mediante instalaciones de recepción y almacenamiento, y

43 Artículo 13 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

- d) En caso de que la recolección se realice desde el domicilio de los consumidores, deberá indicar la frecuencia de recolección. En caso de que se realice mediante instalaciones de recepción y almacenamiento, deberá indicar los kilómetros cuadrados que dichas instalaciones abarcarán, considerando su capacidad de recepción y almacenamiento, frecuencia de retiro y la cantidad de personas que potencialmente accederían a dichas instalaciones.

#### 4. EL CONSUMIDOR INDUSTRIAL:

##### CONCEPTO, OBLIGACIONES Y FORMAS DE RELACIONARSE CON LOS SISTEMAS DE GESTIÓN

La Ley N° 20.920 contempla los actores principales con que los sistemas de gestión deberán interactuar. Entre ellos se encuentra el consumidor, definido por la ley como “todo generador de un residuo de producto prioritario”<sup>44</sup>, y cuya obligación principal es la entrega de los residuos de productos prioritarios al respectivo sistema de gestión. La figura del consumidor no genera mayores conflictos en su interpretación, siendo esta la regla general de los usuarios de los productos prioritarios.

Sin embargo, la ley contempla un caso en especial, el del denominado consumidor industrial, que es un actor que se relaciona con el sistema de gestión de forma particular. A continuación, analizaremos este actor, sus obligaciones y formas de relacionarse con los sistemas de gestión, según lo establece esta norma.

El artículo 3° de la Ley REP define al consumidor industrial como “todo establecimiento industrial, de acuerdo a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, que genere residuos de un producto prioritario”. En lo que respecta a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, dicha normativa actualmente no define qué se entiende por establecimiento industrial, pero sí establece en su artículo 4.14.1 que dichos establecimientos se clasificarán según su rubro o giro de actividades para los efectos de la respectiva patente. Por tanto, identificando la calificación otorgada en la patente respectiva del establecimiento, será posible vislumbrar si este tiene la calidad de establecimiento industrial.

44 Artículo 3° de la Ley N° 20.920 de 2016.

La figura del consumidor industrial fue incorporada en las últimas tramitaciones de la Ley N° 20.920. De hecho, no existe mención a ella en la historia de su tramitación publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional, y se determinó profundizarla y precisarla a través de su regulación en los respectivos decretos de metas para cada producto prioritario, dado que dicha definición es insuficiente para la correcta aplicación de la figura.

A la fecha del presente artículo, se están realizando los últimos ajustes al texto del Decreto del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que modifica el Decreto Supremo N° 47, de Vivienda y Urbanismo, de 1992, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Esta modificación tiene por objeto eximir de permiso de edificación y sus trámites a obras de carácter no estructural en edificaciones existentes y otros casos que indica, y ha sido trabajado en conjunto con el Ministerio del Medio Ambiente, no obstante, aún no reingresa para el trámite de razón en Contraloría General de la República. Estos ajustes incorporan a la normativa ciertas consideraciones respecto a la definición de consumidor industrial<sup>45</sup>.

Sin embargo, considerando que se prevé una aplicación masiva de esta figura, dadas sus ventajas, especialmente para el caso de la categoría de envases y embalajes no domiciliarios y en aquellos residuos vinculados al reciclaje industrial, y considerando igualmente la aplicación del modelo *monitoring*, como se explicará más adelante, es necesario para su correcta implementación que la categoría de consumidor industrial aplique a la mayor cantidad de establecimientos posibles.

45 Respuesta por transparencia del Ministerio de Vivienda y Urbanismo ante consulta de la Asociación Nacional del Reciclaje (ANIR). 25 de agosto de 2022. En la propuesta de decreto retirado de la Contraloría General de la República por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, tenida a la vista, se señala lo que sigue en relación a los consumidores industriales: “Artículo Único: Modifícase la Ordenanza de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por D.S. 47, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 1992, en la siguiente forma: II. Agrégase al artículo 5.1.4., el siguiente nuevo numeral 8: Permisos de Edificación para instalaciones de recepción y almacenamiento de residuos de productos prioritarios de la Ley N° 20.920. Exclusivamente para los efectos de la definición de Consumidor Industrial dispuesta en el artículo 3° de la Ley N° 20.920, se entenderá por Establecimiento Industrial a todo Centro Comercial Cerrado (*Mall*), Gran Tienda y Supermercado, que, siendo un generador de residuos de Envases y Embalajes, genere tales residuos en una cantidad superior a la señalada en los Decretos Supremos que establezcan metas y otras obligaciones asociadas, según lo establecido por el artículo 12 de la Ley citada”.

Esta es también la manera en que el regulador ha entendido su proyección, considerando la presentación hecha en el comité operativo ampliado que preparó la redacción del Decreto de Metas de Envases y Embalajes, y que, en su tercera sesión de diciembre de 2018, contemplaba “la posibilidad de ampliar la definición de consumidor industrial a todos los generadores de envases terciarios y secundarios”<sup>46</sup>.

En consecuencia, aún se encuentra en proceso la consolidación conceptual de esta figura. Entre tanto, la falta de una mayor precisión en su aplicación ha implicado que, desde el punto de vista jurídico, sea cuestionable su aplicación en el contexto de un sistema de gestión colectivo no domiciliario de gestión de la información o *monitoring*, como veremos a continuación.

#### 4.1. Obligaciones del consumidor industrial y formas de relacionarse con los sistemas de gestión

El artículo 34 de la Ley N° 20.920 establece la obligación general de los consumidores, esto es, “entregar el residuo de un producto prioritario al respectivo sistema de gestión, bajo las condiciones básicas establecidas por éstos e informadas a todos los involucrados”.

En el caso de los consumidores industriales, el mismo artículo establece ciertos escenarios para el cumplimiento de dicha obligación:

- a) Entregar los residuos del producto prioritario a un sistema de gestión, al igual que los consumidores/personas naturales. En este caso, es el sistema de gestión el responsable de acreditar su valorización<sup>47</sup>, y el consumidor industrial se limita exclusivamente a entregarle los residuos, en las condiciones que aquel determine, o
- b) Valorizar por sí mismos o a través de gestores autorizados y registrados los residuos de productos prioritarios que genere. En este

46 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2018), p. 3.

47 La Ley N° 20.920 define la valorización en su artículo 3° N° 20 como el “[C]onjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y, o el poder calorífico de los mismos. La valorización comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética”.

caso, el consumidor industrial es el responsable de la valorización del residuo, debiendo estar en condiciones de acreditarlo ante el Ministerio del Medio Ambiente y quedando sujeto al mismo cumplimiento de metas que el productor<sup>48</sup>.

En caso de que el consumidor industrial opte por valorizar por sí mismo o a través de gestores autorizados y registrados los residuos, asume como obligaciones asociadas:

- a) Informarlo al Ministerio del Medio Ambiente, a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, antes del 30 de junio de cada año<sup>49</sup>. La información de la valorización deberá ser efectuada según las siguientes opciones<sup>50</sup>:

“1) Informar directamente al Ministerio sobre la valorización efectuada. Si así lo hiciere, las toneladas valorizadas por dicho consumidor industrial serán asignadas a todos los sistemas colectivos de gestión de forma proporcional a las toneladas, de la subcategoría correspondiente, introducidas en el mercado por sus integrantes durante el año anterior a aquel en que se valorizaron dichos residuos”.

Esto es de suma importancia para el funcionamiento general del régimen de responsabilidad extendida del productor y para el productor específicamente relacionado con el consumidor industrial (el que importa o enajena por primera vez los productos cuyos residuos genera el consumidor industrial), además de evidenciar la necesidad de precisar la aplicación de la figura del consumidor industrial.

Al ejercerse esta facultad por parte del consumidor industrial, de informar directamente al Ministerio del Medio Ambiente la valorización efectuada (y no a través de un sistema de gestión en específico), “diluye” proporcionalmente en todos los sistemas de gestión

48 Artículo 3° de la Ley N° 20.920 de 2016, artículos 23 y 24 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, y artículos 24 y 25 del Decreto N° 12, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

49 Artículo 34 de la Ley N° 20.920 de 2016.

50 Artículo 23 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, y artículo 24 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

que existan dicha valorización para el cálculo del cumplimiento de las metas.

Como se ve, en dicho caso perjudica directamente al productor de los residuos que el consumidor industrial ha valorizado por sí mismo, por cuanto aquel no puede imputar todas esas toneladas valorizadas de “sus” residuos al sistema de gestión que ha constituido o al cual se ha adherido, en cumplimiento de su obligación legal, que debe igualmente valorizarlas en su totalidad (y no solo en la proporción que se le imputa).

En la práctica, el sistema de gestión deberá salir a “buscar” esas toneladas a valorizar que faltan en otros consumidores industriales.

En el caso de optar por esta opción, el consumidor industrial deberá informar al Ministerio, a través del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, sobre la valorización efectuada en los siguientes plazos: informe de avance a más tardar el 30 de septiembre de cada año y un informe final, a más tardar el 31 de mayo del año siguiente. El informe de avance debe reportar las actividades realizadas (valorización efectuada) entre el 1 de enero y el 30 de junio del año en el que se presente, mientras que el informe final deberá reportar las actividades realizadas (valorización efectuada) entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al de su presentación<sup>51</sup>.

“2) Celebrar un convenio con un sistema de gestión, para que este informe en su nombre y representación. En este caso, las toneladas de residuos que haya generado ese consumidor industrial y que hayan sido efectivamente valorizadas, se le imputarán al sistema de gestión con el que haya celebrado el convenio ya referido”<sup>52</sup>.

En el caso de optar por esta opción, al momento de informar que se optará por la opción de valorizar por sí o mediante gestor autorizado los residuos de productos prioritarios, deberán comunicar al Minis-

51 Artículo 31 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, y artículo 40 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

52 Artículo 23 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, y artículo 24 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

terio el sistema de gestión que informará en su nombre y representación. A diferencia de la situación precedente, en el ejercicio de esta facultad, el consumidor industrial imputa el total de las toneladas valorizadas al sistema de gestión mediante el cual informe (razón de ser de los sistemas *monitoring*), lo que a primera vista evitaría los problemas para el productor de esos residuos, en cuanto a la “dilución” proporcional de esas toneladas efectivamente valorizadas.

Sin embargo, esta solución es aparente, dado que para ello debiesen coincidir en un mismo sistema de gestión tanto el productor de los residuos como el consumidor que los valoriza. Al respecto, cabe señalar que ninguna norma obliga al consumidor industrial a elegir informar mediante el mismo sistema de gestión en que se encuentra el productor de dichos residuos.

Aquella situación produce problemas evidentes de transparencia en el régimen, por cuanto induce a los sistemas *monitoring* a incentivar (de qué modo) a los consumidores industriales para convenir con estos para declarar sus toneladas valorizadas, sin que exista ni regla ni marco alguno que determine la manera en que hayan de relacionarse. Será el mercado, de forma más o menos transparente, el que termine “solucionando” este incordio y ajustando las piezas para el cumplimiento de las metas.

Como diremos más adelante, la hipótesis que permite ajustar de la mejor forma posible las reglas del productor con las del consumidor es que los sistemas *monitoring* se constituyan con productores, cuyos mismos establecimientos sean consumidores industriales, que valoricen por sí o por gestores los residuos generados e informen mediante dicho sistema esas toneladas valorizadas para que opere la regla de la imputación total.

- b) Indicar los residuos respecto de los cuales operarán de acuerdo con esta opción (valorización por sí o a través de gestor autorizado), permaneciendo para el resto de los residuos la obligación de entregarlos a un sistema de gestión, bajo las condiciones establecidas por el sistema de gestión individual<sup>53</sup>.

53 Artículo 31 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente. Artículo 40 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio de Medio Ambiente.

- c) Certificar por auditor externo la información relativa a la valorización que los realicen por sí mismos o a través de gestores autorizados, y que estén autorizados ante la Superintendencia de Medio Ambiente<sup>54</sup>.
- d) Velar por el adecuado manejo de la información comercial sensible, dando cumplimiento a la normativa sobre libre competencia aplicable y con sujeción a la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada<sup>55</sup>.

Así, las formas de relacionarse que tienen los consumidores industriales con los sistemas de gestión –que establece la Ley y los decretos pertinentes– corresponden a:

- a) El caso en que el consumidor industrial opte por entregar los residuos del producto prioritario a un sistema de gestión para que este sea quien se encargue de la gestión, o
- b) El caso en que el consumidor industrial opte por valorar por sí o a través de gestores autorizados y registrados los residuos de productos prioritarios que genere, pero decida celebrar un convenio con un sistema de gestión para que este informe a su nombre al Ministerio del Medio Ambiente la valorización efectuada. En dicho caso, el sistema de gestión tendría un rol de gestión de la información y de entrega de información respecto del consumidor industrial (*monitoring*).

Como se ha adelantado, la figura del consumidor industrial es ideal para dar continuidad al mercado de los residuos industriales o del “patio trasero”. Lo anterior, en tanto, permite a estos generadores de residuos, en la medida en que sean establecimientos industriales, seguir operando con sus propios gestores de residuos sin necesidad de relacionarse con un sistema de gestión; de constituir una persona jurídica o efectuar una licitación pública, ni

54 Artículo 31 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, y artículo 21 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente. En concordancia con el artículo 21 del Decreto N° 8 de 2017, publicado el 30 de noviembre de 2017 del Ministerio del Medio Ambiente.

55 Artículo 31 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, y artículo 40 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

de presentar plan de gestión alguno, o contar con algún tipo de autorización de funcionamiento por parte del Ministerio del Medio Ambiente.

Lo único que la ley y los decretos de metas que han profundizado aquello les solicita es formalizar su decisión de optar por operar como consumidor industrial, informando directamente, o bien a través de un sistema de gestión colectivo, que necesariamente debe ser de carácter *monitoring*, como se explicará.

Sin embargo, y como se ha adelantado, el marco normativo general para la vinculación entre los sistemas de gestión y los consumidores industriales, y entre estos y los productores, quedó incompleto, dada la tardía incorporación de la figura del consumidor industrial en la Ley REP y su posterior desarrollo en los decretos de metas, desde el punto de vista exclusivo del ejercicio de sus facultades, y de su operación, como se explicó para el caso de la aplicación de las reglas de imputación de las toneladas valorizadas por los consumidores industriales.

Un ejemplo práctico de ello se da en el caso de los neumáticos fuera de uso industriales, cuyos productores son obligados legalmente a valorizar aquellos residuos de los productos que ponen en el mercado, en la proporción determinada, y que se generan por consumidores industriales a quienes venden estos productos, generalmente grandes faenas mineras o industrias similares.

En el caso de que estas opten por valorizar dichos residuos de neumáticos por sí mismos (como generalmente lo hacen en forma previa a la vigencia de la ley), e informen de ello por un sistema de gestión distinto a aquel en que el productor está integrado, dadas las reglas de imputación, “sustrae” de la órbita del productor aquellas toneladas valorizadas, y le hace más difícil el cumplimiento de las metas.

#### 4.2. Sistemas de carácter “monitoring” y el problema de su aplicación

Si bien hemos hecho referencia a los sistemas de gestión de la información o *monitoring* en términos generales y al explicar la figura del consumidor industrial, corresponde en este acápite precisar su definición y ahondar conclusivamente en las dificultades que genera su aplicación.

Un sistema *monitoring*<sup>56</sup> corresponde a un sistema que exclusivamente realiza el seguimiento y trazabilidad de los residuos de productos prioritarios, que los productores introducen por primera vez en el mercado, y no realiza ninguna operación de manejo propiamente tal.

Los productores que lo integran, le informan sobre el volumen de residuos que ponen en el mercado y los gestores que se relacionan con él, sobre el volumen de residuos que enviaron al reciclaje<sup>57</sup>. Esta información es organizada y reportada al Ministerio del Medio ambiente, en los términos establecidos en los decretos respectivos<sup>58</sup>.

En virtud a lo establecido en las disposiciones referentes a los consumidores industriales, un sistema de gestión estaría cumpliendo una función de gestión de información, en el caso específico en que un consumidor industrial que valore por sí o por gestores autorizados celebre un convenio con aquel para que informe lo pertinente al Ministerio del Medio Ambiente.

Además, según lo dispone el inciso sexto del artículo 25 del Decreto Supremo N° 12, la valorización efectuada por dicho consumidor industrial –en la hipótesis señalada– se imputa a las metas de valoración de los productores que conformen dicho sistema, como ya ha sido explicado desde el punto de vista del consumidor industrial.

Ahora bien, esta facultad de gestión de la información que pueden tener los sistemas de gestión está permitida en los Decretos N° 8 y N° 12, referentes a las metas de recolección y valorización de neumáticos fuera de uso y envases y embalajes, respectivamente, como se desprende de los artículos 31 y 40 de dichos decretos.

56 Dicho concepto se ha incorporado en la discusión operativa de la Ley REP en Chile para significar una estrategia de gestión de residuos en el sector no domiciliario y/o industrial, para el cumplimiento de las metas de recolección y valorización. No tiene sanción legal, y recoge la experiencia belga en la aplicación de esquemas de responsabilidad ampliada del productor, donde los sistemas de gestión asumen la responsabilidad de seguimiento y trazabilidad de los residuos (*monitoring*) y no constituyen sistemas operativos de valorización.

57 HERMANN (2021), p. 44.

58 Artículo 17 del Decreto N° 8 de 2021, publicado el 20 de enero de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente, y artículo 18 del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

Sin embargo, la gran dificultad que surge en su aplicación en Chile es que ni la Ley REP ni sus decretos de metas contemplan expresamente la posibilidad de que los sistemas de gestión puedan asumir exclusivamente el carácter de sistemas *monitoring*, sin gestionar operativamente los residuos de los productores que los conforman.

Tal como se ha precisado en el presente trabajo, la ley define a los sistemas de gestión como el mecanismo instrumental para que los productores, individual o colectivamente, den cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor, a través de la implementación de un plan de gestión.

La gestión, tal como se explicó, según la definición del artículo 3°, se conforma de operaciones de manejo de los residuos de productos prioritarios y acciones de política, de planificación, normativas, administrativas, financieras, organizativas, educativas, de evaluación, de seguimiento y fiscalización, referidas a residuos. Estas acciones son claramente complementarias, y no sustituyen las operaciones de manejo, tal como se desprende del tenor literal de la norma que utiliza la conjunción “y” y no “o”.

La obligación de los productores de productos prioritarios de gestionar los residuos de estos corresponde a una obligación esencial, que debe ser cumplida a través de un sistema de gestión, como lo dispone el artículo 9° letra b) de la Ley N° 20.920:

“Artículo 9°.- Responsabilidad extendida del productor. La responsabilidad extendida del productor corresponde a un régimen especial de gestión de residuos, conforme al cual los productores de productos prioritarios son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de los productos prioritarios que comercialicen en el país.

Los productores de productos prioritarios deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

[...]

- b) Organizar y financiar la recolección de los residuos de los productos prioritarios en todo el territorio nacional, así como su almacenamiento, transporte y tratamiento en conformidad a la ley, a través de alguno de los sistemas de gestión a que se refiere el párrafo 3° de este título. [...]

A su vez, el párrafo 3° de la esta ley, que regula lo relativo a los sistemas de gestión, dispone que:

“Artículo 19.- Sistemas de gestión. Las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor deberán cumplirse a través de un sistema de gestión, individual o colectivo”.

No por el hecho de constituir un sistema *monitoring* basado exclusivamente en la gestión de la información de la recolección y valorización de los residuos de determinados residuos de consumidores industriales desaparece la obligación de gestión operativa de los residuos.

Esta obligación, de acuerdo a la redacción de la Ley REP y de los decretos de metas, persiste, al ser una obligación esencial de la responsabilidad extendida del productor, obligado a su cumplimiento específicamente a través de un mecanismo instrumental, que es el sistema de gestión.

Por tanto, la existencia de un sistema de gestión que solo pretenda gestionar la información y la trazabilidad<sup>59</sup> de los residuos omite la obligación esencial de gestión de productos prioritarios de los sistemas de gestión.

Así, un sistema de gestión que no gestiona residuos sería, en nuestra opinión, un sistema no contemplado en la ley, de carácter de gestión de la información, o de reunir y entregar información, más allá de la conveniencia operativa de su aplicación y de su incorporación en nuestro marco normativo de la responsabilidad extendida.

Esto, por cuanto el sistema *monitoring* surge de la experiencia comparada belga<sup>60</sup>, donde existe un único sistema de gestión de la información respecto a los residuos industriales (no domiciliarios), denominado *Valipac*, el cual corresponde a una organización autorizada exclusiva para dichos residuos, que declara en representación de los productores de estos ante la Comisión Interregional de Embalajes.

A diferencia de la legislación chilena, la legislación belga permite que los productores que adhieran a un sistema de gestión colectivo (denominado organización autorizada), contraten directamente con gestores para encargar el manejo de sus residuos industriales (sin necesidad de licitación pública).

59 Artículo 2° letra k) de la Ley N° 20.920 de 2016: “Trazabilidad: Conjunto de procedimientos preestablecidos y autosuficientes que permiten conocer las cantidades, ubicación y trayectoria de un residuo o lote de residuos a lo largo de la cadena de manejo”.

60 PAÍS CIRCULAR (2019), (s.p.).

En efecto, el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación para la Prevención y Gestión de Residuos de Envases (*l'Accord de Coopération sur la prévention et la gestion des déchets d'emballages*), que rige para esta materia, establece que el productor podrá “cumplir él mismo su obligación de devolución, si es necesario, contratando con un tercero de derecho público o privado para llevar a cabo la ejecución de la totalidad o parte de su obligación de devolución”<sup>61</sup>.

Aquella facultad no se encuentra contenida en la legislación chilena, de manera que se forzó la introducción de esta forma de gestionar los residuos mediante la traslación de las facultades del productor en el caso belga al consumidor industrial, con las complejidades que ya se han explicado, y que se desarrollan a continuación, para el caso de los residuos de envases y embalajes.

### 4.3. Los sistemas “monitoring” y su aplicación a los envases y embalajes no domiciliarios

En la práctica, los sistemas *monitoring* se han intentado constituir exclusivamente en el ámbito de los residuos de envases y embalajes no domiciliarios<sup>62</sup>.

Esto se explica considerando la historia de la tramitación del Decreto Supremo N° 12, donde se planteó el objetivo de ampliar la definición de

61 Por devolución se entiende la obligación de recolección y valorización.

62 A la fecha del presente artículo, se encuentran en tramitación ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tres sistemas de gestión colectivos para envases y embalajes: dos mixtos (operativos y *monitoring*) correspondientes a las causas Rol NC-492-2021, caratulada “Solicitud de informe de Agrosuper S.A. y otras respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIGENEM”; NC-507-2022, caratulada “Solicitud de Informe de BredenMaster SpA y otros sobre bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del GRANSIC”, y uno exclusivamente *monitoring*, correspondiente a la causa NC-510-2022, caratulada “Solicitud de informe de RIGK CHILE SpA respecto de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento de PROREP”. A la fecha, ninguno de los planes de gestión de los sistemas de gestión que postulan una estrategia de carácter *monitoring* ha sido aprobado por el Ministerio del Medio Ambiente.

consumidor industrial a todos los generadores de envases y embalajes secundarios y terciarios<sup>63</sup> (ambas categorías de carácter no domiciliario)<sup>64</sup>, con el propósito de dar continuidad a la operación del reciclaje en dicha categoría de envases, que en el sector industrial considera mayores tasas de recolección y valorización que en el domiciliario. El mismo sentido tiene la propuesta de modificación a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones a que se hizo referencia.

Esto, dado que existen variadas empresas del sector de envases y embalajes y del sector industrial en general que ya han incorporado prácticas relacionadas de alguna forma con la responsabilidad extendida del productor, de manera voluntaria y anticipada, incorporando estándares de formalización y de valorización, desarrolladas mediante alianzas con instituciones de beneficencia, recicladores de base y/o municipios para potenciar la recuperación de materiales, o bien mediante entrega directa de sus residuos de envases y embalajes a empresas gestoras<sup>65</sup>.

Además, en Chile se recicla en promedio un 52 % del total de los envases y embalajes consumidos: 82 % de envases y embalajes de papel y cartón, 54 % de envases y embalajes de vidrio, 43 % de envases y embalajes de metal y 12 % de envases y embalajes de plástico<sup>66</sup>. Es decir, existe un mercado de recuperación y valorización establecido para papel y cartón, vidrio y metal, mientras para el plástico todavía es incipiente. La mayoría de los residuos de envases y embalajes se valoriza como materia prima secundaria en la fabricación de nuevos envases y embalajes. En promedio, un 67 % de los residuos de envases y embalajes es recuperado directamente desde las empresas (industriales)<sup>67</sup>. Lo anterior demuestra que la mayoría de los residuos de envases y embalajes provenientes desde las empresas actualmente se recuperan, en función de los sistemas de gestión que poseen las mismas<sup>68</sup>.

63 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2018), p. 3.

64 Artículo 4° del Decreto N° 12 de 2021, publicado el 16 de marzo de 2021, del Ministerio del Medio Ambiente.

65 ECOING (2012b), p. 49.

66 ECOING (2012b), p. 43.

67 Ídem.

68 ECOING (2012b), p. 177.

El problema que surge de la implementación de un sistema *monitoring* colectivo (de envases y embalajes no domiciliarios) en Chile dice relación con que los productores no pueden eludir la obligación de gestionar operativamente los residuos de sus productos prioritarios a través de un sistema de gestión, sin perjuicio de las acciones adicionales de entregar la información y garantizar la trazabilidad de los mismos.

Sin embargo, en el caso del sistema de gestión colectivo que exclusivamente se dedica a gestionar la información, son los consumidores industriales quienes valorizan los residuos, por sí o por terceros autorizados, imputando dicha valorización al cumplimiento de metas del sistema solo en el caso en que suscriban convenios de información con el sistema *monitoring* colectivo en cuestión.

Por tanto, los productores cumplirían las metas de valorización establecidas en el Decreto Supremo N° 12 indirectamente, a través de la gestión de los consumidores industriales (sean de sus establecimientos o no), y en la medida en que estos ejerzan las facultades que los decretos de metas les otorgan.

Pero, insistimos, la obligación de gestionar operativamente los residuos de productos prioritarios a través de un sistema de gestión, considerando la forma en que está redactada nuestra norma, no se extinguiría por este solo hecho. Bastaría que solo uno de los productores que conforman un sistema colectivo *monitoring* no pudiera constituirse como consumidor industrial (dados sus requisitos) para que debiese, en términos estrictos, generarse la obligación de desarrollar un esquema licitatorio para contratar con empresas gestoras las operaciones de manejo de los residuos (transporte, acopio, valorización, etc.).

Por tanto, la única hipótesis que a nuestro juicio podría llegar a viabilizar legalmente la aplicación de este tipo de sistema de gestión colectivo, de acuerdo a nuestro marco normativo vigente, es que sea constituido por productores de productos prioritarios de envases y embalajes no domiciliarios, cuyos establecimientos que generan los residuos sean consumidores industriales, que gestionan aquellos residuos por sí mismos. Esto porque el productor, mediante sus establecimientos (que formen parte de la misma unidad económica y/o jurídica), estaría gestionado sus residuos de envases y embalajes no domiciliarios en calidad de consumidores industriales, cumpliendo su obligación de gestionar sus residuos.

Ahora bien, cabe aclarar que los sistemas de gestión deben estar constituidos exclusivamente por productores de productos prioritarios, y la hipótesis señalada se encuentra, en nuestra opinión, al borde de lo permitido legalmente, dado que:

- a) Establece una dualidad en el sujeto obligado: se es productor para constituir un sistema de gestión, pero se es consumidor industrial en la operación diaria de gestión de los residuos de productos prioritarios.
- b) Presupone que necesariamente el establecimiento que es consumidor industrial informe a través del sistema de gestión colectivo constituido o respecto del cual se incorpora dicha empresa en calidad de productor. Sin embargo, no puede haber obligación de aquello dado que vulneraría las normas legales que conceden la facultad de elección y las normas que protegen la libre competencia en la operación de los sistemas de gestión colectivos.
- c) Bastaría que uno solo de los productores que lo constituyen no opere a través de un establecimiento de consumidor industrial para que se gatillara necesariamente la obligación de gestionar los residuos mediante esquemas de licitación, dada que la facultad es del consumidor industrial, no del productor.
- d) Implica una serie de cuestiones que no quedan bien resueltas en el marco normativo, y que se derivan de los planes de gestión presentados al respecto: no cumple los contenidos mínimos pedidos por la Ley REP, reglamento y resoluciones en consideración a estos planes, y no queda claro la manera en que se relaciona con los gestores, dado que no va a licitar operación de manejo alguna.
- e) Dado que existirá cierta competencia entre los sistemas de gestión colectivos no domiciliarios para captar a consumidores industriales que informen a través de ellos, y así imputar las toneladas valorizadas a sus productores, aquello se traducirá, posiblemente, en el ofrecimiento de mejores condiciones a consumidores industriales con el fin de persuadirlos para que suscriban convenios de información con uno u otro sistema de gestión, incentivos que no se encuentran regulados en parte alguna de nuestra reglamentación.
- f) De conformidad con la experiencia comparada, este tipo de incentivos se traducen en la entrega de contenedores de residuos, acciones

logísticas que reduzcan la brecha que se genera por la distancia entre el punto de generación de los residuos y el valorizador o reciclador o, incluso, incentivos económicos, los que, de cualquier manera, resultan más convenientes que costear directamente la recolección mediante una licitación y la contratación directa del gestor. Todo ello se remite a cuestiones que al menos parecen ser muy similares a cualquier operación de manejo que, en puridad, debiera ser licitada.

- g) Los mismos sistemas de gestión no domiciliarios señalan la necesidad de convenir con empresas gestoras. En dichos convenios, se podrían ofrecer algunos incentivos para incrementar la eficiencia en los procesos de cada gestor, en miras de maximizar la valorización que se obtiene de los residuos de cada consumidor industrial, y propender al levantamiento y entrega oportuna y fidedigna de la información que se requiere informar al Ministerio del Medio Ambiente. Cuestión que al menos, descriptivamente, parece ser una operación de manejo que, como se ha dicho, requeriría de un esquema licitatorio previo<sup>69</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

El principal mecanismo de cumplimiento de las obligaciones de la Ley N° 20.920 que establece el régimen especial de gestión de residuos de la responsabilidad extendida del productor es el sistema de gestión. La legislación chilena ha optado por centrar en los actores privados el desarrollo y eventual éxito en la implementación de este instrumento de gestión económica, reservándose el Estado la función de autorización de funcionamiento y de fiscalización, a través del Ministerio del Medio Ambiente y la Superintendencia del Medio Ambiente, respectivamente.

Sin embargo, ya en su implementación normativa se han ido evidenciando las dificultades de este diseño, considerando solo por vía ejemplar la gran demora en el desarrollo y conclusión de los decretos de metas para los productos prioritarios. Lo que en principio y por mandato legal debiera

69 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol NC-510-2022 (en tramitación), caratulada “Solicitud de informe de RIGK CHILE SpA respecto de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento de PROREP”.

haberse demorado un año contado desde la publicación de la ley (2016), va en seis años y contando.

Este mismo enfoque, centrado fundamentalmente en el sector privado, se vio reflejado en la incorporación tardía de la figura del consumidor industrial, que buscaba recoger tanto la experiencia comparada de los sistemas colectivos tipo *monitoring* como la maduración de la industria y del funcionamiento de la valorización de los residuos industriales, superior al estado de la situación en cuanto a los residuos domiciliarios.

Si bien es correcto el enfoque, que apunta a potenciar lo que ya funciona bien, su encuadre normativo ha sido muy insuficiente. Por vía reglamentaria, y profundizando el rol del consumidor industrial, se ha intentado superar la ambigüedad normativa que, a nuestro juicio y por todo lo dicho, al menos hace muy compleja la implementación de este tipo de sistemas de gestión colectivos no domiciliarios.

Las vías de solución para este problema se irán generando de la mano con la operación de los sistemas de gestión. Por de pronto, la ampliación de la aplicación de la figura de consumidor industrial para envases y embalajes, mediante la reforma de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en curso, va en el sentido correcto. Es de esperar que las incongruencias terminen de ser saldadas al tiempo en que el Ministerio del Medio Ambiente revise los planes de gestión de este tipo de sistema de gestión que, en forma previa, no cumplen con los contenidos mínimos que el mismo regulador ha determinado, no solo en los reglamentos y resoluciones, sino que, y más grave aún, en la misma ley.

## BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN, Martín y BORTNICK, David (2017): “La Ley N° 20.920 y la era ‘REP’: Un cambio de paradigma en el manejo de residuos en Chile”, en *Actualidad Jurídica*, vol. 35, N° 36.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (s.f.): “Historia de la Ley N° 20.920”. Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-Ley/5030/>>.

ECOING (2012a): “Informe final: Evaluación de impactos económicos, Ambientales y sociales de la implementación de la Responsabilidad Extendida del Productor en Chile, sector Envases y Embalajes. Etapa 2:

experiencia internacional”. Disponible en línea: <<https://rechile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/06/3-Etapa-2-Experiencia-Internacional-Informe-Final-REP-EyE-ECOING-Rev-04-06-2012.pdf>>.

ECOING (2012b): “Evaluación de impactos económicos, ambientales y sociales de la implementación de la Responsabilidad Extendida del Productor en Chile, sector Envases y Embalajes. Etapa 1: diagnóstico a nivel nacional”. Disponible en línea: <<https://rechile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/06/2-Etapa-1-Diagnostico-Informe-Final-REP-EyE-ECOING-Rev-04-06-2012.pdf>>.

HERMANN, Jorge (2021): *La industria del reciclaje en el contexto del Sistema de Gestión de Envases y Embalajes* (Santiago: Hermann Consultores).

IBÁÑEZ, Juan e IZURIETA, Javiera (2019): *Informe sobre la gobernanza de los sistemas colectivos de gestión de residuos conforme a la Ley de Responsabilidad Extendida del Productor* (Programa de Sostenibilidad Corporativa-Pontificia Universidad Católica de Chile).

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2018): “Tercera Reunión Comité Operativo Ampliado REP Envases y Embalajes”. Disponible en línea: <<https://rechile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/06/31-PRESENTACION-COA-No-3.pdf>>.

PAÍS CIRCULAR (2019): “La alemana Rigk y la belga Valipac se unen para apoyar el desarrollo de un sistema de gestión no domiciliario en Chile”. Comentario de Jorge Molina Alomar, 2 de septiembre de 2019. Disponible en línea: <<https://www.paiscircular.cl/industria/la-alemana-rigk-y-la-belga-valipac-se-unen-para-apoyar-el-desarrollo-de-un-sistema-de-gestion-no-domiciliario-en-chile/>>.

RAGLIANTI, Gianfranco (2018): “Aplicación de principios de democracia ambiental en la Ley N° 20.920, marco para la gestión de residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y fomento al reciclaje”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 10.

SÁEZ, Alejandrina y URDANETA, Joheni (2014): “Manejo de residuos sólidos en América Latina y el Caribe”, en *Omnia*, vol. 20, N° 3.

VALIPAC (2020): “Guía de declaración de envases industriales”. Disponible en línea: <[https://www.valipac.be/wp-content/uploads/2022/05/val\\_2020\\_guide-utilisation\\_fr\\_prod1-final-v2.pdf](https://www.valipac.be/wp-content/uploads/2022/05/val_2020_guide-utilisation_fr_prod1-final-v2.pdf)>.

## COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

---

ACUICULTURA Y ANAEROBISMO:  
ALGUNAS CONSIDERACIONES  
SOBRE EL SISTEMA DE RESPUESTAS  
DISPUESTO EN LA NORMATIVA CHILENA.  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DE CAUSA  
ROL R-19-2020 DEL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

AQUACULTURE AND ANAEROBISM:  
SOME CONSIDERATIONS ON THE RESPONSE  
SYSTEM OF CHILEAN LEGISLATION

**Diego Lillo Goffreri**

Abogado por la Universidad de Chile  
Magíster en Derecho Internacional de los  
Derechos Humanos por la Universidad Diego Portales  
Forma parte del Programa de Ecosistemas  
de la Asociación Interamericana para la  
Defensa del Ambiente (AIDA)  
Profesor de la Clínica de Justicia Ambiental  
de la Universidad Diego Portales

## 1. INTRODUCCIÓN

Existen pocas dudas de que la expansión de la salmonicultura hacia el extremo sur de Chile (Magallanes y Aysén) es uno de los grandes problemas ambientales que enfrentan los ecosistemas marinos en nuestro país. Los efectos ambientales y humanos de la industria han sido ampliamente documentados, más notoriamente por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales<sup>1</sup>, el Instituto Nacional de Derechos Humanos<sup>2</sup>, Terram<sup>3</sup>, EcoOcéanos<sup>4</sup> y AIDA<sup>5</sup>, entre otros.

- 
- 1 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2021), pp. 1-358.
  - 2 INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2021), pp. 1-367.
  - 3 TERRAM (2007), pp. 1-8.
  - 4 ECOCEANOS (2007), pp. 1-39.
  - 5 AIDA (2018), pp. 1-24.

En específico, el problema del anaerobismo es una de las externalidades más perniciosas para el ambiente, no solo por la pérdida de oxígeno en el cuerpo de agua, sino porque es indicio de un conjunto de otras malas prácticas en el cultivo del salmón, como sobreproducción, sedimentación de materia orgánica como heces y mortalidades<sup>6</sup>, posible correlación con el fenómeno de floración de algas nocivas<sup>7</sup> y, en algunos casos, daño en el fondo marino. Esto último fue recientemente documentado por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), en procesos sancionatorios que llevaron a la revocación de tres resoluciones de calificación ambiental de la empresa Nova Austral<sup>8</sup>.

En septiembre de 2016, la Contraloría General de la República inició un proceso de auditoría a los servicios encargados de regular y supervisar las actividades acuícolas, que aún se encuentra en desarrollo<sup>9</sup>. Las auditorías mostraron que, entre 2013 y 2015, el 53 % de los centros que operan en la Región de Magallanes presentaron condiciones anaeróbicas y, en 2020, según la lista de informes ambientales publicada por el Servicio Nacional de Pesca, el 48 % de los centros salmoneros ubicados en la Región de Magallanes presentaron condiciones anaeróbicas<sup>10</sup>.

Pese a esta realidad ineludible, aún no existe claridad respecto a la relación y coordinación entre la regulación sectorial de acuicultura (en particular, la Ley de Pesca y Acuicultura y el Reglamento Ambiental para la Acuicultura) y el sistema de inspección y sanción que conduce la Superintendencia del Medio Ambiente. Desde ya, podemos mencionar dos ejemplos:

Primero, la discusión que actualmente se sostiene en la causa Rol R-27-2020, del Tercer Tribunal Ambiental, sobre el masivo escape de salmones

6 SILVA y SOTO (2022), p. 81.

7 CARRETO *et al.* (2008), pp. 4 y 5.

8 Superintendencia de Medio Ambiente, Resoluciones N°s. 1072/2022, 1073/2022 y 1074/2022.

9 En mayo de 2021, la Contraloría publicó un informe de seguimiento a las medidas dictadas durante la auditoría, además de establecer nuevas medidas a los organismos auditados, como se puede observar en: <<https://www.terram.cl/2021/05/contraloria-detecta-fallas-en-toda-la-cadena-fiscalizadora-de-la-industria-salmonera/>>. Aún no es público el estado actual de cumplimiento de tales medidas.

10 Información disponible en línea: <<http://www.sernapesca.cl/informes/resultados-gestion>>.

de la empresa Mowi, ex Marine Harvest, que se centra en la forma de aplicación de la presunción de daño ambiental del artículo 118 quáter de la Ley de Pesca y Acuicultura en la sede sancionatoria.

Segundo, la relación entre la aplicación de la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente y la obligación de los concesionarios establecida en el artículo 17 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura, esto es, “que su centro opere en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua lacustres, fluviales y/o marítimos, para lo cual deberá mantener siempre condiciones aeróbicas”.

Este segundo problema fue materia de controversia en la causa R-19-2020, caratulada “Florencia Ortúzar con Superintendencia del Medio Ambiente”, donde el Tercer Tribunal Ambiental (en sentencia confirmada por la Corte Suprema) resolvió ofreciendo una clara pauta de respuesta a los casos de detección y posible sanción de la generación de condiciones anaeróbicas en centros de cultivos acuícolas. Asimismo, el Tribunal desestimó la reclamación que buscaba el desarchivo de la denuncia, sobre la base de haber prescrito la sanción en los términos del artículo 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

El presente comentario tiene la finalidad de rescatar y exponer de forma esquemática la matriz de respuesta a los casos de anaerobismo que propone el Tercer Tribunal Ambiental, con el fin de contribuir a la mayor claridad del público usuario de la institucionalidad ambiental sobre el uso de las herramientas disponibles para corregir infracciones a la norma ambiental. Además, se busca plantear una crítica al régimen de prescripción establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, por su alto potencial de generar resultados injustos.

## 2. ANTECEDENTES Y DISCUSIÓN DEL CASO “FLORENCIA ORTÚZAR CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE” (ROL R-19-2020)

El 23 de mayo de 2017, la abogada Florencia Ortúzar Greene ingresó una denuncia a la Superintendencia del Medio Ambiente en la que se informa de once centros acuícolas de salmón de la empresa Acumag S.A. que se encontraban operando en condiciones anaeróbicas, en virtud de sus respectivos informes ambientales.

Luego de una investigación que se extendió por más de tres años, la Superintendencia del Medio Ambiente archivó la denuncia por medio de la Resolución Exenta N° 948, de 5 de junio de 2020, fundamentalmente por: (i) haber considerado el órgano que un grupo de hechos no cabían dentro de su competencia (los relativos al centro 120095, por haber ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente); (ii) que otro grupo de hechos no era constitutivo de infracción (los relativos a los centros 120077, 120078, 120079, 120080, 120081, 120083, 120113, 120117, 120122), y (iii) que el último grupo de hechos se encontraban prescritos (los relativos al centro 120076)<sup>11</sup>.

La Resolución N° 948/2017 fue objeto de una reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental, asignada con el Rol R-19-2020, de 13 de julio de 2020. Dicha reclamación fundamentalmente se dirige en contra de la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente de clasificar ciertos hechos como no constitutivos de infracción y otros como prescritos, para efectos de la aplicación de la potestad sancionatoria.

Muy brevemente explicados, los argumentos de la reclamante se fundan en el texto del artículo 17 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura, que establece la responsabilidad de los concesionarios de operar en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua y mantener siempre condiciones aeróbicas. Según su modo de ver, cuando se detectan condiciones anaeróbicas, el titular se encuentra en incumplimiento infraccional de su resolución de calificación ambiental, que es el instrumento que fija las condiciones de las que habla la disposición mencionada. Por otra parte, argumenta que la Superintendencia del Medio Ambiente erró en el cómputo del plazo al considerar aquellos hechos prescritos, pues no se consideró la fecha del término del último ciclo de cosecha<sup>12</sup> (sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa R-19-2020, considerando tercero).

La Superintendencia, por su parte, informó que es erróneo sostener que toda condición anaeróbica detectada es constitutiva de incumplimiento de la resolución de calificación ambiental y que, en tal sentido, la normativa permite distinguir las causas de la condición anaeróbica, pues aquellas se pueden originar por razones ajenas al titular. En relación a la prescripción,

11 Superintendencia de Medio Ambiente, Resolución Exenta N° 948/2020, párrafo 19.

12 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando cuarto.

la Superintendencia del Medio Ambiente defiende que el cómputo del plazo es correcto, pues solo se consideraron los ciclos productivos asociados a los informes ambientales correspondientes.

El Tercer Tribunal Ambiental rechazó la reclamación a través de su sentencia de 19 de noviembre de 2020, dando la razón a la Superintendencia fundamentalmente por aplicación de la prescripción a los hechos denunciados. Sin embargo, en los considerandos vigésimo segundo a vigésimo cuarto, el Tribunal plantea un análisis técnico distinto al propuesto por la Superintendencia, en virtud del cual el órgano de inspección estimó la concurrencia de causas naturales en la ocurrencia de condiciones anaeróbicas en la zona que cubren los hechos denunciados. En tal sentido, el Tribunal señala que, de acuerdo a los antecedentes analizados, la evidencia apunta que las causas de las condiciones anaeróbicas son impactos no previstos en lugar de causas naturales.

Por último, el Tribunal formula una distinción de las distintas respuestas que el ordenamiento jurídico contempla para la situación de condiciones anaeróbicas, según sea su causa. La Corte Suprema, en fallo de 23 de agosto de 2021, en causa Rol N° 144349-2020, rechazó los recursos de casación de forma y fondo interpuestos en contra de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, confirmándola sin agregar o modificar sustancialmente sus argumentos.

### 3. LA MATRIZ DE RESPUESTA A LA GENERACIÓN DE CONDICIONES ANAERÓBICAS

Frente a la controversia de cómo se interpreta la obligación del artículo 17 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura en el procedimiento sancionatorio de competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente, el Tribunal Ambiental desagrega los distintos escenarios de respuesta del ordenamiento jurídico frente a las distintas posibles causas de la condición de anaerobismo detectada.

#### 3.1. Naturaleza de la obligación del artículo 17 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura

La gran conclusión a la que llega el Tribunal –y de la que se derivan las demás conclusiones de la sentencia– es que el artículo 17 no contiene una

obligación de resultado sino de medios. Interpretar la obligación del concesionario de que su centro “opere en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua lacustres, fluviales y/o marítimos, para lo cual deberá mantener siempre condiciones aeróbicas” como una obligación de resultado, implicaría hacerlo responsable de todos los casos en que se produzcan condiciones anaeróbicas. Esto incluiría cuando tales condiciones se generan por causas naturales.

De acuerdo a la lógica propuesta por el Tribunal, interpretar esta obligación como una de medios, tiene dos consecuencias principales. La primera es que cuando el Reglamento establece la responsabilidad de operar en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua, impone al titular la obligación de ajustarse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental, pues es en el proceso de evaluación ambiental donde se establecen cuáles son tales niveles compatibles y cuáles son las medidas validadas que el titular debe adoptar para conseguirlos. Esto explicaría por qué podría existir infracción (y la correspondiente sanción) incluso en el caso en que haya incumplimiento de las condiciones de la resolución de calificación ambiental sin que se produzcan condiciones anaeróbicas (sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando decimocuarto), esto es, por la infracción respecto del medio utilizado para controlar el anaerobismo, independiente del resultado.

La segunda es que cuando el Reglamento señala “para lo cual deberá mantener siempre condiciones aeróbicas” no está estableciendo otra obligación, sino que está introduciendo un segundo mecanismo de respuesta que es aquel contenido en los artículos 19 y 20 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura<sup>13</sup>. En otras palabras, la consecuencia directa de “no mantener condiciones aeróbicas siempre” es la activación de una obligación de segundo grado, que es la aplicación de las medidas contenidas en

13 En lo que importa, el artículo 19 en su inciso quinto señala: “No podrá ingresarse nuevos ejemplares a los centros de cultivo mientras no se cuente con los resultados de la INFA que acrediten que el centro está operando en niveles compatibles con la capacidad del cuerpo de agua, de conformidad con el artículo 3° del presente reglamento”. Por su parte, el artículo 20 establece: “En el caso que el centro de cultivo supere la capacidad del cuerpo de agua, según lo establecido en el artículo 3°, no se podrá ingresar nuevos ejemplares mientras no se reestablezcan (sic) las condiciones aeróbicas de conformidad con el inciso siguiente”.

los artículos 19 y 20 ya mencionados<sup>14</sup>, que corresponden fundamentalmente a la inactividad del centro de cultivo hasta la existencia de información ambiental que acredite que en el sitio se podrán reanudar y mantener operaciones en condiciones aeróbicas al menos por un ciclo productivo.

### 3.2. Causas de las condiciones anaeróbicas

De acuerdo a lo desarrollado hasta acá, establecida la naturaleza de la obligación, para determinar si existe responsabilidad del titular por la generación de condiciones anaeróbicas, el análisis debe continuar en la determinación de la causa que origina tales condiciones. El Tribunal reconoce la existencia de dos tipos de causas, aquellas naturales y aquellas de origen antrópico. En relación a las causas naturales, nos encontraríamos ante un caso simple, pues, al no haber infracción a la obligación de “operar en niveles compatibles con las capacidades de los cuerpos de agua”, no hay responsabilidad del titular y, en cambio, solo se activaría la obligación de segundo grado de los artículos 19 y 20 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura.

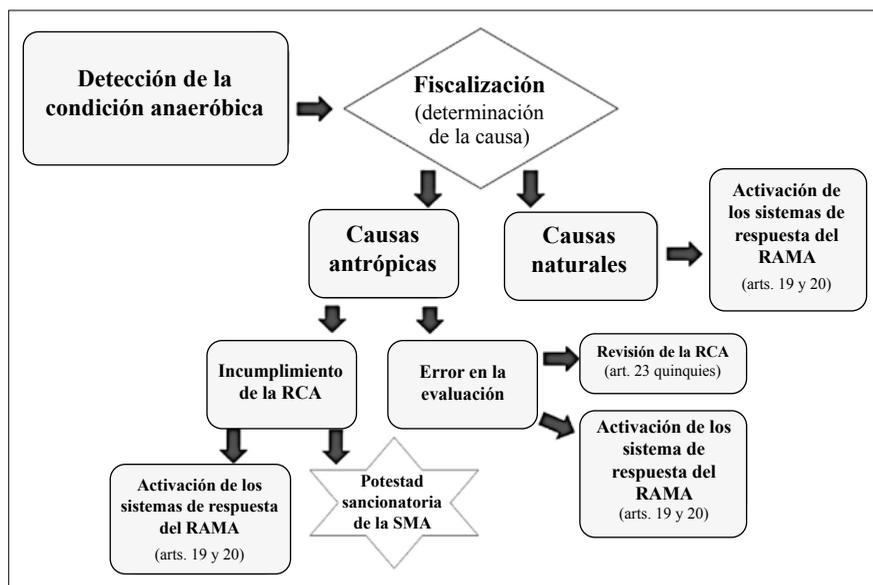
En cuanto a las causas antrópicas, dentro de este grupo, el Tribunal identifica al menos dos subespecies, que clasifica como: (i) aquellas que derivan de infracción de la resolución de calificación ambiental y que, por lo tanto, son las que conducen a la activación de la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente, y (ii) las que derivan de un error en la evaluación de impacto ambiental, que no serían perseguibles por la Superintendencia del Medio Ambiente y, en cambio, implican ajustar el instrumento de gestión ambiental por la vía de la revisión<sup>15</sup>.

Sobre este último punto, esto es, la procedencia de la revisión como mecanismo de respuesta a la generación de condiciones anaeróbicas como consecuencia de error en la evaluación, se retomará más adelante. Sin embargo, debido a que el desarrollo del esquema propuesto por el Tribunal concluye con esta idea, se intentará representarlo gráficamente en el siguiente diagrama de flujo:

14 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando decimoséptimo.

15 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando decimoséptimo, letra a).

FIGURA 1:  
ESQUEMA DE RESPUESTAS A LOS CASOS DE ANAEROBISMO  
PROPUESTO POR EL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL  
EN SENTENCIA CAUSA ROL R-19-2020



Fuente: elaboración propia.

Resulta particularmente interesante que, a continuación de plantear este esquema y, no obstante, la aplicabilidad de la prescripción, el Tribunal de todos modos hace el análisis técnico sobre la evidencia incorporada al expediente y difiere sustantivamente de las conclusiones adoptadas por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Señala, por ejemplo, que no se puede dar por probado el origen natural de la hipoxia detectada en las profundidades del Golfo Almirante Montt<sup>16</sup>; luego, en relación a la afirmación de la Superintendencia del Medio Ambiente de que en la zona correspondiente a los hechos denunciados, hay una supuesta tendencia natural a presentar condiciones anaeróbicas, el Tribunal estima que ello es contradictorio con el hecho de que durante la evaluación de impacto se debió demostrar la existencia de condiciones aeróbicas, por lo que no se puede atribuir su ocurrencia a causas naturales,

16 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando vigésimo segundo.

sino a impactos no previstos en la evaluación<sup>17</sup>, y, por último, que pese a que la propia Superintendencia del Medio Ambiente señala como causas de anaerobismo la operación de los centros en condiciones inadecuadas, el Tribunal acusa que el órgano de inspección solo analizó el nivel de producción y no otros factores, como manejo de mortalidad, fecas y sobrealimentación<sup>18</sup>.

### 3.3. Crítica a la clasificación del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia

Volviendo a las causas antrópicas de anaerobismo que el Tribunal Ambiental de Valdivia denomina “error en la evaluación de impacto ambiental”, se trata de un escenario de poca precisión jurídica y, por lo tanto, totalmente controvertible. Ello, porque, por un lado, los hechos y acciones que conducen al “error en la evaluación” no son idénticos para el ordenamiento, pues podría atribuirse a negligencia, dolo o error puro y simple (ya sea del titular o de la Administración). Por otro lado, la aplicabilidad de la respuesta que el Tribunal propone (la revisión de la resolución de calificación ambiental, a través del mecanismo contenido en el artículo 25 quinquies), en casos como el comentado, no es en absoluto un asunto pacífico, y existen, como desarrollaré, buenas razones de derecho para concluir que derechamente no es una herramienta aplicable, lo que exige una mayor minuciosidad para definir la respuesta procedente. Me centraré solamente en este segundo aspecto.

Es necesario recordar que el supuesto de hecho que regula el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 es la divergencia sustantiva entre la realidad de una variable ambiental incorporada en el Plan de Seguimiento de Variables Ambientales y la proyección que dicho plan contempla respecto de esa variable.

Más allá de la discusión de cuáles son las causas que el supuesto normativo admite como generadoras de tal divergencia –que, a mi juicio, aún

17 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando vigésimo tercero.

18 Ídem.

se encuentra abierta<sup>19</sup>—, el texto del artículo 25 quinquies instala un significativo error lógico en la conclusión del Tribunal Ambiental de Valdivia.

El plan de seguimiento es un instrumento regulado por la letra f) del artículo 12 de la Ley N° 19.300, que específicamente regula los requisitos de un estudio de impacto ambiental. El artículo 12 bis de la ley, que regula los requisitos de las declaraciones de impacto ambiental, excluye al plan de seguimiento, lo que resulta más bien justificado, si se atiende a que el instrumento, según el artículo 105 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, debe contener, entre otras cosas, el impacto ambiental y la medida asociada, y los parámetros que serán utilizados para caracterizar el estado y evolución de dicho componente.

Por esta razón, el plan de seguimiento solo tiene lugar en las resoluciones de calificación ambiental de proyectos evaluados por medio de un estudio de impacto ambiental, no así de aquellas relativas a proyectos evaluados por declaraciones de impacto ambiental. Pues justamente aquí es donde yace el error del Tribunal, pues, de acuerdo a los datos disponibles en el sitio web del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (específicamente, el mapa de proyectos)<sup>20</sup>, la totalidad de los proyectos acuícolas aprobados de centros de cultivo, centros de engorda y ampliación de biomasa, ingresan por declaración de impacto ambiental.

Esta evidencia permite afirmar que la conclusión del Tribunal Ambiental en este punto es una hipótesis carente de fundamento factual y describe más bien un caso de laboratorio tan excepcional, que nunca ha ocurrido. Si la aplicación del artículo 25 quinquies es improcedente en declaraciones de impacto ambiental, difícilmente puede derivarse una regla general

19 Los casos que más han avanzado en este aspecto son sobre la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental de la Central Angamos, en causa Rol N° 71628-2021, y sobre la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto “Desarrollo Los Bronces”, en causa Rol N° 7785-2019, ambas de la Corte Suprema.

20 Los datos fueron obtenidos utilizando el mapa de proyectos disponible en línea en: <<https://sig.sea.gob.cl/mapadeproyectos>> y aplicando los filtros de región (Los Lagos, Aysén y Magallanes) y de las tipologías n.3) (Producción anual igual o mayor a (35 toneladas) tratándose de equinodermos, crustáceos y moluscos no filtradores, peces y otras especies, a través de un sistema de producción intensivo), y n.5) (Producción anual de engorda de peces 8 toneladas o cultivo de microalgas y/o juveniles de otros recursos hidrobiológicos que requieran el suministro y/o evacuación de aguas de origen continental, marina o estuarina, cualquiera sea su producción anual).

en el sentido que lo hace la sentencia, cuando la causa antrópica del anaerobismo es el error en la evaluación. Esto significaría que, en la práctica, esta causa de anaerobismo estaría siendo condonada por el sistema desde el inicio de la evaluación de un proyecto acuícola, simplemente por haber sido presentado por declaración de impacto ambiental e independientemente de la conducta del titular durante la evaluación y la ejecución del proyecto. Esto parece carecer de sentido, pues permitiría una excepción al principio preventivo que informa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En cambio, el principio de realidad obliga a hacer un ajuste en la lógica utilizada por el Tribunal para poder, en efecto, derivar una regla general sobre la respuesta del ordenamiento jurídico a lo que la sentencia conceptualiza como “error en la evaluación”.

Si de acuerdo a lo que se colige de lo señalado por el citado Tribunal<sup>21</sup>, un “error en la evaluación” es lo suficientemente relevante como para hacer modificar las condiciones de operación de un proyecto por haberse estimado incorrectamente la capacidad de carga del cuerpo de agua, significa que, tratándose de una declaración de impacto ambiental, se ha infringido la letra b) del artículo 12 bis de la Ley N° 19.300, esto es:

“[La]s declaraciones de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

[...]

b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental”.

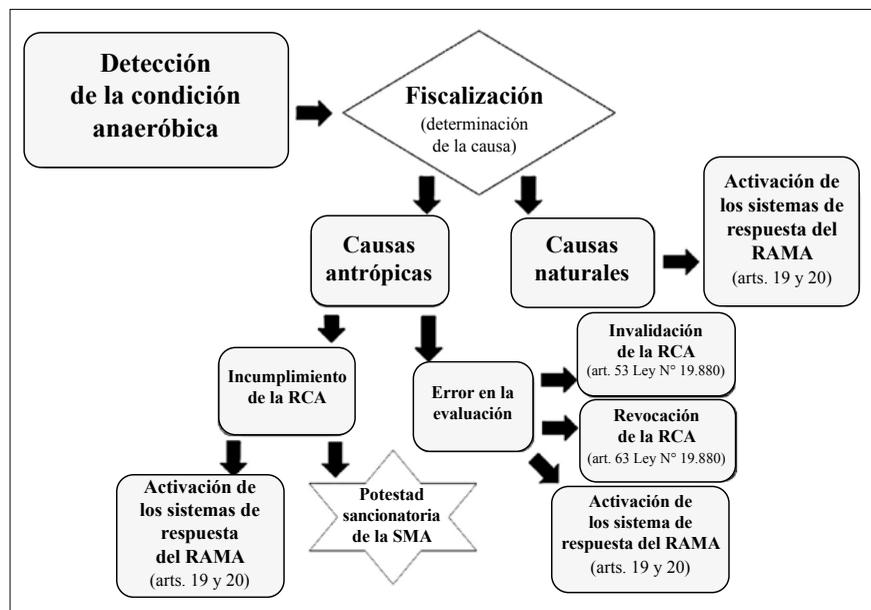
Por esta razón, estamos en presencia de la constatación de un vicio esencial de la resolución de calificación ambiental, por haberse aprobado un proyecto en contra de lo establecido por el inciso tercero del artículo 19 de la Ley N° 19.300, pues en la práctica falló al acreditar el cumplimiento a la normativa ambiental aplicable o bien no logró descartar los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la misma norma<sup>22</sup>.

21 Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol R-19-2020, considerando decimosexto, letra b).

22 Artículo 19 inciso tercero de la Ley N° 19.300: “Se rechazarán las Declaraciones de Impacto Ambiental cuando no se subsanaren los errores, omisiones o inexactitudes de

La intensidad del vicio, por lo tanto, permitiría a la Administración recurrir a las reglas generales de revisión de los actos administrativos establecidas en el Capítulo IV de la Ley N° 19.880 y, en particular, la invalidación y la revocación como herramientas de potestad de la Administración para dejar sin efecto actos administrativos. Es posible que esta idea requiera de un desarrollo más extenso, lo que excede el objetivo de esta reflexión, pero considero que al menos en abstracto corrige la imposibilidad de derivar una regla general por el error lógico en que incurre el Tribunal. El esquema de respuesta resultante de esta corrección tendría una forma como la del siguiente diagrama de flujo:

FIGURA 2:  
ESQUEMA DE RESPUESTAS CORREGIDO POR LA IMPROCEDENCIA  
DE LA REVISIÓN DEL ARTÍCULO 25 QUINQUIES



Fuente: elaboración propia.

#### 4. EL PROBLEMA CON LA PRESCRIPCIÓN DE LA LEY N° 20.417

En el caso comentado, tanto la Corte Suprema como el Tercer Tribunal Ambiental se inclinaron por rechazar la reclamación interpuesta y confirmar la licitud de la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente de archivar la denuncia, por haber operado la prescripción en el único hecho calificado como infracción por parte de la Superintendencia, esto es, la sobreproducción en el Centro Piscícola Sector Bahía Perales. Respecto de este hecho, la denuncia se hizo tres años y un mes después de finalizado el ciclo productivo donde hubo sobreproducción<sup>23</sup>.

Respecto de todos los demás hechos denunciados, solo en dos casos la denuncia fue presentada antes del plazo de prescripción, a saber, los relativos a los CES Bahía Tranquila II y III, en los cuales la Superintendencia del Medio Ambiente afirmó la licitud de la acción del titular, pues contó con autorización para cosechar desde otras concesiones<sup>24</sup>.

Si bien el análisis de la Superintendencia del Medio Ambiente parece correcto y, con justificada razón, el archivo de la denuncia parece adecuado, me parece relevante levantar una crítica que tiene más que ver con la forma en que quedó regulada la prescripción en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente que con el actuar de la Superintendencia del Medio Ambiente en el caso concreto.

Antes de ello, no obstante, creo que a su vez es importante exponer los antecedentes de lo que parece una mala práctica de la Superintendencia del Medio Ambiente al momento de sustanciar la investigación, que es una situación que se repite con cierta regularidad.

Como se puede ver en la siguiente tabla, los hitos de carga de la Superintendencia del Medio Ambiente en el expediente son excesivamente distanciados en el tiempo:

que adolezca o si el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental o cuando no se acredite el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley”.

23 Superintendencia del Medio Ambiente, Resolución Exenta N° 948/2020, párrafo 17.  
24 Superintendencia del Medio Ambiente, Resolución Exenta N° 948/2020, párrafo 16.

TABLA 1:  
TIEMPO DE TRAMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Acto	Fecha	Tiempo transcurrido
Denuncia	23 de mayo de 2017	
Solicitud de información	17 de julio de 2017	<b>55 días (1,8 meses)</b>
Respuesta del titular	2 de agosto de 2017	<b>16 días (0,5 meses)</b>
Solicitud de información adicional	1 de abril de 2018	<b>242 días (7,9 meses)</b>
Respuesta del titular	14 de mayo de 2018	<b>43 días (1,4 meses)</b>
Archivo de la denuncia	5 de julio de 2020	<b>783 días (2,1 años)</b>
<b>Total</b>		1.139 días (3,1 años)

**Fuente:** elaboración propia sobre la base de los hechos acreditados en la sentencia comentada.

Como se observa, los plazos en que la Superintendencia del Medio Ambiente actúa durante la investigación son excesivos<sup>25</sup>. Entre la primera presentación de información por parte del titular y la solicitud de información adicional por parte del organismo transcurrieron casi ocho meses. Y luego, desde la segunda respuesta del titular al archivo de la denuncia transcurrieron más de dos años. A pesar de que la prescripción habría operado en la mayoría de los hechos denunciados con anterioridad a la presentación misma de la denuncia, al punto del cierre de la investigación pasaron más de tres años, tiempo suficiente para que hubiese prescrito cualquier infracción vigente.

Y aquí es donde vale la pena levantar la crítica a la regulación de la prescripción en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, pues tanto denunciante como el propio órgano están constreñidos a actuar dentro de un marco excesivamente favorable para los infractores, por dos razones principales que desarrollaré a continuación: el tipo de prescripción regulada en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente y el mecanismo de interrupción.

#### 4.1. Generalidades sobre la prescripción en sede administrativa sancionadora

Según CORDERO QUINZACARA, la justificación histórica de la prescripción es su rol como mecanismo de pacificación de las relaciones de la co-

25 Una visión más desagregada de los tiempos de respuesta de la Superintendencia del Medio Ambiente, puede verse en ESPACIO PÚBLICO (2017), *passim*.

munidad por medio de la consolidación jurídica de una situación material. En el esquema tradicional, el transcurso del tiempo hace que pierda sentido la exigibilidad de la obligación por parte de un acreedor inactivo, a lo que el derecho reacciona extinguiendo las acciones para exigir su cumplimiento<sup>26</sup>. Recordemos también que, dada la existencia de las obligaciones naturales, no es correcto decir que se extingue la obligación misma, porque en efecto el ordenamiento jurídico permite al acreedor retener el pago de una obligación cuya exigibilidad ha prescrito<sup>27</sup>. Esto último es importante para entender la crítica planteada en la sección siguiente.

En la sede administrativa sancionadora se repite esta justificación con matices, en atención a que también se observa una pérdida de sentido de la persecución del Estado, no obstante, el plazo en que esto sucede es variable debido al tipo de relación social de que se trata y la complejidad de la misma<sup>28</sup>. En términos generales, entonces, se concibe a la sanción como la *ultima ratio* de la potestad sancionatoria, cuya finalidad principal es la prevención de las actividades ilícitas<sup>29</sup>.

#### 4.2. La prescripción del artículo 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente

La primera razón por la que se sostiene que el régimen de prescripción de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente es excesivamente favorable al infractor es de texto. La consecuencia de las generalidades brevemente expuestas recién es que la prescripción opera sobre la responsabilidad misma, no la infracción misma. De hecho, CORDERO QUINZACARA expresamente señala:

“Lo que se extingue es la responsabilidad administrativa por la infracción cometida, junto a la acción de la Administración para perseguir o ejecutar la sanción impuesta. Por lo tanto, la infracción en sí misma no se extingue, dado que constituye un hecho inalterable materialmente”<sup>30</sup>.

26 CORDERO (2020), pp. 360-361.

27 UGARTE (1998), pp. 407 y 412.

28 CORDERO (2020), p. 361.

29 CORDERO (2020), p. 368.

30 CORDERO (2020), p. 362.

La afirmación anterior es, de hecho, coherente con el esquema general de prescripción civil, donde la obligación subsiste (transmutando en obligación natural) y lo que se extingue es la acción para su exigibilidad. Para dejarlo más en claro, conviene recordar brevemente los conceptos de “infracción” y “sanción”.

Infracción es la conducta ilícita que se sanciona<sup>31</sup>. Suele presentarse como un hecho jurídico que guarda identidad con el delito penal, por ser una contrariedad entre la conducta realizada (el ser) con la norma jurídica (el deber ser)<sup>32</sup>.

Sanción, por su parte, es “un mal o perjuicio impuesto como reproche por una autoridad administrativa o judicial competente a un sujeto responsable de una infracción administrativa”<sup>33</sup>.

En consecuencia, la infracción al ser un hecho jurídico inmutable (a menos que cambie su calificación jurídica), difícilmente puede considerarse que se extingue por el paso del tiempo, lo que sí sucede, en cambio, respecto de la potestad del Estado de aplicar el castigo con que tal hecho es sancionado cuando no es ejercida oportunamente. Esta obviedad ha sido lamentablemente pasada por alto por el legislador de la Ley N° 20.417, como se verá a continuación.

El legislador de la Ley N° 20.417 se alejó de estas ideas básicas sobre prescripción, infracción y exigibilidad de la sanción, para establecer la fórmula siguiente:

“Artículo 37.- Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas”.

Como se observa, el legislador hace aplicable la prescripción a la infracción misma, es decir, a un hecho jurídico en lugar de a la sanción, esto es, la atribución del Estado de castigar ese hecho. Esta fórmula, si bien es problemática, no es exclusiva del sistema chileno, pues, según BACA, al menos aparece en la ley peruana y española<sup>34</sup>. Sin embargo, en ausencia

de desarrollo jurisprudencial relevante, el gran problema es que la sanción administrativa no es la única consecuencia jurídica infracción, por lo que hacer prescriptible la infracción, es decir, permitir la subsanación de la conducta ilícita por el paso del tiempo, hace que no solo no pueda aplicársele las sanciones de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, sino eliminar las demás consecuencias jurídicas que o no constituyen sanción o que pueden considerarse sanciones de otros estatutos jurídicos concurrentes.

A continuación, se mencionan tres ejemplos de lo anterior, que en caso alguno son el número de veces en que ocurre este problema en la totalidad del ordenamiento jurídico. Primero, el régimen de reincidencia de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente misma (en el artículo 36, número 1, letra g))<sup>35</sup> queda asentado sobre un presupuesto falso con la prescripción de la infracción, pues, cuando se hace prescribir la infracción en lugar de la sanción, el titular infractor aparece con “papeles limpios” para el siguiente proceso sancionatorio, aunque la infracción en los hechos haya existido.

Segundo, los permisos especiales de colecta, regulados por la Ley General de Pesca y Acuicultura, no se otorgarán cuando hay reincidencia en infracciones a la normativa ambiental, según el artículo 75 sexies de dicha ley. La prescripción de la infracción nuevamente facilita una falsa apariencia de cumplimiento de la normativa ambiental que amenaza al objeto de la norma.

Por último, el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.392, conocida como Ley Navarino, supedita el otorgamiento de los subsidios que regula a la “racional utilización de los recursos naturales y del medio ambiente”<sup>36</sup>. Esta causal, si bien hasta ahora no ha sido utilizada como obs-

31 CORDERO (2013), p. 82.

32 MERLANO (2008), p. 347.

33 BOUTAUD (2022), p. 176.

34 BACA (2011), p. 264.

35 “1.- Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: [...] g) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo”.

36 “Gozarán de las franquicias que se establecen en la presente ley las empresas que desarrollen exclusivamente actividades industriales, mineras, de explotación de las riquezas del mar, de transporte y de turismo, que se instalen físicamente en terrenos ubicados dentro de los límites de la porción del territorio nacional indicado en el inciso anterior, siempre que su establecimiento y actividad signifique la racional utilización de los recursos naturales y que asegure la preservación de la naturaleza y del medio ambiente [...]”.

táculo para la retención de los subsidios, a través de la prescripción de la infracción nuevamente se facilita una apariencia de cumplimiento de la norma ambiental que no es efectiva.

A modo de cierre de este acápite, me parece necesario destacar la diferencia en la regulación que se observa en la comparación de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente con la Ley N° 20.529 sobre Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, y con la Ley N° 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

En ambos casos, la regla de prescripción sigue las características generales de la institución, es decir, aplica a la sanción y no a la infracción. Esto se infiere de la expresión utilizada por el artículo 15 de la Ley N° 18.902 que señala:

“La Superintendencia no podrá aplicar multa a un infractor, luego de transcurridos cuatro años de la fecha en que se hubiere cometido la infracción”.

Y el artículo 86 de la Ley N° 20.529 que, de manera similar, señala:

“La Superintendencia no podrá aplicar ningún tipo de sanción luego de transcurridos seis meses desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse el hecho”.

Es claro que, en estos casos, para el legislador lo que se extingue con el paso del tiempo es el poder de la Superintendencia de Educación y de la Superintendencia de Servicios Sanitarios de aplicar sanciones, pero no la infracción misma.

### 4.3. El mecanismo de interrupción

Para ilustrar cómo el mecanismo de interrupción de la prescripción en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente es problemático, utilizaré en contraste aquel de la Ley N° 20.529 que, a mi modo de ver, llega a una solución más adecuada a las distorsiones detectadas.

El mismo artículo 86 de dicha ley señala que “[e]l inicio de la investigación respectiva suspenderá este plazo de prescripción”.

Para entender qué es el inicio de la investigación, sirve el artículo 66 de la citada ley, el que establece:

“Artículo 66.- Si se detectaren infracciones que pudieren significar contravención a la normativa educacional, el Director Regional competente, mediante resolución fundada, ordenará la instrucción de un procedimiento y designará un fiscal instructor encargado de su tramitación, de formular cargos, de investigar los hechos, solicitar informes, ponderar las pruebas y disponer toda otra diligencia que dé curso al procedimiento”.

En la práctica, la investigación parte con la designación del fiscal instructor y con la notificación de esta resolución al establecimiento educacional. La formulación de cargos, al igual que en el procedimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, es la finalización de la etapa de investigación y el comienzo del procedimiento sancionatorio propiamente tal.

Es cierto que la Ley N° 20.529 establece un plazo máximo de dos años de cualquier procedimiento ante la Superintendencia de Educación, que posiblemente no pueda traducirse con éxito en el proceso sancionador ambiental, por la mayor complejidad de este procedimiento ante la existencia de instrumentos como el plan de reparación y el programa de cumplimiento. Sin embargo, cabe preguntarse si la Superintendencia del Medio Ambiente opera eficientemente cuando tarda más de tres años (todo el plazo de la prescripción) solamente en la fase de investigación.

Pero más allá de eso, el hecho de que la prescripción se interrumpa por la notificación del inicio de la investigación, en lugar de la formulación de cargos, permite generar más protección de los intereses legítimos del denunciante (se evita, por ejemplo, el fenómeno de los expedientes ocultos en que el denunciante interesado tiene un derecho de intervención extremadamente limitado) y concede más certeza al denunciado que en el sistema actual, en que puede recibir sanción por hechos acaecidos con tres años de anterioridad a la formulación de cargos, más todo el tiempo que demora la dictación de la resolución sancionatoria.

## 5. CONCLUSIONES

La sentencia del Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol N° 19-2020, caratulada “Florencia Ortúzar con Superintendencia de Medio Ambiente”, es de suma utilidad para entender las consecuencias procedimentales de la detección de condiciones anaeróbicas en centros acuícolas. Ello porque, según explica el Tribunal, la respuesta del ordenamiento jurídico al anaerobismo varía según su causa.

Así, si el anaerobismo se debe a causas naturales, la única reacción del ordenamiento jurídico es gatillar las obligaciones de los artículos 19 y 20 del Reglamento Ambiental para la Acuicultura, esto es, la inactividad del centro de cultivo hasta la existencia de un informe ambiental que acredite que en el sitio se podrán reanudar y mantener operaciones en condiciones aeróbicas al menos por un ciclo productivo.

En los casos que suceda por causas antrópicas, debe hacerse una nueva distinción. La posibilidad de que el incumplimiento a las mencionadas obligaciones contenidas en las disposiciones del Reglamento Ambiental para la Acuicultura derive en un procedimiento sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente solo tendrá lugar cuando la causa haya sido un incumplimiento a las condiciones de operación de la resolución de calificación ambiental. Cuando, en cambio, la causa tenga que ver con un “error en la evaluación ambiental del proyecto”, esto es, que el comportamiento de la variable ambiental no haya sido el proyectado en la resolución de calificación ambiental, solo quedaría la posibilidad de revisar la resolución a través del mecanismo del artículo 25 quinquies, según el Tribunal Ambiental de Valdivia.

Contra de esta última conclusión del Tribunal, la evidencia es que los proyectos de centros acuícolas (tanto de cultivo como de engorda) son en su totalidad evaluados por declaraciones de impacto ambiental, instrumento respecto del que en principio no procede revisión en los términos del artículo 25 quinquies, por no requerir un plan de seguimiento. Por ello, es necesario corregir el esquema propuesto por el Tribunal para incorporar los mecanismos generales de revisión de la Ley N° 19.880.

Si bien tanto la Superintendencia como el Tercer Tribunal Ambiental estuvieron en lo correcto al, respectivamente, archivar la denuncia y rechazar la reclamación que pedía su desarchivo por haber operado la prescripción, es importante destacar que, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal, la Superintendencia erró en su análisis técnico, a través del cual atribuyó buena parte de las condiciones anaeróbicas detectadas a causas naturales, en circunstancias de que la evidencia apuntaba a impactos no previstos o a error en la evaluación. Por ello, reprocha a la Superintendencia no haber realizado todas las gestiones necesarias para descartar infracción a instrumentos de gestión ambiental.

Finalmente, es posible hacer una crítica a la forma con que la prescripción misma quedó regulada en la Ley N° 20.417. Ello, porque implica la

extinción de la infracción en lugar de la extinción de la sanción, y porque la forma de interrupción (la formulación de cargos) mantiene una mayor incertidumbre que, por ejemplo, la fórmula utilizada en la Ley N° 20.529, en que la interrupción se da por la notificación del inicio de la investigación.

## BIBLIOGRAFÍA

- AIDA (2018): “Los riesgos de la expansión salmonera en la Patagonia Chilena. Estado de la salmonicultura intensiva en la Región de Magallanes”. Disponible en línea: <[https://aida-americas.org/sites/default/files/featured\\_pubs/estado\\_de\\_la\\_salmonicultura\\_intensiva\\_en\\_magallanes\\_chile\\_18-01-25.pdf](https://aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/estado_de_la_salmonicultura_intensiva_en_magallanes_chile_18-01-25.pdf)>.
- BACA, Víctor (2011): “La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General”, en *Derecho & Sociedad* N° 37.
- BOUTAUD, Emilio (2022): “Sanciones y medidas administrativas desfavorables afines”, en *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 90, N° 251.
- CARRETO, José *et al.* (2008): “Floraciones de algas tóxicas”, en *Atlas de Sensibilidad Ambiental del Mar y la Costa. Florecimientos de algas nocivas* (Mar del Plata: Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP).
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2021): “Normativa aplicable a la industria del salmón en Chile: Brechas con los estándares internacionales en materia ambiental, laboral y de derechos humanos”. Disponible en línea: <[https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/Schonsteiner\\_et\\_al.Informe\\_5.7.2021.pdf](https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/Schonsteiner_et_al.Informe_5.7.2021.pdf)>.
- CORDERO, Eduardo (2013): “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 20, N° 1.
- (2020): “El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 2.
- ECOCEANOS (2007): “Radiografía a la industria del salmón en Chile bajo la mirada de los estándares de RSE”. Informe realizado por Patri-

cio Igor Melillanca e Isabel Díaz Medina Disponible en línea: <[https://www.centroscomunitariosdeaprendizaje.org.mx/sites/default/files/radiografia\\_a\\_la\\_industria\\_del\\_salmon.pdf](https://www.centroscomunitariosdeaprendizaje.org.mx/sites/default/files/radiografia_a_la_industria_del_salmon.pdf)>.

ESPACIO PÚBLICO (2017): *Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile* (Santiago: Espacio Público). Disponible en línea: <<https://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/05/2018-MAYO-IPP-Acceso-a-la-justicia-ambiental-digital-FINAL.pdf>>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2021): “Informe Industria salmonera en Chile y derechos humanos”. Disponible en línea: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1739/informe-industria-salmonera.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>.

MERLANO, Javier (2008): “La identidad sustancial entre el delito y la infracción administrativa”, en *Revista de Derecho (Barranquilla)*, N° 30.

SILVA, Hugo y SOTO, Raimundo (2022): *Externalidades y regulación de la industria del salmón en Chile y el resto del mundo* (Santiago: Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile).

TERRAM (2007): “APP N° 40: Revisión del informe sobre los impactos de la salmonicultura preparado por la Comisión de Pesca y Acuicultura”. Disponible en línea: <[https://www.terram.cl/descargar/recursos\\_naturales/pesca/app\\_-\\_ analisis\\_de\\_politicas\\_publicas/APP-40-Revision-del-informe-sobre-los-impactos-de-la-salmonicultura-preparado-por-la-comision-de-pesca-y-acuicultura.pdf](https://www.terram.cl/descargar/recursos_naturales/pesca/app_-_ analisis_de_politicas_publicas/APP-40-Revision-del-informe-sobre-los-impactos-de-la-salmonicultura-preparado-por-la-comision-de-pesca-y-acuicultura.pdf)>.

UGARTE, José Joaquín (1998): “La juridicidad de las obligaciones meramente naturales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* N° 19.

## ESTUDIOS ONG FIMA

---

# HACIA UNA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA: ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

Informe elaborado por  
Nicole Mansuy, Victoria Belemmi, Constanza Gumucio,  
Gabriela Burdiles y Sofia Rivera<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

En octubre del año 2021, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió una resolución en la que reconoce el carácter de derecho humano del derecho al medio ambiente sin riesgos, limpio, sano y sostenible<sup>2</sup>. Dicho reconocimiento es fruto del intenso trabajo que desde principios de los años 90 se ha realizado en el seno de las Naciones Unidas –por organizaciones de la sociedad civil y el Consejo de Derechos Humanos– para determinar su contenido y su vinculación con otros derechos humanos necesarios para proteger la vida.

El desarrollo del contenido del derecho al medio ambiente sano ha llevado a comprender que su protección se vincula con “el ideal de un profundo compromiso democrático”, ya que “su ejercicio requiere de la inclusión de la comunidad en la toma de decisiones ambientales, procurando estrechar la relación entre el Estado y la comunidad”<sup>3</sup>. Considerando aquello, es que se ha entendido –sobre todo al alero del Principio 10 de la Declaración de Río– que para lograr el efectivo ejercicio del derecho al medio ambiente sano se requiere garantizar los llamados derechos de participación o derechos de acceso, los que promueven la democracia ambiental al permitir que todos los ciudadanos puedan acceder a la información pública ambiental, participen en la toma de decisiones ambientales y accedan a la justicia ambiental<sup>4</sup>.

---

1 Agradecimientos a Valeria Alcorce por su colaboración en la elaboración del presente informe.

2 Res. A/HRC/48/L.23/Rev.1, El derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 5 de octubre de 2021. Disponible en línea: <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2239887/NN%20UU%20G2127018%20%281%29.pdf>>.

3 BELEMMI (2021), p. 2.

4 Ídem.

Cada derecho de acceso forma parte del núcleo del derecho al medio ambiente sano y, a su vez, se encuentra fuertemente interrelacionado con los otros, formando una triada o círculo virtuoso indivisible<sup>5</sup>. Mientras que accediendo a la información ambiental es posible conocer el estado del medio ambiente y participar en las decisiones que puedan afectarlo, garantizando el derecho a acceder a la justicia es posible dar solución a la afectación del derecho al medio ambiente sano y promover la protección de la naturaleza; ello, además de hacerse cargo de aquellas situaciones en que el derecho a acceder a la información o a participar en las decisiones ambientales se ven vulnerados<sup>6</sup>.

En este contexto, el derecho a acceder a la justicia ambiental tiene un rol fundamental. Su existencia, como concreción del derecho a acceder a la justicia general, es una manifestación de la igualdad ante la ley que busca que nadie vea sin solución sus conflictos ambientales, sin importar las condiciones económicas, de género o raciales existentes. Su inclusión en los ordenamientos jurídicos tiene por objetivo democratizar la justicia para todos y todas<sup>7</sup>, entendiendo que, tal como reconoció la Declaración de Viena de 1993, garantizar una administración de justicia acorde a las normas internacionales de derechos humanos es “indispensable en los procesos de democratización y desarrollo sostenible”<sup>8</sup>.

En Chile si bien el derecho a acceder a la justicia no se encuentra expresamente consagrado, ha tenido un desarrollo a partir de los artículos 19 N° 3, 38 inciso segundo y 76 y 20 de la Constitución Política de la República de 1980 (CPR) y de la adhesión a tratados de derechos humanos como la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En línea con ello, ha sido reconocido el acceso a la justicia en materia ambiental a través de la procedencia del recurso de protección frente a la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de la creación de una institucionalidad ambiental que incluye la existencia de tribunales ambientales.

5 TORRES (2019), p. 35.

6 NACIONES UNIDAS-CEPAL (2013), p. 9.

7 BIRGIN Y GHERARDI (2011a), p. XI.

8 Convención de Viena (1993), pp. 20 y 27. Disponible en línea: <[https://ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa\\_booklet\\_spanish.pdf](https://ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf)>.

No obstante, en el país aún se identifican importantes barreras que impiden el ejercicio efectivo del derecho a acceder a la justicia ambiental. Las complejidades técnico-científicas de los conflictos socioambientales, los costos muchas veces prohibitivos de los procedimientos y la carencia de asistencia jurídica gratuita en materia ambiental, sumado a una legitimación activa generalmente restringida a intereses individuales y a la demora en conseguir una solución definitiva y en lograr el cumplimiento de las resoluciones administrativas y judiciales, merman el acceso a la justicia ambiental y, con ello, la posibilidad de garantizar adecuadamente el derecho al medio ambiente sano.

Lo anterior es especialmente relevante si se considera que en Chile existen altos índices de conflictividad socioambiental. El Atlas de Justicia Ambiental –una iniciativa creada por la Universidad de Barcelona en conjunto con organizaciones sociales– ubica a Chile como el decimoquinto país a nivel mundial con más conflictos socioambientales<sup>9</sup>, mientras que el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha catastrado 127 conflictos (24 de ellos finalizados)<sup>10</sup>, contabilizando, además, 1.113 eventos de protestas socioambientales entre el año 2012 y 2017<sup>11</sup>.

En este escenario, la discusión sobre los derechos de acceso ambiental al interior de la Convención Constitucional, y en especial del derecho a acceder a la justicia, se torna relevante. En el borrador de la Convención Constitucional se incluyeron varias normas que garantizan la participación ciudadana como necesaria para la democracia, incluyendo una llamada “democracia ambiental”, que reconoce “el derecho de participación informada en materias ambientales” y el “derecho a acceder a la información ambiental que conste en poder o custodia del Estado”<sup>12</sup>. Asimismo, se incluye como un principio general el acceso a la justicia a todas las personas y colectivos, junto al derecho a la tutela judicial efectiva, al deber de dictar

9 ATLAS DE JUSTICIA AMBIENTAL (s.f.).

10 INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (s.f.).

11 COES (2018), *passim*.

12 Artículo 33, proveniente de la Comisión de Medio Ambiente, aprobado para el borrador de la nueva Constitución. Convención Constitucional, 25 de marzo de 2022, Oficio N° 659. Comunica normas aprobadas por el Pleno que deberán incorporarse en el proyecto de Constitución. Disponible en línea: <<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/03/Oficio-659-que-informa-las-normas-aprobadas-en-particular-del-informe-de-reemplazo-y-2da-propuesta-Com-Medio-Ambiente.pdf>>.

sentencias en un lenguaje claro e inclusivo y a la gratuidad para acceder a la función jurisdiccional<sup>13</sup>.

Estas normas, junto a otras que fueron discutidas por la Convención Constitucional, como los derechos de la naturaleza, el reconocimiento de acciones populares para la protección del medio ambiente y la creación de defensorías de los derechos humanos y de la naturaleza, podrían contribuir a mejorar el acceso a la justicia en materia ambiental en Chile. Pero para que este objetivo sea realmente posible, el trabajo de implementación legal será primordial. Este deberá considerar las barreras actualmente existentes para hacerles frente e incorporar elementos que permitan disminuirlas.

El presente documento de ONG FIMA pretende contribuir en el camino de mejorar el acceso a la justicia en materia ambiental en Chile. Partiendo de un diagnóstico sobre las barreras que existen en Chile, se refiere a la importancia de reconocer los derechos de acceso en materia ambiental y a la necesidad de avanzar en (i) la creación de una Defensoría de la Naturaleza para la defensa de los derechos humanos ambientales y de la naturaleza; (ii) la consagración del deber de otorgar asistencia legal gratuita en materia ambiental; (iii) la ampliación de la legitimación activa en materia ambiental y la consagración de acciones populares, y (iv) el establecimiento de mecanismos que permitan mejorar el cumplimiento de las resoluciones administrativas y judiciales. Todo ello, tomando como ejemplo el desarrollo constitucional y legal existente en otros países, especialmente en países latinoamericanos.

## 2. EL DERECHO A ACCEDER A LA JUSTICIA

### 2.1. Acceso a la justicia en general

El derecho de acceso a la justicia es un derecho humano fundamental para el Estado de derecho<sup>14</sup>, el que, construido bajo una premisa democrática,

busca la satisfacción efectiva de otros derechos<sup>15</sup>. Es una manifestación del derecho a la igualdad ante la ley, que ha sido reconocido tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>16</sup> y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>17</sup> (ambas de 1948), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>18</sup> (1976) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1978.

El contenido de este derecho es una materia en constante construcción. Por un lado, se discute si se trata de un derecho equivalente o no al debido proceso<sup>19</sup> (el que se refiere a las garantías procesales para contar con un proceso idóneo, racional y justo orientado a la resolución del conflicto de derechos<sup>20</sup>) o si se trataría de un derecho independiente<sup>21</sup>, que no solo se referiría a aspectos procesales, sino que también incluiría “el derecho a obtener justicia de forma real y concreta”, extendiéndose “a factores que van más allá de lo estrictamente procesal, como la capacidad económica<sup>22</sup> y a lo que sucede de manera posterior al proceso (cumplimiento de lo dictaminado).

Por otro lado, se debate sobre si el acceso a la justicia se restringe a la opción de acudir a los tribunales de justicia<sup>23</sup>, o si también considera instancias de resolución de conflictos extrajudiciales<sup>24</sup>: ya sea ante la autoridad administrativa, o, incluso, extraestatales, incluyendo opciones de resolución directa y colaborativa como la mediación, la negociación o la conciliación<sup>25</sup>. Sobre esto, el Programa de las Naciones Unidas para el

15 BERNALES (2019a), pp. 163-164.

16 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Disponible en línea: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)>.

17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Disponible en línea: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>.

18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Disponible en línea: <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>.

19 BERNALES (2019a), pp. 161-162.

20 COLOMBO (2003), p. 157.

21 Ver, al respecto, BERNALES (2019a), *passim*.

22 BERNALES (2019a), p. 162.

23 SANTOS (2006), p. 417; LILLO y VARGAS (2017), p. 360.

24 LUCERO *et al.* (2020), p. 523.

25 LILLO y VARGAS (2017), p. 361.

13 Convención Constitucional, de 2 de marzo de 2022, Oficio N° 645. Comunica normas aprobadas incorporadas en el proyecto de nueva Constitución. Disponible en línea: <<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/03/Oficio-560-con-normas-aprobadas-en-particular-Sesion-62-del-Pleno-Informe-2da-propuesta-fea.pdf>>.

14 NACIONES UNIDAS (s.f.). *Acceso a la justicia*.

Desarrollo (PNUD), ha sostenido que el acceso a la justicia es “más que acceso a los tribunales: es el acceso a un remedio eficaz para un problema tutelado por el derecho”<sup>26</sup>. Con ello, ha planteado que “una política de acceso a la justicia implica, entonces, crear o fortalecer toda instancia, estatal o comunitaria, centralizada o descentralizada, que coadyuve a garantizar el ejercicio de los derechos y que sea capaz de dar respuesta, con imparcialidad e integridad, a las demandas de las personas, en especial de las de aquellas más desfavorecidas”<sup>27</sup>. En el mismo sentido, BIRGIN y GHERARDI plantean que “un concepto amplio de acceso a la justicia excede la consideración del poder judicial, las condiciones de acceso al sistema de justicia y sus respuestas actuales o potenciales. Acceder a la justicia implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser percibida inicialmente como un problema, en un cuestionamiento jurídico”<sup>28</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha contribuido a determinar el contenido del derecho al considerar que tanto el artículo 8 como el 25 de la CADH confluyen de manera sinérgica para su construcción total<sup>29</sup>. El artículo octavo de la CADH consagra el derecho a las garantías judiciales, y ha sido interpretado por la Corte IDH para definir los requisitos que conforman el debido proceso judicial, que están orientados a asegurar la adecuada defensa de los derechos alegados. Incluye dentro de ellos: (i) el derecho a ser oído<sup>30</sup>; (ii) el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial<sup>31</sup>; (iii) el requisito de independencia de los jueces<sup>32</sup>; (iv) el requisito de imparcialidad tribunal<sup>33</sup>, y (v) el requisito de razonabilidad del plazo.

26 NACIONES UNIDAS (2005), p. 14.

27 Ídem.

28 BIRGIN y GHERARDI (2011b), p. 169.

29 BERNALES (2019b), pp. 285 y ss.

30 THEA (2013), p. 139.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008): caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, párrafo 50.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párrafo 75; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009): caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafos 70-80.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004): caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 170.

Por otra parte, el artículo 25 de la CADH establece el derecho a la protección judicial, y dispone que toda persona tiene derecho a la protección judicial con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante un tribunal competente. Por un recurso sencillo y rápido se ha entendido un medio de reclamación accesible y que opere con la rapidez requerida para atender los reclamos relativos a presuntas vulneraciones a derechos humanos<sup>34</sup>, es decir, recursos sin dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad<sup>35</sup>. Por su parte, la efectividad implica que los recursos deben dar resultados o respuestas a las vulneraciones de derechos contemplados en la comisión<sup>36</sup> con especial atención a las condiciones generales de un país y a las circunstancias particulares del caso, y no resultar meramente ilusorios<sup>37</sup>.

Sumado a ello, de la redacción del mismo artículo 25 se desprende que la posibilidad de garantizar el cumplimiento y ejecución de las sentencias también es parte fundamental del derecho de protección judicial. Se establece en el párrafo 2 inciso c) de este artículo que los Estados deben “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. En efecto, las sentencias o resoluciones emitidas en un juicio buscan dirimir la controversia sometida al escrutinio de un tribunal, existiendo múltiples cuestiones que deben ser observadas luego de dictarse una sentencia para la correcta resolución de la controversia<sup>38</sup>.

Al pronunciarse sobre estos artículos, la Corte IDH ha considerado que la responsabilidad de parte de los Estados debe ir más allá de no impedir el acceso a la justicia, creando criterios generales que exigen una ampliación del actuar estatal en la materia, orientada a evitar la impunidad<sup>39</sup>. Por

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008): caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, párrafo 156.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008b): caso *Bayarri vs. Argentina*, párrafo 116.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, párrafo 191.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012a): caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, párrafo 107; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021b): caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párrafo 189.

38 MONTROYA (2019), pp. 452-483.

39 BERNALES (2019b), p. 290.

ejemplo, se ha entendido que se debe propiciar de manera activa una organización institucional y la adopción de medidas que permitan que todas las personas puedan, de manera efectiva, acceder a ella mediante servicios justos, transparentes, eficaces, y no discriminatorios<sup>40</sup>. Así se advierte en el caso “Fernández Ortega vs. México”, en que la Corte IDH estimó vulnerado el derecho de acceso a la justicia, ya que el Estado no proporcionó a la víctima –mujer e indígena– un intérprete y la información del juicio en su idioma, obviando su condición de especial vulnerabilidad<sup>41</sup>.

En definitiva, el derecho de acceso a la justicia debe ser entendido como un derecho conformado por diferentes elementos, que implica mucho más que el acceso a tribunales o el debido proceso. Se trata del derecho a obtener un remedio eficaz para un problema o afectación de un derecho tutelado por el derecho, que aunque en constante construcción, se reconoce como un derecho fundamental para ejercer otros derechos, como el derecho al medio ambiente sano.

## 2.2. Acceso a la justicia ambiental

El acceso a la justicia en materia ambiental es una concreción del acceso a la justicia general y ha sido conceptualizado como “la capacidad de los ciudadanos de recurrir a árbitros imparciales e independientes para proteger los derechos ambientales o para corregir un daño ambiental y resolver de manera expedita disputas relacionadas con el acceso a la información y la participación en decisiones que afectan el ambiente”<sup>42</sup>.

Como se mencionó previamente, es considerado un derecho fundamental en la triada de los derechos de participación ambiental o de acceso –a la información, a la participación propiamente tal y a la justicia– necesario para garantizar la protección del medio ambiente y los derechos humanos ambientales, ya que entrega la posibilidad de exigir el cumplimiento de estos, exigir el respeto de los otros derechos de acceso y que se resuelvan las controversias que se generen en el uso y aprovechamiento de bienes naturales.

40 NACIONES UNIDAS (s.f.).

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010): caso Fernández Ortega vs. México, párrafo X.

42 NACIONES UNIDAS-CEPAL (2013), p. 7.

Si bien el vínculo entre la necesidad de garantizar el acceso a la justicia para proteger el derecho al medio ambiente sano se advierte tanto en la Declaración de Estocolmo de 1972<sup>43</sup> como en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982<sup>44</sup>, su construcción como derecho particular comenzó a desarrollarse a partir de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, gestada al alero de la primera Cumbre de la Tierra, llevada a cabo en Río de Janeiro en 1992. El Principio 10 de la Declaración de Río sobre Desarrollo y Medio Ambiente alude a la interdependencia que existe entre la protección del derecho a un medio ambiente sano y sostenible y los derechos de acceso en materia ambiental, refiriéndose al derecho a acceder a la información ambiental, al derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones ambientales y, por último, a la necesidad de que los Estados proporcionen un “acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

La importancia de reconocer el derecho de acceso a la justicia materia ambiental radica en que de esta manera se le entregan a la ciudadanía herramientas efectivas para proteger sus derechos y para exigir información y participar en los procesos de toma de decisiones<sup>45</sup> que afecten al medio ambiente. Así, profundizar el derecho de acceso a la justicia puede entenderse como un compromiso con la participación y con la democratización de decisiones<sup>46</sup>.

43 En el principio 22 de la Declaración de Estocolmo se identifica la importancia del acceso a la justicia:

“Principio 22.- Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y a otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción”.

44 En el principio 23 de la Carta Mundial de la Naturaleza se advierte el reconocimiento tanto del derecho a participar como de acceder a la justicia. Señala:

“Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización”.

45 NACIONES UNIDAS-CEPAL (2013), p. 7.

46 BURDILES y COFRÉ (2017), p. 53.

En la actualidad, la importancia del acceso a la justicia en materia ambiental se manifiesta en su inclusión en el Objetivo de Desarrollo Sustentable N° 16 de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y en su consideración en dos importantes tratados internacionales regionales.

Primero, en Europa, el Convenio de Aarhus, que entró en vigencia en 2001<sup>47</sup>, estableció garantías relativas al acceso a la información sobre el medio ambiente y participación ciudadana, reconociendo además la importancia del acceso a la justicia en materia ambiental. En su artículo 9 dispone la posibilidad de recurrir ante la entrega, por parte del Estado, de información insuficiente o derechamente rechazada; establece una obligación activa del Estado para velar que se puedan impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vayan en contra del orden jurídico ambiental, y la disponibilidad de mecanismos de asistencia para reducir dificultades económicas o de otro tipo que puedan obstaculizar.

Por su parte, en Latinoamérica, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (o Acuerdo de Escazú)<sup>48</sup>, de 2018, buscó establecer un marco para los derechos de acceso bajo la comprensión de que la única forma efectiva de garantizar el derecho al medio ambiente sano y lograr el equilibrio necesario para avanzar en el desarrollo sostenible, es profundizando la democracia y garantizando la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones ambientales<sup>49</sup>.

En particular, el Acuerdo de Escazú se refiere al acceso a la justicia en el artículo 8. Este insta a los Estados a asegurar el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir decisiones relacionadas con el acceso a la información ambiental y con la participación ciudadana

47 Convenio de Aarhus (2001). Disponible en línea: <[https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_desarrollos\\_convenio\\_aarhus.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aarhus.pdf)>.

48 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú) (2018). Disponible en línea: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf)>.

49 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú).

en el proceso de toma de decisiones ambientales, y cualquier otra decisión que pueda afectar el medio ambiente o contravenir normas ambientales.

Además, el mismo artículo 8 en su numeral 3 establece ciertos criterios de operativización del derecho, bajo la comprensión de que no basta solo con consagrar el derecho, sino que se requiere de la implementación de medidas que lo hagan efectivo<sup>50</sup>. Dentro de ellos, el Acuerdo de Escazú menciona la necesidad de contar con:

- a) Órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental;
- b) Procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos;
- c) Legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente;
- d) La posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente;
- e) Medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;
- f) Mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas, y
- g) Mecanismos de reparación del medio ambiente y las personas.

Por último, el Acuerdo de Escazú en el artículo 8.4 plantea que los Estados, para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales deben establecer: “a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia; b) medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo; c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y d) el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho”. Añade el deber de atender a las “necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad” –considerando para ello el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia

50 ESPACIO PÚBLICO (2018), pp. 13 y ss.

técnica y jurídica gratuita— (8.5) y de promover “mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias” (8.7).

Todos los elementos señalados en los instrumentos internacionales, especialmente en el Acuerdo de Escazú, contribuyen a mejorar los estándares de acceso a la justicia en materia ambiental, permitiendo cumplir con el objetivo democrático de igualdad ante la ley y de protección del medio ambiente.

El derecho de acceso a la justicia ambiental—como también el de acceso a la información y a la participación en asuntos ambientales— requiere ser incorporado al ordenamiento jurídico nacional, ya que solo de esta manera es posible dar solidez a las instituciones y procedimientos en materia ambiental, y calidad a la gestión pública<sup>51</sup>.

### 3. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN CHILE

Luego de revisar la construcción dogmática del derecho de acceso a la justicia, corresponde analizar el desarrollo de esta institución en la institucionalidad ambiental chilena. Para ello, se realizará una síntesis del estado actual del acceso a la justicia en Chile, para luego analizar críticamente su desempeño. Lo anterior, para efectos de poder sistematizar las dimensiones de mejora que pueden implementarse en el sistema jurídico nacional.

#### 3.1. Panorama general del acceso a la justicia ambiental en Chile

En Chile, el derecho de acceso a la justicia no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución Política actual de 1980; sin embargo, se ha construido desde la doctrina y la jurisprudencia, a partir de ciertos artículos de la Constitución y de la adhesión del país a tratados internacionales que lo contemplan.

En primer lugar, se considera que el derecho de acceso a la justicia deriva del artículo 19 N° 3, que garantiza a todos los ciudadanos “la igual

protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”; del artículo 38 inciso segundo, que se refiere a la posibilidad de acudir a los tribunales frente a la lesión de derechos por la Administración del Estado, y del artículo 76, que se hace cargo de los tribunales de justicia, estableciendo que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Asimismo, se puede advertir su reconocimiento en la inclusión del recurso de protección en su artículo 20, como herramienta para obtener una solución judicial de urgencia frente a la vulneración de derechos constitucionales.

El desarrollo constitucional del acceso a la justicia en Chile se vería reforzado por la adhesión u observancia de Chile a los instrumentos internacionales que se refieren al acceso a la justicia como un derecho humano<sup>52</sup>, como sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en materia ambiental, con el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y el Objetivo 16 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas.

Desde esta construcción normativa y del impulso de los compromisos internacionales adquiridos por el país para cumplir con los estándares que le permitiesen formar parte de la OCDE y firmar tratados de libre comercio con Estados Unidos y Europa, se ha ido desarrollando la normativa chilena en torno al acceso a la justicia ambiental<sup>53</sup>; destacando, por un lado, la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, la Ley N° 20.417 que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente y la Ley N° 20.600 que creó los Tribunales Ambientales, como normas enfocadas en la protección ambiental, y, por el otro, como normas generales pero de constante aplicación en materia ambiental, la Ley N° 19.880 de Procedimiento Administrativo y la Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública.

52 LILLO (s.f.), *passim*.

53 El año 2005, se emitió por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en conjunto con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) el Informe Evaluación de Desempeño Ambiental (2005) (Período: 1999-2004), en el cual se recomendó a Chile desarrollar y fortalecer las instituciones ambientales a nivel nacional y regional como también el marco normativo ambiental. Luego Chile ingresó a la OCDE en 2010, pp. 17-18. Disponible en línea: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/1/S0500003\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/1/S0500003_es.pdf)>.

51 SANHUEZA (2019), pp. 25-30.

En todas estas normas es posible advertir la consideración del acceso a la justicia como un derecho fundamental para garantizar la democracia y proteger el medio ambiente. Tal consideración se evidencia mediante la inclusión de mecanismos estatales de acceso a la justicia<sup>54</sup> –tanto administrativos como judiciales– como herramientas para perseguir el efectivo ejercicio del acceso a la justicia ambiental.

En el caso de los mecanismos administrativos, la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente considera, por ejemplo, que el titular de un proyecto o las personas que hicieron observaciones ciudadanas sin que estas fuesen debidamente consideradas, puedan reclamar en contra de la resolución de calificación ambiental<sup>55</sup> (RCA) –acto terminal del procedimiento de evaluación ambiental–. A su vez, permite que se reclame en contra del acto que revise una RCA por modificaciones sustantivas al proyecto<sup>56</sup>, y que, de conformidad con la Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública se reclame ante la administración –específicamente ante el Consejo para la Transparencia– cuando el derecho a acceder a la información ambiental se vea lesionado<sup>57</sup>.

Lo anterior se ve reforzado: (i) por la Ley N° 20.417, la que dispone que la Superintendencia del Medio Ambiente tiene facultades para recibir denuncias ciudadanas<sup>58</sup>, fiscalizar y sancionar las infracciones asociadas a los diferentes instrumentos de gestión ambiental (resoluciones de calificación ambiental, normas de calidad ambiental primarias y secundarias, normas de emisión, planes de prevención y descontaminación, entre otros<sup>59</sup>); (ii) por la Ley N° 19.880 de Procedimiento Administrativo, que considera que frente a la ausencia de una norma especialmente destinada a resolver alguna materia, se puede impugnar<sup>60</sup> y solicitar la invalidación<sup>61</sup> de cualquier acto de la Administración, incluidos los de carácter ambiental,

54 LUCERO *et al.* (2020), p. 526.

55 Artículos 20, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300.

56 Artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.

57 Artículo 31 quáter de la Ley N° 19.300.

58 Artículo 21 del articulado segundo de la Ley N° 20.417.

59 Artículo 2° del articulado segundo, de la Ley N° 20.417.

60 Artículo 15 de la Ley N° 19.880.

61 Artículo 53 de la Ley N° 19.880.

y (iii) por la existencia de otros recursos administrativos considerados en procedimientos sectoriales, como, por ejemplo, el recurso de reconsideración presente en el Código de Aguas en contra de las decisiones de la Dirección General de Aguas<sup>62</sup>.

En cuanto a los mecanismos judiciales de acceso a la justicia ambiental, estos se presentan principalmente vinculados a la Ley N° 20.600 que creó los Tribunales Ambientales. Esta ley fue gestada con el objetivo de dar mayor certeza jurídica a los titulares de proyectos y reforzar la tutela judicial efectiva para los ciudadanos, y se plantea en estrecha relación con la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y la Ley N° 20.417 que creó la Superintendencia del Medio Ambiente.

Al crear los tribunales ambientales, la ley dispone su competencia para conocer de:

- a) Las demandas de reparación del daño ambiental interpuestas por las personas naturales y jurídicas que hayan sufrido daño o perjuicio, por las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y por el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado<sup>63</sup>;
- b) Las reclamaciones que se interpongan en contra de actos administrativos ambientales: (i) en contra de las RCA; (ii) en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente; (iii) en contra de los decretos supremos que establecen las normas primarias y secundarias de calidad ambiental, las normas de emisión, los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, y (iv) en contra de la resolución que se pronuncie sobre un procedimiento de invalidación de un acto de carácter ambiental<sup>64</sup>, y
- c) Las autorizaciones que necesita la Superintendencia del Medio Ambiente para dar curso a medidas provisionales y a ciertas sanciones.

Además, es posible acceder a los tribunales ordinarios de justicia, por ejemplo, a través de la interposición de un recurso de protección ante las

62 Artículo 136 del Código de Aguas.

63 Artículo 54 de la Ley N° 19.300.

64 Artículo 17 de la Ley N° 20.600.

Cortes de Apelaciones –acción constitucional cautelar de urgencia– cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ve afectado<sup>65</sup>, o por medio de la presentación de un reclamo de ilegalidad (también ante la Corte de Apelaciones respectiva) cuando el derecho a acceder a la información de carácter ambiental sea denegada<sup>66</sup>.

Asimismo, los conflictos –llevados adelante y sentenciados por las Cortes de Apelaciones o los tribunales ambientales– pueden ser incluso revisados por la Corte Suprema (máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial en Chile), a través de la presentación de recursos de apelación (destinado a que un tribunal superior jerárquico vuelva a revisar la controversia<sup>67</sup>) o casación (destinado a revisar aquellos puntos de derecho de una sentencia que pudiesen generar algún vicio o infracción de derecho<sup>68</sup>), según corresponda<sup>69</sup>.

Existen, por lo tanto, distintos mecanismos y etapas de impugnación de las decisiones ambientales destinadas a satisfacer el derecho de acceso a la justicia ambiental.

### 3.2. Desempeño del acceso a la justicia ambiental

Sin perjuicio de que el derecho a acceder a la justicia tiene un desarrollo específico en materia ambiental a través de la existencia de mecanismos administrativos y judiciales de resolución de conflictos, se han identificado diversas críticas que afectan su desempeño como derecho y que se erigen como verdaderas barreras al acceso a la justicia en materia ambiental.

En este sentido, desde un punto de vista principalmente judicial<sup>70</sup>, se pueden identificar tres grandes críticas al acceso a la justicia ambiental en Chile: a) la existencia de barreras económicas y técnicas; b) carencia de

65 Artículo 19 N° 8 y artículo 20 de la Constitución Política de la República.

66 Artículo 28 de la Ley N° 20.285.

67 Artículo 186 del Código de Procedimiento Civil.

68 Artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

69 En el caso de las sentencias de los tribunales ambientales, el único recurso contemplado por la Ley N° 20.600 es el de casación.

70 Sin perjuicio de reconocer que el acceso a la justicia ambiental va más allá de las instancias estatales judiciales, abarcando también instancias administrativas o incluso

una legitimación activa amplia en materia ambiental, y c) una excesiva demora en la obtención de una decisión final y en su ejecución.

A continuación, se revisará cada uno de estos puntos.

#### A) *Asequibilidad: barreras económicas y técnicas*

Garantizar de manera efectiva el derecho a acceder a la justicia requiere de la incorporación de elementos que lo hagan operativo al interior de los sistemas jurídicos.

Como se mencionó previamente, en materia ambiental, el Acuerdo de Escazú considera varios de ellos, dentro de los que se encuentran aquellos destinados a generar condiciones de asequibilidad, es decir, destinados a garantizar que todas las personas, sin perjuicio de sus condiciones económicas o de vulnerabilidad, puedan obtener la resolución de sus conflictos en condiciones de igualdad<sup>71-72</sup>. En específico, establece que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales –tanto en instancias judiciales como administrativas– los Estados parte deberán contar con “procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos” (artículo 8.3 letra b), añadiendo que para ello se “atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda” (artículo 8.5).

Por su parte, dentro de las Directrices de Bali, creadas en el año 2010 para implementar el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992<sup>73</sup>, se contempla una directriz (número 19) que establece que los Estados deberían establecer procedimientos efectivos para las resoluciones de cuestiones que guardan relación con el medio ambiente, garantizando procesos justos, abiertos, transparentes y equitativos. Agrega a ello que la presentación de recursos en relación con el medio ambiente no sea prohibitiva y “debería considerar la posibilidad de establecer mecanismos adecuados de

extraestatales, por razones de acceso a la información, en la siguiente sección se ha limitado el análisis principalmente a las etapas judiciales.

71 ALVARADO (2010), p. 128.

72 ESPACIO PÚBLICO (2018), pp. 15-16.

73 CONSEJO DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (UNEP) (2010), *passim*.

asistencia para eliminar o reducir los obstáculos financieros y de otro tipo al acceso a la justicia” (directriz número 20).

En Chile, el cumplimiento de estos estándares es problemático. Primero, porque el contenido de las materias discutidas en los procedimientos ambientales es altamente técnico, lo que, sumado a las asimetrías de información existentes entre las comunidades o personas habitantes de los territorios y los titulares de proyectos o la misma Administración del Estado<sup>74</sup>, redundan en la necesidad de contar con profesionales con conocimientos altamente técnicos vinculados a diferentes disciplinas científicas (hidrología, minería, geología, biología, sociología, entre otras) y con abogados especializados en este tipo de juicios tanto para elaborar los recursos judiciales procedentes como para generar la prueba necesaria para hacer viable la acción entablada<sup>75</sup>. Todo ello, abogados, profesionales científicos, y elaboración de prueba, debe ser costado por quien quiera iniciar un juicio.

A ello se suma que, según los artículos 1° y 2° de la Ley N° 18.120<sup>76</sup>, para llevar a cabo un juicio ante los tribunales civiles o ambientales, se requiere necesariamente la comparecencia de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, lo que, si bien es razonable por la alta complejidad de la materia y los casos, como se mencionó, debe ser costado por los interesados en iniciar un juicio (las partes).

Al respecto, la Constitución contempla el derecho a la defensa jurídica gratuita en su artículo 19 N° 3, que sostiene que “[l]a ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”. Inicialmente, este inciso se interpretó de manera que su ámbito de aplicación solo se refería a personas con especiales necesidades económicas, constituyendo una carga honorífica y de caridad para los y las abogadas que procuraban el servicio<sup>77</sup>.

74 La información sobre las actividades que pueden afectar el medio ambiente suele ser elaborada por los titulares de proyectos y entregada a la Administración a fin de que otorgue los permisos correspondientes o cumpla con sus obligaciones de fiscalización.

75 ESTEVE (2014), p. 84.

76 Ley N° 18.120, de 1982, que establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales.

77 COFRÉ (2012), p. 284.

Ello ha evolucionado, recientemente, hacia una comprensión del derecho a la defensa jurídica como una “manifestación de una obligación constitucional sustentada en el derecho a la defensa, el debido proceso y la igualdad ante la ley”<sup>78</sup>. En efecto, no solo las personas con necesidades económicas se pueden ver excluidas del acceso, sino también aquellos grupos que se encuentran marginados del sistema y que, por condiciones de discriminación, como, por ejemplo, los pueblos originarios, podrían no encontrar una abogada o un abogado que esté dispuesto a defenderlos<sup>79</sup>.

Una de las instituciones que busca responder a la idea del derecho a la defensa jurídica gratuita es el denominado “privilegio de pobreza”, el que permite cubrir los costos económicos en juicio para quienes no puedan costearlos. Esta institución es regulada en el Código Orgánico de Tribunales en sus artículos 591 y siguientes, e implica el derecho a ser servido gratuitamente por los funcionarios del orden judicial, abogados y procuradores y, en caso de ser multados o condenados en costas, a ser exonerados de su pago<sup>80</sup>.

Sin embargo, su desempeño práctico es deficiente. En primer lugar, porque es generalmente otorgado vía sentencia judicial, lo que implica haber iniciado previamente un procedimiento ante tribunales. Es decir, para poder contar con asesoría jurídica gratuita personas que no cuentan con los recursos económicos y que, por lo general, no están en conocimiento de sus derechos ni familiarizados con la tramitación judicial<sup>81</sup>, deben haber iniciado previamente un juicio y presentar una solicitud a un tribunal. Este requisito no hace sino obstaculizar el acceso a la justicia<sup>82</sup>, ya que es completamente ajeno e inaccesible para las personas por su excesivo formalismo y burocracia.

78 Ídem.

79 BURDILES y COFRÉ (2017), p. 61.

80 Código Orgánico de Tribunales, 1943. Título XVII. De la asistencia judicial y del privilegio de pobreza.

81 De hecho, los requisitos procedimentales para la obtención del “privilegio de pobreza” vía sentencia judicial se regulan en el Código de Procedimiento Civil, en su Título XIII.

82 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2008), pp. 204-205.

La otra opción para conseguir el privilegio de pobreza es ser asesorado por las corporaciones de asistencia judicial<sup>83</sup> (CAJ) —organismos públicos del Estado encargados de dar asesoría jurídica gratuita y representar en juicio a quienes no puedan costearlo<sup>84</sup>— o bien entidades públicas o privadas destinadas a prestar asistencia jurídica y judicial gratuita (como las clínicas jurídicas de las universidades públicas o privadas), caso en el que se constituye por el solo ministerio de la ley.

La CAJ, si bien presta un servicio sumamente útil para la comunidad, ha sido blanco de variadas críticas. Primero, porque al ser un organismo descentralizado, cada corporación tiene sus propios estándares de admisión de los usuarios (es decir, de quienes podrán obtener el privilegio de pobreza), lo que ha redundado en la imposibilidad de asegurar estándares de admisión claros y homogéneos<sup>85</sup>.

Además, la capacidad de la CAJ para dar asistencia jurídica es muy baja. En efecto, un estudio del Centro de Estudios de Asistencia Legislativa (CEAL) concluyó en 2005 que el servicio prestado por las CAJ alcanzaba a solo un 10,3 % de la población potencial definida según el quintil<sup>86</sup>. A 2020, los números parecen similares. En una encuesta hecha por el Centro de Estudios Justicia y Sociedad se obtuvo como cifra que solo una de cada diez ocasiones se busca ayuda en servicios públicos de asistencia legal (10,3 %)<sup>87</sup>.

A ello se suma que la asistencia jurídica que otorga la CAJ no es propiamente una asistencia de expertos o de servicios profesionales. En la CAJ, la mayor cantidad de “funcionarios” son postulantes a abogados realizando su práctica profesional, los que en muchas ocasiones deben tramitar sin el debido apoyo, ya que no existe suficiente presupuesto para proveer una cantidad adecuada de abogados profesionales supervisores. Además, dado que la práctica es un requisito para obtener el título de abogado, en muchos

casos es considerado solo como un trámite más a cumplir, lo que, sumado a las dificultades en la supervisión, afecta el nivel de preocupación e interés en prestar un servicio de calidad<sup>88</sup>.

Otro factor que incide en la calidad del servicio entregado es el hecho de que la práctica tenga una duración de seis meses: la rotación de las personas que tramitan las causas genera ineficiencia y provoca incertidumbre para el usuario sobre la persona responsable, además de incidir en largos tiempos de espera de los usuarios para ser atendidos<sup>89</sup>.

Por último, la CAJ no tiene competencia para llevar causas ambientales, centrando su trabajo en materias civiles, laborales, de familia y de Atención Integral Víctimas de Delitos Violentos<sup>90</sup>, por lo que las afectaciones al medio ambiente o a los derechos humanos ambientales no están cubiertas. El vacío de falta de asistencia jurídica especializada ha sido parcialmente cubierto por algunas clínicas jurídicas de facultades de derecho, principalmente de Santiago, que ofrecen asesoría jurídica en materia ambiental (en que las causas son tramitadas por estudiantes con la supervisión de un profesor) y por las pocas organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa jurídica<sup>91</sup>.

Este escenario ilustra que, a pesar de que Chile cuenta con mecanismos de acceso a la justicia y una institucionalidad ambiental especializada, la ausencia de una garantía de defensa jurídico-técnica redundante en la existencia de una barrera que impide que todos y todas puedan acceder a la justicia<sup>92</sup>.

El diagnóstico ha sido confirmado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en la Evaluación de Desempeño Ambiental de Chile del año 2016<sup>93</sup> y develado por el Índice de Democracia Ambiental, que, al calificar a Chile en relación a la asequibilidad de la justicia ambiental, asocia un bajo puntaje, en tanto “existen muy pocos

83 Servicio público que tiene por objeto orientar y entregar asesoría jurídica gratuita a quien lo requiera y patrocinar de manera gratuita a quienes no cuenten con recursos para ello.

84 Corporación de Asistencia Judicial. Presentación en su página web. Disponible en línea: <<http://www.cajmetro.cl/presentacion/>>.

85 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2008), p. 193.

86 CENTRO DE ESTUDIOS DE ASISTENCIA LEGISLATIVA (2005), p. 190.

87 CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021), p. 94, en COFRÉ (2022), *passim*.

88 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2008), pp. 187-188.

89 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2008), p. 188.

90 Ver en Corporación de Asistencia Judicial. Disponible en línea: <<http://www.cajmetro.cl/materias-atendidas/>>.

91 ESPACIO PÚBLICO (2017), p. 56.

92 BURDILES y COFRÉ (2017), pp. 61-62.

93 OCDE (2016): “Evaluación de Desempeño Ambiental de Chile”, p. 30.

mecanismos legales para reducir las barreras económicas y de género que impiden el acceso a la justicia ambiental, de modo que las mujeres y los grupos vulnerables puedan acceder a los procedimientos de revisión y obtener reparación”<sup>94</sup>.

### B) *Carencia de legitimación activa amplia en materia ambiental*

Para hacer efectivo el derecho a acceder a la justicia ambiental, se ha sostenido que también es necesario contemplar una legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, que no admite restricciones de ningún tipo o especie<sup>95</sup>.

La legitimación activa es un concepto procesal que se entiende como la posibilidad de hacer valer derechos o intereses ante un juez. La interpretación del concepto varía según cuán amplia o restrictiva es dicha posibilidad, siendo especialmente discutido si la legitimación activa debe estar necesariamente ligada a la titularidad de un derecho. Esto quiere decir que puede ocurrir que una persona que tenga legitimación activa para hacerse parte en un juicio no sea, necesariamente, el titular del derecho que tiene permitido defender jurídicamente, aun cuando se ha tendido a equiparar ambas posiciones. Ocurre, entonces, que generalmente el titular de un derecho tendrá la posibilidad de accionar frente a la vulneración de estos<sup>96</sup>, pero también puede ser entregada a más personas o a entidades.

Históricamente, en el derecho, la tendencia ha sido concebir derechos subjetivos individuales sobre las cosas, por lo que, a la hora de comenzar un litigio o procedimiento judicial, solo participan de este como legitimados activos quienes puedan ser debidamente identificados y aleguen ser titulares de un derecho subjetivo particular. Sin embargo, actualmente se reconoce que existen bienes jurídicos cuya protección interesa a la sociedad toda y que afectan a grupos de difícil determinación<sup>97</sup> (como lo es el medio ambiente) de los cuales emergerían, a su vez, derechos o intereses difusos o colectivos para su protección<sup>98</sup>. A partir de lo anterior, se ha buscado am-

pliar la legitimación activa para la defensa de estos derechos difusos, que ya no responden a la lógica de que existe un titular sobre un derecho subjetivo particular definido.

Los derechos colectivos o difusos son definidos como derechos que pertenecen a toda una colectividad y cuya defensa se realiza en favor de todos los miembros de esta<sup>99</sup>, debido al carácter supraindividual e indivisible de interés que se presenta<sup>100</sup>. Estos derechos fundan su carácter de colectivo en la naturaleza del objeto que se busca proteger más que en el titular del derecho (que podría ser una persona determinada o un grupo de personas)<sup>101</sup>. La diferencia entre un derecho colectivo y uno colectivo difuso es sutil. De acuerdo con AGUIRREZABAL, mientras los derechos o intereses colectivos son de naturaleza supraindividual e indivisible, en que existe algún tipo de vínculo jurídico entre los titulares de ese derecho o interés<sup>102</sup> (como sucede con la copropiedad), en el caso de los derechos o intereses difusos, son de naturaleza supraindividual e indivisible, en que los titulares son sujetos o personas indeterminados vinculados por circunstancias de hecho<sup>103</sup> (como sucede con la afectación del medio ambiente o de los consumidores). En ambos casos, cualquier persona de la colectividad (determinada o indeterminada) puede asumir la defensa del interés supraindividual afectado.

La necesidad de contar con una legitimación activa amplia en materia ambiental ha sido recogida como estándar en diferentes instrumentos internacionales ambientales y legislaciones a nivel comparado. Por ejemplo, el Convenio de Aarhus, al regular en su artículo 9.2 letras a) y b), la legitimación activa de los miembros del público para actuar o presentar un recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial, establece que:

“Lo que constituya interés suficiente y menoscabo a un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo consistente en conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco de la presente Convención. A tal efecto, el interés que toda organización

94 ONG FIMA (2019), *passim*.

95 CAFFERATTA (2020), pp. 24-27.

96 OCEANA (2021), p. 24.

97 BERTRAND (2014), pp. 324-325.

98 CAFFERATTA (2020), p. 26.

99 IREGUI y TORRES (2013), p. 29.

100 AGUIRREZABAL (2006), p. 75.

101 CRUZ (1998), p. 103.

102 AGUIRREZABAL (2006), p. 75.

103 Ídem.

no gubernamental que cumpla las condiciones previstas en el párrafo 5 del artículo 2 se considerará suficiente en el sentido del apartado a) *supra*. Se considerará igualmente que esas organizaciones tienen derechos que podrían menoscabarse en el sentido del apartado b) *supra*”.

Posteriormente, las Directrices de Bali<sup>104</sup>, siguiendo la experiencia de Aarhus y la experiencia comparada sugieren que “[l]os Estados deberían dar una interpretación amplia del derecho a iniciar una demanda en relación con asuntos ambientales con miras a lograr el acceso efectivo a la justicia” (Directriz 18). Asimismo, el Acuerdo de Escazú considera como uno de los requisitos mínimos para garantizar el acceso a la justicia en materias ambientales el contar con una “legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional” (artículo 8.3).

En Chile, si bien se ha reconocido que el medio ambiente posee una dimensión individual y otra colectiva<sup>105</sup>, no existen herramientas para protegerlo en esta última dimensión. Se ha estimado que el amparo que otorga el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República –recurso constitucional para la protección de garantías fundamentales– frente a vulneraciones del derecho al medio ambiente, se erige como una acción que solo garantiza su dimensión individual<sup>106</sup>. En este sentido, BERMÚDEZ sostiene que “el medio ambiente en cuanto tal es un

bien jurídico colectivo, sin embargo, para obtener su amparo por la vía del 19 N° 8 CPR, no basta esta titularidad genérica o *erga omnes*, es necesario invocar un derecho subjetivo que efectivamente fue afectado”<sup>107</sup>, postura que también ha sido adoptada por la Excelentísima Corte Suprema en varias ocasiones, que ha exigido para la interposición de un recurso de protección que acuda el directamente afectado en su derecho subjetivo y se encuentre debidamente individualizado<sup>108</sup>.

En definitiva, a pesar de reconocerse la dimensión colectiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a la hora de reclamar su protección ante tribunales mediante un recurso de protección, el titular del derecho deberá ser un individuo determinado (una persona) que se haya visto afectado, sin permitir la tutela pública o institucional de este derecho, bajo el entendido de que detrás de este hay un interés colectivo<sup>109</sup>. Por ejemplo, en el conocido caso de Quintero-Puchuncaví<sup>110</sup>, el recurso de protección interpuesto por las Municipalidades de Quintero y Puchuncaví, en representación de los habitantes de dichas comunas, fue rechazado por la Corte Suprema aduciendo que:

“[...] la existencia de un perjudicado o agraviado [...] constituye una exigencia ineludible para el acogimiento de la acción cautelar de que se trata, desde que, como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte, el recurso de protección no constituye una acción popular, sino que corresponde individualizar al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama, pudiendo él u otro comparecer en su representación o a su nombre”<sup>111</sup>.

Preciso es señalar que, en un intento por ampliar la legitimidad activa del recurso de protección, el año 2007, la senadora Goic ingresó un proyecto de ley orientado a modificar la regulación del recurso de protección<sup>112</sup>.

104 CONSEJO DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (UNEP) (2010), p. 6.

105 Como se advierte en Corte Suprema (2019), Rol N° 12.808-2019. En el mismo sentido, Corte Suprema (1996), Rol N° 2732-1996; Corte Suprema (1997), Rol N° 654-1997, y Tribunal Constitucional (2013), causa Rol N° 2386. Así también lo ha sostenido la doctrina: BERTRAND (2014), p. 327; OCEANA (2021), p. 22.

106 “Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

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

107 BERMÚDEZ (2000), p. 10.

108 OCEANA (2021), p. 25.

109 BORDALÍ (2019), p. 140.

110 CNN CHILE (2018), (s.p.).

111 Corte Suprema, causa Rol N° 5888-2019, de 28 de mayo de 2019, y, en el mismo sentido, sentencias de la Corte Suprema, Rol N° 25128-2019, de 13 de mayo de 2020, y Rol N° 44066-2020, de 16 de junio de 2020.

112 Boletín N° 11.495-07. Proyecto de ley, iniciado en moción de la honorable senadora señora Goic, para regular el recurso de protección y derogar la Ley N° 18.971, que regula el recurso denominado de amparo económico.

Lamentablemente, dicho proyecto no prosperó, manteniéndose la restricción a la legitimación activa en dicho recurso.

Por otro lado, la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, en su artículo 18 –aludiendo a su artículo 17 que refiere a la competencia de los tribunales– dispone sobre quiénes pueden intervenir como partes en los procedimientos conocidos por los tribunales ambientales sin contemplar, en la mayoría de los casos, una legitimación activa amplia para defender el medio ambiente, como se ilustra en la siguiente tabla:

Legitimados activos de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales	
Artículo 17 de la Ley N° 20.600	Artículo 18 de la Ley N° 20.600
<p><b>N°s. 1 y 7</b></p> <p>Para reclamar en contra de los decretos supremos que establezcan normas primarias o secundarias de calidad ambiental y normas de emisión; los que declaren zonas como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación; o para reclamar en contra de los actos administrativos que implementen estos decretos.</p>	<p><b>N°s. 1 y 6</b></p> <p><b>Cualquier persona</b> que considere que los decretos que tal numeral menciona no se ajustan a la Ley N° 19.300 y <b>le causan perjuicio.</b></p>
<p><b>N° 2</b></p> <p>Para demandar por daño ambiental.</p>	<p><b>N° 2</b></p> <p>a) Las personas naturales o jurídicas <b>que hayan sufrido el daño o perjuicio;</b></p> <p>b) Las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas,</p> <p>c) El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.</p>
<p><b>N° 3</b></p> <p>Para reclamar en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente.</p>	<p><b>N° 3</b></p> <p>Las personas naturales o jurídicas <b>directamente afectadas</b> por la resolución.</p>
<p><b>N°s. 5 y 6</b></p> <p>Para reclamar en contra de la Resolución de Calificación Ambiental</p>	<p><b>N° 5</b></p> <p>Las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley (<b>titular u observantes</b> en proceso de participación ciudadana).</p>

Legitimados activos de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales	
Artículo 17 de la Ley N° 20.600	Artículo 18 de la Ley N° 20.600
<p><b>N° 8</b></p> <p>Para reclamar en contra de la resolución que resuelva un proceso de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental.</p>	<p><b>N° 7</b></p> <p>Quien hubiese <b>solicitado la invalidación</b> administrativa o el <b>directamente afectado</b> por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación.</p>

Fuente: elaboración propia, con base en la Ley N° 20.600.

Como se puede apreciar, la Ley N° 20.600 establece reglas diferentes de legitimación activa para cada caso contemplado. Lo que prima es la exigencia de una afectación individual<sup>113</sup>, ya sea porque se exige ser el directamente afectado o porque se restringe la posibilidad de acudir al tribunal con base en el desarrollo del procedimiento administrativo previo<sup>114</sup>. Es así como, por ejemplo, en el caso de las demandas de daño ambiental, descontando a las municipalidades y al Consejo de Defensa del Estado, solo podrá demandar quien haya sido directamente afectado en sus bienes jurídicos individuales (delimitados habitualmente por el hecho de vivir o desarrollar su vida en el entorno adyacente del lugar donde se produce el daño<sup>115</sup>), sin contemplar que la afectación al medio ambiente compromete intereses colectivos. Asimismo, en el caso de las reclamaciones en contra de las resoluciones de calificación ambiental, se contempla un directamente afectado “formal”, toda vez que solo podrá reclamar quien haya participado en el procedimiento (el titular u observante de participación ciudadana), con independencia de la afectación de derechos colectivos que pueda estar involucrada en la aprobación de un proyecto que pueda dañar el medio ambiente.

Similar criterio se advierte para impugnar la resolución que resuelva un procedimiento de invalidación administrativa de un acto de contenido ambiental, toda vez que solo podrá reclamar quien haya interpuesto la solicitud de invalidación en sede administrativa o el directamente afectado.

<sup>113</sup> BORDALÍ (2019), p. 72.

<sup>114</sup> Esto es que solo quien formó parte del procedimiento previamente podrá acudir a los tribunales ambientales.

<sup>115</sup> En ese sentido, Tribunal Ambiental de Santiago, causa Rol D-28-2016; Tribunal Ambiental de Santiago, causa Rol D-02-2013.

Se debe consignar que en fase administrativa también se identifican deficiencias. Sin perjuicio de que se ha destacado una amplia habilitación para interponer denuncias ante la Superintendencia del Medio Ambiente, ya que los procedimientos pueden iniciarse a causa de la denuncia presentada por cualquier persona<sup>116</sup>, existe una habilitación más restringida si se trata de impugnar las resoluciones de la Superintendencia, en donde será necesario acreditar que se es directamente afectado.

Asimismo, si se quiere impugnar en sede administrativa la resolución de calificación ambiental, existen limitaciones procedimentales muy claras. La Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que sucede en sede judicial, establece que para impugnar la RCA se requiere haber participado en el procedimiento de participación ciudadana o ser el titular del proyecto (artículos 20, 29 y 30 bis). Es decir, la habilitación la entrega el haber participado en el procedimiento (ya sea como titular o como observante). El problema de ello es que el 95 % de los proyectos ingresa a evaluación ambiental mediante declaración de impacto ambiental (DIA)<sup>117</sup>, instrumento que no considera una instancia de participación ciudadana obligatoria. En todos estos casos, la Ley N° 19.300, en el artículo 30 bis, contempla la posibilidad de que la ciudadanía solicite la apertura de una instancia de participación ciudadana, cumpliendo con requisitos específicos: ser presentada dentro de los diez días desde la publicación en el *Diario Oficial*, por diez personas naturales o dos personas jurídicas, y evidenciando la producción de cargas ambientales –entendidas como externalidades negativas y beneficios sociales– para las comunidades próximas.

Los requisitos establecidos para solicitar la participación ciudadana en una DIA son difíciles de cumplir. El tiempo otorgado por la ley para solicitar la participación ciudadana es demasiado breve desde que se publica el proyecto en el *Diario Oficial*, a lo que se suma la carga que significa organizarse con los demás ciudadanos interesados y las dificultades asociadas a la comprensión de la información altamente técnica que contienen los informes presentados a evaluación, necesaria de entender para cumplir con el deber de acreditar cuáles son las externalidades negativas y los beneficios sociales asociados al proyecto.

116 Artículos 19 y 21 de la Ley N° 20.417.

117 ONG FIMA (2019), *passim*.

Superadas las primeras dificultades, los ciudadanos se enfrentan a una práctica administrativa que interpreta de modo estricto el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –solo en el caso de las actividades listadas en el artículo 94 del Reglamento se otorga con mayor facilidad la participación ciudadana–, de modo que frecuentemente la participación ciudadana es rechazada, limitando la discusión en aspectos procesales que, afortunadamente, han ido siendo destrabados por la Corte Suprema, pero que obstaculizan el ejercicio del derecho a participar y a acceder a la justicia<sup>118</sup>.

La consecuencia de lo anterior, atendido el requisito establecido en la Ley N° 19.300 de haber participado en el procedimiento de participación ciudadana para impugnar una RCA, es que, en la mayoría de los casos, los ciudadanos, por más que consideren que una actividad pone en peligro el medio ambiente o sus derechos humanos ambientales, no se encuentran habilitados para reclamar administrativamente en contra de la resolución que la autoriza.

Las soluciones a ello han ido de la mano de la interposición de invalidaciones administrativas –solicitud que sirve para anular un acto administrativo dictado con infracción de ley–, conforme al artículo 53 de la Ley N° 19.880 de Procedimiento Administrativo. Sin embargo, su procedencia también se ha visto cuestionada en materia ambiental, bajo la creación de teorías jurisprudenciales –que distinguen entre una especie de invalidación propia (general) e impropia (ambiental)– que restringen su aplicación, bajo criterios que restringen el plazo para presentar la solicitud<sup>119</sup>.

Como se puede apreciar, si bien en Chile se ha avanzado en materia de acceso a la justicia a través de la creación de una institucionalidad ambiental y de tribunales especializados en temas ambientales, aún existen importantes barreras en cuanto a garantizar la existencia de una legitimación activa amplia en sede judicial, y, por el otro, una habilitación amplia en fase administrativa para acceder a la resolución de conflictos ambientales.

118 En este sentido, ver sentencias de la Corte Suprema, causas Rol N° 55203-2016, de 16 de marzo de 2017; Rol N° 97792-2016, de 6 de noviembre de 2017, y Rol N° 60548-2021, de 31 de enero de 2022.

119 En este sentido, LILLO y BERRÍOS (2020), pp. 303-339.

C) *Demora en la resolución de conflictos y cumplimiento de las sentencias*

Por último, otro importante punto para hacer efectivo el acceso a la justicia ambiental es evitar las demoras y dar cumplimiento a las sentencias, tal como se indica en el artículo 8.3 letras b) y f) del Acuerdo de Escazú. En específico, este establece que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, las Partes deberán contar con procedimientos efectivos y oportunos, así como con mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas.

La ejecución y cumplimiento de sentencias es fundamental para la observancia del derecho de acceso efectivo a la justicia, ya que este no se agota en la sola interposición de acciones judiciales y en la obtención de una sentencia que resuelve un conflicto. El acceso a la justicia requiere de mecanismos eficientes que permitan llevar a la práctica lo ordenado por los tribunales, logrando que el sujeto obligado cumpla en tiempo, forma y en el lugar señalado.

Sobre la necesidad de contar con mecanismos de cumplimiento y ejecución de sentencias, HUTCHINSON sostiene que el Estado de derecho de un país se debilita cuando las sentencias expedidas por sus tribunales son incumplidas o son cumplidas de forma incompleta, ya que se pone en duda la eficacia del control judicial de dicho ordenamiento si no logra asegurar sus efectos<sup>120</sup>.

La doctrina ha identificado los siguientes factores que influyen en el cumplimiento de las sentencias judiciales:

- a) Económicos: los obligados por sentencias judiciales generalmente realizan un análisis de costo-beneficio de lo que conlleva cumplir un fallo;
- b) Políticos o institucionales: influye la percepción de autoridad de la decisión misma, la cultura política del país y los balances de poder o existencia de voluntad política por parte de los obligados a cumplir, y
- c) Lenguaje de las resoluciones y características de las normas aplicadas: se identifican dificultades en el cumplimiento de las sentencias

120 HUTCHINSON (2004), p. 290.

y resoluciones cuando existen confusiones sobre la parte resolutive o multiplicidad de significados, vaguedad, ambigüedad o contradicciones en el lenguaje empleado en la decisión<sup>121</sup>.

En Chile, también existen deficiencias identificadas al respecto tanto por el tiempo que tarda la dictación de resoluciones que resuelvan los procedimientos administrativos y judiciales como por el tiempo que toma la ejecución de lo resuelto.

Sobre el tiempo de demora de la dictación de resoluciones que resuelven los procedimientos judiciales o administrativos, un estudio del año 2017, del Centro de Políticas Públicas UC relativo a la fiscalización, sanción y control ambiental en Chile, identificó como un problema los excesivos plazos de análisis de casos en los tribunales ambientales<sup>122</sup>. Para el año 2020, este tema sigue presente. Según las cuentas públicas de los tribunales ambientales de ese año, se advierte, sin tomar en consideración las causas terminadas por desistimiento o inadmisibilidad, un promedio de 15 meses desde que ingresa una reclamación o demanda hasta su resolución en primera instancia, y de 24 meses si se considera la resolución de recursos de casación ante la Corte Suprema<sup>123</sup>.

Incluyendo demandas por daño ambiental y reclamaciones, en el caso del Primer Tribunal Ambiental, que comenzó sus funciones jurisdiccionales en 2017 y que solo falló 8 causas en 2020, el tiempo de dictación de sentencias en promedio es de 13,5 meses, y en caso de la interposición de recurso de casación, hasta el fallo en segunda instancia el tiempo asciende a 19,5 meses. Por su parte, el Segundo Tribunal falló 23 causas en el mismo periodo, y es el que presenta mayor demora en la dictación de sentencias. Desde el ingreso de una demanda o reclamación, tarda en promedio 23 meses en dictar sentencia –el que sube a 35 meses si se consideran solo las demandas por daño ambiental–, y, en caso de interposición de recurso

121 LONDOÑO *et al.* (2009), pp. 164-167.

122 BERGAMINI *et al.* (2017), p. 194.

123 Tabla descriptiva de la contabilización de los meses por cada tribunal adjunta en Anexo 1, en base a las Cuentas Públicas 2020 de cada uno de los tribunales ambientales. Disponible en línea: Primer Tribunal Ambiental: <<https://www.1ta.cl/cuenta-publica-2020/>>; Segundo Tribunal Ambiental: <<https://tribunalambiental.cl/cuenta-publica-2020/>>, y Tercer Tribunal Ambiental: <<https://3ta.cl/publicaciones/cuentas-publicas/>>.

de casación, dicho tiempo asciende a 31 meses. Por último, el Tercer Tribunal Ambiental es el que mejor desempeño tiene: 7 meses en promedio para sentenciar, tiempo que aumenta a 13,5 si solo se consideran las demandas por daño ambiental, y, en caso de interposición de recurso de casación ante la Corte Suprema, el número de meses asciende a 15,5 meses en promedio.

Por otro lado, analizando la situación de las denuncias ante la Superintendencia del Medio Ambiente, si bien se presenta como un aspecto positivo que cualquier ciudadano tenga derecho a denunciar y se encuentre “habilitado para transformarse en un interesado o parte del proceso administrativo que se inició en la institucionalidad ambiental”<sup>124</sup>, las denuncias no cuentan con una pronta resolución. La Contraloría General de la República constató al año 2020 que en el 44,2 % de las denuncias recibidas entre los años 2016 y 2019 no se realizó ninguna de las gestiones que la ley establece, a saber: iniciar un procedimiento de fiscalización o sancionatorio o archivar las denuncias por falta de mérito<sup>125</sup>, generando una demora en el inicio del procedimiento, y con ello en la posterior resolución del conflicto.

En segundo lugar, en cuanto al tiempo de ejecución de las resoluciones, este puede tardar varios años.

En el caso de las sentencias en materia ambiental, la Ley de Tribunales Ambientales determina que “para hacer ejecutar sus resoluciones el Tribunal podrá impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción que fueran legalmente procedentes”<sup>126</sup>. No obstante, se advierte que desde la creación de los tribunales ambientales hasta el año 2017, estos nunca han ocupado esta facultad<sup>127</sup>. En efecto, ante la carga de trabajo y recursos limitados, esta facultad ha sido postergada en pos de cumplir con los otros cometidos. Por ejemplo, se ha identificado que la solicitud de informes de avances de las medidas de reparación por parte de los tribunales ambientales o, en general, la dictación de resoluciones tendientes a perseguir el cumplimiento de lo sentenciado, son la excepción a la regla<sup>128</sup>. Posteriormente, la ley hace una remisión al Código de Proce-

dimiento Civil<sup>129</sup>, que se aplica de manera genérica y supletoria para todo tipo de procedimientos.

El Código de Procedimiento Civil establece ciertas disposiciones orientadas a la ejecución de las resoluciones judiciales. En primer lugar, dispone que es de carga del demandante la responsabilidad de solicitar al tribunal que decrete el cumplimiento de la resolución<sup>130</sup>, sin que exista organismo estatal orientado a concretar el cumplimiento. En materia ambiental esto es problemático, en tanto en caso de demandas por daño ambiental, si el demandante abandona el caso, no habría mecanismo alguno para asegurar la reparación material del daño ambiental<sup>131</sup>, el cual, como ya se ha dicho, interesa a la comunidad toda, por ser el medio ambiente un bien colectivo.

Luego, se establece un delito de desacato para el “quebrante de lo ordenado”, imponiendo una sanción de reclusión menor en su grado medio a máximo<sup>132</sup> para quien no cumpla con una resolución judicial, y que el tribunal puede “decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado”<sup>133</sup>.

Por su parte, específicamente respecto de los recursos de protección, el auto acordado dictado por la Corte Suprema para normar su procedimiento establece que, en caso de no dar cumplimiento a las sentencias dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema ordenen, se podrá decretar: amonestación privada, censura por escrito, multa a beneficio fiscal y suspensión de funciones hasta por cuatro meses, sin perjuicio de incurrir en el delito de desacato<sup>134</sup>.

Sin embargo, a pesar de la existencia de estas herramientas, son numerosas las sentencias que no se cumplen. Un ejemplo de ello es la conocida sentencia de la Corte Suprema que acogió, en 2019, nueve recursos de protección en contra de diversos organismos estatales por la situación de contaminación y afectación a la salud que viven hace décadas los habitan-

124 ESPACIO PÚBLICO (2018), p. 27.

125 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2020), *passim*.

126 Artículo 45 de la Ley N° 20.600.

127 PEÑA (2017), p. 42.

128 Ídem.

129 Artículo 47 de la Ley N° 20.600.

130 Artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

131 PEÑA (2017), pp. 41-42.

132 Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

133 Ídem.

134 Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales (2015), numeral 15.

tes de la zona de sacrificio Quintero-Puchuncaví<sup>135</sup>, ordenando la implementación de quince medidas inmediatas para el resguardo de los derechos de las comunidades afectadas y el medio ambiente. A más de dos años de su dictación, las medidas aún no se han ejecutado<sup>136</sup>.

Lo mismo ha ocurrido con el caso de contaminación por polimetales en la ciudad de Arica. En la década de los 80, cerca de Arica, se depositaron alrededor de 20 mil toneladas de desechos tóxicos importados desde Suecia, los cuales escondían grandes cantidades de plomo y arsénico. Posteriormente, en la década de los 90, se construyeron poblaciones en sus cercanías, lo cual generó gravísimas consecuencias en la salud de los habitantes, así como del medio ambiente. En 1999, se inició un juicio contra el Estado de Chile y de la empresa Promel S.A., que terminó el año 2007 con una sentencia que condenó al Estado a indemnizar a 365 personas por el daño moral causado por haber resultado contaminados por metales pesados. La misma sentencia condenó a la empresa Promel Ltda. a reparar el daño ambiental ocasionado. No obstante, el caso sigue abierto, ya que la empresa se negó a efectuar la reparación y ha sido imposible cobrar su equivalente en dinero al no haber bienes que embargar en su patrimonio. El proceso de embargo y persecución de bienes ha demorado quince años<sup>137</sup>.

Por último, en el caso de la demanda por daño ambiental interpuesta en contra de Minera Tambillos en 2014 –luego del colapso de un tranque de relaves que sepultó una casa, dio muerte a los cuatro integrantes de la familia que ahí habitaba y contaminó una gran extensión de terrenos de la provincia–, si bien existe una sentencia de 2016 que dispuso un Plan de Reparación Ambiental destinado a reparar el daño causado, hasta la fecha no ha sido cumplido<sup>138</sup>.

135 Corte Suprema, causa Rol N° 5888-2019, de 28 de mayo de 2019.

136 En tal sentido, ver la tramitación actualmente en curso ante la Corte Suprema, en causa Rol N° 154690-2020, relativo a un recurso de queja en el que, entre otras cosas, se solicitó precisión sobre el cumplimiento o no de la sentencia definitiva de la causa Rol N° 5888-2019, también tramitada ante la Corte Suprema.

137 Sentencia del Tercer Juzgado de Letras de Arica, “Molina Manzo y otros con Procesadora de Metales y otros”, causa Rol N° 22523-1999, de 6 de agosto de 2004.

138 Sentencia del Tribunal Ambiental de Santiago, causa Rol D-14-2014, de 24 de agosto de 2016; EL MOSTRADOR (2020), (s.p.).

Todos estos ejemplos evidencian los problemas de no contar con un procedimiento expedito en materia ambiental para cautelar el resultado o acelerar el proceso de cumplimiento de las sentencias.

#### 4. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN UN NUEVO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

Como se ha demostrado en los apartados anteriores, avanzar hacia mejores estándares en materia de acceso a la justicia ambiental es urgente. Conforme evolucionan las preocupaciones y la concientización de la sociedad global sobre la crisis climática y ecológica, la necesidad de proteger el medio ambiente y profundizar la democracia ambiental se convierte en una tarea ineludible.

En línea con el desarrollo internacional de los derechos humanos y del medio ambiente, el proceso constituyente chileno ha permitido pensar en la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente sano y de los derechos de acceso como derechos fundamentales necesarios para proteger los derechos ambientales de las personas y el medio ambiente.

Pero, además, atendidas las deficiencias existentes en Chile para garantizar de manera efectiva el acceso a la justicia ambiental, el proceso constituyente ha permitido revisar y proponer mejoras a los mecanismos de acceso en materia ambiental para que, desde la Constitución, se pueda asegurar que las leyes y las políticas públicas que se creen y ejecuten bajo su alero se desarrollen acorde al objetivo de hacer operativo el derecho a acceder a la justicia ambiental.

En línea con lo anterior, además de la consagración a nivel constitucional de los derechos de acceso en materia ambiental, incorporando en términos generales el derecho de acceso a la justicia ambiental, desde la ONG FIMA se propone: (i) crear una defensoría de la naturaleza como organismo encargado de mejorar el acceso a la justicia de la comunidad y la protección del medio ambiente; (ii) garantizar la asistencia jurídica gratuita; (iii) avanzar hacia la consideración de una legitimación activa amplia para proteger los derechos ambientales, el medio ambiente y los derechos de la naturaleza e incorporar acciones populares en la nueva Constitución, y (iv) avanzar en mecanismos que contribuyan a disminuir los tiempos de espera en la resolución de conflictos ambientales.

#### 4.1. Creación de una defensoría en materia ambiental

Para que un derecho tenga alcance en la vida de los ciudadanos se requiere, además de su consagración, contar con herramientas que lo hagan efectivo. Una de las instituciones que a lo largo del planeta ha contribuido a hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia –velando por la defensa de derechos humanos frente a la Administración y, actualmente, frente a los privados que puedan afectarlo– es aquel conocido típicamente como Defensoría del Pueblo u Ombudsman.

El ombudsman remonta sus orígenes a Suecia, país que lo incorporó a su Constitución en el año 1809. Su objetivo, en ese entonces, marcado por las necesidades que imponían las prolongadas ausencias del monarca a causa de las campañas militares, fue “supervisar la legalidad en la actuación de la administración pública, protegiendo al ciudadano frente a la misma”, además de “investigar las quejas contra los posibles errores administrativos”<sup>139</sup>.

Años más tarde, como explica ASTAROLA, la figura del Ombudsman comenzó a ser incorporada en diferentes países –en Finlandia en 1919, en Dinamarca en 1953 y en Alemania en 1957–, encontrando un impulso particular en la segunda mitad del siglo XX, debido a la recomendación realizada por la Comisión de Derechos Humanos, en los años 60, y por la Conferencia Parlamentaria Europea que se celebró en Viena, en el año 1971, de incorporar en los sistemas jurídicos alguna institución que pudiese recibir las quejas y denuncias de los ciudadanos por las actuaciones de la Administración Pública<sup>140</sup>.

Hoy, la figura del Defensor del Pueblo se encuentra presente en numerosos países a lo largo del planeta, con una fuerte presencia en Latinoamérica (solo Uruguay y Chile no cuentan con esta institución<sup>141</sup>). Sin perder el objetivo primordial de protección de los individuos frente a los actos arbitrarios de la Administración Pública, la institución ha ido ampliándose acorde a las necesidades de los tiempos y los territorios nacionales<sup>142</sup>, hasta entenderlo como un organismo con la misión tanto de “supervisar o

controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas” como de “coadyuvar en la promoción, protección y garantía de los derechos y las libertades tuteladas en la Constitución y la ley”<sup>143</sup>.

La evolución descrita ha derivado en la creación de Ombudsman generales (de defensa de los derechos humanos en general) o especializados en ciertas materias, siendo la necesidad de proteger el medio ambiente una de las materias que ha permeado esta evolución. Por lo mismo, las defensorías del pueblo han incorporado dentro de sus preocupaciones los derechos humanos ambientales y la protección del medio ambiente, así como se han ido creando organismos específicamente para defender el medio ambiente y los derechos humanos ambientales.

SHIDO, haciendo un estudio sobre los Ombudsman ambientales, explica que los primeros se remontan a los años 60 en Estados Unidos, cuando en algunas jurisdicciones –como en Wisconsin y en California– se comenzaron a establecer organismos de control independientes con el fin de mejorar la calidad de la gobernanza ambiental<sup>144</sup>. A ello suma la identificación de organismos de defensa ambiental en Nueva Zelanda, que en 1987 creó el Parliamentary Commissioner for the Environment bajo la Environment Act 1986<sup>145</sup>; en Australia, que en 1993 creó el Commissioner for the Environment bajo la Commissioner for the Environment Act 1993<sup>146</sup>; en Canadá, en donde en 1994 se creó el Comisionado Ambiental de Ontario, con el objetivo de asegurar los derechos públicos para participar en los procesos administrativos de toma de decisiones ambientales y la promoción de la educación pública<sup>147</sup>; en Hungría, que en 2007 se estableció el Parliamentary Commissioner for Future Generations con el objetivo principal de proteger el derecho constitucional a vivir en un medioambiente sano<sup>148</sup>, y en Japón, donde existe un Committee on Promotion of Environmental Autonomy at Shiga Prefecture que tiene la protección del medio ambiente como objetivo primario<sup>149</sup>.

143 BASCH (2015), p. 11.

144 SHIDO (2013), pp. 213-214.

145 SHIDO (2013), p. 227.

146 SHIDO (2013), p. 220.

147 SHIDO (2013), p. 214.

148 SHIDO (2013), p. 223.

149 SHIDO (2013), p. 250.

En Latinoamérica, la necesidad de proteger el medio ambiente también ha alcanzado a los Ombudsmen, advirtiéndose ejemplos en que se han entregado atribuciones ambientales al Defensor del Pueblo general –como sucede en Perú, Argentina y Colombia– o en que se ha buscado crear defensorías puramente ambientales, como sucede en el caso de México, en Ecuador (aunque, en la práctica, no haya sucedido así), y, si se aprueba en el Congreso, próximamente en Bolivia.

En el caso de Perú, la Constitución creó una Defensoría del Pueblo con el fin de “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” (artículo 162). Si bien se trata de una norma que no hace referencia al medio ambiente, el organismo entiende como parte de sus funciones la protección de los derechos humanos ambientales. En efecto, cuenta con una unidad especialmente dedicada al tema –la Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas– y dentro del informe que emite el Defensor del Pueblo peruano sobre su gestión anualmente<sup>150</sup>, se relevan los problemas y avances en la protección del medio ambiente y los derechos humanos ambientales<sup>151</sup>. La regulación específica del Defensor del Pueblo se encuentra en la Ley N° 26520, Orgánica del Defensor del Pueblo<sup>152</sup>, en la que se indica que su nombramiento depende del Congreso y cuenta con autonomía, inviolabilidad e inmunidad (artículo 5). Además, se indican, como parte de sus atribuciones, la posibilidad de investigar de oficio o a petición de parte las actuaciones de la Administración, iniciar o intervenir en procedimientos acciones judiciales y administrativos en defensa de los derechos fundamentales de las personas y promover la ratificación y efectiva difusión de tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo 9).

En Argentina, el modelo es muy parecido al peruano. Su Constitución, en el artículo 86, creó un Defensor del Pueblo como 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 omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

Al igual que sucede con el Defensor del Pueblo de Perú, cuenta con unidades, dentro de las que se identifica una unidad de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, la que tiene como objeto la protección del derecho al medio ambiente sano, comprendiendo en ello el agua segura, saneamiento adecuado, libre acceso a la información ambiental y residuos peligrosos, entre otros<sup>153</sup>. Dentro de sus funciones se contempla “iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación sobre la actuación de la Administración y las empresas que prestan servicios públicos” y “proponer al Poder Legislativo y a la Administración Pública la modificación de aquellas normas cuyo cumplimiento riguroso pueda provocar situaciones injustas o perjudiciales”<sup>154</sup>.

En el caso de Ecuador, la Constitución, en su artículo 399, establece que “el ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza”. Pese a la intención de la Constitución de que fuese un órgano distinto de la Defensoría del Pueblo, durante más de diez años no se dictó la ley que regulara la Defensoría del Ambiente y la Naturaleza, por lo que la Defensoría del Pueblo general asumió *de facto* la defensa de los derechos humanos ambientales y de la naturaleza. En el año 2019, se dictó la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, oficializándose las atribuciones de esta última en la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza<sup>155</sup>. En específico, en su artículo 6, se establecen las competencias del organismo relacionadas con el medio ambiente, dentro de las que se cuentan:

150 Se pueden revisar los informes en: <[https://www.defensoria.gob.pe/categorias\\_informes/informe-anual/](https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-anual/)>.

151 LILLO (2007), p. 8.

152 La Ley N° 26520, Orgánica del Defensor del Pueblo. Disponible en línea: <<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Ley-Organica.pdf>>.

153 Ver en Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina. Disponible en línea: <<http://www.dpn.gob.ar/ambiente.php>>.

154 Ídem.

155 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Ecuador. Disponible en línea: <<https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2019/06/Ley-Org%C3%A1nica-de-la-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo.pdf>>.

- a) Diseñar e implementar sistemas de gestión del conocimiento e investigación especializados en derechos humanos y de la naturaleza;
- b) Diseñar e implementar programas de sensibilización, formación y educación en derechos humanos y de la naturaleza;
- c) Realizar investigaciones defensoriales para verificar posibles vulneraciones de los derechos humanos o de la naturaleza;
- d) Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso en el ámbito judicial o administrativo en casos donde existan posibles vulneraciones a los derechos humanos y de la naturaleza cuando sean generalizadas y sistemáticas, de relevancia social, incluyendo los casos de personas desaparecidas;
- e) Promover la adopción, firma o ratificación, según sea el caso, de las declaraciones, pactos y convenios internacionales de derechos humanos y de la naturaleza;
- f) Presentar demandas de inconstitucionalidad a normas que afecten los derechos humanos y de la naturaleza;
- g) Además, otras facultades que posee en torno al acceso a la justicia es hacer seguimiento de las sentencias o acuerdos reparatorios en los casos que se delegue dicha facultad por los jueces constitucionales, y
- h) Activar los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos y poder solicitar medidas cautelares independientemente o conjuntamente con los procesos constitucionales de garantías jurisdiccionales.

Por su parte, en el caso de México, en el año 2001, se creó la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México, con el doble objetivo de velar por la protección ambiental y de los derechos ambientales de las personas. En específico, su ley orgánica, en el artículo 2º, establece sus características, sosteniendo que esta:

“La Procuraduría, como autoridad ambiental, es un organismo público descentralizado, de la Administración Pública con personalidad jurídica, patrimonio propio, y autonomía operativa y financiera para el buen desempeño de sus funciones, que tiene por objeto la defensa de los derechos de toda persona a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, mediante la promoción y vigilancia de la aplicación y cumplimiento de las disposiciones

jurídicas en materia ambiental y del ordenamiento territorial; así como la protección, preservación y restauración del ambiente y el equilibrio ecológico en la Ciudad de México, conforme a las atribuciones que se le otorgan en el presente ordenamiento”.

Dentro de sus funciones, establecidas en el artículo 5º de la mencionada ley, se cuenta la posibilidad de iniciar procedimientos judiciales, de entregar recomendaciones a los órganos de la Administración y el Parlamento sobre la aplicación de la legislación ambiental e informar a la población sobre sus derechos.

En el caso de Colombia, la Constitución creó tanto un organismo llamado Procuraduría General de la Nación como un Defensor del Pueblo (artículo 118). Se establece que este último queda bajo la supervigilancia del primero, con funciones relacionadas con la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, a través de la orientación de los ciudadanos, presentar *habeas corpus* y acciones populares y presentar proyectos de ley (artículo 282).

Por su parte, el Procurador General de la Nación tiene dentro de sus funciones:

- “1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales [...]” (artículo 277).

Es en el seno de la Procuraduría General de la Nación, en Colombia, que se creó la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agra-

rios, la que cumple “funciones preventivas y de intervención judicial frente a la conservación y protección del medio ambiente, y vela por el correcto cumplimiento de la legislación y gestión ambiental, la preservación de los ecosistemas estratégicos y del desarrollo sostenible de los territorios”<sup>156</sup>. A ella, conforme a la Resolución N° 0017 de 2000, se le delegan ciertas funciones cuando estas tengan que ver con temas ambientales.

Finalmente, en el caso de Bolivia, en el año 2010, se dictó la Ley de la Madre Tierra<sup>157</sup>. Esta ley, además de reconocer derechos específicos a la naturaleza (artículo 5), ordena crear una Defensoría de la Madre Tierra (artículo 10). Su creación se discute actualmente en el proyecto de ley que dará lugar a su creación, con el objeto específico de “velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra, sus componentes y sistemas de vida, incluyendo el medio ambiente y la biodiversidad” (artículo 2). Es decir, se trata de un organismo que viene a complementar las funciones de protección de los derechos humanos que recaen en el Defensor del Pueblo creado en el artículo 218 de su Constitución del año 2009.

El proyecto de ley de la Defensoría de la Madre Tierra establece como características que se trata de una institución independiente y con plena autonomía funcional (artículo 4) y con un objetivo que alcanza tanto a los órganos del Estado como a la actividad privada (artículo 5). Asimismo, se contempla una serie de atribuciones, dentro de las que se advierten: el deber de desarrollar estrategias para proteger la naturaleza; investigar, de oficio o a solicitud de parte, los actos u omisiones que impliquen violación de los derechos de la Madre Tierra; interponer acciones en defensa de los derechos de la Madre Tierra; realizar recomendaciones a los organismos del Estado y colaborar con la Defensoría del Pueblo (artículo 6).

Como se advierte de los ejemplos anteriores, al pensar en una defensoría ambiental no existe una única manera de crearlo, existiendo diversos modelos a observar. COSTA y RIVERA, siguiendo a SHINDO, identifican tres modelos posibles de Ombudsman ambiental:

“[...] aquél que le otorga funciones relacionadas a la protección del medio ambiente y de derechos humanos ambientales al defensor del pueblo u

156 Ver en Procuraduría General de la Nación. Disponible en línea: <<https://www.procuraduria.gov.co/porta/delegadas.page>>.

157 Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley N° 71, de Bolivia.

Ombudsman general; aquél que crea un órgano separado e independiente del defensor general, con dedicación exclusiva en materia ambiental; y aquél modelo que combina ambos formatos, creando una oficina o departamento especializado en temáticas ambientales dentro de la orgánica del defensor general”<sup>158</sup>.

En Chile, si bien existen instituciones que cuentan con el rol de velar por la protección de derechos humanos –como el Instituto Nacional de Derechos Humanos, creado por la Ley N° 20.405 de 2009, y la Defensoría de la Niñez, creada por la Ley N° 21.067 de 2018<sup>159</sup>– que tienen un mandato amplio para promover y proteger los derechos humanos y son muy importantes en el escenario nacional, no cuentan con mandatos específicos ni atribuciones en materia ambiental, lo que ha generado que su incidencia al respecto se vea bastante limitada. En efecto, su participación en casos de vulneración de derechos ambientales solo se ha dado en contadas ocasiones por medio de una interpretación indirecta de sus atribuciones respecto de derechos humanos<sup>160</sup>.

Por lo anterior, en el país, la discusión sobre la creación de un Ombudsman y, en específico, uno con facultades sobre la protección del medio ambiente y de los derechos humanos al medio ambiente sano, ha tomado relevancia en el contexto del proceso constituyente. En la Convención Constitucional se han realizado propuestas para incluir un órgano como este a nivel constitucional, ya sea con facultades generales sobre los dere-

158 COSTA y RIVERA (2022), p. 51.

159 Ambas son instituciones autónomas, con personalidad jurídica y patrimonio propios. El Instituto Nacional de Derechos Humanos tiene como objeto la promoción y protección de los derechos humanos de los habitantes, y para ello tiene distintas atribuciones, entre las que destacan proponer medidas a los órganos del Estado, deducir acciones legales, entre otras. Por su parte, la Defensoría de la Niñez es un órgano asesor técnico para el Estado de Chile, velando por que el Estado cumpla su obligación de garantizar los derechos de la niñez y es la Defensoría para los derechos de la niñez, velando por que el Estado cumpla su obligación de restablecer estos derechos en caso de vulneración y para ello cuenta con la capacidad de interponer querrelas o recursos de protección y amparo, y observar, exigir informes, y visitar lugares en que haya un riesgo de vulneración de derechos de la niñez, entre otras atribuciones.

160 Por ejemplo, de acuerdo a la información disponible en la página web del INDH, en el año 2018, el organismo interpuso 6 recursos de protección en materias ambientales, de un total de 48. Información disponible en línea: <<https://www.indh.cl/destacados/causas-judiciales/>>.

chos humanos o específicas, mediante la creación de una defensoría de la naturaleza.

Su inclusión, desde el objetivo de la protección del medio ambiente, podría ser una solución a varios de los conflictos y barreras al acceso a la justicia ambiental existentes en Chile y que fueron identificados previamente, dependiendo de la manera en que se le conciba y las atribuciones de las que se la dote. En línea con ello, se advierte que:

- a) En primer lugar, un Ombudsman Ambiental o Defensoría de la Naturaleza que tuviese como atribución principal, la posibilidad de presentar acciones de oficio o a petición de parte y en este último caso, ejercer la representación en juicio en defensa de intereses individuales y colectivos para comunidades o personas que no puedan costearlo de manera particular, significaría una verdadera revolución en el sistema jurídico chileno en materia de acceso a la justicia ambiental. Como se describió previamente, en Chile las barreras económicas y las asimetrías de información atentan fuertemente contra el acceso a la justicia ambiental. Por ello, pensar en una Defensoría de la Naturaleza con oficinas en cada una de las regiones del país y con la capacidad para hacerse cargo del creciente número de conflictos socioambientales en el país, se erige como una solución concreta y necesaria para ampliar el acceso a la justicia ambiental. Para ello, será necesario que cada una de las oficinas cuente con recursos y con abogadas, abogados y otros profesionales con conocimientos técnicos que puedan llevar adelante esta misión<sup>161</sup>.
- b) Además, un Ombudsman Ambiental debiese estar facultado para intervenir y presentar informes en derecho o *amicus curiae* en aquellos juicios en que, sin ser parte, se advierta la afectación del medio ambiente. Esta potestad iría de la mano con las tradicionales atribuciones otorgadas a los Ombudsman.
- c) Una mejora en los índices de cumplimiento de las sentencias cuando el obligado sea el Estado se daría de existir un Ombudsman Ambiental con atribuciones de fiscalización y control de la Administración y de privados que ejerzan funciones públicas. En este sentido, útil sería que el organismo pueda requerir información de interés ambiental a

cualquier órgano de la Administración, de oficiar directamente a los mismos a objeto del mejor funcionamiento de los procesos de participación y de solicitar o requerir a los demás órganos administrativos el cumplimiento de sus obligaciones en materia de protección de la naturaleza o de los derechos humanos ambientales, mediante la utilización de las potestades e instrumentos de su competencia<sup>162</sup>.

- d) Por último, considerando las discusiones en torno al reconocimiento de derechos de la naturaleza en una nueva Constitución, la Defensoría de la Naturaleza u Ombudsman Ambiental con atribuciones (no exclusivas) para representar los intereses de la naturaleza, permitiría avanzar hacia una comprensión de la naturaleza y el medio ambiente por su valor intrínseco, pero, a su vez, como un bien común inseparable de la protección de la vida, y con ello de los derechos humanos ambientales de las personas.

Estas podrían ser las atribuciones nucleares de un Ombudsman Ambiental en Chile, sin perjuicio de la posibilidad de dotar de más herramientas para la promoción y defensa de los derechos humanos ambientales y de la naturaleza. En cualquier caso, pensar en este modelo implica también considerar que para que un órgano de estas características tenga real eficacia debe ser concebido como una institución autónoma.

Una de las principales críticas realizadas al desempeño del Instituto de Derechos Humanos en Chile en la defensa de los derechos humanos es su falta de independencia. En el año 2018, el Subcomité de Acreditación de la Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos decidió realizar una Revisión Especial del Instituto de Derechos Humanos en Chile debido a una carta enviada por un grupo de organizaciones de la sociedad civil, que denunciaba irregularidades en la remoción del entonces director del Instituto de Derechos Humanos en Chile<sup>163</sup>. En el año 2020, la entidad revisora decidió finalmente acreditar al Instituto de Derechos Humanos en Chile como una institución de defensa de los derechos humanos, pero realizó recomendaciones, precisamente relacionadas con la necesidad de mejorar los mecanismos de independencia de la institución. En particular, advirtió falta de transparencia y amplitud en los mecanismos

161 COSTA y RIVERA (2022), p. 52.

162 COSTA y RIVERA (2022), p. 54.

163 ALIANZA GLOBAL DE INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS (GANHRI) (2018), p. 42.

de nombramiento de los miembros del INDH (proceso en el que concurren diversas entidades conforme al artículo 6° de su ley orgánica<sup>164</sup>) y falta de claridad en una garantía “que exima a los miembros de su órgano rector de responsabilidad jurídica por las acciones emprendidas en el ejercicio de sus funciones oficiales”<sup>165</sup>.

Considerando lo anterior y la discusión llevada adelante en la Convención Constitucional, resulta vital pensar en un modelo de defensoría que pueda resguardar su autonomía para cumplir de manera efectiva tanto su rol de control de la actividad de la Administración como de defensa de los derechos humanos ambientales y de la naturaleza. Para ello, será necesario promover una orgánica transparente, abierta y participativa “que permita el acceso a la justicia ambiental efectiva y en condiciones de igualdad”<sup>166</sup> y que se base en el mérito y trayectoria de sus miembros sobre derechos humanos y defensa del medio ambiente. Además, siguiendo los consejos del Subcomité de Acreditación de la Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, será necesario que sus miembros cuenten con garantías de inamovilidad, además de que no serán procesados por responsabilidad civil o penal cuando realicen actividades acordes a la misión que se les ha encomendado.

## 4.2. Defensa jurídica gratuita

A la luz de los estándares internacionales, y atendiendo a las deficiencias descritas en el apartado 3, es que se hace necesario consagrar el dere-

cho a la asistencia jurídica gratuita como parte del contenido expreso del derecho a acceder a la justicia en general, y, en específico, del derecho a acceder a la justicia ambiental.

Además, a nivel legal, cabría reforzar e implementar mecanismos concretos e instituciones como el privilegio de pobreza y otorgar competencias a otros organismos para que puedan representar gratuitamente a las personas, de modo que no se trate de un beneficio particular o “privilegio” para quienes se encuentran en una situación económica desfavorable. El objetivo sería entregar asesoría legal gratuita a toda persona o grupo que lo requiera, como consecuencia del cumplimiento de una obligación general del Estado de asegurar los derechos reconocidos a todas las personas. Una manera de hacerlo es entregando la atribución de asistir jurídicamente y representar en juicio a una nueva institución, la Defensoría de la Naturaleza u Ombudsman Ambiental, o pensar ampliar las atribuciones de la actual Defensoría Penal Pública para que pase a contemplar también la defensa jurídica gratuita en asuntos ambientales.

Dicha posibilidad no es una novedad en Chile. Ya el año 2021 fue presentado un proyecto de ley para reformar la Defensoría Penal Pública y la Corporación de Asistencia Judicial y generar un único Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y Defensoría de Víctimas de Delitos<sup>167</sup>. Con ello se buscaría crear una nueva institucionalidad para la defensa de víctimas de delitos que integre la oferta existente, fortalecer la labor de defensa de derechos humanos que realizan las CAJ y crear una institucionalidad transversal para el desarrollo de políticas intersectoriales de acceso a la justicia y para articular a los organismos e instituciones competentes en la materia. Esta idea podría ser una solución a la falta de asistencia jurídica; sin embargo, el proyecto no considera dentro de la protección de los derechos humanos la arista ambiental, siendo aún una materia pendiente.

Cabe consignar que en el derecho comparado existen ejemplos de consagración del derecho a la asistencia jurídica. Por ejemplo, en la Constitución de Ecuador, se establece de manera genérica (no solo para el proceso penal y no solo relativa a personas de escasos recursos) el derecho a la asistencia jurídica gratuita:

164 La Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, establece en su artículo 6° que la Dirección Superior del Instituto corresponderá a un Consejo, integrado por: a) Dos consejeros designados por el Presidente de la República; b) Dos consejeros designados por el Senado; c) Dos consejeros designados por la Cámara de Diputados; d) Un consejero designado por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades integrantes del Consejo de Rectores y de universidades autónomas, y e) Cuatro consejeros, designados en la forma que establezcan los estatutos, por las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos que gocen de personalidad jurídica vigente, inscritas en el registro respectivo que llevará el Instituto. Además, establece que el Consejo elegirá, por mayoría absoluta de sus integrantes, un director, que lo será también del Instituto.

165 ALIANZA GLOBAL DE INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS (GANHRI) (2020), p. 19.

166 COSTA y RIVERA (2020), p. 53.

167 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, proyecto de ley Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y Defensoría de Víctimas de Delitos, Boletín N° 13.991-07.

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...] En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor” (artículo 75).

Asimismo, en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que:

“La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores” (artículo 17).

Por último, en la Constitución de República Dominicana, al referirse a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, se establece como garantía el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita (artículo 69 N° 1).

También, cabe destacar que hay países que establecen instrumentos de asesoría legal destinados a la protección de grupos específicos. Un ejemplo de esto serían las legislaciones de Bolivia (Ley N° 464, del Servicio Plurinacional de Asistencia a la Víctima, artículo 14); Colombia (Ley N° 941 de 2005, Sistema Nacional de Defensoría Pública, artículo 11); Brasil (Ley N° 6.001 de 1973, artículo 35), y Venezuela (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005, artículo 131), que establecen una obligación de defensa a víctimas de pueblos originarios. En el caso de Bolivia y Venezuela, se establece además la obligación de ser asistidos por traductores, y, en México, que pueden ser asistidos por defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura<sup>168</sup>.

### 4.3. Legitimación activa amplia y acciones populares

Para garantizar el acceso a la justicia ambiental en Chile, junto con reconocer el deber del Estado de otorgar una defensa jurídica gratuita y crear una Defensoría de la Naturaleza, se hace importante ampliar la legitimación activa para acudir a los tribunales frente a las afectaciones del medio ambiente y de los derechos humanos ambientales.

168 BURDILES y COFRÉ (2017), p. 73.

En este sentido, es importante reconocer que la naturaleza de los conflictos ambientales es distinta a la de los conflictos civiles o penales, debido a la naturaleza colectiva del derecho al medio ambiente y a la alta complejidad técnica de los casos<sup>169</sup>. Por lo mismo, como sostienen BURDILES y COFRÉ, “resulta necesaria la inclusión de mecanismos de legitimación del interés supraindividual en el litigio ambiental, pues con ello se puede subsanar la desigualdad material que es más evidente si se pretendiera reclamar individualmente”<sup>170</sup>.

Una de las maneras en las que se ha logrado ampliar la legitimación activa para la tutela del derecho a un medio ambiente sano a nivel comparado es a través de la denominada acción popular, una acción destinada en particular a la tutela de los derechos e intereses colectivos.

Estas acciones tienen su origen en el derecho romano y han sido contempladas en distintos ordenamientos jurídicos del mundo y de Latinoamérica, principalmente en los códigos civiles que siguieron el modelo instaurado por Andrés Bello, a saber: Chile, Colombia, Ecuador y Panamá<sup>171</sup>. En estos cuerpos normativos se estableció una acción popular para la protección de bienes públicos, encontrándose en el artículo 2333 del Código Civil chileno para el caso de existir un daño contingente<sup>172</sup>.

Las acciones populares han sido consideradas a nivel constitucional, tal como se advierte, por ejemplo, en el caso de Colombia (artículo 88); Bolivia (artículos 135 y 136); Ecuador (artículos 397 y 439); Paraguay (artículos 38 y 134); Brasil (artículo 5); Portugal (artículo 52), y México (artículo 17).

En la mayoría de los casos es la misma constitución la que identifica las acciones populares con la defensa de derechos o intereses colectivos. Para ello se permite que estas acciones sean interpuestas ya sea de manera individual por cualquier persona natural o jurídica o de manera colectiva por un grupo de personas. Además, en la constitución de todos los países

169 BURDILES y COFRÉ (2017), p. 59.

170 Ídem.

171 GUAYACÁN (2005), p. 39.

172 Artículo 2333 del Código Civil: “Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

mencionados se establece específicamente que el medio ambiente es considerado un derecho o interés colectivo que debe ser tutelado por medio de estas acciones<sup>173</sup>.

En el caso de Ecuador, la Constitución establece que el Estado se compromete a permitir que cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, sin perjuicio de su interés directo, pueda ejercer las acciones legales o acudir a los tribunales de justicia para la tutela del derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Agrega que las acciones constitucionales pueden ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano (artículo 397 y 439).

En Bolivia se establece una acción popular contra todo acto u omisión que viole o amenace con violar los derechos e intereses colectivos, dentro de los cuales se encuentra el medio ambiente (artículo 135). Como particularidades de estas acciones se encuentra el hecho de que se pueden interponer ante una amenaza, y que esto puede ser realizado por cualquier persona a título individual o en representación de una colectividad, mandatando a autoridades públicas como el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo a interponer estas acciones cuando en el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de actos que afecten estos derechos (artículo 136 I y II.).

Por su parte, la Constitución de Paraguay establece que “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente” (artículo 38); la carta de Brasil señala que cualquier ciudadano puede proponer una acción popular que pretenda anular un acto perjudicial para el patrimonio público, dentro del cual se comprende el medio ambiente (artículo 5 número LXXIII), y, en Portugal, se señala que todos tienen el derecho a ejercer la acción popular en orden a promover la preservación del medio ambiente (artículo 52).

Finalmente, en Colombia y México, si bien son las constituciones las que reconocen la existencia de una acción popular o colectiva, estas mismas establecen que su desarrollo de estas a nivel legal. Colombia, en su Constitución, señala que una ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, dentro de los cuales identifica al medio ambiente (artículo 88). Así, el ejercicio de esta acción es

173 Excepto el caso de México, cuya mención al medio ambiente como objeto de protección de las acciones colectivas es solo legal y no constitucional.

reglamentado a través de la Ley N° 472 de 1998, destacando como sus características principales, para efectos de lo tratado en este apartado, que: (i) son acciones para la defensa de todos los derechos colectivos, dentro de los cuales se encuentra el derecho al medio ambiente sano; (ii) son acciones de responsabilidad colectiva, y (iii) tienen legitimación amplia, ya que pueden ser interpuestas por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera<sup>174</sup>. Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el congreso expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas (artículo 17). De aquel mandato emana la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (1988), donde se permite a cualquier persona denunciar delitos ambientales (artículo 182), y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (2013), donde se establece una legitimación amplia para ejercer acción y demandar judicialmente la responsabilidad ambiental, la reparación y compensación de los daños ocasionados al ambiente (artículo 28) y para denunciar delitos ambientales (artículo 54).

Además del desarrollo constitucional, existen países en donde los avances en materia de ampliación de la legitimación activa ambiental se han dado a nivel legal. Por ejemplo, en Antigua y Barbuda, que en la Environmental Protection and Management Act (2015) entrega la posibilidad a cualquier persona agraviada por una violación a la misma ley a iniciar un procedimiento en contra de cualquier otra persona que se sospeche razonablemente que es responsable, mediando autorización del tribunal competente (artículo 97). En Argentina, en la Ley N° 25.675 General del Ambiente (2002) se otorga legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado al afectado, al Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. En Costa Rica, en la Ley N° 7.788 de Biodiversidad (1998), se permite a cualquier persona accionar en defensa y protección de la biodiversidad (artículo 105). Por último, en República Dominicana, la Ley General sobre Medio Ambiente (Ley 64-00) otorga legitimidad a toda persona o asociación de ciudadanos para enunciar y querrellarse por “todo hecho, acción, factor o proceso, o la omisión u obstaculización de ellos, que haya causado, esté causando o pueda causar daño, degradación, menoscabo, contaminación y/o deterioro del medio ambiente y los recursos naturales” (artículo 178).

174 LONDOÑO y TORRES-VILLARREAL (2012), p. 239.

En Chile, en línea con el reconocimiento constitucional de la dimensión colectiva del derecho al medio ambiente sano y de las acciones populares como herramienta para expandir la legitimación activa, se requiere revisar también los instrumentos legales. En específico, se requiere revisar y ampliar los criterios establecidos en el artículo 18 de la Ley N° 20.600 de Tribunales Ambientales, para poder presentar acciones ante esta judicatura especializada.

Las acciones contempladas en la Ley N° 20.600 obligan a acreditar que quien impugna es un directamente afectado en su esfera individual, olvidando la dimensión colectiva que envuelve la protección del medio ambiente. Como se mencionó previamente, en el caso de la demanda por daño ambiental, los ciudadanos deben acreditar ser directamente afectados o esperar a que las municipalidades o el Consejo de Defensa del Estado decidan llevar adelante la demanda. Por su parte, en el contencioso administrativo, para impugnar una resolución de calificación ambiental de un proyecto se requiere haber formado parte del proceso de participación ciudadana o ser el titular del proyecto, así como haber iniciado el procedimiento de invalidación o ser el directamente afectado por la resolución, con independencia del riesgo que pueda causar la resolución para el medio ambiente. Asimismo, para impugnar las resoluciones de la Superintendencia se requiere ser directamente afectado.

Una forma de ampliar el espectro de legitimados activos, en estos casos, sería a través de interpretaciones laxas o comprensivas de la dimensión colectiva implícita en la protección del medio ambiente en torno a la figura de los interesados o directamente afectados –lo que puede suceder en la medida que ambas dimensiones sean expresas a nivel constitucional– o de la eliminación del requisito de directamente afectado o su especificación para incluir, dentro de las consideraciones, el carácter colectivo de la protección del medio ambiente.

En definitiva, avanzar en la lógica de la acción popular a nivel constitucional como reflejo de la dimensión colectiva del derecho al medio ambiente sano, como a nivel legal, ampliando los límites del directamente afectado en el contencioso administrativo para reconocer esta dimensión, podría también ser un paso para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile, al ampliar el espectro de sujetos legitimados para exigir la tutela de derechos colectivos, entendiendo que la afectación de estos alcanza a toda una colectividad.

#### **4.4. Disminuir la demora en el acceso a la justicia y contar mecanismos de cumplimiento y ejecución de sentencias**

Tal como se mencionó anteriormente, para fomentar el cumplimiento de las órdenes impartidas por los tribunales se pueden establecer ciertos mecanismos que incrementan los costos de incurrir en el incumplimiento, ya sean de carácter económico (multas), disciplinarios (llamados de atención, destitución o suspensión de cargos públicos) o penales.

De manera general, las constituciones que consideran mecanismos de cumplimiento de sentencias se orientan a establecer medios de reclamo al mismo Poder Judicial en caso de dilatación de la ejecución de la sentencia. En México, se establecen sanciones, como la desvinculación del cargo de los funcionarios a cargo del cumplimiento y que han incurrido en su omisión, pudiendo también afectar al superior jerárquico (artículo 107), y lo mismo en caso de repetición del acto reclamado, pudiendo incurrir incluso en delitos. Bolivia también dispone que aquellos servidores públicos o personas particulares que incumplan decisiones judiciales serán remitidos al Ministerio Público para su procesamiento penal (artículo 127).

Por su parte, la Constitución de Ecuador introduce en su artículo 93 una acción de incumplimiento, la cual es luego desarrollada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta acción busca garantizar el cumplimiento tanto de las normas del ordenamiento como de las sentencias e informes internacionales sobre derechos humanos, y pretende, en primera instancia, entregar una última oportunidad a quien deba cumplir la sentencia para que ejecute sus obligaciones (corroborando además que efectivamente existe un incumplimiento), para luego hacer efectivas otro tipo de responsabilidades en caso de continuar el incumplimiento. La sanción, para el caso de servidores públicos, puede significar destitución, y, para los particulares, que se haga efectiva la responsabilidad que determine la ley.

Finalmente, Colombia, si bien no posee a nivel constitucional mecanismos de ejecución de sentencias, sí desarrolló en la Ley N° 472 de 1998 un mecanismo novedoso para velar por la ejecución de los fallos que deriven del ejercicio de una acción popular (la cual sí se encuentra establecida en la Constitución y aborda materias ambientales). La ley determinó que para el cumplimiento de los fallos de estas acciones el juez podrá fijar un plazo prudencial con el objetivo de que se garantice la ejecución de la senten-

cia, dentro del cual podrá, además, conformar un Comité de Verificación y Cumplimiento. Este Comité se compone por el juez que dicta la sentencia, la entidad pública encargada de velar por el interés o derecho colectivo, el Ministerio Público y alguna organización no gubernamental que posea actividades en el objeto del fallo.

En Colombia, sumado a esta institución, existen otros mecanismos que permiten asegurar el cumplimiento de los fallos: el desacato y el establecimiento de garantías monetarias para asegurar la ejecución del fallo, todas a nivel legal<sup>175</sup>. Cabe mencionar que, a diferencia de Chile, la solicitud de adopción de medidas por desacato en Colombia no implican la apertura de un nuevo procedimiento, sino que se solicita ante la misma autoridad que profirió la orden judicial a través de un incidente, resultando más expedito el pronunciamiento sobre la sanción que se habrá de imponer a raíz del incumplimiento.

Cabe precisar que una propuesta acorde con promover el cumplimiento de las sentencias y también de las resoluciones administrativas en materia ambiental es que, de crearse una Defensoría de la Naturaleza (u organismo equivalente), se considere dentro de sus atribuciones la posibilidad de hacer seguimiento a los actos administrativos o judiciales y perseguir su cumplimiento.

En este sentido, siguiendo los ejemplos sobre Ombudsman Ambientales antes revisados, se advierte, por ejemplo, que, en el caso de Colombia, la Procuraduría Delegada de Asuntos Ambientales y Agrarios tiene como una de sus facultades “[v]elar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las decisiones judiciales y administrativas” (artículo 24 del Decreto N° 262 de 2000).

Asimismo, en Ecuador, se contempla la posibilidad de que los jueces constitucionales le deleguen a la Defensoría del Pueblo y la Naturaleza de Ecuador el seguimiento de las sentencias o acuerdos reparatorios que se emitan en las garantías jurisdiccionales (artículo 6 de la Ley Orgánica Constitucional Defensoría del Pueblo).

175 Decreto N° 2.591 de 1991, de Colombia.

## 5. CONCLUSIONES

Para garantizar adecuadamente los derechos ambientales es necesario contar con herramientas que permitan acceder a la información ambiental, participar en las decisiones de carácter ambiental y acceder a la justicia. Estas herramientas han sido identificadas como derechos procedimentales o derechos de acceso, y forman un círculo virtuoso indivisible de garantías para los ciudadanos.

Dentro de los derechos de acceso ambiental, el derecho a acceder a la justicia es fundamental. Su desarrollo es una concreción del derecho a acceder a la justicia general y del derecho a la igualdad ante la ley, que busca dar solución a la afectación del derecho al medio ambiente sano y promover la protección de la naturaleza; ello, además de hacerse cargo de aquellas situaciones en que el derecho a acceder a la información o a participar en las decisiones ambientales se ve vulnerado.

En Chile existen importantes barreras que impiden el ejercicio efectivo del derecho a acceder a la justicia ambiental, como las barreras económicas, la inexistencia de una legitimación activa amplia en materia ambiental y la demora excesiva en obtener una resolución y en el cumplimiento de las sentencias.

Considerando la revisión del marco legal chileno, así como la propuesta de nueva Constitución resultante del trabajo de la Convención Constitucional, es posible identificar algunas opciones para mejorar las condiciones del acceso a la justicia en Chile. Además del reconocimiento de los derechos de acceso ambiental, mediante su inclusión en el derecho nacional del Acuerdo de Escazú, surgen como posibilidades: (i) la creación de un organismo específico para la defensa de los derechos humanos ambientales y de la naturaleza como la Defensoría de la Naturaleza; (ii) la consagración del deber de otorgar asistencia legal gratuita en materia ambiental; (iii) la ampliación de la legitimación activa en materia ambiental y la consagración de acciones populares, y (iv) el establecimiento de mecanismos que permitan mejorar el cumplimiento de las resoluciones administrativas y judiciales.

Todas estas herramientas, que encuentran diversos ejemplos a nivel comparado, no solo permitirán mejorar el acceso a la justicia ambiental, sino avanzar hacia la profundización de la democracia.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZABAL, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1.
- ALIANZA GLOBAL DE INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS (GANHRI) (2018): El papel de las INDH en la prevención y eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas - Informe de GANHRI a presentar en la 63° sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Disponible en línea: <<https://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2268/1/DEOI-DPE-019-2018.pdf>>.
- ALVARADO, Paola (2010): “Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la rama judicial en Colombia”, *Revista de Derecho del Estado* N° 24.
- ATLAS DE JUSTICIA AMBIENTAL (s.f.): Mapa Mundial de Justicia Ambiental. Disponible en línea: <<https://ejatlas.org/?translate=es>>.
- BASCH, Fernando (2015): “Estudio comparado sobre defensorías del pueblo y entidades garantes del derecho a la información en América Latina y Europa”. Disponible en línea: <[http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1427456199-DOCUMENTO\\_27\\_F%20BASCH\(ESPANOL\)\(Fweb\).pdf](http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1427456199-DOCUMENTO_27_F%20BASCH(ESPANOL)(Fweb).pdf)>.
- BELEMMI, Victoria (2021): “Ampliando criterios sobre el acceso a la justicia ambiental”, en *Litigación Ambiental y Climática*, vol. 1, N° 6.
- BERGAMINI, Kay *et al.* (2017): “Fiscalización, sanción y control ambiental en Chile. Diagnóstico y propuestas para la Superintendencia del Medio Ambiente y tribunales ambientales”, capítulo VI, en *Propuestas para Chile. Concurso Políticas Públicas 2017* (Centro de Políticas Públicas UC) (Santiago: Salesianos Impresores).
- BERMÚDEZ, Jorge (2000): “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI.
- BERNALES, Gerardo (2019a): *El acceso a la justicia y su autonomía como derecho respecto del derecho al debido proceso. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Disponible en línea: <<http://dspace.ugal.cl/bitstream/1950/12040/2/20180213.pdf>>.
- (2019b): “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 3.
- BERTRAND, Jorge (2014): “Los intereses comprometidos en el daño ambiental: comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la ley 20.600”, en *Revista de derecho*, vol. 21, N° 1.
- BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (coords.) (2011a): *La garantía del acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, en Colección “Género, Derecho y Justicia” N° 6. Disponible en línea: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf>>.
- BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (2011b): “Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: la agenda pendiente”, en BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, Colección “Género, Derecho y Justicia”, N° 6. Disponible en línea: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf>>.
- BORDALÍ, Andrés (2019): *Litigación ambiental* (Santiago: Thomson Reuters-LegalPublishing).
- BURDILES, Gabriela y COFRÉ, Leonardo (2017): “La asistencia jurídica en materia ambiental: desafíos en el marco del proceso de negociación del instrumento regional sobre los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 8.
- CAFFERATA, Nestor (2020): “El debido proceso ambiental en el Acuerdo de Escazú”, en *Revista Pulso Ambiental* N° 14.
- CNN CHILE (2018): “‘El Chérbobil chileno’: Todo lo que necesitas saber para entender la crisis ambiental de Quintero y Puchuncavi”. Disponible en línea: <[https://www.cnnchile.com/pais/el-chernobil-chileno-todo-lo-que-necesitas-saber-para-entender-la-crisis-ambiental-de-quintero-y-puchuncavi\\_20180824/](https://www.cnnchile.com/pais/el-chernobil-chileno-todo-lo-que-necesitas-saber-para-entender-la-crisis-ambiental-de-quintero-y-puchuncavi_20180824/)>.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2008): “Capítulo 04. Acceso a la Justicia”, en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE ASISTENCIA LEGISLATIVA (CEAL ) (2005): *Resumen Ejecutivo. Estudio de diagnóstico sobre la demanda de los servicios jurídicos en la población de escasos recursos* (Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

- COES (2018): *Informe Anual Observatorio de Conflictos 2018*. Disponible en línea: <[https://www.coes.cl/wpcontent/uploads/2018/11/ORG\\_InformeObservatorio-de-Conflictos-2018\\_5nov.pdf](https://www.coes.cl/wpcontent/uploads/2018/11/ORG_InformeObservatorio-de-Conflictos-2018_5nov.pdf)>.
- COFRÉ, Leonardo (2022): “El derecho a la asistencia jurídica en la nueva Constitución. Aportes para el debate constituyente”, en EZURMENDIA, Jesús (ed.), *Principios de justicia civil* (Barcelona: JM Bosch Editor).
- COLOMBO, Juan (2003): “El debido proceso constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Disponible en línea: <<https://biblio.dp.cl/datafiles/10598.pdf>>.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2021): “El derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”. Res. A/HRC/48/L.23/Rev.1.
- CONSEJO DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (UNEP) (2010): Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Directrices de Bali). Disponible en línea: <[http://www.pnuma.org/sociedad\\_civil/reunion2013/documentos/STAKEHOLDER%20PARTICIPATION/2010%20Directrices%20Bali%20Acceso.pdf](http://www.pnuma.org/sociedad_civil/reunion2013/documentos/STAKEHOLDER%20PARTICIPATION/2010%20Directrices%20Bali%20Acceso.pdf)>.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2020): Informe Final. Superintendencia del Medio Ambiente. Informe N° 280/2020. Disponible en línea: <[file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/INFORME\\_FINAL\\_280-2020.pdf](file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/INFORME_FINAL_280-2020.pdf)>.
- COSTA, Ezio y RIVERA, Sofía (2022): “La defensoría de la Naturaleza en una Constitución Ecológica”, en *Revista Némesis*, vol. 18.
- CRUZ, Juan (1998): “Sobre el concepto de derechos colectivos”, en *Revista internacional de filosofía política* N° 12.
- EL MOSTRADOR (2020): “Fundación Relaves acusa que minera aún no cumple sentencia ambiental tras colapso de terreno por terremoto del 27F”. Disponible en línea: <<https://www.elmostrador.cl/dia/2020/02/27/fundacion-relaves-acusa-que-minera-aun-no-cumple-sentencia-ambiental-tras-colapso-de-terreno-por-terremoto-del-27f/>>.
- ESPACIO PÚBLICO (2018): “Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile”, en *Informe de Políticas Públicas* N° 13. Disponible en línea: <<https://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/05/2018-MAYO-IPP-Acceso-a-la-justicia-ambiental-digital-FINAL.pdf>>.
- ESTEVE, José (2014): *Derecho del medio ambiente*, 3ª edición (Madrid: Marcial Pons).
- GRIJALVA, Agustín (2009): Introducción: “¿Qué son los derechos colectivos?”, en ÁVILA, María Paz y CORREDORES, María Belén (eds.), *Los derechos colectivos. Hacia su efectiva comprensión y aplicación* (Quito: V&M Gráficas).
- GUAYACÁN, Juan (2005): “La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas”, en *Revista de Derecho Privado* N° 9.
- HUTCHINSON, Tomás (2004): “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado en Argentina”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, vol. I, N° 1.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (s.f.): “Mapa de conflictos socioambientales en Chile”. Disponible en línea: <<https://mapaconflictos.indh.cl/#/>>.
- IREGUI, Paola y TORRES, María Lucía (2013): *La protección ciudadana de los derechos humanos* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario).
- LILLO, Diego (2007): *Fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental* (Santiago: Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente-CEFIMA). Disponible en línea: <<https://fima.cl/site/wp-content/uploads/2009/08/OMBUDSMAN-AMBIENTAL-Diego-Lillo.pdf>>.
- LILLO, Diego y BERRÍOS, Antonia (2020): “Entendiendo la regla general de la invalidación de actos de carácter ambiental: más allá de la invalidación impropia”, en *Revista de Justicia Ambiental* N° 12.
- LILLO, Ricardo (s.f.): “El derecho de acceso a la justicia”, en Artículos de Opinión *Diario Constitucional.cl*. Disponible en línea: <<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/409765/>>.
- LONDOÑO, Beatriz *et al.* (2009): “Eficacia del incidente de desacato. Estudio de caso, Bogotá, Colombia (2007)”, en *Vniversitas* N° 118.
- LONDOÑO, Beatriz y TORRES-VILLARREAL, Lucía (2012): “¿Podrán las acciones populares sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?”, en *Universitas* N° 124.

- LUCERO, Jairo *et al.* (2020): “Desafíos del acceso a la justicia ambiental en Chile”, en *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 10, N° 3.
- MONTOYA, Raúl (2019): “Reflexiones sobre el cumplimiento y ejecución de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revisita Quaestio Iuris*, vol. 1, N° 3.
- NACIONES UNIDAS (2005): Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe. Disponible en línea: <<https://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Politiclas-Publicas.pdf>>.
- (s.f.): Acceso a la justicia. Disponible en línea: <<https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>>.
- NACIONES UNIDAS-CEPAL (2013): “Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe Situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas”, en *Serie Medio Ambiente y Desarrollo* N° 151.
- OCDE (2016): Evaluación de Desempeño Ambiental de Chile. Disponible en línea: <<https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/07/Evaluacion-desempeno-Chile-WEBV2.pdf>>.
- OCEANA (2021): El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Constitución y Océanos. Disponible en línea: <[https://chile.oceana.org/wp-content/uploads/sites/19/informe\\_mlc.pdf](https://chile.oceana.org/wp-content/uploads/sites/19/informe_mlc.pdf)>.
- ONG FIMA (2019): *Estado del ODS 16.3 Sobre Acceso a la Justicia en Chile: Avances y desafíos para la justicia ambiental*. Disponible en línea: <<https://www.fima.cl/wp-content/uploads/2019/09/INFORME-ALTERNATIVO-SOBRE-ESTADO-DEL-ODS-16-.pdf>>.
- ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS Y COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2005): *Informe Evaluación de Desempeño Ambiental (Período: 1999-2004)*. Disponible en línea: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/1/S0500003\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/1/S0500003_es.pdf)>.
- PEÑA, Daniela (2017): *Responsabilidad por daño ambiental en Chile: ¿Existe una real protección del medio ambiente? Análisis de las sentencias que ordenaron reparar daño ambiental y su posterior cumplimiento. Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFET) para optar a magister en Derecho Ambiental* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile). Disponible en línea: <<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/149999/Responsabilidad-por-da%c3%b1o-ambiental.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
- SANHUEZA, Andrea (2019): “La participación es clave para lograr la gobernabilidad y el desarrollo sustentable”, en MORAGA, Pilar (ed.), *La protección del medio ambiente: Reflexiones para una reforma constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- SANTOS, Pastor (2006): *Análisis económico de la justicia y reforma judicial* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- SHINDO, Mahito (2013): *The environmental Ombudsman and Administrative Decision Making: An Assessment of its Suitability for Japan* (Sydney: Macquarie University).
- THEA, Federico (2013): “Artículo 8. Garantías Judiciales”, en REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* (Buenos Aires: La Ley).
- TORRES, Valeria (2019): “Derechos de acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales: tratamiento a nivel constitucional en América Latina y el Caribe”, en MORAGA, Pilar (ed.), *La protección del medio ambiente: Reflexiones para una reforma constitucional*, 1ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- UDP FACULTAD DE DERECHO (2020): “La defensoría del pueblo: La entidad que podría sumarse por primera vez a la Constitución”. Disponible en línea: <<https://derecho.udp.cl/la-defensoria-del-pueblo-la-entidad-que-podria-sumarse-por-primera-vez-a-la-constitucion/>>.
- VALENCIA, Javier (2013): “Los obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la justicia ambiental”, en *Jurídicas*, vol. 10, N° 1.
- VARGAS, Macarena y LILLO, Ricardo (2017): “El derecho de acceso a la justicia civil en Chile”, en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales).

# ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

Informe elaborado por Constanza Gumucio,  
Nicole Mansuy, María Jose Kaffman y Trinidad Torres<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN: EL TERRITORIO DE CHILE

Chile es un país cuyas características geográficas contienen una gran diversidad de paisajes, ecosistemas y sistemas de vida. El país posee una extensión de 756.626 kilómetros, entre los 17° 30' y 56° 30' de latitud sur, considerándose un territorio tricontinental, por tener presencia además en Oceanía y en la Antártica. Se encuentra atravesado longitudinalmente por la cordillera de los Andes, por la cordillera en la Costa –que acompaña los más 6.000 kilómetros de costa– y por la depresión intermedia que se genera entre ambas cordilleras, que se caracteriza por sus valles<sup>2</sup>.

Estas características geográficas, sumadas a la posición de Chile frente al océano Pacífico<sup>3</sup> son una de las principales razones por las cuales existe una variedad climática y de paisajes en el territorio, destacando la existencia de glaciares milenarios, bosques, lagos, selvas, el desierto más árido del mundo, islas, fiordos y diversos volcanes repartidos a lo largo del territorio<sup>4</sup>.

En cuanto a la población, según el último censo, en Chile habitan 19.458.000 personas, de las cuales un 12,8 % declaró pertenecer a un pueblo originario<sup>5</sup>. Esta población se distribuye a lo largo del territorio en 16 regiones político-administrativamente establecidas, en 56 provincias y 346 comunas. Por primera vez, el año 2021, el Instituto Nacional de Estadísticas realizó estudios en relación con la distribución de la población según habitantes de zonas urbanas o rurales, contabilizando que, del total

- 
- 1 N. del E: El informe publicado ha sido actualizado por el editor, en función de los resultados del plebiscito de septiembre de 2022.
  - 2 MARCA CHILE (2015), *passim*; BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s.f.), *passim*.
  - 3 MINISTERIO DEL INTERIOR (s.f.), *passim*.
  - 4 MARCA CHILE (2015), *passim*.
  - 5 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2018), p. 16.

de comunas de Chile, un 11,4 % de la población habita en el área rural y un 88,6 % en áreas urbanas, proyectándose para 2035 un 10,9 % de población rural (2.306.146) y un 89,1 % de población urbana<sup>6</sup>. Particularmente, la Región Metropolitana es la que concentra una mayor cantidad de personas (40 % de la población nacional), aun cuando su superficie representa un 2 % del territorio nacional<sup>7</sup>.

A lo largo del desarrollo de la humanidad, la generación de asentamientos y la utilización de los bienes comunes naturales presentes en cada territorio provocaron la necesidad de ordenar los espacios, de manera de poder establecer reglas que permitiesen la armonía entre el desarrollo y la utilización de los bienes para satisfacer sus necesidades y aspiraciones individuales y colectivas. La humanidad, dada su naturaleza racional y organizacional, históricamente ha buscado establecer un orden temporal, espacial o social que sea concordante con su visión de desarrollo territorial<sup>8</sup>.

La ordenación del territorio es un proceso que ha existido a lo largo de toda la historia; sin embargo, en el siglo XX, aparece un concepto que engloba estos procesos y que es utilizado tanto para designar una política de los Estados como para llamar a los instrumentos de planificación de estos: el ordenamiento territorial (en adelante OT)<sup>9</sup>.

PEÑA *et al.* señalan que el ordenamiento territorial surge como teoría junto al proceso de industrialización, buscándose en aquella época planificar el espacio desde el desarrollo físico de este, atendiendo a la calidad de vida de los habitantes<sup>10</sup>.

Desde finales del siglo XX, la planificación comenzó a enfocarse en el uso del suelo y en su zonificación, incorporando para ello el uso de teorías y métodos científicos. Aquello generó un punto de inflexión en la materia, convirtiendo al ordenamiento territorial en una disciplina en sí misma. Finalmente, al desarrollo del ordenamiento territorial se suman los aportes de las ciencias sociales, a partir de los cuales se comienzan a considerar tam-

bién las opiniones de los actores involucrados en los distintos territorios, incorporando de esta manera la opinión pública en la de toma de decisiones sobre la ordenación del espacio<sup>11</sup>.

Una de las definiciones más utilizadas de ordenamiento territorial es la contenida en la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983, que lo define como “la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como una aproximación interdisciplinaria y global, tendiente a un desarrollo equilibrado de las regiones y a la organización física del espacio guiada por una concepción directriz”<sup>12</sup>.

La Carta agrega ciertos objetivos que serían fundamentales para el ordenamiento territorial, a saber: desarrollo socioeconómico equilibrado, calidad de vida, gestión responsable de recursos naturales, protección del medio ambiente y utilización racional del territorio.

Así, es posible identificar que en este proceso se conjugan elementos tanto de índole política como técnica, que buscan generar una armonía entre la sociedad, los bienes comunes presentes en el territorio y la utilización de estos para satisfacer necesidades de la población<sup>13</sup>. Además, tal como lo plantea ROBLEDO, cada vez es más frecuente ver cómo las distintas disciplinas plantean la necesidad de superar el estudio de los fenómenos y elementos propios de cada una de estas, para poder valorar otros factores que intervienen en dichos fenómenos<sup>14</sup>, siendo precisamente esto lo que ocurre con la configuración del concepto de ordenamiento territorial.

Es así como el ordenamiento territorial actualmente se ha transformado en un término polisémico<sup>15</sup>, cuya definición está ligada a las tradiciones, contextos jurídicos e institucionales y a los objetivos o alcances que se quieren perseguir. Así, el ordenamiento territorial puede ser entendido

6 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2021), *passim*.

7 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2019), p. 9; BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s.f.), *passim*.

8 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2015), p. 13.

9 SANABRIA (2014), p. 14.

10 PEÑA *et al.* (2019), p. 354.

11 SANABRIA (2014), p. 14; PEÑA *et al.* (2019), p. 354.

12 Carta Europea Ordenación del Territorio (1983). Disponible en línea: <<https://www.uco.es/~gt1tomam/master/ot/cartaeuropea1983.pdf>>.

13 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2015), p. 13.

14 ROBLEDO (2020), pp. 47-48.

15 SANABRIA (2014), p. 1.

finalmente como “el resultado de acciones humanas con el propósito de adaptar o adecuar el territorio, buscando con ello la resolución de sus múltiples necesidades”<sup>16</sup>. Es un proceso que, en definitiva, engloba todos los elementos y aristas mencionados hasta aquí, destacando entre sus fundamentos la protección del medio ambiente y el equilibrio o sustentabilidad en el uso de los bienes naturales.

En Chile, esta dimensión ambiental del ordenamiento territorial posee una relevancia particular, que radica de manera importante en que hay diversos conflictos ambientales donde es posible observar que parte del problema está basado en la falta de definiciones previas sobre el uso del territorio. La ausencia de planificación del espacio juega un rol fundamental, especialmente en los conflictos cuya causa inmediata es la instalación de nuevos proyectos de inversión en un determinado territorio no adecuadamente regulado.

Adicionalmente, podemos observar que casos como las zonas de sacrificio, los territorios donde los monocultivos afectan la disponibilidad de las aguas, la degradación que están sufriendo los ecosistemas por la urbanización desregulada o las pérdidas económicas y sociales que generan los desastres naturales, dan cuenta de las brechas que presenta un ordenamiento territorial que no aborda correctamente la dimensión ambiental.

En parte, por todo lo anterior, es que en el proceso de redacción de la propuesta de nueva Constitución de Chile se han abordado diversas materias vinculadas al ordenamiento territorial. Estas se encuentran específicamente orientadas a poner en relieve la dimensión ambiental para propender hacia una relación más armónica entre los territorios, los bienes comunes naturales presentes en él y los diversos grupos humanos.

En el presente informe se abordarán las principales propuestas contenidas en las iniciativas discutidas por la Convención Constitucional, así como las normas que finalmente quedaron plasmadas en la propuesta de nueva Constitución. Se analizará, asimismo, como es que estas normas permitirían avanzar en temas de ordenamiento territorial hacia un proceso que tenga por resultado una mayor y mejor protección del medio ambiente. Para estos efectos, se seleccionaron como temas a revisar: (i) el nuevo concepto de territorio; (ii) las normas que establecen la nueva forma del

Estado en regiones autónomas; (iii) la consideración de las cuencas en el ordenamiento territorial; (iv) la protección de los ecosistemas costero-marinos, y (v) el derecho a la ciudad.

## 2. LA DIMENSIÓN AMBIENTAL Y EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

La dimensión ambiental del ordenamiento territorial es un tema que está siendo abordado como una preocupación tanto internacional como a nivel nacional por los distintos Estados. En la esfera internacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha establecido directrices para la planificación urbana y territorial, con un enfoque en la protección del medio ambiente tanto para los gobiernos nacionales como locales de cada país.

Dichas directrices plantean que la planificación urbana y territorial debe ser un marco que permita “proteger y gestionar el entorno natural y construido de las ciudades y territorios, incluyendo su biodiversidad, suelo y recursos naturales, y para garantizar un desarrollo sostenible”<sup>17</sup>. Se menciona, asimismo, que ello debe contribuir a la resiliencia ambiental y socioeconómica, mejorando la mitigación y adaptación al cambio climático, como también la gestión de los peligros y riesgos naturales.

Luego, a nivel de normativas internas de los Estados, es posible encontrar experiencias comparadas donde se ha ligado la ordenación o planificación del territorio a la protección del medio ambiente<sup>18</sup>. Así, por ejemplo, en las constituciones políticas tanto en Europa (países como Suiza y Portugal)<sup>19</sup> como en América Latina y el Caribe (México, Bolivia y Venezuela)<sup>20</sup>.

16 MALLEA (2008), p. 58.

17 UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos) (2015), p. 20 [traducción propia].

18 Para mayor profundidad, ver HERVÉ (2021), *passim*.

19 En Europa, la Constitución de Suiza contiene una sección (4) titulada “Medio Ambiente y Ordenamiento del Territorio”, donde se establece, en primer lugar, la aspiración de “mantener un equilibrio duradero entre la naturaleza y su capacidad de renovación y su utilización por el ser humano” (artículo 73), para luego agregar la obligación de establecer principios que rijan la ordenación del territorio, teniendo por fin servir a la utilización proporcional y razonable del suelo y a una ocupación racional del territorio (artículo 75). En Portugal, se vincula la protección de la naturaleza con un correcto

En Chile, el ordenamiento se ha producido principalmente a través de los instrumentos de ordenamiento territorial<sup>21</sup>, entendiendo por estos “todas aquellas normas, planes o estrategias que condicionan y/o direccionan la acción de transformación de los agentes públicos y privados sobre el territorio”<sup>22</sup>, y que poseen cuatro niveles de acción: nacional, regional, intercomunal, comunal<sup>23</sup>.

PRECHT *et al.* categorizan los instrumentos de ordenamiento territorial señalando que estos pueden ser:

- 1) Estrictos, dentro de los cuales se encuentran, a su vez, los instrumentos de carácter normativo, que se deben cumplir obligatoriamente para realizar cualquier actividad, y los instrumentos indicativos, que solo entregan lineamientos, o
- 2) Zonificaciones sujetas a protecciones especiales, las cuales corresponden a un tipo de figura de protección que se materializa a través de instrumentos de ordenamiento territorial, bajo las cuales, si bien no se establecen usos específicos para el territorio, sí se entrega una función al territorio, que es la protección del patrimonio ambiental.

---

ordenamiento del territorio (artículo 9 letra e), y establece una relación entre el aseguramiento del derecho al medio ambiente y la ordenación del territorio (artículo 66).

- 20 México, si bien no se refiere expresamente a la ordenación del territorio, sí establece la obligación de dictar medidas para “ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población y para preservar y restaurar el equilibrio ecológico”, entre otras cosas (artículo 27). Por su parte, Bolivia establece como obligación del Estado fomentar planes de asentamientos humanos para “alcanzar una racional distribución demográfica y un mejor aprovechamiento de la tierra y los recursos naturales” (artículo 402 N° 1). Y, por último, Venezuela establece en su Constitución que “el Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana” (artículo 128).
- 21 Los instrumentos de ordenamiento territorial se encuentran establecidos en el Título II, “De la planificación urbana”, contenida en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, siendo desarrollados por la Ordenanza de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- 22 PRECHT *et al.* (2016), p. 14.
- 23 Ley General de Urbanismo y Construcciones, Título II, artículo 28.

Un ejemplo de instrumentos normativos son los planes reguladores comunales que pueden establecer áreas de protección de recursos de valor natural<sup>24</sup>, mientras que dentro de los instrumentos indicativos encontramos la planificación ecológica<sup>25</sup>, la Política Nacional de Ordenamiento Territorial (PNOT)<sup>26</sup> y la Política Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres<sup>27</sup>. Por su parte, algunos ejemplos de zonificaciones<sup>28</sup> son los parques nacionales, las zonas de interés turístico nacional o las zonificaciones de borde costero.

Finalmente, existen otras herramientas que han sido elaboradas para guiar la planificación territorial desde un punto de vista ambiental, como la “Guía de orientación para incorporar la dimensión ambiental en el proceso de ordenamiento territorial sustentable”<sup>29</sup>.

Cabe mencionar, de manera adicional, que la normativa ambiental chilena contiene un mecanismo llamado Evaluación Ambiental Estratégica, que tiene por objetivo la incorporación de consideraciones ambientales y participación ciudadana en la elaboración de OIT<sup>30</sup>.

Sin perjuicio de estos instrumentos, las múltiples transformaciones que ha sufrido el territorio (ciudades, actividades productivas, uso de bienes naturales), y que han repercutido en el medio ambiente, plantean la necesidad de seguir avanzando en nuevas formas de asegurar su protección y perdurabilidad en el tiempo para las generaciones futuras, propendiendo a que todos estos elementos presentes en él se armonicen y se mantengan en equilibrio con la realidad en que están insertos<sup>31</sup>.

---

24 SOTELO (2015), p. 106.

25 MMA-ONU MEDIO AMBIENTE (2020), *passim*.

26 Decreto N° 469, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2019), que aprueba Política Nacional de Ordenamiento Territorial. Disponible en línea: <<https://www.interior.gob.cl/transparencia/doc/ActosyDocumentosDiarioOficial/200/7962743.pdf>>.

27 Decreto N° 1512, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2019), que aprueba Política Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres. Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1100397>>.

28 PRECHT *et al.* (2016), p. 81.

29 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2015), p. 13.

30 PRECHT *et al.* (2016), p. 26.

31 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2015), p. 13.

Evidenciándose esta necesidad, en las secciones siguientes se revisarán las propuestas incorporadas en la propuesta de nueva Constitución que contienen conceptos e ideas clave que permitirían reforzar la dimensión ambiental del ordenamiento territorial chileno.

### 3. EL TERRITORIO COMPRENDIDO COMO UNA DIVERSIDAD GEOGRÁFICA, NATURAL, HISTÓRICA Y CULTURAL

La definición sobre qué entendemos por territorio es fundamental para su posterior ordenación, ya que la comprensión que tengamos de este repercute en la decisión sobre qué elementos son observados e incorporados en el proceso de ordenamiento, y cuál es el objetivo de este.

La relación de las personas con el territorio y los elementos presentes en este ha sido fundamental a lo largo de la historia. Tanto desde la dependencia de las sociedades cazadoras-recolectoras hasta los asentamientos humanos que luego generaron sistemas de agricultura, transformándose en las ciudades que se conocen hoy<sup>32</sup>. Asimismo, el territorio tuvo un papel decisivo también para las civilizaciones antiguas en la expansión del pensamiento y de su poderío, ya que las guerras se realizaban principalmente por el control del territorio<sup>33</sup>.

Mientras los territorios de cada grupo humano han sido fluidos a lo largo de la historia, la conceptualización y relación actual que poseen los Estados con el territorio es consecuencia de la firma de los tratados de Osnabrück y de Münster (1648) con los que se buscó poner fin a las guerras que se vivían en la Europa feudal. Estos tratados impusieron un nuevo paradigma de relación entre la sociedad y los territorios, puesto que en ellos se consagraron los principios de soberanía y de integridad territorial de los Estados. Estos principios significaron que, para que los Estados se reconocieran como tales, debían estar compuestos por tres elementos: territorio, población y soberanía<sup>34</sup>.

El territorio, entonces, como un elemento de los Estados-nación, comienza a considerarse desde el siglo XVII como “un espacio cerrado

dotado de soberanía dentro de unas fronteras nacionales controladas y protegidas de la agresión exterior por el Estado. Por eso las fronteras son concebidas también como líneas de fuerza, como los límites defensivos de la comunidad en su relación con otras comunidades”<sup>35</sup>.

Esta manera de entender el territorio es la que tradicionalmente ha sido considerada en Chile, a saber, como uno de los elementos que componen un Estado (junto con el elemento humano y el poder). Actualmente se define como “una porción de la superficie del planeta que pertenece y es administrada por un determinado Estado, es decir, donde ejerce su soberanía. La nación de un Estado requiere de un terreno para vivir, desplazarse, realizar actividades de desarrollo, etc. El territorio guarda riquezas relevantes para el desarrollo de la población que habita en él”<sup>36</sup>.

Según esta definición, el territorio dice relación con el espacio donde un Estado ejerce su soberanía y dominio. Es decir, se trata de una concepción político-administrativa del territorio mirado desde la regulación jurídica de este. El territorio así comprendido abarca un mínimo de tres dimensiones espaciales: la terrestre, marítima y aérea<sup>37</sup>. Lo importante de esta forma de ver el territorio, para efectos del ordenamiento territorial, es que genera que este sea visto como una herramienta para la ordenación de la autoridad y poder del Estado<sup>38</sup>.

Esta concepción del territorio comprendido únicamente como un elemento del Estado ha sido objeto de diversas críticas. Estas refieren a las limitaciones y anacronismos del concepto, al no considerar que dentro de un territorio existen diversas interacciones entre los fenómenos geográficos, los procesos sociales y los elementos culturales existentes en él<sup>39</sup>, lo que, a su vez, como se ha señalado, influye en proceso de ordenamiento territorial.

La necesidad de avanzar en la incorporación de estas otras dimensiones y dinámicas de este fue abordada en la discusión de la Convención Constitucional. En este esfuerzo, la mayoría de las iniciativas que busca-

32 GASTÓ *et al.* (2002), p. 28, en BELEMMÍ (2015), p. 7.

33 ROBLEDO (2020), p. 49.

34 ROBLEDO (2020), p. 50.

35 CAROU (2001), p. 35.

36 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s.f.).

37 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s.f.).

38 ROBLEDO (2020), p. 55.

39 ROBLEDO (2020), pp. 56-61.

ron ampliar el concepto de territorio y el reconocimiento de las dinámicas existentes en estos fueron presentadas por representantes de pueblos originarios, buscando el reconocimiento y protección por parte del Estado –en conformidad con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo– de su vínculo con los territorios que históricamente han habitado, bajo el entendido de que sus cosmovisiones y culturas se encuentran íntimamente ligado a este y a los bienes naturales presentes en ellos<sup>40</sup>.

Por otra parte, ante las consecuencias de la crisis ecológica y climática, se relevó la importancia de generar una nueva forma de relacionarse con los territorios, que permita superar la visión positivista de este donde solo se interpreta, describe y localiza sus características físicas, y que avance en reconocer la diversidad y complejidad de estos<sup>41</sup>.

La propuesta normativa que surge de las ideas anteriores, y que quedó contemplada en el artículo 3 de la propuesta de nueva Constitución, establece que Chile:

“Artículo 3

Chile, en su diversidad geográfica, natural, histórica y cultural, forma un territorio único e indivisible”<sup>42</sup>.

La redacción empleada sigue las discusiones que se han levantado en torno a la definición y comprensión del territorio. Profundizando el contenido de la norma, uno de los mayores aportes a la discusión sobre la construcción del territorio –que permitió entender la influencia que existe entre las distintas dinámicas que ocurren en este– estuvo dado por los postulados de Henri Lefebvre en 1970. Para él, la estrecha relación que existiría entre las nociones de tiempo y espacio permitiría dar cuenta de que existen espacios cargados de tiempo histórico. Ello, a su vez, tendría que ver con la forma en la que se construyen los significados en el territorio –de lo cual deriva la idea del espacio vivido– y también con el modo en que los territorios se van construyendo históricamente –de lo cual surge la noción de temporalidad–. Así, puede ocurrir que en un mismo espacio existan di-

versos territorios<sup>43</sup>, debiendo entenderse este más bien como un proceso que como un objeto<sup>44</sup>.

En esta línea, SOSA plantea que el territorio no debe ser entendido como una porción de tierra delimitada, sino que es un espacio construido social, económica, política y culturalmente, donde el componente biofísico del territorio no solo es cambiante por su propio carácter, sino también por la relación que el humano entabla con él<sup>45</sup>.

Analizando cada uno de estos elementos que plantea SOSA, en primer lugar, es necesario comprender que el componente biológico del territorio, junto con los elementos físicos, han ido moldeando el entorno<sup>46</sup> y generando condiciones que dotan de unicidad los espacios, produciendo hábitats adecuados para el desarrollo de una gran variedad de organismos biológicos<sup>47</sup>. Esta biodiversidad no solo impacta en la mantención y regulación de los procesos biogeoquímicos y climáticos<sup>48</sup>, sino también en los procesos de construcción de la cultura local, entendiéndose por cultura los procesos cognitivos de construcción de modelos locales de percepción de los seres vivos<sup>49</sup>.

Las comunidades humanas, como forzantes de cambio del territorio, intervienen e interactúan con los paisajes de acuerdo con sus propias construcciones culturales, apropiándose de su medio ambiente a través de la significación de su entorno y los fundamentos ontológicos que participan en su construcción del medio<sup>50</sup>. De esta manera, se desarrolla un lazo entre patrimonio cultural y biodiversidad local.

Así, entendiendo que existe un soporte donde se generan múltiples interacciones, y siguiendo los planteamientos de SOSA, en la construcción del territorio se podrían identificar otras cuatro dimensiones:

43 SALGADO y ALISTE (2015), p. 2.

44 Siguiendo a Stuart Elden que define el territorio como un proceso y a David Harvey que se refiere al “proceso territorial”, en HAESBAERT (2016), *passim*.

45 SOSA (2012), pp. 7-8.

46 TURNER y GARDNER (2001), *passim*.

47 ZAMORA *et al.* (2008), *passim*.

48 LATORRE *et al.* (2014), pp. 53-60.

49 GOODENOUGH (1964), *passim*.

50 GUTIÉRREZ (2011), pp. 325-329.

40 Iniciativa Popular Indígena N° 30, 46, 74, 93, 111, 170, 177, 181, 188, 201, 205, 208, 226, 228, 230, 257 y 268.

41 Iniciativa Convencional Constituyente N° 983.

42 Artículo 3, Capítulo I. Principios y Disposiciones Finales.

- 1) Una social, que dice relación con la organización, apropiación y construcción social de este que resulta de las dinámicas, relaciones, estructuraciones, desigualdades, inequidades y conflictos, donde finalmente los actores son productores del espacio y configuradores del territorio, y viceversa;
- 2) Una dimensión económica, que representa a las características, dinámicas o procesos económicos que son determinantes o estructuradores del territorio, y que se encuentran determinadas por las condiciones geofísicas del territorio y en los modos de producción;
- 3) Una dimensión política, que se refiere al ejercicio del poder que se ejerce en el territorio y que se traduce en dinámicas y procesos de posesión y control de este, difiriendo de la idea clásica de soberanía del Estado, y
- 4) Una dimensión cultural, que se refiere a la representación, organización y apropiación cultural y simbólica del territorio.

Por todo lo anterior, debemos comprender el territorio como “un complejo sistema de componentes y relaciones entre la naturaleza y la sociedad, cuyos elementos y objetos son difíciles de separar”<sup>51</sup>. Así, es necesario incluir la complejidad de los sistemas socioecológicos que ocurren en el territorio, para abordar no solo los procesos ecológicos, funciones y servicios ecosistémicos<sup>52</sup>, sino también para reconocer el arraigo, apego y sentimiento de pertenencia que se genera entre las comunidades y su entorno, siendo este un elemento fundamental en la definición y cohesión de la identidad personal y colectiva<sup>53</sup>.

Para comprender el territorio, entonces, según lo expuesto, es fundamental el reconocimiento de las interacciones que ocurren en el soporte biofísico, las historias y experiencias vividas en él, y los conocimientos y las formas de relacionarse con este, observando así los fenómenos sociales importantes que han ocurrido en los distintos espacios, que luego permitirían definir el territorio y su ordenación<sup>54</sup>. El ordenamiento territorial debe

incorporar las dinámicas sociales y culturales y los flujos de ecosistemas, entendiendo que estos no son sistemas estáticos ni divisibles según los límites administrativos definidos en el territorio nacional.

Considerando todo lo anterior, aparece que el modo de conceptualizar el territorio en la propuesta de nueva Constitución mejora las posibilidades de que se lleve a cabo un procedimiento de ordenamiento territorial y que ese proceso tenga un resultado que colabore en mejorar las condiciones de gobernanza y uso del suelo, en prevenir conflictos socioambientales y de avanzar en la protección de los ecosistemas, sus ciclos y sus flujos dinámicos.

#### 4. ESTADO REGIONAL Y DESCENTRALIZACIÓN<sup>55</sup>

Como se mencionó anteriormente, al transitar de un concepto meramente político-administrativo del territorio a uno que contempla los distintos procesos sociales, culturales, económicos, políticos y biofísicos que surgen de la interacción del ser humano con el espacio territorial, se comprende de mejor forma que existen múltiples territorios, con distintas particularidades. Frente a las distintas dinámicas y realidades que se dan en estos, es que se plantea necesario que su planificación y administración responda a dichas realidades particulares.

Siendo este el contexto, la descentralización de los Estados y el otorgamiento de mayores competencias a los gobiernos subnacionales aparece como una necesidad, entendiendo que una Administración descentralizada del Estado permite articular políticas que se enfoquen en un crecimiento equitativo de los distintos territorios y que fortalezcan los liderazgos locales, ya que estos son capaces de distinguir las prioridades y problemáticas particulares de cada territorio, en consideración de las diferencias que existen entre estos<sup>56</sup>.

El actual modelo de organización del territorio del Estado de Chile, donde el poder de decisión se encuentra centralizado, presenta diversos

51 ROMERO y VÁZQUEZ (2005), p. 91.

52 DÍAZ *et al.* (2010), pp. 279-329.

53 GIMÉNEZ (2005), pp. 8-24.

54 ROBLEDO (2020), pp. 65-67.

55 A pesar de que el concepto de descentralización se asocia a un Estado unitario y en la propuesta de la nueva Constitución se da paso a un Estado regional, el presente informe utiliza de todas formas dicho concepto, entendiéndolo de manera genérica como aquel proceso por el cual el poder deja de estar centralizado y da paso a una distribución más equitativa hacia las regiones.

56 ORELLANA *et al.* (2020), p. 33.

desafíos que requieren un abordaje sistémico e integral. El hecho de que las decisiones se tomen a nivel central genera inequidades en los territorios, algunas de las cuales están ligadas a problemáticas socioambientales, como lo son los casos ya señalados de las zonas de sacrificio o monocultivos que abarcan extensas franjas de este.

Tomando en cuenta lo anterior, aparece como una posible solución el entregar mayores competencias a los distintos niveles de gobierno subnacional, posibilitando que estos puedan decidir a partir de las actividades y dinámicas que ocurren en cada territorio. La demanda por esta asignación de mayores facultades a los gobiernos regionales es de larga data, pero los avances por lograr una mayor descentralización en Chile han sido lentos y los progresos no han sido considerados como sólidos. Un primer hito en la materia fue la dictación de la Ley N° 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional (LOGGAR), en 1992, mediante la cual se crearon los gobiernos regionales. Luego de dicha ley, y de otros intentos de modernización y democratización de los gobiernos regionales<sup>57</sup>, el avance más significativo hacia una descentralización se concretó en 2017 con una modificación constitucional (Ley N° 20.990) y la dictación de dos leyes (Ley N° 21.073 y N° 21.074). Estas normas dispusieron regulaciones acerca de la elección popular del gobernador regional, figura que anteriormente era un intendente elegido por el presidente. Según el mensaje de la Ley N° 20.990, esta reforma tuvo por objeto afrontar la necesidad del país de una “política consistente y multisectorial en materia de desarrollo de las regiones, que considere la especificidad de cada una, siendo necesario que las soluciones a los diversos problemas que existen en las quince regiones del país sean definidas con creciente participación de los niveles subnacionales”<sup>58</sup>.

Sin embargo, para BASSA, las modificaciones introducidas en la legislación y que pretenden descentralizar no son expresión de un diseño institucional destinado a buscar una solución efectiva a las causas que reivindican una mayor descentralización, en tanto no es parte de un discurso “construi-

do coherentemente por todos los actores sociales involucrados. Es decir, no se presenta un sistema alternativo a las actuales relaciones de poder, tan solo un pequeño puñado de reformas menores, en definitiva, funcional al *statu quo*<sup>59</sup>. Un planteamiento que recoja el fondo de la problemática debe considerar la construcción en conjunto por quienes se ven afectados por ella, con tal de que también puedan ser percibidos como justos por ellos y no solo por el centro de poder urbano. Así, el eje clave es la participación de la ciudadanía en las decisiones políticas que impliquen enfrentar las estructuras de poder centralizadas<sup>60</sup>.

En términos de avanzar en descentralización, la configuración del Estado y las competencias que se entregue a cada organismo para la planificación territorial deben estar orientadas a permitir la configuración de nuevas normas que regulen la manera en que el poder, político, económico, administrativo, entre otros, se distribuye territorialmente. Ambas aristas son indispensables para proyectar un crecimiento equitativo de las regiones y superar lógicas de desigualdad territorial que están asentadas en nuestra institucionalidad<sup>61</sup>.

En Chile, la forma de organización del Estado se encuentra en parte plasmada en la Constitución Política de 1980, la cual dispone, en su artículo 3°, que el Estado de Chile es unitario, y establece, además, que:

“La administración de este será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estados promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre regiones, provincias y comunas del territorio nacional”.

La actual Constitución entrega de esta manera al Estado la administración y ordenación del territorio. Dado su carácter de unitario, se ejerce el gobierno del territorio desde el poder ejecutivo central, siendo apoyado luego por otros organismos del Estado que intervienen en tres niveles administrativos: regional (Gobierno regional), provincial y local (municipios)<sup>62</sup>.

57 Ley N° 20.035, que introduce una serie de reformas a la LOGGAR; Ley N° 20.390, que introdujo una serie de reformas a la Constitución Política en materia de Gobierno y Descentralización, y Ley N° 20.678, de 2013, que estableció la elección directa de los consejeros regionales. DAZAROLA (2019), pp. 4-5.

58 Mensaje de la Ley N° 20.990, p. 4. Disponible en línea: <[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/6094/HLD\\_6094\\_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6094/HLD_6094_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf)>.

59 BASSA (2016), p. 80.

60 BASSA (2016), p. 81.

61 ORELLANA *et al.* (2020), p. 33.

62 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2015), p. 13.

En este punto, se torna relevante hacer una primera distinción. Según la norma, debe existir una descentralización del Estado, lo cual significa que se transfieren potestades, responsabilidades y recursos del poder central a los poderes locales (regionales), con capacidad de decisión relativamente autónoma, y posibilidad de imputación de responsabilidad política<sup>63</sup>. Algunos órganos descentralizados son, por ejemplo, la Corporación de Asistencia Judicial o las superintendencias. Sin embargo, la norma permite optar también por la desconcentración. Este concepto implica un menor nivel de descentralización en tanto las potestades, el poder de decisión y las responsabilidades del Estado se mantienen en el gobierno central. Esto significa, a su vez, el otorgamiento de funciones específicas y delimitadas a órganos que se encuentren funcional o territorialmente fuera del Estado central, pero que se mantiene ligado a él por medio de la imputación de responsabilidad<sup>64</sup>. Este es el caso de las secretarías regionales ministeriales.

A pesar del mandato constitucional orientado a la descentralización y las leyes que se han dictado en la materia, la realidad es que el nivel de descentralización del poder en Chile es sumamente deficiente. Un informe desarrollado por la OCDE en 2017 expone que Chile es uno de los países más centralizados y que menos PIB y gasto público adjudica a las administraciones regionales, en comparación con los otros países miembros<sup>65</sup>. Esto ha generado problemas como la excesiva centralización de la población, de los recursos y del poder en la Región Metropolitana: mientras que esta región representa el 2,1 % del territorio nacional, concentra 41 % de la población, 46 % del PIB y 41 % del empleo<sup>66</sup>.

El modelo de Estado de Chile, donde no hay una real descentralización del poder, ha tenido como consecuencia una profundización de la inequidad regional, la cual no solo se manifiesta en aspectos económicos. Entre los países miembros de la OCDE, Chile muestra una de las mayores inequidades regionales en otros aspectos, como satisfacción de vida, medio

ambiente, seguridad, empleo y educación<sup>67</sup>. Así, es posible identificar ciertas brechas y desafíos que dicen relación con el grado de centralización del país y con la poca incidencia de los gobiernos subnacionales y personas en la planificación de sus territorios.

Una primera brecha dice relación con la constatación de que, en los países latinoamericanos con modelos centralizados, el desarrollo socioeconómico no se da de manera igualitaria entre los distintos territorios subnacionales. Aquellos territorios que están en lugares alejados de las capitales o los más rezagados, dando indicios aquello de un modelo de desarrollo de centro/periferia en cada país, que genera trampas de pobreza en estos últimos<sup>68</sup>.

Luego, es posible observar que en Chile existen tanto conflictos propios de cada territorio —mineros en el norte, silvoagropecuarios en el sur—, como otros que son transversales. En ese sentido, GARTENLAUB y TELLO señalan que el hecho de que las políticas de desarrollo territorial estén estrechamente relacionadas tanto con el centralismo como con modelo económico neoliberal, provoca que la gobernanza ambiental esté en función de estas. Esto se refleja en la manera en que se insertan las industrias en los territorios locales, en cómo se realizan los estudios de impacto ambiental y en las propias políticas ambientales sectoriales, con el fin de potenciar un mercado desregulado que facilite las inversiones y la interrelación con la economía global en base al extractivismo<sup>69</sup>. Lo anterior deriva en que los conflictos socioambientales en Chile tengan una distribución espacial que se da en función de los recursos de las regiones y de las industrias que se insertan. La problemática surge toda vez que al insertarse las decisiones sobre qué actividades se realizan en los territorios, en un sistema de aprobación centralizado, no se toman en consideración debidamente las características propias de cada localidad, por lo que luego se torna complejo dar respuestas acordes a las exigencias y necesidades de cada lugar.

Los grandes proyectos cuentan, en última instancia, con la aprobación del Comité de Ministros, organismo político donde participan los ministros de Estado del gobierno de turno. Esto genera parcialidades en la aprobación de los proyectos en tanto deciden personas que no necesariamente

63 FERRADA (1999), pp. 115-123.

64 Ídem.

65 La estadística señala que Chile destina el 3 % del PIB y 13,1 % del gasto público a estas temáticas en comparación con el promedio OCDE, en que se destina 16,6 % del PIB y 40,2 % del gasto público. OCDE (2017), p. 43.

66 OCDE (2017), p. 43.

67 OCDE (2017), p. 44.

68 RIMISP (2012), p. 97.

69 GARTENLAUB y TELLO (2021), pp. 361 y ss.

tienen un conocimiento de la materia, ni de la realidad local donde se instalará el proyecto.

Sumado a ello, en la gran mayoría de los casos donde se propone el desarrollo de una nueva actividad en un territorio no existen mecanismos para involucrar a los actores sociales, lo que implica una mayor desconexión con la realidad local. Un ejemplo de aquello es el hecho de que 95 % de los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental lo hacen mediante una declaración de impacto ambiental, la cual no requiere de participación ciudadana obligatoria. Esto implica que en solo un 5 % de los casos existe un proceso de participación que de manera obligatoria involucre a la ciudadanía<sup>70</sup>. Esta forma de cultura política, en la cual no se integra a las comunidades locales, dificulta una participación efectiva de la ciudadanía en la prevención de los conflictos ambientales que se presentan en sus territorios<sup>71</sup>.

En base a este tipo de consideración, la propuesta constitucional desarrolló una serie de normas que buscan transitar desde el centralismo actual a un modelo que potencie la autonomía regional. Dicho modelo pretendió la planificación del territorio conforme a las particularidades de cada uno de estos, de manera de abordar las inequidades existentes y mejorar a su vez la protección de la naturaleza.

En el debate constituyente, numerosas iniciativas apuntaban principalmente a lograr una mayor descentralización política, administrativa y fiscal<sup>72</sup>. Existió una vinculación con temáticas ambientales, por un lado, en la consideración de que un Estado regional capaz de considerar la diversidad territorial, cultural, social y económica del país permite avanzar en un Estado social, ecológico y democrático<sup>73</sup>. Se sostuvo también que el centralismo tiene un alto impacto en la vida diaria de los ciudadanos, por los costos ambientales y las zonas de sacrificio que se generan como consecuencia de este, como también por la percepción de quienes habitan en regiones de que existe una captura de las riquezas de sus territorios a manos de entidades centralistas, mientras deben soportar los desastres que

las actividades extractivas provocan sobre esto. A esto se sumaría la carencia de poder decisorio y la falta de oportunidades culturales y de bienestar que los obligan a migrar de sus territorios<sup>74</sup>.

Se relevó también la importancia de promover la participación de las personas<sup>75</sup>, con especial consideración de los pueblos indígenas. Asimismo, de avanzar en autonomía para que los gobiernos subnacionales cuenten con mayores competencias para la realización de sus fines e intereses, y que estos promuevan el desarrollo armónico con la naturaleza en sus territorios<sup>76</sup>.

La propuesta de nueva Constitución contempló, finalmente, la creación de un Estado regional, junto con señalar que el Estado estará compuesto por entidades territoriales autónomas, manteniendo un territorio único e indivisible:

“Artículo 187.

1. El Estado se organiza territorialmente en entidades territoriales autónomas y territorios especiales.
2. Son entidades territoriales autónomas las comunas autónomas, regiones autónomas y autonomías territoriales indígenas. Están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses. Tienen personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y las potestades y competencias necesarias para gobernarse en atención al interés general de la república, de acuerdo con la Constitución y la ley, teniendo como límites los derechos humanos y de la naturaleza.
3. La creación, modificación, delimitación y supresión de las entidades territoriales deberá considerar criterios objetivos en función de antecedentes históricos, geográficos, sociales, culturales, ecosistémicos y económicos, garantizando la participación popular, democrática y vinculante de sus habitantes.
4. En ningún caso el ejercicio de la autonomía podrá atentar en contra del carácter único e indivisible del Estado de Chile ni permitirá la secesión territorial<sup>77</sup>.

70 SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2020), p. 7.

71 FUENZALIDA y QUIROZ (2012), p. 8.

72 Iniciativa Convencional Constituyente N° 99-3, 122-3, 120-3, 17-3, 384-3, 118-3 y 151-3.

73 Iniciativa Convencional Constituyente N° 120-3.

74 Ídem.

75 Iniciativa Convencional Constituyente N° 99-3 y 197-3.

76 Iniciativa Convencional Constituyente N° 99-3.

77 Artículo 187, Capítulo VI. Estado regional y organización territorial.

Por Estado regional se comprende generalmente una forma de organización del Estado intermedia entre el Estado Unitario y el Federal<sup>78</sup>. El primero implica la concentración de las funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial en órganos de Gobierno Central<sup>79</sup>; mientras que un Estado Federal se caracteriza por contar con varios centros de impulsión política, y de esa manera es que cada unidad territorial decide por sí dentro del ámbito de su competencia aspectos de alta relevancia, pudiendo darse incluso una constitución propia<sup>80</sup>.

Un Estado regional, entonces, implica un modelo que compatibiliza las ideas de unidad e integridad del país y de autonomía. Esto se lleva a cabo en tanto para todas las regiones rige la misma constitución, pero, a la vez, se otorga autonomía a las regiones descentralizando el poder en materia política, tributaria-económica, administrativa, jurídica, política, legislativa y reglamentaria<sup>81</sup>.

Para HABERLE, tanto el federalismo como el regionalismo se justifican en tanto buscan evitar el abuso del poder, sirven a la libertad cultural local, constituyendo un contrapeso a la globalización<sup>82</sup>. Por su parte, GONZÁLEZ plantea que el problema al que buscan dar respuesta los sistemas de organización del Estado federal o regional es el de establecer “una forma de división de los poderes permita tanto ser garantía y como cauce de la integración al pluralismo de la sociedad que se autoorganiza en Estado”<sup>83</sup>. Por último, CEA señala que la importancia de la regionalización reviste en que se fortalece la democracia y la transparencia en la toma de decisiones, así como la rendición de cuentas por parte de las autoridades de manera periódica e informada<sup>84</sup>. Este último aspecto es especialmente relevante en relación con la corrupción, la cual incide en una menor democracia y gobernabilidad y se encuentra ligada al poder monopólico para la toma de decisiones<sup>85</sup>.

78 CLEMENTE (s.f.), *passim*.

79 Ídem.

80 SOTO (2020), *passim*.

81 Iniciativa Convencional Constitucional N° 91-3.

82 HABERLE (2006), p. 10.

83 GONZÁLEZ (1995), p. 277.

84 CEA (2017), p. 237.

85 KLIITGARD (1988), p. 15.

La nueva propuesta constitucional también incluyó una mirada distinta sobre la temática ambiental, en la que la descentralización tiene un papel fundamental. Como se indica en la propuesta, tanto el Estado como sus entidades territoriales –regiones autónomas, las comunas autónomas, autonomías territoriales indígenas y territorios especiales– deberán “establecer una política permanente de equidad territorial, de desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza”<sup>86</sup>. Esto es de especial relevancia en consideración de que “el ordenamiento territorial tiene como uno de sus fines “contribuir a la protección del ser humano y del ambiente, debe permitir la autonomía local”<sup>87</sup>.

Cada región autónoma tendría competencias respecto de variadas aristas, entre ellas la conservación, preservación, protección y restauración de la naturaleza, del equilibrio ecológico y el uso racional del agua y los demás elementos naturales de su territorio; la regulación y administración de los bosques, las reservas y los parques, de las áreas silvestres protegidas y cualquier otro predio fiscal que se considere necesario para el cuidado de los servicios ecosistémicos que se otorgan a las comunidades, en el ámbito de sus competencias; la planificación, el ordenamiento territorial y el manejo integrado de cuencas y establecer una política permanente de desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza<sup>88</sup>.

Por otro lado, los gobiernos regionales también tendrían incidencia en materia ambiental, a través de su participación en los procesos de ordenamiento territorial, en los planes de manejo integrado de cuencas<sup>89</sup>.

Por su parte, la comuna autónoma tendría entre sus funciones: la protección de los ecosistemas comunales y los derechos de la naturaleza; ejercer las acciones pertinentes en resguardo de la naturaleza y sus derechos reconocidos por la Constitución y la ley; la ejecución de los mecanismos y acciones de protección ambiental en la forma que determine la Constitución, la ley, los instrumentos de gestión ambiental y normas afines; la conservación, custodia y resguardo de los patrimonios culturales y natura-

86 Artículo 192, Capítulo VI. Estado regional y organización territorial.

87 HERNÁNDEZ (2010), p. 99.

88 Artículo 219, Capítulo VI. Estado regional y organización territorial.

89 Artículo 223, Capítulo VI. Estado regional y organización territorial.

les; gestionar la reducción de riesgos frente a desastres y la obligación de garantizar la planificación del territorio de manera participativa<sup>90</sup>.

A modo de conclusión y en base a la argumentación aquí expuesta, es dable afirmar que propender hacia un Estado regional y la descentralización del poder conlleva a fortalecer la democracia y la transparencia, en tanto la toma de decisiones se realiza en un nivel más cercano a los gobernados. Se fomenta la diversidad local al no estar supeditada la forma de vida a decisiones tomadas desde un centro que desconoce las realidades que construyen dicha identidad.

## 5. MANEJO INTEGRADO DE CUENCAS HIDROGRÁFICAS

Como se señaló en el apartado anterior, en el debate constituyente se relevó la importancia de un manejo territorial que considere la cuenca hidrográfica como unidad de planificación por parte del Estado y las entidades territoriales. Lo anterior, entendiendo el contexto de crisis hídrica que existe a nivel nacional y su importancia en la captación y entrega del agua para las distintas necesidades tanto ecosistémicas y de biodiversidad como para las actividades humanas, ya sea de subsistencia o económicas.

Una cuenca hidrográfica “es la zona geográfica drenada por una corriente de agua”<sup>91</sup>. Así, conforman la cuenca tanto los cuerpos de agua, ya sea subterráneos a nivel de acuíferos o superficial a nivel de ríos, lagos, arroyos, humedales, nieve y glaciares, como los suelos, sean estos de cultivos, bosques, o ciudades, y el aire. En Chile existen 101 cuencas hidrográficas, y la mayoría de ellas va desde la cordillera al mar.

La cuenca es además el territorio en el que se llevan a cabo una serie de interacciones entre el medio biofísico, las instituciones (organizaciones sociales, cultura, leyes) y otros agentes como el mercado<sup>92</sup>. En otras palabras, estas zonas constituyen un área donde se interrelacionan activamente los componentes naturales y el sistema social, cultural y económico.

En este espacio geográfico es donde habitan las poblaciones, ya sean en grandes o bajas densidades, pues las cuencas resultan ser un lugar idóneo para el desarrollo de las civilizaciones, en tanto estas necesitan de agua para satisfacer sus actividades de subsistencia y economía<sup>93</sup>. Sumado a lo anterior, las cuencas entregan servicios de regulación de caudales, recarga de los acuíferos, reciclado de nutrientes, capacidad de dilución de cargas contaminantes, reducción del arrastre de sedimentos, control de inundaciones, mantención de los hábitats de especies<sup>94</sup>, además de la mantención de la diversidad biológica. Sin embargo, no todos sus servicios ecosistémicos están directamente relacionados con el agua y el uso de esta, también hay algunos denominados servicios culturales que están relacionados al uso recreativo de estas, la apreciación de la belleza escénica del paisaje y el patrimonio cultural asociado a la cuenca.

En Chile, la economía es altamente dependiente de la extracción o utilización de componentes naturales: minería, industria forestal, agrícola y ganadera, hidroeléctricas, acuicultura, son actividades relevantes para nuestra economía y que se disponen en relación con una cuenca en tanto requieren de agua para su funcionamiento. A ello se suma el desarrollo de infraestructuras para llevarlas a cabo como la construcción de vías de transporte, o bien el aumento de la densidad poblacional, y los cambios de uso de suelo<sup>95</sup>, entre otros. Estos usos productivos confluyen con otras actividades como las recreacionales, de turismo, de subsistencia o culturales-espirituales, generando una cierta competencia con los usos que se busca dar a los territorios.

Como consecuencia de las actividades que se desarrollan en algún punto de la cuenca, se pueden generar impactos y amenazas ambientales que no solo tendrán repercusiones en el espacio inmediato si no también aguas abajo<sup>96</sup>. Por ejemplo, el derrame de un relave minero en la parte alta de una cuenca podrá afectar los acuíferos cercanos, contaminando aguas superficiales y subterráneas, lo que afectaría aguas abajo todas las actividades que dependan del agua. Lo mismo puede decirse del agotamiento y deterioro de suelos y laderas, lo cual también afectará la disponibilidad de agua en el acuífero al disminuir la infiltración del agua lluvia.

90 Artículo 201, Capítulo VI. Estado regional y organización territorial.

91 FAO (2009), p. 3.

92 MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. GRUPO DE DIVULGACIÓN DE CONOCIMIENTO Y CULTURA AMBIENTAL-CENTRO DE DOCUMENTACIÓN (Colombia) (2014), pp. 11-12.

93 AGUIRRE (2011), pp. 9-20.

94 GARCÉS (2011), pp. 29-41.

95 AGUIRRE (2011), pp. 9-20.

96 DOUROJEANNI *et al.* (2002), p. 9.

En este respecto, DOUROJEANNI *et al.*<sup>97</sup> explican que los usuarios aguas abajo sufren de las decisiones poco eficientes o responsables de los usuarios aguas arriba, que cuentan con una ubicación privilegiada, y, por tanto, se limita un aprovechamiento económicamente óptimo, socialmente justo y ambientalmente sustentable. De acuerdo con los autores, se justificaría la intervención del Estado, lo cual también conlleva a considerar la cuenca como unidad adecuada para la gestión hídrica<sup>98</sup>. A su vez, argumentan que la cuenca es la unidad territorial adecuada para la gestión del agua, dado que son las “principales formas terrestres dentro del ciclo hidrológico que captan y concentran la oferta del agua que proviene de las precipitaciones”<sup>99</sup>.

En Chile, tanto la gestión de los asuntos ambientales y de aguas desde el Estado recae en numerosas instituciones sectoriales con competencias ambientales que se superponen y generan ineficiencia en la implementación de las políticas. Esto es recalcado tanto por el Banco Mundial<sup>100</sup> como por la OCDE<sup>101</sup>. Al respecto, OSSANDÓN considera que esta gestión compartimentada tiene como consecuencia ineficiencias relacionadas con la determinación de quién fiscaliza y sanciona, la duplicidad de funciones, ineficiencia en el uso de recursos económicos y ser potencialmente generadoras de daño ambiental<sup>102</sup>.

Sumado a ello, no existe una organización que planifique, regule, supervigile y coordine desde la unidad de la cuenca, y que abarque integralmente temas tales como la producción, distribución y regulación de aguas, la erosión, la sedimentación, la contaminación, la deforestación, los cambios de uso de suelo, entre otros. En cambio, existe una serie de entidades privadas con competencias en el tema hídrico, donde cada una vela por su propio interés y sin la interrelación mínima necesaria para que exista un uso óptimo del agua<sup>103</sup>.

97 DOUROJEANNI *et al.* (2002), *passim*.

98 DOUROJEANNI, *et al.* (2002), p. 9.

99 DOUROJEANNI *et al.* (2002), p. 8.

100 BANCO MUNDIAL (2013), p. 7.

101 OCDE (2011), *passim*.

102 OSSANDÓN (2012), p. 194.

103 VARGAS (2021), *passim*.

Estas entidades, que se denominan Organizaciones de Usuarios de Aguas (OUA), fueron creadas principalmente con el objetivo de gestionar el riego y sin contemplar la necesidad de coordinar todos los tipos de usos que se encuentran en una cuenca además del riego, “lo que impide prever, evitar y resolver conflictos dentro de la cuenca”<sup>104</sup>. Dicha cuestión genera impedimentos para proyectar funciones relacionadas a la planificación con enfoque integrado de cuenca y con la aplicación de criterios de conservación y preservación del recurso<sup>105</sup>. A esto se suma que el Código de Aguas, al regular las juntas de vigilancia, no obliga a que estas se organicen en torno a una cuenca, sino que permite una organización seccionada<sup>106</sup>, y se ha identificado que en los hechos esta es la práctica generalizada<sup>107</sup>.

Así las cosas, lo usual es que la gestión, además de ser parcelada en cuanto a la institucionalidad, también es fragmentada en cuanto a su objeto: tipos de uso, fuentes de captación y responsables del aprovechamiento son gestionados de manera separada, siendo que, como se mencionó anteriormente, el uso que se da aguas arriba repercute aguas abajo. Se gestiona un sistema interconectado de manera desconectada<sup>108</sup>, por lo que la integración también se refiere a este punto.

Frente a las problemáticas anteriormente mencionadas, y ante el conocimiento de que la capacidad de los elementos de una cuenca es finita<sup>109</sup>, se generó un debate en torno al manejo integrado de cuencas hidrográficas y el rol que estas poseen para el ordenamiento territorial en la Convención Constitucional. Esto se reflejó en una serie de iniciativas de normas<sup>110</sup>, las cuales propusieron, algunas con mayor profundidad que otras, a la cuenca hidrográfica como unidad geográfica desde la cual se debe pensar la gestión del territorio. Las proposiciones en general encontraron fundamento en las razones ya expuestas anteriormente en este apartado, haciendo énfasis

104 SALINAS y BECKER (2022), p. 30.

105 BANCO MUNDIAL (2011), p. 60.

106 Artículo 264 del Código de Aguas.

107 BANCO MUNDIAL (2011), p. 60.

108 DOUROJEANNI *et al.* (2002), p. 7.

109 PARRA (2009), p. 5.

110 Iniciativa Convencional Constituyente N° 692, 617 y 649.

fasis en que “nuestra nueva Carta Magna deberá establecer los estándares mínimos necesarios para un nuevo modelo de Gobernanza de las cuencas, que den cuenta de su extrema relevancia para la vida de nuestro planeta, y que permita superar el paradigma del agua como recurso natural”<sup>111</sup>.

Finalmente, la propuesta contempló una serie de artículos que incorporan a las cuencas en la Constitución. En primer lugar, destaca la norma del artículo 196, que considera a las cuencas como unidad de ordenación dentro de los deberes de planificación del Estado y de las entidades territoriales:

“Artículo 196.

1. El Estado, a través de la administración central, los gobiernos regionales y locales, tienen el deber de ordenar y planificar el territorio. Para esto, utilizarán unidades de ordenación que consideren las cuencas hidrográficas.
2. Este deber tendrá como fin asegurar una adecuada localización de los asentamientos y las actividades productivas, que permitan un manejo responsable de los ecosistemas y de las actividades humanas, con criterios de equidad y justicia territorial para el bienestar intergeneracional.
3. Los planes de ordenamiento y planificación ecológica del territorio priorizarán la protección de las partes altas de las cuencas, glaciares, zonas de recarga natural de acuíferos y ecosistemas. Estos podrán definir áreas de protección ambiental o cultural y crear zonas de amortiguamiento para estas. Asimismo, contemplarán los impactos que los usos de suelos causen en la disponibilidad y calidad de las aguas”<sup>112</sup>.

Para lograr lo anterior, la propuesta contempló normativa orientada a asegurar un proceso participativo y descentralizado de la gobernanza de las aguas a través del manejo integrado de cuencas, debiendo considerar la cuenca hidrográfica como la unidad mínima de gestión<sup>113</sup>. La propuesta de nueva Constitución estableció en su artículo 143 la creación de Consejos de Cuenca, los que estarán a cargo de la administración de las aguas, en coordinación con un organismo central denominado Agencia Nacional de las Aguas. Los Consejos de Cuencas deberían contar con miembros representativos las autoridades, la sociedad civil y las entidades territoriales

111 Iniciativa Convencional Constituyente N° 617, p. 7.

112 Artículo 196, Capítulo VI. Estado regional y organización territorial.

113 Artículo 143, Capítulo III. Naturaleza y medio ambiente.

con presencia en la respectiva cuenca, sin que ningún actor pueda tener el control del organismo<sup>114</sup>.

Luego, y ligado al tema del acápite anterior, incorporó dentro de las competencias de las regiones autónomas “[l]a planificación, ordenamiento territorial y manejo integrado de cuencas”<sup>115</sup>, y, del Gobierno Regional, “[p]reparar y presentar ante la Asamblea Regional el plan regional de ordenamiento territorial, los planes de desarrollo urbano de las áreas metropolitanas y los planes de manejo integrado de cuencas, en conformidad al Estatuto Regional y la ley”<sup>116</sup>.

De esta manera, la propuesta de Constitución vinculó directamente el ordenamiento territorial y el manejo integrado de estas, debiendo incluir las en este proceso como una unidad de ordenación y también como un lineamiento de los instrumentos de ordenamiento territorial que deberán incorporar criterios para su protección y funcionamiento.

Profundizando en el contenido de estas normas, el manejo integrado de cuencas se puede definir como la gestión participativa de los elementos naturales de una cuenca frente a las intervenciones antrópicas, buscando un uso sostenible y minimizar los impactos negativos sobre ellos<sup>117</sup>. El que la gestión sea integrada implica una institucionalidad que se encuentre coordinada y orientada a conciliar los diferentes intereses presentes en la cuenca.

Por otro lado, el concepto integrado puede hacer referencia a otras dualidades que se debe buscar conciliar. Por ejemplo, los distintos sectores de uso; el aprovechamiento por un lado y la protección por el otro; cantidad y calidad hídrica; la condición física-química y ecológica de un cuerpo de agua o una cuenca; la relación agua-suelo-vegetación; la consideración de aspectos técnicos, institucionales, sociales y culturales<sup>118</sup>.

El manejo o gestión integrada de cuencas se presenta como una herramienta sumamente útil que permitirá coordinar y conciliar los diferentes

114 Artículo 143, Capítulo III. Naturaleza y medio ambiente.

115 Artículo 219, Capítulo VI. Estado regional y organización territorial.

116 Artículo 223, Capítulo VI. Estado regional y organización territorial.

117 FERNANDES (2010) pp. 69-85; OSSANDÓN (2012), p. 197.

118 CTB/ENABEL (2019), p. 38.

usos existentes y permitir su conservación en el tiempo. Así, se podrá plasmar en la planificación la interdependencia que existe entre las actividades humanas y el ecosistema de la cuenca, además de las implicancias que generan las actividades aguas arriba para los territorios agua abajo y quienes los habitan<sup>119</sup>. Para OVALLES *et al.*, la importancia de organizar de esta manera el devenir de las cuencas radica en distintos ámbitos:

“[...] se orienta la actuación de los organismos del Estado y actores sociales claves, al tiempo que proporciona el conocimiento adecuado de las condiciones físico-naturales, los recursos y amenazas naturales; de las actividades socioeconómicas especialmente consideradas y la estructura política institucional para la planificación y gestión, junto con la visión a futuro, el diseño del conjunto de propuestas de acciones, programas y proyectos que serán objeto de la toma de decisiones. Es un instrumento de negociación y de orientación de la inversión pública y privada. La gestión del plan es estratégica por cuanto este proceso crea la viabilidad y sentido de pertenencia del proceso de ordenación del territorio”<sup>120</sup>.

La relevancia de generar políticas públicas del agua a nivel de cuenca hidrográfica es también reconocida por la OCDE, siendo esta una recomendación a los países miembros<sup>121</sup>, y los programas de manejo de cuencas han sido, desde 1990, uno de los campos de acción al cual el Banco Interamericano de Desarrollo otorga financiamiento<sup>122</sup>.

Desde la Academia se han realizado propuestas respecto de ciertos enfoques a considerar en la planificación del manejo integrado de cuencas. Por ejemplo, FERNANDES puntualiza sobre tres líneas: producción, preservación y recuperación; las cuales deben tender a un equilibrio y deben responder a las características fisiogeográficas y socioeconómicas del área en cuestión<sup>123</sup>. También se ha planteado la idea de integrar dentro del ámbito del concepto el uso de la tierra. Según SOUZA *et al.*, el manejo integrado de cuencas contempla “el conjunto de técnicas que se aplican para el análisis, protección, rehabilitación, conservación y uso de la tierra en las cuencas hidrográficas, con el fin de controlar y conservar el recurso agua prove-

niente de las mismas”<sup>124</sup>. Otros ejemplos de elementos a considerar son los riesgos de desastres naturales y climáticos, estándares de calidad de agua y mecanismos de control de la contaminación<sup>125</sup>, qué usos existen, cómo se proyectan en el tiempo de manera que puedan coexistir de manera sostenible y la planificación en caso de asignación de nuevos derechos.

Por otro lado, en la gestión integrada de cuencas se ha levantado la preocupación de que esta se realice con una perspectiva de género. Hombres y mujeres no viven de la misma manera los impactos sobre las aguas, ni tienen las mismas necesidades. Las mujeres, en tanto social y culturalmente se les ha asignado el rol de las labores domésticas, de subsistencia y de cuidado, cuentan con saberes esenciales sobre el uso y gestión del agua, y también con facultades relacionadas al suministro, la gestión y protección del agua<sup>126</sup>. Estas perspectivas particulares se invisibilizan de no contar con un enfoque de género en la política<sup>127</sup>.

Sumado a ello, el Consejo Mundial del Agua señala que las mujeres, además de ser los usuarios principales del agua doméstica, utilizan el agua en su papel fundamental de producción de alimentos, y que ellas, junto a los niños, son los más vulnerables al momento de desastres relacionados con este recurso<sup>128</sup>. Por su parte, la Unión Mundial por la Naturaleza reconoce que “la degradación de las cuencas hidrográficas afecta negativamente la salud, los ingresos y la carga de trabajo de las mujeres adultas y jóvenes, debido a que son más dependientes de los recursos forestales que se hallan en la propiedad común para sobrevivir y obtener ingresos económicos”<sup>129</sup>.

En Chile, la brecha que existe en torno a la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas es considerable. Un 17 % de los derechos corresponden a mujeres, un 40 % a hombres y un 42 % a personas jurídicas, las cuales, a su vez y en gran mayoría, también son encabezadas por hom-

119 Iniciativa Popular de Norma N° 53.886.

120 OVALLES *et al.* (2008), pp. 241-252.

121 OCDE (2016), p. 6.

122 BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (2012), *passim*.

123 FERNANDES (2010), p. 75.

124 SOUZA *et al.* (2012), p. 74.

125 Para más ejemplos de factores a considerar en la elaboración de este tipo de planes, ver en línea: <<https://www.iagua.es/blogs/axel-charles-dourojeanni-ricordi/significado-manejo-cuencas-america-latina>>; <<https://www.iagua.es/blogs/axel-charles-dourojeanni-ricordi/formulacion-y-ejecucion-plan-gestion-recursos-hidricos>>.

126 AGUIRRE (2011), *passim*.

127 CLEMENTE *et al.* (2015), p. 62.

128 CONSEJO MUNDIAL DEL AGUA (2000), p. 62.

129 UNIÓN MUNDIAL POR LA NATURALEZA (2014), p. 1.

bres: en el 62 % de los casos las personas encargadas de establecimientos con responsabilidades ambientales son hombres<sup>130</sup>. Así, el poder sobre el agua reside en la gran mayoría de los casos en los hombres, quedando las mujeres excluidas de este tipo de decisiones y su visión no es tomada en cuenta, lo cual las hace más vulnerables frente a los impactos que esas decisiones conllevan. Por estas consideraciones, se torna relevante la incorporación de variables que consideren la especial vulnerabilidad de este grupo, la cual se da por un menor poder de decisión, menor poder sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, y más responsabilidades de subsistencia que requieren de la disponibilidad y calidad del agua para llevarse a cabo.

Finalmente, cabe mencionar que, si bien el concepto de manejo integrado de cuencas parece novedoso, tanto a nivel internacional como en Chile hace ya varios años se está impulsando la gestión integrada. En efecto, en el país ha habido diversas iniciativas de estudios integrados del recurso hídrico por parte de la Dirección General de Aguas y la Comisión Nacional de Riego, buscando entender la dinámica hídrica a nivel de una cuenca completa, integrando los actores que representan la demanda con las instituciones que administran la oferta y avanzando en el tema del valor económico y social del agua.

En 2007, se creó una Estrategia Nacional de Manejo Integrado de Cuencas; sin embargo, la iniciativa no alcanzó a implementarse y fue cambiada en 2012 por la Estrategia Nacional de Recursos Hídricos<sup>131</sup>, y también el año 2013 se creó la “Guía de análisis y zonificación de cuencas hidrográficas para el ordenamiento territorial”, de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo<sup>132</sup>. Sin embargo, estas herramientas no han provocado grandes resultados<sup>133</sup>.

130 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2021), pp. 60 y ss.

131 En esta estrategia se destaca que, ante el escenario actual, es clave la Gestión Integrada de Recursos Hídricos y la gestión integral de cuencas, en el entendido de que cada cuenca es un territorio particular y único.

132 En esta guía se sostiene que las cuencas hidrográficas corresponden a uno de los componentes de análisis territorial a tener en consideración, otorgando lineamientos a seguir por las regiones a la hora de crear el Plan Regional de Ordenamiento Territorial. SUBSECRETARÍA DE DESARROLLO REGIONAL Y ADMINISTRATIVO (2013), *passim*.

133 Esta situación es reconocida por la Fundación Chile en su proyecto Escenarios Hídricos 2030, el cual desarrolló una propuesta institucional denominada “Gobernanza desde las cuencas: Institucionalidad para la seguridad hídrica en Chile”. El diagnóstico

Por otra parte, a nivel comparado, existen ejemplos de normas constitucionales y legales que incorporan el manejo integrado de cuencas. En primer lugar, Ecuador también considera el manejo por cuencas dentro de su Constitución. Se establece que el Estado “garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua” (artículo 411) y que se “se procurará el equilibrio interregional, la afinidad histórica y cultural, la complementariedad ecológica y el manejo integrado de cuencas” (artículo 244).

Por su parte, Uruguay establece en su Constitución que para las políticas nacionales del agua y las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos se establecerán las cuencas hidrográficas como unidades básicas (artículo 47, 1. b.) Por último, la Constitución de Bolivia considera que es deber del Estado desarrollar planes de uso, conservación, manejo y aprovechamiento sustentable de las cuencas hidrográficas, y establece la obligación estatal de regular el manejo y gestión sustentable de los recursos hídricos y de las cuencas para riego, seguridad alimentaria y servicios básicos, respetando los usos y costumbres de las comunidades (artículo 375).

A nivel legal, un ejemplo a nivel mundial de una gestión integrada de cuencas que obtuvo resultados satisfactorios es el caso de Canadá. En la década de 1980, tuvo que recurrir a medidas de gestión integrada de cuenca, debido a que se produjo una gran presión sistémica sobre los recursos hídricos, además de eventos de contaminación<sup>134</sup>. Las bases que implementaron para la Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas contemplaban:

- 1) Un plan de cuencas lo suficientemente completo para tomar en cuenta todos los usos del sistema de agua y otras actividades que afectan el flujo, caudal y la calidad del agua;

realizado plantea que las principales deficiencias en torno a la gestión de recursos hídricos a nivel de cuencas hidrográficas presentes en la actualidad son: (i) descoordinación entre las instituciones con atribuciones en la gestión del agua de la cuenca; (ii) limitada, fraccionada y contradictoria información sobre los recursos hídricos a nivel de cuenca, y (iii) marco normativo e institucional inadecuado para una gestión integrada del agua a nivel de cuenca.

134 VARGAS (2021), *passim*.

- 2) Información sobre el régimen hidrológico completo de la cuenca;
- 3) Un sistema analítico, o modelo, capaz de revelar la gama completa de impactos que serían producidos por usos y desarrollos particulares en la cuenca;
- 4) Objetivos de manejo específicos para la cuenca, con criterios para evaluar alternativas de manejo de manera objetiva e imparcial;
- 5) Participación de todos los servicios reguladores relevantes;
- 6) Disposiciones para la participación pública en la determinación de objetivos y en las decisiones de gestión.

Estas bases cumplieron su objetivo y Canadá logró desarrollar una gestión integrada de cuencas de manera exitosa.

A nivel latinoamericano, numerosos países han buscado incluir este enfoque en sus políticas. Es el caso de Perú, país pionero en Latinoamérica a la hora de integrar este enfoque en la política pública<sup>135</sup>; México, en donde la aplicación del enfoque se materializa mayormente en microcuencas, lo cual presenta ventajas como una mayor simplicidad de la administración, coordinación y participación de los actores, la identificación de la problemática y su monitoreo, entre otros<sup>136</sup>.

Por su parte, Ecuador, en su Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua<sup>137</sup>, asigna a la Autoridad Única del Agua la responsabilidad de la gestión integrada e integral de los recursos hídricos con un enfoque ecosistémico y por cuenca o sistemas de cuencas hidrográficas (artículo 8). Establece, dentro de los principios de gestión de los recursos hídricos, el que la cuenca hidrográfica constituye la unidad de planificación y gestión integrada de los recursos hídricos y que esta planificación deberá considerarse en los planes de ordenamiento territorial dentro de la cuenca hidrográfica (artículo 35).

135 DOUROJEANNI (2007), p. 157.

136 COTLER y PINEDA (2008), p. 20.

137 Registro Oficial N° 305, Suplemento 2, de 6 de agosto de 2014. Disponible en línea: <<http://www.regulacionagua.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/03/Ley-Org%C3%A1nica-de-Recursos-H%C3%ADricos-Usos-y-Aprovechamiento-del-Agua.pdf>>.

Bolivia cuenta con un Plan Nacional de Cuencas desde 2006, elaborándose en 2013 la segunda versión de este, contando con el marco normativo de la Constitución de 2009 y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, de 2012. Esta ley establece, dentro de las bases y orientaciones del vivir bien a través del desarrollo integral en agua, el mandato de regular y desarrollar planes interinstitucionales de conservación y manejo sustentable de las cuencas hidrográficas, “destinados a garantizar la soberanía con seguridad alimentaria y los servicios básicos y la conservación de los sistemas de vida, en el marco de las normas y procedimientos propios de los pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas, conforme a Ley” (artículo 27, 9.).

En Bolivia, la construcción de la política de gestión integral de agua y cuenca se concibe dando gran importancia a la experiencia local, al aprendizaje y la validación de instrumentos de implementación mediante proyectos piloto a nivel local<sup>138</sup>. Ha sido distintiva la creación de esta política a partir de la experiencia de los actores involucrados, sin señalar previamente un marco normativo e institucional en tanto esto podría haber quitado flexibilidad a la política, y fomentando el fortalecimiento de las capacidades de los actores locales, sobre todo los gobiernos municipales<sup>139</sup>. A su vez, ha sido fundamental la descentralización “para lograr el ordenamiento y aprovechamiento de dichos recursos, a través de un trabajo sincronizado entre el nivel nacional, subnacional y la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas”<sup>140</sup>.

Otro caso es el de Colombia, país que cuenta con un decreto por medio del cual se reglamentan los instrumentos para la planificación, ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos, y se dictan otras disposiciones<sup>141</sup>. En este, se definen los planes de ordenación y manejo de la Cuenca Hidrográfica como un “instrumento a través del cual se realiza

138 CTB/ENABEL (2019), p. 24.

139 CTB/ENABEL (2019), p. 26.

140 CTB/ENABEL (2019), p. 15.

141 Artículo 18 del Decreto N° 1640, de 2012, de Colombia. Disponible en línea: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49987#:~:text=Por%20medio%20del%20cual%20se,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.&text=CONSIDERANDO%3A,gozar%20de%20un%20ambiente%20sano>>.

la planeación del uso coordinado del suelo, de las aguas, de la flora y la fauna y el manejo de la cuenca entendido como la ejecución de obras y tratamientos, en la perspectiva de mantener el equilibrio entre el aprovechamiento social y económico de tales recursos y la conservación de la estructura fisicobiótica de la cuenca y particularmente del recurso hídrico” (artículo 18).

Además, establece directrices a tener en cuenta en la ordenación de cuencas: el carácter especial de las áreas y ecosistemas que se protegen especialmente por la legislación, prioridad para el consumo de agua para abastecimiento humano y para la producción de alimentos; la prevención y control de la degradación de los recursos hídricos; la oferta, la demanda actual y futura de los recursos naturales renovables, la definición de medidas de ahorro y uso eficiente del agua y el riesgo que pueda afectar las condiciones fisicobióticas y socioeconómicas en la cuenca, incluyendo condiciones de variabilidad climática y eventos hidrometeorológicos extremos (artículo 19).

El decreto estructura el proceso de creación del plan en fases: aprestamiento, diagnóstico, prospectiva y zonificación ambiental, formulación, ejecución, seguimiento y evaluación (artículo 26).

Para la coordinación de estos procesos también se establece la creación de Consejos de Cuenca –asociadas a una cuenca en ordenación–, y de mesas de trabajo –asociadas a microcuencas o acuíferos– (artículo 7). El decreto establece que la participación ciudadana se podrá dar durante todo el proceso de elaboración del plan, haciendo llegar observaciones y recomendaciones a los representantes en el Consejo de Cuencas (artículo 53).

A modo de conclusión, existe una íntima relación del manejo integrado de cuencas hidrográficas con el ordenamiento del territorio. Como se mencionó anteriormente, mediante el ordenamiento del territorio se debe buscar la gestión responsable de bienes naturales y del territorio como también la protección del medio ambiente. Esto, según se ha argumentado, es lo que se proyecta alcanzar mediante la consideración de las cuencas como unidad para administrar el territorio y a través del manejo integrado de estas, debiendo regularse, entre otros por instrumentos de ordenamiento territorial, de qué manera se hará uso de los bienes naturales asociados a la cuenca y establecer estándares para que esos usos permitan la sostenibilidad en el tiempo de dichos bienes.

## 6. INCORPORACIÓN DEL MARITORIO Y DE LOS ECOSISTEMAS MARINO-COSTEROS

Finalmente, la preocupación por la protección de los sistemas marino-costeros también surge como un punto relevante en relación con el ordenamiento territorial, dada la importancia que este posee para la salud de los océanos y porque su protección se directamente vinculada con la del resto de las cuencas del país.

Los océanos contienen el 97 % del agua del mundo y corresponde a  $\frac{3}{4}$  de la superficie terrestre<sup>142</sup>. Cumplen un rol fundamental para la vida por ser una fuente directa de alimentos y por su rol regulador del clima, lluvias, oxígeno, al ser parte del ciclo hidrológico. Este ciclo involucra todo el flujo del agua, partiendo por los glaciares, luego su transcurso por medio de los ríos –que dan sustento a la vida en su recorrido a partir de los sedimentos y nutrientes que arrastran–, hasta llegar a los océanos por medio de sus desembocaduras<sup>143</sup>.

A partir de estas interacciones que ocurren entre los mares y el espacio terrestre, es que surgen diversos ecosistemas marino-costeros, los cuales son de vital importancia, ya que sustentan una serie de actividades, proporcionando bienes para el bienestar y desarrollo económico y social<sup>144</sup>. A raíz de esto, históricamente la utilización de los bienes naturales que existen en las costas ha favorecido la concentración de población, generando asentamientos humanos para desarrollar actividades como la pesca, industria, turismo, transporte y comercio<sup>145</sup>.

A pesar de la importancia que los océanos tienen para el desarrollo de la vida, estos y los ecosistemas costero-marinos se encuentran en un estado crítico a raíz del cambio climático<sup>146</sup>, la contaminación, industrialización, el uso descontrolado del territorio, por la erosión de las costas<sup>147</sup>

142 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2021), p. 103.

143 CAMPOBLANCO y GOMERO (2000), pp. 57-63.

144 SOTO (2019), p. 286.

145 BARRAGÁN y DE ANDRÉS (2015), pp. 11-20.

146 PANEL INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (2019), *passim*.

147 RANGEL-BUITRAGO *et al.* (2019), p. 15.

y por la ausencia de planificación en torno a estos<sup>148</sup>. Existen ejemplos que dan cuenta de las presiones que sufren el océano y las costas: año a año se vierten miles de millones de metros cúbicos de aguas residuales al mar, siendo las termoeléctricas las fuentes que más emisiones de aceites y grasas, metales pesados, hidrocarburos, sulfatos y sulfuros generan<sup>149</sup>, que existe una sobreexplotación y/o agotamiento de los recursos hidrobiológicos por parte de la industria pesquera<sup>150</sup>, y que el borde costero también se encuentra contaminado con un 75 % de desechos que corresponden a plástico<sup>151</sup>.

Sumado a ello, la zona costera recibe cada vez más presiones a raíz del crecimiento demográfico y de la urbanización, siendo este uno de los procesos que mayor impacto genera en los sistemas naturales, dada la afectación que produce en la conservación de los espacios costeros frágiles como, por ejemplo, al construirse sobre humedales<sup>152</sup>. Esto es de suma importancia si se considera, por ejemplo, que los humedales costeros funcionan como barreras ante amenazas, como los tsunamis<sup>153</sup>, además de proveer de otros servicios de aprovisionamiento, regulación y soporte de ecosistemas o culturales. Otra cara de la expansión demográfica es la constitución de derechos de propiedad en estos espacios, lo que ha dificultado su protección y disfrute por parte de todas las personas, aun cuando las playas son consideradas bienes comunes por la regulación<sup>154</sup>. Esto también ha ocurrido por el otorgamiento de concesiones en el mar para fines económicos<sup>155</sup> que finalmente terminan por fragmentar los espacios y la protección de estos considerados como sistemas dinámicos.

SOTO sostiene que, en definitiva, dependiendo de la geografía, el nivel de desarrollo, recursos disponibles y la administración por parte de las au-

toridades, la zona costera presentará distintos niveles de riesgo, deterioro y vulnerabilidad ante actividades antrópicas y naturales que le puedan impactar<sup>156</sup>. Profundizando en una de estas aristas, la ausencia una regulación tanto de sus distintos elementos como del territorio que posea una visión integradora de estos sistemas y que comprenda la interdependencia de los elementos terrestres y marinos, ha permitido que exista diversa normativa sectorial, enfocada en los usos de estos espacios según los distintos intereses, provocando, a su vez, que existan muchos organismos con competencias en la regulación de estos.

El actual texto constitucional, de la Constitución de 1980, no realiza ninguna mención a los océanos, costas y los ecosistemas presentes en estos espacios. La regulación de estos espacios se ha dado principalmente a través de ciertos instrumentos de ordenamiento territorial como la Política Nacional de Ordenamiento Territorial, la Política Oceánica Nacional de Chile<sup>157</sup> y la Política Nacional Uso de Borde Costero (PNUBC)<sup>158</sup>. Esta última tiene especial importancia, ya que, en primer lugar, definió el borde costero del litoral como “aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playa fiscales, la playa, las bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República, conforma una unidad geográfica y física de especial importancia para el desarrollo integral y armónico del país”, siendo este el espacio que donde luego se aplican algunos instrumentos de planificación territorial (plan regional de desarrollo urbano, plan regulador intercomunal o metropolitano, plan regulador comunal)<sup>159</sup>. Esta política, en conjunto con otros cuerpos normativos, permitió, además, la transferencia de competencias a los gobiernos regionales, para que estos pudiesen avanzar en propuestas de zonificación, de evaluación de la política y de recomendaciones para el uso de los espacios costeros, principalmente a través de los planes regionales de ordenamiento territorial<sup>160</sup>.

148 SOTO (2019), p. 286.

149 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2021), p. 118.

150 SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA (2021), p. 4.

151 OCEANA (2020), *passim*.

152 MARTÍNEZ *et al.* (2019a), pp. 259-260.

153 WINCKLER *et al.* (2019), p. 71; CENTRO DE INVESTIGACIÓN PARA LA GESTIÓN INTEGRADA DEL RIESGO DE DESASTRES (s.f.), *passim*.

154 Para profundizar en la dicotomía que se ha generado entre el estatus de las playas y los derechos de propiedad, ver CAMUS e HIDALGO (2017), pp. 97-116.

155 TRECKLIN (2015), p. 3.

156 SOTO (2019), p. 286.

157 Decreto N° 74, de 2018, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que aprueba Política Oceánica Nacional de Chile.

158 Decreto N° 475, de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, que establece Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República, y crea Comisión Nacional que indica.

159 BELMAR (2014), p. 200.

160 PEÑA *et al.* (2019), *passim*.

A pesar de la existencia de estos instrumentos, aún existen desafíos para transitar desde una lógica de uso del borde costero a una que priorice su protección y que promueva una visión integrada de estos sistemas marino-costeros, plasmando aquello en las normas que guíen su regulación. MARTÍNEZ *et al.* sostienen que en Chile en la zona costera no se han implementado los lineamientos “debido a la escasa articulación con los instrumentos de Planificación Territorial y las limitaciones que involucra operar bajo el concepto de ‘borde costero’”<sup>161</sup>.

Sobre el primer punto, señalan que el principal instrumento utilizado para la planificación de estos espacios son las zonificaciones enmarcadas en la Política Nacional Uso de Borde Costero. Estas son definidas en el reglamento de concesiones marítimas como “el proceso de ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el borde costero del litoral, que tiene por objeto definir el territorio y establecer sus múltiples usos expresados en usos preferentes, y graficados en planos que identifiquen, entre otros aspectos, los límites de extensión, zonificación general y las condiciones y restricciones para su administración, en conformidad con lo dispuesto en el DS N° 475 de 14 de diciembre de 1994”<sup>162</sup>.

Sin embargo, las zonificaciones son de carácter indicativo, por lo que no existe una obligación de incluirlas en los instrumentos de planificación de territorio, como tampoco hay una metodología establecida para su generación. De tal manera, no hay uniformidad en la generación de estas, como tampoco se han establecido criterios que permitan considerar a la costa como un territorio singular en estos instrumentos. Los autores consideran que esta situación se debería, entre otras cosas, a lo restringido del concepto de borde costero, que delimitaría una superficie escasa a ser regulada<sup>163</sup>.

Durante el proceso de redacción de la propuesta de nueva Constitución, se revisó un conjunto de iniciativas que buscaban abordar los puntos hasta acá planteados. Se develó la importancia del mar, de las costas y de los ecosistemas ahí presentes para la cultura y la necesidad de protegerlos mediante el establecimiento de obligaciones directas para el Estado y de una ordenación y gestión integrada del territorio, basada en una comprensión más amplia de los espacios y de las dinámicas que ocurren en ellos.

161 MARTÍNEZ *et al.* (2019b), p. 9.

162 Reglamento de Concesiones Marítimas de la Armada de Chile (2006).

163 MARTÍNEZ *et al.* (2019b), p. 19.

Así, se discutieron iniciativas que buscaban reconocer la identidad marítima del país y la importancia que los ecosistemas costero-marinos representa para la economía, para el desarrollo de la vida, de las sociedades y de su cultura<sup>164</sup> y para la lucha contra la crisis climática<sup>165</sup>. Otras propuestas pusieron de manifiesto el vínculo que existe entre los pueblos indígenas, sus cosmovisiones y mar, promoviendo una mayor gobernanza y participación de estos pueblos en las decisiones con respecto a su uso, y estableciendo obligaciones de protección y de permitir el acceso a este y a las costas para la continuidad de sus economías, costumbres y prácticas ancestrales<sup>166</sup>.

También se discutieron propuestas en torno a reconocer las obligaciones y directrices que surgen de los instrumentos a los que Chile ha suscrito internacionalmente para la protección de los océanos, mares y ecosistemas, los cuales constituirían un fundamento para el establecimiento de obligaciones a nivel constitucional<sup>167</sup>. Finalmente, también se destacó la importancia que tiene el mar en términos estratégicos y económico-políticos<sup>168</sup> para el desarrollo del comercio y comunicaciones, así como el rol que poseen los puertos en este ámbito<sup>169</sup>.

De todas estas propuestas, se estableció finalmente, en la propuesta de nueva Constitución, una norma que permitiría avanzar en superar la visión restringida de borde costero, que ha derivado en una regulación poco integrada de la costa y el mar.

La norma señala que:

“Artículo 139

1. Chile es un país oceánico que reconoce la existencia del maritorio como una categoría jurídica que, al igual que el territorio, debe contar con regulación

164 Iniciativa Convencional Constituyente N° 647 y 710; Iniciativa Popular Indígena N° 151, 181, 165 y 228, y, en el mismo sentido, Iniciativa Convencional Constituyente N° 934 y 710.

165 Iniciativa Convencional Constituyente N° 647 y 710.

166 Iniciativa Popular Indígena N° 210, 181, 165 y 228, en el mismo sentido Iniciativa Convencional Constituyente N° 710.

167 Iniciativa Convencional Constituyente N° 799 y 934.

168 Iniciativa Convencional Constituyente N° 934

169 Iniciativa Convencional Constituyente N° 976.

normativa específica que incorpore sus características propias en los ámbitos social, cultural, medioambiental y económico.

2. Es deber del Estado la conservación, la preservación y el cuidado de los ecosistemas marinos y costeros continentales, insulares y antártico, propiciando las diversas vocaciones y usos asociados a ellos, y asegurando, en todo caso, su preservación, conservación y restauración ecológica.
3. Una ley establecerá la división administrativa del maritorio, su ordenación espacial, gestión integrada y los principios básicos que deberán informar los cuerpos legales que materialicen su institucionalización, mediante un trato diferenciado, autónomo y descentralizado, según corresponda, sobre la base de la equidad y justicia territorial”.

Esta norma reconoció por primera vez la importancia de los océanos y de su protección a nivel constitucional en Chile, cobrando relevancia para ello conceptos como ecosistemas marinos, marino-costeros, costeros-continentales, insulares y antárticos. Es en relación con estos que la propuesta de nueva Constitución entrega al Estado una labor de conservación, preservación, restauración y cuidado, buscando romper con el paradigma de regular estos espacios únicamente en torno a su uso, avanzando así en la protección de estos.

Analizando el contenido de la norma, en primer lugar, destaca la inclusión del concepto de maritorio como uno que amplía la comprensión de las dinámicas que ocurren entre el océano y el espacio terrestre. El maritorio es un concepto que no posee una única definición, pudiendo entenderse como la versión marítima del territorio que incluiría una mirada que reconoce su dimensión social, cultural, histórica y económica<sup>170</sup>, como también dinámicas e interacciones que existen entre los distintos componentes de estos espacios, dando cuenta de que hay sistemas costero-marinos que surgen como resultado de estas<sup>171</sup>.

En segundo lugar, se incorpora, también por primera vez, el concepto de espacios costero-marinos, los cuales son definidos por PARRA como “la combinación de componentes naturales y artificiales que surgen de la interacción de la litósfera, la atmósfera, la hidrósfera salada y continental, en permanente dinamismo por la acción natural y humana, que rige y condi-

170 ALCAÍNO (2022), (s.p.).

171 Iniciativa Convencional Constituyente N° 710.

ciona la existencia y desarrollo de la sustentación de la vida, en todas sus manifestaciones, y que se despliega próxima, relativa o en las costas marinas”<sup>172</sup>. Estos sistemas costero-marinos se componen de tres elementos: físico (marítimo, intermareal y costero-terrestre); ecológico (biodiversidad y ecosistemas); antrópico (dependencia de la humanidad a los espacios costero-marinos), siendo este entramado el que permite el equilibrio ecológico y el bienestar humano y el que, a la vez, los transforma en sistemas complejos y dinámicos tanto espacial como temporalmente<sup>173</sup>.

Por su parte, los ecosistemas costero-marinos son aquellos ubicados en la costa con una clara influencia marina, tales como estuarios, manglares, entre otros. Estos ecosistemas se ubican en la parte más baja de las cuencas fluviales, bahías, estuarios y lagunas costeras, zonas rocosas, playas, arrecifes, plataformas continentales y taludes, así como las zonas de afloramiento<sup>174</sup>.

Según la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (Millennium Ecosystem Assessment, MEA por sus siglas en inglés), los ecosistemas costeros son diversos, altamente productivos, ecológicamente importantes a escala global y muy valiosos por los servicios que brindan, por lo que no deben ser observados de manera independiente con el resto de los cursos de agua, puesto que los hábitats y los procesos ecológicos que ocurren dentro de ellos están altamente vinculados entre ellos, mediando el agua en muchos de estos vínculos<sup>175</sup>.

La elección de los conceptos hasta aquí señalados tiene por fin integrar los distintos elementos que componen estos sistemas, para que el ordenamiento jurídico no se restrinja solo a su regulación jurídico-administrativa. Por el contrario, busca observar a estos sistemas de una manera más amplia, que recoja la lógica de interfase e interdependencia que existe entre el medio marino y terrestre y que, por tanto, permita abarcar más ámbitos espaciales costero-marinos que al utilizar otros términos más restrictivos que generan una comprensión lineal de estos ecosistemas<sup>176</sup>. Esta amplitud

172 PARRA (2022), p. 21.

173 Ídem.

174 FAO (2019), *passim*.

175 DAYTON *et al.* (2010), pp. 513-549.

176 PARRA (2022), p. 57.

permitiría generar una mejor sinergia entre los instrumentos que regulan los espacios costero-marinos.

Sumado a todo lo anterior, la propuesta establece en su artículo 134 otra norma que también significa un avance en la protección de estos espacios, pero también en términos de permitir un mayor acceso y regulación a los espacios costero-marinos.

La norma establece que:

“Artículo 134

[...] Son bienes comunes naturales el mar territorial y su fondo marino; las playas; las aguas, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley.

Entre estos bienes son inapropiables el agua en todos sus estados, el aire, el mar territorial y las playas, los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes declaren como tales.

Tratándose de los bienes comunes naturales que sean inapropiables, el Estado debe preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Debe, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa [...].

El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad”.

Que el mar territorial y las playas sean bienes comunes inapropiables implica que el uso de estos bienes debe ser observando la conservación de ellos, su protección y el beneficio colectivo. Ante lo anterior, el Estado tendría deberes especiales, así como generar una administración que permita el involucramiento de las comunidades, participando en las decisiones que involucren estos bienes. Por su parte, para los particulares, esto significa observar los fines planteados y que las autorizaciones que les sean entregadas para su uso, acceso o aprovechamiento deberán sujetarse, adicionalmente, a restricciones que permitan dar cumplimiento a ciertos estándares de protección del medio ambiente. Estas nuevas obligaciones contribuyen a que exista una ordenación y regulación de estos espacios que tenga en

miras el bien común y protección de la naturaleza, avanzando en superar la brecha generada por la fragmentación que se ha ocasionado por la aplicación de títulos propiedad privada sobre estos espacios.

Dicho reconocimiento, en función a la historia y cultura chilena ligada a los océanos, el establecimiento de la obligación del Estado protección rompe con los paradigmas que hasta ahora han regulado estos espacios. Esto implicaría pasar desde un enfoque del mero uso a una toma de decisiones que considere las dinámicas que ocurren en ecosistemas costero-marinos para la protección de estos. La constitucionalización de estas normas permitiría, entonces, generar lineamientos que uniformen la creación e implementación de instrumentos de ordenamiento territorial, políticas y leyes al respecto, con la debida participación ciudadana, y que se correspondan con el carácter de bienes comunes de ciertos elementos de los sistemas costero-marinos.

La incorporación de conceptos más amplios y que reconozcan la singularidad de estos espacios, en términos de reconocer las interacciones que ocurren entre ellos, posibilita integrar la protección de los océanos con el resto de las cuencas del país, ya que la vitalidad de los océanos depende de lo que ocurra en todo el transcurso del agua, como parte de un ciclo<sup>177</sup>.

## 7. DERECHO A LA CIUDAD

Finalmente, en el debate constituyente, se abordó la importancia de asegurar el derecho a la ciudad, el cual considera la preocupación por la protección del medio ambiente bajo el entendido de que es una condición basal para el pleno goce de los derechos de las personas que habitan en las ciudades el que sean sustentables y que puedan participar de la producción de estas.

Actualmente, más de la mitad de la población mundial vive en ciudades, y se proyecta un aumento de dos tercios para 2030<sup>178</sup>. Por su parte, en Chile, cerca de un 88 % de la población vive en zonas urbanas. Estas cifras, en un contexto de crisis climática y ecológica, obliga a vincular,

177 Para este apartado se realizó una revisión comparada de constituciones a través del portal *constituteproject.org*, no encontrándose referencias a la protección del océano y los mares.

178 ONU HABITAT (2019), (s.p.).

entonces, las discusiones sobre el derecho a la ciudad, su planificación y el goce de los derechos humanos de quienes la habitan, entre ellos, a vivir en un medio ambiente sano.

Sobre la relación que existe entre la crisis climática y la ciudad, se ha identificado que hay ciertas consecuencias del cambio climático que afectarán particularmente a las ciudades a lo largo del mundo. Por ejemplo, se estima que la temperatura de las ciudades y de sus alrededores puede aumentar –generando un efecto denominado isla de calor–, como también que se podrían intensificar los episodios de lluvia extremos en la ciudad o intervenir en la dirección del viento de zonas urbanas<sup>179</sup>. Además, muchas de las ciudades están ubicadas cerca de la costa, existiendo una amenaza concreta para quienes habitan en las mismas, debido a las proyecciones sobre un aumento del nivel del mar<sup>180</sup>.

Sumado a aquello, estos fenómenos no solo afectarán particularmente a las ciudades, sino que impactarán de manera diferenciada a las personas que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad. Los grupos más vulnerables generalmente habitan en viviendas precarias, que están situadas en lugares que aumentan su condición de vulnerabilidad –en laderas de las montañas o terrenos inundables– o en urbanizaciones que no cuentan con infraestructura para la reducción de riesgos ante desastres<sup>181</sup>.

A raíz de este tipo de consideraciones, la ONU estableció como un Objetivo de Desarrollo Sostenible el alcanzar “Ciudades y comunidades sostenibles” (ODS N°11), identificando como metas de este objetivo: reducir las muertes y las pérdidas económicas provocadas por los desastres; reducir el impacto ambiental negativo per cápita de las ciudades (prestando especial atención a la calidad del aire y la gestión de los desechos municipales y de otro tipo); proporcionar acceso universal a zonas verdes y espacios públicos seguros, inclusivos y accesibles; aumentar las ciudades y los asentamientos humanos que adopten e implementen políticas y planes integrados para promover la inclusión, el uso eficiente de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación a él y la resiliencia ante los desastres, entre otras<sup>182</sup>.

179 PANEL INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (2020), p. 14.

180 ONU HABITAT (2019), (s.p.).

181 ONU HABITAT (2019), (s.p.).

182 NACIONES UNIDAS (2015), *passim*.

Ahora bien, el derecho a la ciudad en su génesis no ha estado vinculado particularmente con la necesidad de vivir en un ambiente sano (entendiendo por este a la ciudad donde habitan millones de personas), sino que, a través de él, se ha buscado que se entreguen espacios de participación y cuotas de poder a quienes habitan en las ciudades para que puedan participar de la producción de estas.

Un caso ejemplificador de la importancia que posee el que las personas participen de la producción de las ciudades es lo que ocurre en las llamadas zonas de sacrificio. Allí, la contaminación constante de los aires, suelos y aguas afectan directamente diversos derechos humanos de quienes habitan en aquellos territorios, entre ellos, su derecho a vivir en un medio ambiente sano, a la salud, vida y a la integridad psíquica, siendo por ello que se ha exigido por parte de quienes habitan en dichas ciudades que se les incluya en la toma de decisiones sobre lo que allí ocurre.

La planificación territorial urbana en Chile se realiza a través de los planes regionales de desarrollo urbano, del plan regulador intercomunal, plan regulador metropolitano, plan regulador comunal, plan seccional y límite urbano, los que se corresponden con los distintos niveles de planificación que existen. A nivel nacional, es el Ministerio de Vivienda y Urbanismo el que, a partir de su facultad para interpretar, modificar e impartir instrucciones, orienta el desarrollo urbano del país. Luego participan, según los distintos niveles, la Secretaría Ministerial de Vivienda y Urbanismo, los gobiernos regionales y las municipalidades<sup>183</sup>.

Estos instrumentos, y los instrumentos de ordenamiento territorial en general, son clave para establecer medidas que guíen el desarrollo armónico de las ciudades, donde confluyan el respeto por la naturaleza y el uso responsable de los bienes naturales presentes para dar satisfacción a las necesidades de las personas. Finalmente, la ciudad es el ambiente en el cual se desarrolla la vida de millones de personas, por lo que se requiere de instrumentos que consideren las dinámicas bajo las cuales se producen estos espacios actualmente, en un contexto de crisis climática y ecológica, de manera que de todas formas se generen las condiciones básicas para el desarrollo de las personas y para el ejercicio de sus derechos en la ciudad.

En este contexto, y en línea con las discusiones existentes a nivel internacional en relación al derecho a la ciudad y la planificación sustentable de

183 PRECHT *et al.* (2016), p. 30.

estas, en la Convención Constitucional se discutieron diversas iniciativas de normas, buscando reconocer esta asociación entre ciudad y ambiente, entendiendo que este derecho es una herramienta eficaz para que las personas puedan participar de las decisiones sobre el desarrollo de las ciudades.

Mediante distintas iniciativas populares se buscó reconocer el derecho a la vivienda digna y ecológica –incorporando en ello el desarrollo de los pueblos originarios<sup>184</sup>; el derecho a decidir sobre las ciudades y su desarrollo<sup>185</sup>; el reconocimiento de la función social y ecológica de los suelos<sup>186</sup>, el derecho a la ciudad sustentable<sup>187</sup> y que se incorpore una perspectiva de género en este contexto dados los impactos diferenciados que reciben las mujeres<sup>188</sup>.

El fundamento de estas iniciativas fueron principalmente el reconocimiento de las desigualdades y segregación existentes en la ciudad, de la precariedad de la construcción de las viviendas de quienes cuentan con menores recursos económicos, que los sitúa ante un mayor riesgo y desventaja, en la falta de infraestructura para asegurar el pleno goce de los derechos humanos vinculados a la ciudad<sup>189</sup>, y en la necesidad de asegurar la existencia de ciudades sostenibles que velen por la protección del medio ambiente<sup>190</sup>. Sumado a ello, se relevó la preocupación por la desconexión y desigualdades entre las áreas urbanas y rurales, en torno al equipamiento e infraestructura<sup>191</sup>.

Destaca especialmente la preocupación por incorporar la perspectiva de género en el derecho a la ciudad. Estudios demuestran que las mujeres<sup>192</sup> sufrirán los impactos del cambio climático y crisis ecológica de manera

184 Iniciativa Convencional Constituyente N° 395.

185 Iniciativa Convencional Constituyente N° 328 y 688.

186 Ídem.

187 Iniciativa Convencional Constituyente N° 740.

188 Iniciativa Convencional Constituyente N° 688.

189 Iniciativa Convencional Constituyente N° 395 y 328.

190 Iniciativa Convencional Constituyente N° 740.

191 Iniciativa Convencional Constituyente N° 395 y 740.

192 Aclaración: dado que aún la mayoría de los estudios relacionados al medio ambiente y temas de género se centra en las mujeres, se hace presente que los impactos diferenciados incluyen también la realidad de disidencias y otros cuerpos feminizados.

diferenciada, principalmente por el rol de cuidado que les es asignado y por estar a cargo de las labores reproductivas de los hogares.

De dichas iniciativas, fue incorporado en la propuesta de Constitución el derecho a la ciudad y al territorio en el artículo 52:

“Derecho a la ciudad y al territorio. Todas las personas tienen derecho a habitar, producir, gozar y participar en ciudades y asentamientos humanos libres de violencia y en condiciones apropiadas para una vida digna.

El derecho a la ciudad es un derecho colectivo orientado al bien común y se basa en el ejercicio pleno de los derechos humanos en el territorio, en su gestión democrática y en la función social y ecológica de la propiedad.

Es deber del Estado ordenar, planificar y gestionar los territorios, ciudades y asentamientos humanos; así como establecer reglas de uso y transformación del suelo, de acuerdo al interés general, la equidad territorial, sostenibilidad y accesibilidad universal.

El Estado garantizará la protección y acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos; movilidad segura y sustentable; conectividad y seguridad vial. Asimismo, promoverá la integración socioespacial y participará en la plusvalía que genere su acción urbanística o regulatoria.

El Estado garantiza la participación de la comunidad en los procesos de planificación territorial y políticas habitacionales. Asimismo, promueve y apoya la gestión comunitaria del hábitat<sup>193</sup>.

El derecho a la ciudad ha evolucionado desde su origen, presentándose en la actualidad tanto como una categoría analítica, de movilización política, como un debate público y como un principio normativo, siendo una categoría en disputa, que posee distintos significados según la esfera en la cual se aborde. Según CARRIÓN y DAMMERT-GUARDIA, de todas existe un punto en común entre los distintos marcos discursivos que desarrollan el derecho a la ciudad, y es que este siempre aparecería como “un intento por modificar las condiciones ‘actuales’ de producción de lo urbano, y generar condiciones que permitan un acceso equitativo y ‘justo’ sobre este proceso y los bienes valiosos que produce<sup>194</sup>. Así, resulta importante para estos efectos comprender cómo desarrollaron los procesos que derivan en esta idea y que luego la convierten en un marco normativo.

193 Artículo 52, Capítulo II. Derechos fundamentales y garantías.

194 CARRIÓN y DAMMERT-GUARDIA (2019), pp. 11-12.

Como se esbozó anteriormente, el derecho a la ciudad posee un desarrollo histórico ligado principalmente a reivindicaciones sociales surgidas en Europa. Estas fueron motivadas por las desigualdades en el acceso a servicios básicos y por la precariedad de las viviendas y de los asentamientos humanos donde se relegaba principalmente a los trabajadores de clases obreras en Europa<sup>195</sup>.

Sin perjuicio de ello, fue Henri Lefebvre, en la década de 1960, quien propuso el concepto para discutir el rol de lo urbano en la acumulación de capital, para luego convertirse en discurso amplio de distintos actores y organismos<sup>196</sup>. El filósofo, en su obra *Derecho a la ciudad*, señaló que existía una crisis de la ciudad (donde predominaba la dimensión funcional de las ciudades en desmedro de la dimensión social)<sup>197</sup> que amenazaba a la sociedad entera, anticipando que la urbanización ocurriría de una manera distinta a lo que había sido hasta su época, extendiéndose hacia el área rural de manera poco controlada, principalmente motivada por la producción. A raíz de lo anterior, Lefebvre propone el concepto de derecho a la ciudad como un derecho de acceder a mínimos indispensables para vivir en sociedad<sup>198</sup>.

A estos planteamientos, se suman distintos aportes desde la academia, cobrando especial relevancia los postulados del geógrafo David Harvey, que resignificaría las concepciones del derecho a la ciudad. Harvey señala que este no es un legado intelectual, sino que es resultado de acciones y movimientos colectivos que se han desarrollado a lo largo del mundo en los años recientes. Para el autor, el derecho a la ciudad en definitiva “es un derecho colectivo para configurar la ciudad de acuerdo a nuestras necesidades y deseos, más allá del acceso individual a los recursos que la ciudad almacena o protege”<sup>199</sup>.

195 BORJA (2019), p. 27.

196 Sobre este punto, los autores señalan que “Lefebvre anunciaba las condiciones dominantes de producción del espacio urbano, las cuales estaban vinculadas al modelo de acumulación capitalista. Así, señalaba que el espacio urbano era el resultado de la interacción asimétrica (en términos de relaciones de poder) del espacio concebido, practicado e imaginado”. CARRIÓN y DAMMERT-GUARDIA (2019), pp. 9-11.

197 ZICCARDI (2019), p. 70.

198 COSTES (2011), p. 2.

199 ZICCARDI (2019), p. 72.

Por su parte, Jordi BORJA sostiene la ciudad ha aparecido históricamente dentro del ámbito de la ciudadanía y de los derechos de las personas, ya que estos espacios eran y son finalmente donde se organiza la vida social y política<sup>200</sup>. De esta manera, comprende el derecho a la ciudad como aquel que “integra el conjunto de derechos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos que se ejercen, o se debería que así fuera, en el marco de la ciudad. Unos derechos que se ejercen tanto colectiva como individualmente en la ciudad y en parte dependen de las políticas públicas de los gobiernos locales”<sup>201</sup>. De esta manera, el derecho a la ciudad se vincula intrínsecamente con otros derechos que requieren de estos espacios para su desarrollo, como el derecho al medio ambiente sano.

La redacción del artículo contenido en la propuesta de nueva Constitución recogió las principales discusiones que se han dado en torno al derecho a la ciudad. Además de estar influenciadas por el debate académico, en la actualidad han sido desarrolladas por movimientos y organizaciones sociales, así como por organismos internacional, a raíz de su reconocimiento como principio normativo en distintos países del mundo<sup>202</sup>.

Así, destaca el trabajo realizado por la organización Habitat International Coalition<sup>203</sup>, que promovió, en conjunto con movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, académicos y redes de la sociedad civil a nivel nacional e internacional, la creación de la Carta Mundial de Derecho a la Ciudad –cuyo contenido se ve reflejado en la norma incorporada en la propuesta de Constitución–. En la Carta se aborda la arista ambiental del derecho a la ciudad, reconociendo en su preámbulo que los modelos de desarrollo de los países empobrecidos se caracterizan por la concentración de renta y de poder en ciertos sectores, generan pobreza y exclusión, y contribuyen también a la depredación del ambiente, a acelerar los procesos migratorios y de urbanización, a la segregación social y espacial y a la privatización de los bienes comunes y del espacio público, contribuyendo a la generación de áreas urbanas en condiciones de pobreza, precariedad y vulnerabilidad ante los riesgos naturales.

200 BORJA (2019), pp. 28-29.

201 Ídem.

202 CARRIÓN y DAMMERT-GUARDIA (2019), *passim*.

203 BORJA (2019), p. 30.

De esta manera, la Carta define el derecho a la ciudad como “el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado”.

La Carta aborda la idea de que este derecho es interdependiente con los otros derechos humanos civiles, políticos, económicos, culturales y ambientales, y reconoce que las ciudades y su entorno rural son el “espacio y lugar de ejercicio y cumplimiento de derechos colectivos”, por lo que se incluye dentro de esta garantía el “derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano, al disfrute y preservación de los recursos naturales, a la participación en la planificación y gestión urbana y a la herencia histórica y cultural”.

Además, contiene varios de los elementos que fueron incorporados en la norma constitucional citada, a saber: que el fin principal de la ciudad sea ejercer una función social, guiada por un criterio de sustentabilidad ecológica (entre otros), que garantice el bienestar de todos(as) los(as) habitantes, en armonía con la naturaleza, y de las futuras generaciones. Para ello se sujeta el uso de los espacios y bienes públicos y privados de la ciudad al interés social, cultural y ambiental, se busca establecer una protección especial para personas y grupos en situación de vulnerabilidad ante riesgos ambientales y migraciones forzadas, y la obligación de desarrollar una planificación, regulación y gestión urbano-ambiental que garantice el equilibrio entre el desarrollo urbano y la protección del patrimonio natural, cultural, entre otros. La carta termina por reconocer expresamente el vínculo entre el derecho a la ciudad y el derecho a un medio ambiente sano y sostenible (artículo XVI)<sup>204</sup>.

Como se señaló anteriormente, al desarrollo de este derecho se han sumado las definiciones que se han realizado por la inclusión de este como

204 “Artículo XVI. Derecho a un medio ambiente sano y sostenible. 1. Las ciudades deben adoptar medidas de prevención frente a la contaminación y ocupación desordenada del territorio y de las áreas de protección ambiental, incluyendo ahorro energético, gestión y reutilización de residuos, reciclaje, recuperación de vertientes, y ampliación y protección de los espacios verdes. 2. Las ciudades deben respetar el patrimonio natural, histórico, arquitectónico, cultural y artístico y promover la recuperación y revitalización de las áreas degradadas y de los equipamientos urbanos”.

un derecho en las constituciones de ciertos Estados, hechos que ocurren a raíz de demandas de movimientos sociales que exigieron su consagración en sus cartas fundamentales, respectivamente.

Así, el derecho a la ciudad es recogido en la Constitución Política de la Ciudad de México (2017), que incorpora el derecho a la ciudad, orientado por los principios de justicia social, democracia, participación, igualdad, sustentabilidad, de respeto a la diversidad cultural, a la naturaleza y al medio ambiente. Es definido como un derecho colectivo que garantiza el ejercicio de los derechos humanos, y que obliga a que, a través de los instrumentos de planeación, jurídicos, administrativos, financieros, fiscales y de participación ciudadana se hagan efectivas las funciones social, económica, cultural, territorial y ambiental de la ciudad (artículos 12 y 15)<sup>205</sup>. También se encuentra consagrado este derecho en la Constitución de Ecuador (2008), donde se reconoce el derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural, basando el ejercicio de este además en la gestión democrática y en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía (artículo 31).

A modo de conclusión, la crisis climática y ecológica y la creciente urbanización y población de las ciudades requiere observar el vínculo que existe entre las propias manifestaciones de la crisis y la realización de los derechos humanos de las personas y la protección del medio ambiente. Al ser la ciudad el espacio donde se desarrolla la vida de las personas, es necesario que cuente con las condiciones de sustentabilidad e infraestructura básica que permita a quienes habitan en ellas hacerlo en condiciones seguras, que permitan la protección del entorno en el cual se desenvuelven (el medio ambiente). La ciudad debe asegurar el goce de los derechos humanos que son interdependientes con el hecho de habitar en ella.

En este contexto, el OT cobra una relevancia fundamental, ya que es principalmente a través de estos instrumentos que se definen las vocaciones del territorio, el uso de los bienes naturales presentes en ellos y el cómo en definitiva se irán desarrollando estos espacios. En este proceso es fundamental también el rol que cumplen las personas al ser parte de

205 Constitución Política de la Ciudad de México (2017).

la producción de estos espacios, por lo que se debe comprender como un elemento esencial el que participen activamente de la toma de decisiones en torno a la planificación de sus territorios. El derecho a la ciudad desde su origen devela este último punto, por lo que deben existir instancias formales donde se les permita decidir sobre ellas.

## 8. CONCLUSIONES

El ordenamiento territorial es una herramienta clave para lograr una mayor armonía entre la protección de los bienes naturales presentes en el territorio y la utilización de estos para satisfacer las necesidades de la población, desafío que se vuelve crucial en el escenario de crisis climática y ecológica que vivimos.

En un proceso de ordenación del territorio que busque cristalizar lo anterior, es necesario que se tengan consideración tanto las particularidades físicas del territorio como las dinámicas sociales, culturales y económicas que se dan en él. Para ello, en este procedimiento se deben conjugar tanto aspectos técnicos como políticos, entendiendo que finalmente es de la interacción de los elementos naturales con la sociedad que los territorios se producen.

En Chile, la comprensión del territorio a nivel normativo ha sido únicamente desde una perspectiva político-administrativa, quedando en un segundo plano la consideración de las diferencias y complejidades existentes a lo largo de este. Como consecuencia de ello, los distintos instrumentos y mecanismos que han existido para la ordenación del territorio han seguido dicha lógica.

La propuesta de nueva Constitución rompió con dicho esquema a través del establecimiento de normas que, por primera vez, contemplan las dinámicas que ocurren en los territorios, incorporando para ello nuevos conceptos, mecanismos e instituciones que inciden en la manera en la que estos se ordenarán. En primer lugar, el territorio de Chile pasaba a ser comprendido en la propuesta como el espacio único e indivisible donde se conjugan elementos geográficos, naturales, históricos y culturales. Este era el punto de partida, para luego comprender que la ordenación de este debe incorporar los flujos y dinámicas que ocurren en él, superando así la visión estática y de deslindes que subyace en la actual regulación.

Luego, reconociendo las diferencias existentes entre territorios y que las decisiones que se tomen se deben corresponder con sus realidades y necesidades, la propuesta avanzó en la transferencia de poderes a los gobiernos locales, modificando la forma del Estado de uno unitario hacia un Estado regional. La norma establece nuevas entidades territoriales autónomas y mecanismos de participación directos para que las personas puedan decidir sobre sus territorios. Lo importante de esta nueva forma de Estado en materia ambiental es que las entidades autónomas deberían velar por el respeto de la naturaleza y del medio ambiente, lo cual se realiza a través de la ordenación del espacio y de la definición de prioridades en los territorios.

Un tercer punto a destacar, dado el contexto de escasez hídrica que vive el país y la importancia que posee el agua para toda forma y sistema de vida, es que la propuesta de nueva Constitución obligaba tanto al Estado central como a los gobiernos locales a ordenar y planificar el territorio, considerando a las cuencas como unidades de ordenación. Además, se estableció que se debía realizar una gobernanza integrada y participativa de estas, en la cual serían incorporados distintos organismos con competencia local. Esta nueva normativa es de suma importancia en consideración de que la protección de las cuencas es esencial para el desarrollo de las culturas y para la mantención de los ecosistemas.

En cuarto lugar, y vinculado con la protección integral de las cuencas, se identificaron distintas problemáticas asociadas a la degradación de las costas y mares de Chile, siendo parte del diagnóstico que esta situación se debe a la falta de instrumentos de planificación territorial que comprendan la complejidad de estos espacios y las dinámicas e interfases que ocurren en él. En este orden de ideas, la propuesta de nueva Constitución incorporó el concepto de maritorio y de ecosistemas costero-marinos, otorgándoles una especial protección y estableciendo para ello ciertos objetivos en torno al ordenamiento territorial. La norma señalaba un deber del Estado para establecer la ordenación espacial, gestión integrada y los principios básicos que deberán informar los cuerpos legales que materialicen su institucionalización. De esta manera, la propuesta de nueva Constitución abría una ventana para avanzar en la protección integral de estos espacios.

Finalmente, la propuesta incorporaba el derecho a la ciudad como un derecho fundamental, el cual permitiría adecuar la comprensión que poseemos de esta al contexto en el cual se produce actualmente. La ciudad

es el ambiente en el cual se desarrolla la vida de millones de personas y el espacio en el cual se ejercen, a su vez, los derechos políticos y sociales que derivan del hecho de vivir en ellas. Como tal, la ciudad, en un contexto de crisis climática y ecológica, debe, en primer lugar, contar con las condiciones mínimas para el desarrollo de la vida, obligando aquello a avanzar en la sustentabilidad de estas, de manera que las consecuencias negativas de esta crisis no impidan a las personas el goce de sus derechos.

Luego, es fundamental comprender que las personas son parte de la producción de las ciudades. Resulta de la esencia de este derecho el que se promueva y permita la participación de las personas en los espacios de poder y en la toma de decisiones, de manera que las definiciones anteriores se realicen de manera colectiva.

En síntesis, la propuesta de nueva Constitución incorporó nuevos conceptos, mecanismos e instituciones que permiten avanzar en la discusión sobre la protección del medio ambiente y de la naturaleza a través del ordenamiento territorial, superando los esquemas y fundamentos sobre los cuales se realiza la ordenación del espacio actualmente. Así, el establecimiento de estas normas aparece como una oportunidad para superar las brechas identificadas a lo largo de la revisión de las distintas propuestas.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, Mario (2011): “La cuenca hidrográfica en la gestión integrada de los recursos hídricos”, en *Revista Virtual Redesma*, vol. 5.

ALCAÍNO, Felipe (2022): “¿Qué es “maritorio” y por qué podría estar dentro de la Constitución?”, comentario en sección Noticias de radio *DUNA FM 89.7*, el 17 de enero de 2022. Disponible en línea: <<https://www.duna.cl/noticias/2022/01/17/que-es-maritorio-y-por-que-podria-estar-dentro-de-la-constitucion/>>.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (2012): *El reto del Manejo Integrado Análisis de la acción del BID en programas de manejo de cuencas 1989-2010*. Disponible en línea: <<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Nota-tem%C3%A1tica-El-reto-del-manejo-integrado-de-cuencas-hidrogr%C3%A1ficas;-An%C3%A1lisis-de-la-acci%C3%B3n-del-Banco-en-programas-de-manejo-de-cuencas-1989-2010.pdf>>.

BANCO MUNDIAL (2011): *Chile. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*. Disponible en línea: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/452181468216298391/pdf/633920ESW0SPAN01e0GRH0final0DR0REV-0doc.pdf>>.

——— (2013): *Chile. Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*. Disponible en línea: <<https://girhchoapa.cl/images/pdf/33.pdf>>.

BARRAGÁN, Juan Manuel y DE ANDRÉS, María (2015): “Analysis and trends of the world’s coastal cities and agglomerations”, en *Ocean & Coastal Management* N° 114.

BASSA, Jaime (2016): “Propuesta inicial sobre forma de Estado”, en SIERRA, Lucas (ed.), *Propuestas Constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile* (Santiago: Centro de Estudios Públicos).

BELEMMÍ, Victoria (2015): “El ordenamiento territorial como catalizador de conflictos territoriales”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

BELMAR, María Susana (2014): “Instrumentos de planificación del territorio y su aplicación en el borde costero”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 18.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s.f.): “Chile nuestro país”. Disponible en línea: <[https://www.bcn.cl/siit/nuestropais/index\\_html](https://www.bcn.cl/siit/nuestropais/index_html)>.

——— (s.f.): “Guía de Formación Cívica-El Estado”. Disponible en línea: <[https://www.bcn.cl/formacioncivica/detalle\\_guia?h=10221.3/45680](https://www.bcn.cl/formacioncivica/detalle_guia?h=10221.3/45680)>.

——— (s.f.): “Región Metropolitana de Santiago Chile Nuestro País”. Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/siit/nuestropais/region13>>.

BORJA, Jordi (2019): “Ciudadanía, derecho a la ciudad y clases sociales. O la democracia versus el derecho”, en CARRIÓN, Fernando y DAMMERT-GUARDIA, Manuel (eds.), *Derecho a la ciudad: una evocación de las transformaciones urbanas en América Latina* (Lima: CLACSO-Flacso / Ecuador: IFEA).

CAMPOBLANCO, Honorio y GOMERO, Julia (2000): “Importancia de los ríos en el entorno ambiental”, *Revista del Instituto de Investigación de la Facultad de Minas, Metalurgia y Ciencias Geográficas*, vol. 3, N° 5.

- CAMUS, Pablo e HIDALGO, Rodrigo (2017): “Y serán displayados. Recorrido histórico sobre los bienes comunes, pescadores artesanales y control legal del litoral en Chile”, en *Historia Crítica* N° 63.
- CAROU, Heriberto (2001): “Territorialidad y fronteras del estado-nación: las condiciones de la política en un mundo fragmentado”, en *Política y sociedad* N° 36.
- CARRIÓN, Fernando y DAMMERT-GUARDIA, Manuel (2019): *Derecho a la ciudad: una evocación de las transformaciones urbanas en América Latina* (Lima: CLACSO-Flacso / Ecuador: IFEA).
- CEA, José Luis *et al.* (2017): “Actual organización territorial del Estado: un modelo obsoleto”, en FUNDACIÓN CHILE DESCENTRALIZADO, DESARROLLADO, *Descentralización 2.0 Construyendo la gobernanza regional que Chile necesita: un desafío país* (Temuco: Ediciones Universidad de la Frontera). Disponible en línea: <<https://chiledescentralizado.cl/wp-content/uploads/2017/10/LIBRO-Descentralizacion-2.0-v.final-01.10.17.pdf>>.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN PARA LA GESTIÓN INTEGRADA DEL RIESGO DE DESASTRES (s.f.): “Destacan rol de humedales costeros en la mitigación de eventos naturales extremos y desastres”.
- CLEMENTE, Carlos (s.f.): “Algunas bases doctrinales para entender el ‘Estado Regional’”. Artículo de opinión en *Diario Constitucional.cl*. Disponible en línea: <[https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/algunas-bases-doctrinales-a-tener-en-cuenta-para-entender-el-estado-regional/#\\_ftn4](https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/algunas-bases-doctrinales-a-tener-en-cuenta-para-entender-el-estado-regional/#_ftn4)>.
- CLEMENTE, Lonies *et al.* (2015): “Gestión y usos del agua desde la perspectiva de la mujer. El caso del municipio de Tecoaapa”, en *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas* N° 1.
- CONSEJO DE EUROPA (1983): Carta Europea Ordenación del Territorio (1983). Disponible en línea: <<https://www.uco.es/~gt1tomam/master/ot/cartaeuropea1983.pdf>>.
- CONSEJO MUNDIAL DEL AGUA (2000): “Segundo Foro Mundial del Agua: Visión Mundial del Agua”. Disponible en línea: <[https://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/www/Library/Publications\\_and\\_reports/Visions/SpanishExSum.pdf](https://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/www/Library/Publications_and_reports/Visions/SpanishExSum.pdf)>.
- CORTÉS, Jorge *et al.* (2020): “Ecosistemas marino-costeros”, en MORENO, José Manuel *et al.* (eds.), *Adaptación frente a los riesgos del cambio climático en los países iberoamericanos - Informe RIOCCADAPT* (Madrid: McGraw-Hill).
- COSTES, Laurence (2011): “Del ‘derecho a la ciudad’ de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna”, en *Urban* N° 2.
- COTLER, Helena y PINEDA, Raúl (2008): “Manejo integral de cuencas en México ¿hacia dónde vamos?”, en *Boletín del Archivo Histórico del Agua*, vol. 13, N° 39. Disponible en línea: <<https://biblat.unam.mx/hevila/Boletindelarchivohistoricodelagua/2008/vol13/no39/2.pdf>>.
- CTB/ENABEL (2019): *Sincronías. La experiencia boliviana de la política pública de cuencas*. Disponible en línea: <[https://www.enabel.be/sites/default/files/sincronias\\_pnc.pdf](https://www.enabel.be/sites/default/files/sincronias_pnc.pdf)>.
- DAYTON, Paul *et al.* (2010): “Coastal Systems”, en HASSAN, Rashid *et al.* (eds.), *Ecosystems and Human Well-being: Current State and Trends* (Washington: IslandPress).
- DAZAROLA, Gabriela (2019): “Descentralización en Chile Avances y temas pendientes, Biblioteca del Congreso Nacional”. Asesoría Técnica Parlamentaria Biblioteca del Congreso Nacional, N° SUP: 121007. Disponible en línea: <[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27720/1/BCN\\_Estado\\_Descentralizacion\\_Chile\\_2019\\_def.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27720/1/BCN_Estado_Descentralizacion_Chile_2019_def.pdf)>.
- DÍAZ, Sandra *et al.* (2010): “Biodiversity regulation of ecosystem services. Trends and conditions”, en HASSAN, Rashid *et al.* (eds.), *Ecosystems and Human Well-being; Current State & Trends* (Washington: Island Press).
- DOUROJEANNI, Axel (2007): “Si sabemos tanto sobre qué hacer en materia de gestión integrada del agua y cuencas ¿por qué no lo podemos hacer?”, en COTLER, Helena (comp.), *El manejo integral de las cuencas en México*, 2ª edición (México D.F.: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales). Disponible en línea: <<https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2008/06/El-Manejo-Integral-de-Cuencas-en-Mexico-segunda-edici%C3%B3n.pdf>>.
- DOUROJEANNI, Axel *et al.* (2002): *Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica* (División de Recursos Naturales e Infraestructura,

- CEPAL). Disponible en línea: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6407/S028593\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6407/S028593_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.
- FAO (2009): *¿Por qué invertir en ordenación de las cuencas hidrográficas?* Disponible en línea: <<https://www.fao.org/3/a1295s/a1295s00.pdf>>.
- FERRADA, Juan Carlos (1999): “El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, en *Revista de Derecho*, vol. X.
- FERREIRO, Alejandro *et al.* (2019): “Proceso de descentralización en Chile. Diagnóstico y propuestas”. Estudio publicado por *Espacio Público*, diciembre 2019. Disponible en línea: <<https://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/05/Informe-Final-Descentralizacion-V4.pdf>>.
- FUENZALIDA, Manuel y QUIROZ, Rodolfo (2012): “La dimensión espacial de los conflictos ambientales en Chile”, en *Polis*, vol. 11, N° 31.
- GARCÉS, Juan (2011): “Paradigmas del conocimiento y sistemas de gestión de los recursos hídricos: La gestión integrada de cuencas hidrográficas”, en *Redesma*, vol. 5, N° 1.
- GARTENLAUB, Andrea y TELLO, Felipe (2021): *El Maule hoy: Perspectivas y aproximaciones socio-históricas, económicas y medioambientales del Valle Central* (Santiago: Ril Editores).
- GIMÉNEZ, Gilberto (2005): “Territorio e identidad. Breve introducción a la geografía cultural”, en *Trayectorias*, vol. VII, N° 17.
- GONZÁLEZ, José Juan (1995): “El Estado Federal asimétrico”, en *Anuario Jurídico de La Rioja* N° 1.
- GOODENOUGH, Ward (1964): *Exploitations in cultural anthropology* (Nueva York: McGraw-Hill).
- GUTIÉRREZ, Arturo (2011): “La dimensión más oscura de la existencia: Indagación en torno al Kieri de los Huicholes”, en *Revista del colegio de San Luis*, vol. 3, N° 5.
- HABERLE, Peter (2006): “El federalismo y el regionalismo. Una estructura modélica del Estado constitucional. Experiencias alemanas y proyectos. Memorándum para un proyecto español”, en *Revista española de derecho constitucional*, vol. 66, N° 77.
- HAESBAERT, Rogerio (2016): “Las trampas del territorio” (trad. profesor Roberto de Souza Rocha, con la autorización y revisión del autor), en SILVA, José *et al.* (eds.), *Território: modos de pensar e usar* (Río de Janeiro: Edições UFC).
- HERNÁNDEZ, Yolanda (2010): “El ordenamiento territorial y su construcción social en Colombia: ¿un instrumento para el desarrollo sostenible?”, *Cuadernos de Geografía, Revista Colombiana de Geografía* N° 19.
- HERVÉ, Dominique (2021): *Hacia una Constitución Ecológica. Herramientas comparadas para la consagración constitucional de la protección del medio ambiente*. Disponible en línea: <<https://www.fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2021/07/Informe-Constituciones-Comparadas-UDP-FIMA-OCEANA.pdf>>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2018): Síntesis de resultados Censo 2017. Disponible en línea: <<http://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>>.
- (2019): *Anuario de estadísticas vitales 2019*. Disponible en línea: <[https://www.ine.cl/docs/default-source/nacimientos-matrimonios-y-defunciones/publicaciones-y-anuarios/anuarios-de-estad%C3%ADsticas-vitales/anuario-de-estad%C3%ADsticas-vitales-2019.pdf?sfvrsn=97729b7b\\_5](https://www.ine.cl/docs/default-source/nacimientos-matrimonios-y-defunciones/publicaciones-y-anuarios/anuarios-de-estad%C3%ADsticas-vitales/anuario-de-estad%C3%ADsticas-vitales-2019.pdf?sfvrsn=97729b7b_5)>.
- (2021): Conozca cuales son las comunas 100% urbanas y 100% rurales del país. Disponible en línea: <[https://www.ine.cl/prensa/2021/09/13/conozca-cu%C3%A1les-son-las-comunas-100-urbanas-y-100-rurales-del-pa%C3%ADs#:~:text=Las%20comunas%20100%25%20rurales%20son,O'Higgins%20\(665\)%2C](https://www.ine.cl/prensa/2021/09/13/conozca-cu%C3%A1les-son-las-comunas-100-urbanas-y-100-rurales-del-pa%C3%ADs#:~:text=Las%20comunas%20100%25%20rurales%20son,O'Higgins%20(665)%2C)>.
- LATORRE, Cristian, *et al.* (2014): “Los servicios ambientales y la biodiversidad”, en *Investigación ambiental Ciencia y política pública*, vol. 6, N° 1.
- MALLEA, Isabel (2008): “Ordenamiento territorial y la dimensión ambiental de los instrumentos de planificación en Chile”, en *Revista CDE* N° 20.
- MARCA CHILE (2015): *Geografía Chile*. Disponible en línea: <<https://marcachile.cl/ciencia-conocimiento/geografia-en-chile/>>.
- MARTÍNEZ, Carolina *et al.* (2019a): “Antropización y pérdida de naturalidad en la zona costera: el caso del humedal Los Batros, San Pedro de

- la Paz, Concepción”, en MARTÍNEZ, Carolina *et al.* (eds.), *La zona costera en Chile: adaptación y planificación para la resiliencia* (Santiago: LOM Ediciones).
- (2019b): *Hacia una ley de costas en Chile: criterios y desafíos en un contexto de cambio climático*. Disponible en línea: <[https://www.cigiden.cl/wp-content/uploads/2019/10/PP\\_LeyBordeCostero\\_digital.pdf](https://www.cigiden.cl/wp-content/uploads/2019/10/PP_LeyBordeCostero_digital.pdf)>.
- MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. GRUPO DE DIVULGACIÓN DE CONOCIMIENTO Y CULTURA AMBIENTAL-CENTRO DE DOCUMENTACIÓN (Colombia) (2014): *Guía Técnica para la Formulación de los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas*. Disponible en línea: <[http://www.andi.com.co/Uploads/GUIA\\_DE\\_POMCAS.pdf](http://www.andi.com.co/Uploads/GUIA_DE_POMCAS.pdf)>.
- MINISTERIO DEL INTERIOR (s.f.): “Chile”. Disponible en línea: <[http://mininterior.gov.ar/municipios/gestion/nov\\_paises/CHILE.pdf](http://mininterior.gov.ar/municipios/gestion/nov_paises/CHILE.pdf)>.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2015): *Guía de orientación para incorporar la dimensión ambiental en el proceso de ordenamiento territorial sustentable*. Disponible en línea: <[https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/Guia-OTS-final\\_04-09-2015.pdf](https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/Guia-OTS-final_04-09-2015.pdf)>.
- (2021): *Sexto Reporte del Estado del Medio Ambiente*. Disponible en línea: <<https://sinia.mma.gob.cl/index.php/estado-del-medio-ambiente/>>.
- MMA-ONU MEDIO AMBIENTE (2020): *Planificación ecológica a escala local y regional: guía metodológica*. Encargado a: Dr. Alexis Vásquez, Dr. Emanuel Giannotti, Dr. Álvaro G. Gutiérrez, Dr. Ezio Costa, Elizabeth Galdámez, Ms. Ignacio Núñez, Camila Muñoz, Aaron Hebel, Macarena Martinic y Héctor Yáñez. Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad de Chile. Financiado en el marco del proyecto GEFSEC ID 5135. Ministerio del Medio Ambiente - ONU Medio Ambiente (Santiago de Chile).
- MOREIRA, Adalto *et al.* (2020): “Manejo integrado de cuencas hidrográficas: posibilidades y avances en los análisis de uso y cobertura de la tierra”, en *Revista Colombiana de Geografía*, vol. 29, N° 1.
- OCDE (2011): *Mejores políticas para el desarrollo: Perspectivas OCDE sobre Chile*. Disponible en línea: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264095755-es>>.
- (2016): *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Agua*. Disponible en línea: <<https://www.oecd.org/water/Recomendacion-del-Consejo-sobre-el-agua.pdf>>.
- (2017): *Making Decentralisation Work in Chile Towards Stronger Municipalities*. Disponible en línea: <[https://read.oecd-ilibrary.org/governance/making-decentralisation-work-in-chile\\_9789264279049-en#page44](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/making-decentralisation-work-in-chile_9789264279049-en#page44)>.
- OCEANA (2020): *Los plásticos que no queremos*. Disponible en línea: <<https://chile.oceana.org/blog/los-plasticos-que-no-queremos/#:~:text=Seg%C3%BAn%20n%C3%BAmeros%20entregados%20por%20la,de%20alimentos%20y%20tapas%20pl%C3%A1sticos>>.
- ONU HABITAT (2019): *Las ciudades, “causa y solución” del cambio climático*. Disponible en línea: <<https://onuhabitat.org.mx/index.php/las-ciudades-causa-y-solucion-del-cambio-climatico>>.
- ORELLANA, Arturo *et al.* (2020): “Ordenamiento territorial en Chile: nuevo escenario para la gobernanza regional”, en *Revista de Geografía Norte Grande* N° 77.
- OSSANDÓN, Jorge (2012): “El manejo integrado de cuencas como solución jurídico-territorial en la Administración Ambiental del Agua”, *Revista de Justicia Ambiental* N° 5.
- OVALLES, Yajaira *et al.* (2008): “Ordenación de cuencas hidrográficas. Un reto al conocimiento, la acción y la gestión”, en *Revista Forestal Venezolana*, vol. 52, N° 2.
- PANEL INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (2019): *El océano y la criosfera en un océano cambiante*. Disponible en línea: <[https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2020/07/SROCC\\_SPM\\_es.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2020/07/SROCC_SPM_es.pdf)>.
- (2020): *El cambio climático y la tierra*. Disponible en línea: <[https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2020/06/SRCCL\\_SPM\\_es.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2020/06/SRCCL_SPM_es.pdf)>.
- PARRA, Oscar (2009): *Gestión integrada de cuencas hidrográficas (documento introductorio)*. Centro de Ciencias Ambientales EULA-Chile. Disponible en línea: <<https://www.yumpu.com/es/document/read/30435389/cuencas-hidrografica-dr-parra-eula>>.

- PARRA, Rocío (2022). *La protección de los espacios costero-marítimos. Análisis críticos de técnicas jurídico-administrativas desde una perspectiva ambiental*. Tesis doctoral, Universidad de Alcalá y PUCV.
- PEÑA, Fernando *et al.* (2019): “Ordenamiento territorial en Chile: desafíos para incorporar la gestión integrada de zonas costeras”, en MARTÍNEZ, Carolina *et al.* (eds.), *La zona costera en Chile: adaptación y planificación para la resiliencia* (Santiago: LOM Ediciones).
- PRECHT, Alejandra *et al.* (2016): *El ordenamiento territorial en Chile* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).
- RANGEL-BUITRAGO, Nelson *et al.* (2019): “Caracterización del riesgo costero por eventos extremos de oleaje”, en MARTÍNEZ, Carolina *et al.* (eds.), *La zona costera en Chile: adaptación y planificación para la resiliencia* (Santiago: LOM Ediciones).
- RIMISP (2012): Pobreza y desigualdad. Informe Latinoamericano. Disponible en línea: <<https://informelatinoamericano.rimisp.org/wp-content/uploads/2018/02/1489673499Informe2011.pdf>>.
- ROBLEDO, Paula (2020): “¿Cómo entender el territorio? Sobre cómo ampliar el concepto”, en RINCÓN, Jorge y CABEZAS, Nicolás (eds.), *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano*. (Bogotá: Universidad de Externado).
- ROMERO, Hugo y VÁZQUEZ, Alexis (2005): “Pertinencia y significado del ordenamiento territorial en Chile”, en *Revista Urbano*, vol. 8, N° 11.
- SALGADO, Marcela y ALISTE, Enrique (2015): “Herramientas para aprehender el territorio”. Material del curso *Vulnerabilidades ante desastres socionaturales*, impartido en UAbierta, Universidad de Chile.
- SALINAS, Macarena y BECKER, Isaura (2022): *Guardianas del Agua. (In) seguridad hídrica en la vida cotidiana de las mujeres* (Santiago: Henrich Boll Stiftung).
- SANABRIA, Soledad (2014): “La ordenación del territorio: origen y significado Terra Nueva Etapa”, en *Revista Terra Nueva Etapa*, vol. XXX, N° 47.
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2020): Cuentas Públicas Participativas. Gestión 2019. Disponible en línea: <<https://sea.gob.cl/cuenta-publica-participativa-2020>>.
- SOSA, Mario (2012): *¿Qué entendemos por territorio?* (Guatemala: Cara Parens).
- SOTELO, Felipe (2015): “Cambio en la interpretación administrativa sobre las Áreas Protegidas para efectos del SEIA: El caso de las Áreas de Protección de Recursos de Valor Natural”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 5.
- SOTO, Eulogio (2019): “Servicios ecosistémicos afectados por desastres naturales en la costa y el mar”, en MARTÍNEZ, Carolina *et al.* (eds.), *La zona costera en Chile: adaptación y planificación para la resiliencia* (Santiago: LOM Ediciones).
- SOTO, Víctor (2020): “El debate sobre la forma del Estado chileno: alternativas en derecho comparado y revisión de propuestas constitucionales”, en *Serie Informes* N° 14-20, Biblioteca Nacional. Disponible en línea: <[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28572/1/N\\_14\\_20\\_Alternativas\\_al\\_estado\\_unitario.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28572/1/N_14_20_Alternativas_al_estado_unitario.pdf)>.
- SOUZA, Ana *et al.* (2012): “Gestão de recursos hídricos: o caso da bacia hidrográfica Apodi/Mossoró (RN)”, en *Irriga*, vol. 1, N° 1.
- SUBSECRETARÍA DE DESARROLLO REGIONAL Y ADMINISTRATIVO (2013): “Guía de análisis y zonificación de cuencas hidrográficas para el ordenamiento territorial”. Disponible en línea: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36817/S2014205\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36817/S2014205_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.
- SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA (2021): “Estado de situación de las principales pesquerías chilenas, año 2020”. Disponible en línea: <[https://www.subpesca.cl/portal/618/articles-110503\\_recurso\\_1.pdf](https://www.subpesca.cl/portal/618/articles-110503_recurso_1.pdf)>.
- TRECKLIN, David (2015): “La apropiación de la costa chilena: ecología política de los derechos privados en torno al mayor recurso público del país”, en BUSTOS, Beatriz *et al.* (2015), *Ecología política en Chile: Naturaleza, propiedad, conocimiento y poder* (Santiago: Editorial Universitaria).
- TURNER, Monica y GARDNER, Robert (2001): *Landscape ecology in theory and practice* (Springer: New York).
- UNIÓN MUNDIAL POR LA NATURALEZA (2014): *Manejo de Cuencas Hidrográficas: el género hace la diferencia*. Disponible en línea: <<https://>>

americatlatinagenera.org/wp-content/uploads/2014/07/doc\_625\_manejo\_cuencas\_UICN.pdf>.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (2015): *International Guidelines on Urban and Territorial Planning* (Nairobi: UN-Habitat). Disponible en línea: <[https://unhabitat.org/sites/default/files/download-manager-files/IG-UTP\\_English.pdf](https://unhabitat.org/sites/default/files/download-manager-files/IG-UTP_English.pdf)>.

VARGAS, Rodrigo (2021): Apuntes curso “La institucionalidad de las aguas y de las cuencas en Chile, en *Gestión Integral de Cuencas* (Universidad de Chile).

WINCKLER, Patricio *et al.* (2019): “Nuevas metodologías para el estudio de las marejadas en Chile”, en MARTÍNEZ, Hidalgo *et al.* (eds.), *La zona costera en Chile: adaptación y planificación para la resiliencia* (Santiago: LOM Ediciones).

ZAMORA, Regino *et al.* (2008): “Las interacciones planta-planta y planta-animal en el contexto de la sucesión ecológica”, en MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO Y ORGANISMO AUTÓNOMO PARQUES NACIONALES (eds.), *Ecología del bosque mediterráneo en un mundo cambiante* (Madrid: EGRAF S.A.).

ZICCARDI, Alicia (2019): “Las nuevas políticas urbanas y el derecho a la ciudad”, en CARRIÓN, Fernando y DAMMERT-GUARDIA, Manuel (2019): *Derecho a la ciudad: una evocación de las transformaciones urbanas en América Latina* (Lima: CLACSO, Flacso / Ecuador: IFEA).

## AGENCIAS REGULADORAS INDEPENDIENTES EN MATERIA AMBIENTAL Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE CHILE

Informe elaborado por Sofia Rivera Berkhoff  
y Ezio Costa Cordella<sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Es un punto común afirmar que la regulación es una herramienta del Estado para intervenir en sectores específicos, sobre todo en sectores en que, existiendo mercados, estos presentan fallas. Sin embargo, ese concepto más bien de la economía no alcanza a capturar la complejidad del fenómeno regulatorio.

En un sentido más amplio, la regulación es definida como el “control sostenido y focalizado, ejercido por una agencia pública sobre actividades que son valoradas por la comunidad”<sup>2</sup>. En esta segunda visión, la regulación por parte de agencias estatales se caracteriza por ser controlada por un superior (directiva), imperativa para los privados (de derecho público) y centralizada por el Estado<sup>3</sup>. El uso de la regulación como herramienta del Estado ha ido en aumento<sup>4</sup>, y justamente “el riesgo y la seguridad son comúnmente una de las principales causas del crecimiento en las regulaciones contemporáneas”<sup>5</sup>.

Como regulación de riesgos se entiende la “intervención estatal en el mercado u otros procesos sociales para controlar potenciales consecuen-

1 Agradecimientos a Ashley Walsh y Felipe Perillán Caviendes por su colaboración en la elaboración del presente informe.

2 SELZNICK (1985), p. 363. Citado en OGUS (2004), p. 1 [traducción propia]. Sin embargo, el autor enfatiza también esta porción de la definición para delimitar el concepto.

3 OGUS (2004), pp. 2 y 3 [traducción propia].

4 Por ejemplo, Pardow indica que en Chile hubo tres olas de reformas pro-regulación del Estado, altamente influenciadas por las posturas internacionales, y podríamos argumentar que hoy nos encontramos en una cuarta ola. PARDOW (2018), pp. 193-209.

5 HOOD (2004), p. 4 [traducción propia].

cias adversas a la salud”<sup>6</sup>. Complementándolo con la definición general de regulación que mencionamos, podríamos decir que esta forma de regulación de riesgos se amplía más allá de amenazas potenciales a la salud, para abarcar otros valores de la comunidad. Uno de esos valores es el medio ambiente, y es justamente uno de los valores en los que se ha analizado mayormente la regulación del riesgo desde fines del siglo pasado, en tanto “el riesgo tiene un significado diferente en el día a día de las personas al que tenía anteriormente. La actividad humana y la tecnología en la modernidad avanzada produce como efectos secundarios riesgos que necesitan una *expertise* especializada para evaluarlos y reconocerlos”<sup>7</sup>.

Y es que, justamente, el derecho del medio ambiente puede ser entendido en una de sus dimensiones como un derecho de regulación y gestión de riesgos<sup>8</sup>. En tal sentido, se encarga de establecer el procedimiento para la valoración del riesgo y posterior decisión sobre qué riesgos se admiten y cuáles se rechazan. En el caso de los riesgos admisibles, también se encarga de gestionarlos por medio de diferentes herramientas de control, seguimiento, etc.<sup>9</sup>.

Con todo, serán las agencias reguladoras ambientales las encargadas de llevar a la práctica estos objetivos del derecho ambiental, y dado el alto nivel de delegación que existe en la normativa legal en materia ambiental, la toma de decisiones administrativas requiere de organismos de alta capacidad técnica. Entenderemos, entonces, que las agencias reguladoras ambientales son, en parte, cuerpos estatales encargados específicamente de la regulación y gestión del riesgo en materia ambiental.

En esta dimensión, la problemática se presenta cuando se contraponen dos posibles formas de llevar a cabo la regulación del riesgo, que mediante la oposición de técnica y política escenifican posibilidades indeseables. Es lo que SUNSTEIN ha llamado la hiperpolitización y la tecnocracia<sup>10</sup>, dos

puntos que aparecen como extremos en un continuo que debe intentar balancearse. Con hiperpolitización nos referimos al fenómeno de captura de los entes reguladores por medio de fuerzas políticas que operan dentro de los gobiernos, lo cual se genera normalmente debido a una falta de independencia formal. Por otro lado, la tecnocracia en materia de regulación de riesgos lleva a generar decisiones alejadas de la realidad<sup>11</sup>, y, aún más, decisiones supuestamente objetivas que podrían ir incluso en contra de un valioso conocimiento local<sup>12</sup>.

Los entes reguladores en materia ambiental deben velar por la aplicación de la normativa y las políticas públicas, por lo que su actividad tiene un contenido político relevante, que no puede ser totalmente objetivado<sup>13</sup>, a riesgo de volverse ilegítimo. Sin embargo, a la vez esa aplicación se hace desde un conocimiento técnico específico, que tampoco puede ser obviado sin generar nuevos riesgos indeseados o complejizar las posibilidades de efectiva y eficiente aplicación de la normativa.

En nuestra realidad local, las críticas que se han hecho a la institucionalidad ambiental han venido desde ambas lógicas, pero aparece como un elemento especialmente importante la captura política de los organismos de la institucionalidad ambiental, desde un paradigma que es precursor de decisiones generalmente favorables a determinadas industrias. El caso más emblemático en este sentido quizá sea el del Servicio de Evaluación Ambiental (SEIA), que acumula críticas respecto a su falta de independencia. Se afirma así que el SEIA, administrado por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), contiene “enclaves que permiten a la autoridad política de turno mantener el control del proceso de evaluación y su decisión final”<sup>14</sup>. Las críticas también han alcanzado a la Superintendencia del Medio Am-

---

blemática de la legitimidad popular de las medidas tomadas por los entes reguladores; sin embargo, aquí nos enfocaremos más en la problemática referente a la captura por parte del gobierno de turno de dichos entes.

6 HOOD (2004), p. 3 [traducción propia].

7 Ídem.

8 Para un análisis más profundo al respecto, ver ROJAS (2019). En específico, el Capítulo V: “Sistematización y reconocimiento de los riesgos en la regulación ambiental”, pp. 95 y ss.

9 ROJAS (2019), p. 99.

10 SUNSTEIN (2006), pp. 88-89. El autor usa más bien la palabra populismo donde nosotras indicamos hiperpolitización, y esto pues el autor se enfoca mucho más en la pro-

11 SUNSTEIN (2006), p. 117.

12 FISCHER (2000), p. 28.

13 FISCHER (2000), pp. 12-15.

14 Propuestas de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto ambiental, p. 28. Dichos enclaves serían las comisiones de evaluación, comité de ministros y los Órganos de Evaluación con Competencia Ambiental (OECA).

biente (SMA), en que la captura política se ha producido mediante otro mecanismo, que es el del recorte presupuestario<sup>15</sup>.

Esta vulnerabilidad ante las presiones políticas a las que están sometidos los organismos deriva en el indeseado resultado de que las decisiones ambientales que se tomen no sean realmente adecuadas para la protección del medio ambiente ni exista un efectivo cumplimiento de la normativa ambiental.

Ello puede ser ilustrado por medio del estudio de la problemática de la participación ciudadana en materia ambiental, especialmente en los casos de evaluación de impactos ambientales por parte del Servicio de Evaluación Ambiental. En efecto, a pesar de que el mandato de la Ley N° 19.300 parece ser bastante claro en obligar al Servicio a considerar debidamente las observaciones ciudadanas en el proceso, lo cual implicaría un análisis detenido buscando incorporarlas, el Servicio de Evaluación Ambiental lo ha entendido y aplicado de forma distinta, interpretando dicho mandato como una simple obligación de dar respuesta a las observaciones, en situaciones simplemente transcribiéndolas, sin sopesarlas dentro de su decisión<sup>16</sup>. Peor aún, en los casos de declaraciones de impacto ambiental y a pesar de que la Corte Suprema ha resuelto consistentemente que ello resulta ilegal, el Servicio ha mantenido una posición en que las solicitudes de participación son negadas sin causa legal<sup>17</sup>.

Si bien no hay ningún diseño institucional perfecto, pareciera que el adecuado balance entre precursores técnicos y democráticos para la toma de decisiones podría posicionarnos de mejor manera para hacer frente a los desafíos que las instituciones ambientales tienen. Seguir en cierto sentido el instinto reflexivo de ARENDT, en términos de no convertirnos en “monos supercivilizados”, ni tampoco ser dominados por una élite aconsejada por “sabios auxiliares intelectuales”<sup>18</sup>, sino más bien regular por medio de organismos que basen sus decisiones en los consejos de dichos sabios —el carácter técnico-científico—, pero que sean controlados por medio de meca-

nismos democráticos, donde los y las ciudadanas puedan expresar sus inquietudes y preferencias, aun sin tener un conocimiento técnico profundo.

Encontrándonos actualmente en un proceso de reforma institucional a propósito de la nueva Constitución, es de especial relevancia plantearnos la posibilidad de lograr una solución institucional a largo plazo de los problemas que tienen nuestros actuales entes regulatorios en materia ambiental. Como afirmaremos, dicha solución pasa por establecer agencias reguladoras independientes, la cual puede incorporarse directamente en la Constitución, o bien ser el resultado de las subsiguientes reformas institucionales que se lleven a cabo para cumplir con los mandatos constitucionales.

Para esta propuesta, iniciaremos con un estudio teórico sobre qué son las agencias reguladoras independientes y cuáles son los argumentos que las impulsan, centrándonos fundamentalmente en la justificación de su independencia. Luego analizaremos el caso chileno, describiendo cómo se han configurado estas agencias en el contexto nacional. Finalizaremos este primer análisis estudiando las formas en que estas agencias se podrían materializar en la regulación ambiental, y afirmaremos que su independencia va de la mano con principios ambientales y las garantías fundamentales en la materia.

En una segunda parte, se estudiará cómo se han establecido estas agencias en el derecho comparado, sus atribuciones, sus formas de garantizar la independencia en ellas, y qué mecanismos democráticos podrían verse vinculados, para hacer contrapeso a la tecnificación. Concluiremos con una propuesta sobre qué elementos creemos necesarios para el establecimiento de unas agencias reguladoras independientes que permitan subsanar los problemas que actualmente poseen nuestros organismos regulatorios ambientales.

## 2. LAS AGENCIAS REGULADORAS INDEPENDIENTES Y EL MODELO CHILENO

### 2.1. Agencias reguladoras independientes

La discusión sobre agencias reguladoras independientes tiene larga data, y se atribuye su origen a Estados Unidos<sup>19</sup>. Como mencionábamos

15 Ver concepto de “new capture” en SHAPIRO (2016), (s.p.). Disponible en línea: <<https://www.theregreview.org/2016/06/28/shapiro-old-and-new-capture/>>.

16 COSTA (2020a), pp. 240-242.

17 LABBÉ (2020), pp. 156-157.

18 ARENDT (2016), p. 111.

19 Se sitúa su origen en Estados Unidos de finales del siglo XIX. Ver FERNÁNDEZ (2003), p. 180.

antes, la clásica dicotomía de este debate se encuentra, principalmente, en qué valor resaltar y si preferimos agencias reguladoras más democráticas/políticas o más técnicas. Dicha discusión continúa, hasta el día de hoy, pero se han aportado elementos que permiten matizar las posturas y así dar paso a una complementación entre estos valores, dejando de lado la visión de contraposición y llegando a estadios de complementariedad que permiten un mejor diseño institucional.

Podemos definir una agencia reguladora independiente (ARI) como un cuerpo estatal encargado de administrar, implementar, hacer cumplir e incluso decidir sobre la normativa que regula cierto sector específico que le fue entregado en competencia, con la particularidad de no estar bajo la dirección del gobierno<sup>20</sup>. Justamente, su carácter independiente es lo que las identifica, y este se refiere, más específicamente, a que “disponen de una considerable autonomía frente al gobierno y a la potestad presidencial, dado que actúan en ámbitos de trascendencia económica, política o social en donde resulta indispensable que exista desvinculación del centro administrativo de decisión”<sup>21</sup>.

La discusión tradicional sobre agencias reguladoras independientes ha enfrentado por una parte a quienes postulan instituciones con mayores competencias técnicas, y, por otra, a quienes cuestionan la legitimidad democrática de dichas agencias. Para los primeros, las agencias deben ser más técnicas, dado que sus ámbitos de acción requieren de un conocimiento experto técnico-científico, que no puede ser garantizado por medio de los procedimientos democráticos de nombramiento de autoridades administrativas<sup>22</sup>. Para los segundos, la tecnificación de las agencias reguladoras supondría un problema democrático, en cuanto los sectores en que actúan estos organismos estatales son de tal relevancia para la sociedad que, de no ser elegidas sus autoridades de forma democrática, pierden toda legitimidad<sup>23</sup>.

20 Para construir esta definición se utilizaron las siguientes entradas de diccionarios especializados: *Administrative agency*, *Agency (3)* e *Independent agency*, de GARNER y CAMPBELL (2009), pp. 45, 71 y 72, respectivamente; *Regulatory agency*, de MARTIN (2003), p. 419, y *Regulatory agency*, de BLACK (2009), p. 384.

21 CORDERO y GARCÍA (2012), pp. 419-420.

22 Un claro ejemplo de esta postura en relación con la temática ambiental es SUNSTEIN (2006), *passim*.

23 Un autor más contemporáneo que defiende esta postura, y también respecto a lo medioambiental, es FISCHER (2000), *passim*.

La primera postura puede justificarse indicando que es bueno que las decisiones reguladoras sean influidas por decisiones políticas, porque esa política, en un sistema democrático, es lo que la mayoría legítimamente decide. Esta postura es la que analiza Cass SUNSTEIN en *Riesgo y razón*, para dar cuenta de que “el pensamiento cotidiano se equivoca, y [...] sus errores resultan especialmente importantes y perniciosos en el diseño de políticas públicas. [...] Las intuiciones de la gente acerca de los riesgos son muy poco dignas de confianza [...], llevan a legislaciones y políticas ineficaces y hasta contraproducentes”<sup>24</sup>.

Esa errónea aproximación al riesgo de parte de las personas tiene una base psicológica que tiene que ver con los sesgos cognitivos. De acuerdo con SUNSTEIN, las personas tendemos a cometer tres grandes errores: en primer lugar, considerar que los riesgos funcionan en base a todo o nada, sin considerar las posibilidades de un intermedio; luego, creer en la benevolencia de la naturaleza, pensando que siempre aquello que es artificial es más riesgoso; por último, tendemos a la postura de riesgo cero, creyendo que es posible y adecuado abolir en su totalidad la posibilidad de cierto riesgo<sup>25</sup>. Si bien estos sesgos psicológicos podrían ser salvados por medio de la correcta y completa información a las personas sobre los riesgos, aún se mantendrán factores cualitativos que determinan fuertemente la evaluación que hacen las personas sobre los riesgos<sup>26</sup>.

Desde esta visión más cercana a la técnica, depender completamente de las decisiones políticas para regular no es conveniente. Sin embargo, lo anterior de ninguna manera significa que las posiciones de las personas deban ser descartadas *a priori* o las decisiones ser tomadas solo en base técnica, especialmente por cuanto, dentro de estos factores cualitativos, algunos son suficientemente razonables y deben ser contemplados por las políticas, mientras que otros no se justifican suficientemente para ser incorporados en las decisiones<sup>27</sup>.

24 SUNSTEIN (2006), p. 58.

25 SUNSTEIN (2006), p. 67.

26 SUNSTEIN (2006), p. 96.

27 SUNSTEIN (2006), p. 102. Según el autor, los factores cualitativos que sí debieran considerarse son los riesgos temidos especialmente, o los riesgos que no se distribuyen equitativamente; mientras que los que no se justifican suficientemente son los riesgos que se consideran incontrolables por el ser humano, o los que se corren de forma involuntaria.

Existe también otra razón por la cual decidir solo en base a razones políticas puede llevar a malas regulaciones, y este es de hecho muy cercano al problema que se vive actualmente en las agencias reguladoras chilenas: la captura del regulador, no ya por parte del agente regulado de forma directa, sino que por parte de las posturas políticas del gobierno.

Como indica PARDOW:

“[E]n definitiva, la demanda de intervención reguladora se apoya en el potencial abuso de la empresa regulada, en circunstancias que es el potencial abuso del regulador lo que apoya la demanda por independencia institucional. Mientras la intervención reguladora buscaría un balance entre la autonomía privada y el bien común, la creación de agencias independientes pareciera enfocarse simplemente en la eficacia de la función administrativa”<sup>28</sup>.

Lo que se busca con las agencias reguladoras independientes, según el autor, sería evitar los riesgos de la burocracia y el populismo<sup>29</sup>. La autonomía de los órganos reguladores se justifica normalmente en este sentido bajo un criterio de estabilidad, que buscaría proteger el ámbito regulado de la magnitud del cambio político, y bajo un criterio de precisión, según el cual la política no dota de contenido suficientemente especializado a las regulaciones, mientras una agencia independiente de expertos y expertas sí<sup>30</sup>.

Ahora bien, entendemos que la multiplicación y profundización en el funcionamiento de las agencias independientes tampoco sería una solución efectiva, en la medida que transitaríamos hacia un modelo excesivamente tecnocrático. Compartimos en esto la idea de que los expertos, regulando solo en base a criterios técnico-científicos “serán auténticamente torpes”<sup>31</sup>, pues, sin una visión política, se hace imposible la aplicación de la normativa de un modo que haga sentido a las personas y que, por lo tanto, goce de legitimidad.

FISCHER analiza este punto en específico en el caso norteamericano, y afirma que las “determinaciones científicas y tecnológicas se han convertido en los principales estándares con los cuales se toman sustantivas

decisiones reguladoras que afectan la calidad del medio ambiente”<sup>32</sup>. Pero como muy bien analiza el autor, la misión de la tecnocracia (generar decisiones basadas únicamente en criterios objetivos y técnico-científicos) no es ni alcanzable ni deseable. No es lo primero, en tanto la ciencia también puede estar politizada, siendo afectada por criterios que en apariencia son objetivos (como, por ejemplo, el análisis costo-beneficio), pero que en el fondo contienen sesgos<sup>33</sup>.

En este sentido, entra en juego una de las justificaciones que PARDOW da a la autonomía de las agencias reguladoras: la visibilidad y consiguiente responsabilidad<sup>34</sup>. Es decir, establecer agencias reguladoras independientes permite tener un centro de interés y responsabilidad distinto al aparato central de la Administración del Estado, el cual, por lo demás, al incorporar fundamentos técnicos, abre las puertas a una mayor posibilidad de revisión de sus actos<sup>35</sup> tanto por los medios jurídicos tradicionales como por la ciudadanía en la opinión pública. La existencia de agencias reguladoras independientes elimina de esta forma la limitación a la revisión de los actos administrativos que impone la teoría de los actos de gobierno, que no pueden ser revisados. Las decisiones de una de estas agencias siempre deben ser revisables, pues sus fundamentos tendrían que pasar por criterios más objetivos y, por lo tanto, contrastables.

Sin embargo, la amplia bibliografía y experiencia sobre las agencias reguladoras independientes nos muestra las características que idealmente han de reunir instituciones con similar objetivo: independencia política, legitimidad democrática y carácter técnico (profesionalidad)<sup>36</sup>. Aquí puede verse claramente que tanto el valor democrático como el técnico buscan complementarse. Lo anterior, sin perjuicio de que el elemento más relevante es la independencia política o autonomía, pues será ella la que las diferenciará de otras agencias reguladoras, y, según nuestro punto de vista, permitirá que tanto el valor técnico como el democrático puedan garantizarse.

28 PARDOW (2018), p. 197.

29 Ídem.

30 PARDOW (2018), p. 201.

31 SUNSTEIN (2006), p. 117.

32 FISCHER (2000), p. 90.

33 FISCHER (2000), p. 92-94.

34 PARDOW (2018), p. 201.

35 Ídem.

36 GARCÍA (2010), p. 296.

Las agencias reguladoras independientes se enmarcan en la lógica del Estado regulador, forma de Estado que ha dominado en Occidente desde el último tercio del siglo XX, y que supone un rol del Estado que, más que la producción de bienes y servicios de manera directa, se dedica a la creación de normas para regular los mercados en los que dichos bienes y servicios son producidos y comercializados. El modelo del Estado regulador, si bien se centra en parte en los mercados y su potencial como institución para la distribución de costos y beneficios, no se agota solo en dicha institución. De este modo, también en áreas como la protección ambiental, que depende de múltiples acciones públicas y privadas y no solamente del funcionamiento de los mercados, deben tomarse en cuenta sus formas.

## 2.2. Modelos institucionales de independencia en los organismos administrativos en Chile

### A) Superintendencias y autonomías constitucionales

En Latinoamérica no se ha importado directamente el modelo de agencias reguladoras independientes tal como lo hemos descrito, sino que se han creado formas diferentes de implementarlas en cada país, bajo la denominación de autonomías o superintendencias. Si bien estas tienen una pretensión funcional similar a las agencias reguladoras independientes, no necesariamente cumplirían con todos los elementos de ellas, siendo finalmente un tipo de organismo diferente<sup>37</sup>.

En Chile, justamente se crearon superintendencias y autonomías constitucionales, las que representan distintas formas de comprender a las agencias reguladoras. Sobre las primeras, estas fueron creadas a partir del Decreto Ley N° 3.551, de 1980, dentro del programa de reformas conocidas como de los *Chicago Boys*<sup>38</sup>. En su origen, se denominaron instituciones fiscalizadoras, y englobaban a un conjunto de instituciones de las cuales formaban parte algunas superintendencias<sup>39</sup>, las que luego se fueron multiplicando bajo el único nombre de superintendencias, con lo que actualmente su estudio se realiza usando solo esta última denominación. Estas

instituciones son definidas en el decreto ley antes mencionado como “instituciones autónomas, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionarán con el Ejecutivo a través de los ministerios de los cuales dependen y se relacionan en la actividad”<sup>40</sup>.

Entonces, las superintendencias no presentan necesariamente las mismas características de las agencias reguladoras independientes, sobre todo en lo respectivo a su dependencia del gobierno. En efecto, el mismo Decreto Ley N° 3.551 determina que “[e]l Jefe Superior de cada una de las instituciones fiscalizadoras, será de la exclusiva confianza del Presidente de la República y se mantendrá en su empleo mientras cuente con ella. Dichos Jefes Superiores gozarán de la más amplia libertad para el nombramiento, promoción y remoción del personal de la respectiva institución”<sup>41</sup>, estableciendo a nivel legal la dependencia de las superintendencias al presidente y su gabinete, lo cual se diferencia directamente de la misma definición de agencia regulatoria independiente.

Por el otro lado, las llamadas autonomías constitucionales son “organismos que presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a la Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones”<sup>42</sup>. Como órganos con autonomía constitucional, se ha considerado a la Contraloría General de la República, a las municipalidades, al Banco Central, al Tribunal Constitucional y al Ministerio Público<sup>43</sup>, a lo que habría que añadir los gobiernos regionales, a partir de las últimas modificaciones legales en la materia<sup>44</sup>.

Este modelo se caracteriza por ser una herramienta para la distribución territorial o funcional de las actividades del Estado, de manera tal que, por

37 JORDANA y LEVI-FAUR (2005), *passim*.

38 PARDOW (2018), p. 203.

39 Artículo 2° del Decreto Ley N° 3.551.

40 Artículo 2° del Decreto Ley N° 3.551.

41 Artículo 3° del Decreto Ley N° 3.551. Y esto se mantiene en todas las superintendencias creadas en adelante, según CORDERO y GARCÍA (2012), p. 416.

42 CORDERO (2001), p. 5. Citado en ZÚÑIGA (2007), p. 234.

43 ZÚÑIGA (2007), p. 226. Zúñiga considera dentro de las autonomías constitucionales los órganos que aquí se indican como agencias independientes, sin embargo, no compartimos dicha opinión, pues creemos que usa un concepto muy amplio de autonomía constitucional.

44 Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, modificada en 2018 por la Ley N° 21.073 y en 2021 por la Ley N° 21.396.

medio de la creación de órganos con autonomía constitucional, se crea un ámbito de propios poderes, los que, en un contexto de diversificación de las funciones estatales que va más allá de los tres poderes tradicionales, tienen encargados actos y materias distintas o especializadas respecto de las demás funciones del Estado<sup>45</sup>.

Tal como mencionan CORDERO y GARCÍA, estos organismos autónomos no son lo mismo que las agencias regulatorias independientes, pues son “organismos a los que se ha dotado de una autonomía cuantitativa y cualitativa muy superior a los denominados organismos administrativos históricamente ‘autónomos’, que en estricto rigor son los ‘descentralizados’”<sup>46</sup>. Si bien coincidimos con la conclusión de los autores, hemos de notar que, para arribar a esa conclusión, ellos solo consideran el concepto de autonomía constitucional en relación con la distribución territorial de las funciones del Estado, dejando de lado las autonomías funcionales.

De esta forma, si efectuamos una comparación entre los modelos antes descritos y las agencias independientes, podemos encontrar que, aun cuando, desde un punto de vista funcional, ellos son inspirados en la misma idea de contrapeso de los poderes públicos y de tecnificación de las decisiones en ciertas áreas, en la práctica existen notorias diferencias.

Respecto a la forma de autonomía o independencia, aquella de que se dota a las agencias es mayor a la que han tenido las superintendencias, pero menor que la de las autonomías constitucionales. Esto es así, ya que la gran cantidad de superintendencias creadas con el tiempo en base al modelo descrito “generó un sistema atomizado y con bajos niveles de independencia formal, donde existe una multiplicidad de reguladores relativamente dependientes del gobierno para cada industria específica”<sup>47</sup>.

Y a pesar de que se ha buscado que esta dependencia –que, como se mencionó, nace desde su misma configuración normativa– sea limitada, aún no se logra del todo. Por ejemplo, como forma de reforzar el carácter autónomo y de profesionalizar su funcionamiento, se ha hecho uso del Sistema de Alta Dirección Pública<sup>48</sup> para el nombramiento de sus cargos

más importantes, pero, aun así, la principal crítica a las superintendencias en Chile es que ellas carecen de una autonomía real, porque el presidente sigue conservando la potestad de nombrar y remover directivos, de aprobar su presupuesto y de dar instrucciones a los ministros de los cuales dependen<sup>49</sup>. Esto ha sido criticado por cuanto en general este tipo de instituciones tienen importantes poderes, como la potestad de regular, interpretar la normativa, fiscalizar su cumplimiento y sancionar sus infracciones, todo lo cual realizan en un contexto de regulaciones altamente técnicas y complejas<sup>50</sup>, donde las decisiones políticas de los gobiernos pueden entorpecer el cumplimiento de los deberes que la ley encomienda a estas instituciones.

Muy por el contrario, en el diseño de las agencias regulatorias independientes existe una búsqueda explícita por eliminar toda injerencia de posiciones políticas, manteniéndolas como órganos técnicos, y, por lo mismo, sus “sistemas de nombramiento y remoción están debidamente identificados y acotados, con la finalidad de garantizar la independencia de sus decisiones de las instrucciones del Gobierno Central”<sup>51</sup>. Desde este punto de vista, en Chile se consideran como lo más cercano a un modelo de agencias independientes: el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral, el Consejo para la Transparencia y la Comisión Nacional de Acreditación, pues serían los únicos organismos que cuentan con garantías de independencia formal suficientes<sup>52</sup>.

En lo que se refiere a los órganos con autonomía constitucional, ellos tienen altos niveles de independencia en relación con los poderes del Estado y en especial en relación con el Poder Ejecutivo, siendo que ella va más allá de la que tradicionalmente se garantiza a las agencias reguladoras independientes, precisamente porque sus estatutos se encuentran en la Constitución, siendo especialmente difícil pensar en una posible reforma institucional.

Enseguida, en la distinción entre autonomías constitucionales y agencias independientes, podemos concluir que las primeras son más bien órga-

45 En este sentido, ZÚÑIGA (2007), pp. 223-244.

46 CORDERO y GARCÍA (2012), p. 420.

47 PARDOW (2018), p. 206.

48 Como se indica en el Mensaje presidencial de la Ley N° 20.955 de 30 de octubre de 2016 (disponible en línea: <bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5669>), el

principal objetivo de este Sistema fue el de democratizar, transparentar y modernizar la forma en que se nombraban los altos cargos de servicios públicos.

49 GARCÍA y VERDUGO (2010), pp. 291-292.

50 GARCÍA y VERDUGO (2010), p. 292.

51 CORDERO y GARCÍA (2012), p. 419, nota 14.

52 Ídem.

nos que se crean con el objeto de distribuir funcional o territorialmente las labores del Estado, y, por lo tanto, ejercen soberanía y solo se encuentran sometidas a la Constitución y su propio derecho<sup>53</sup>; mientras que las agencias reguladoras son organismos propiamente administrativos, por lo tanto, dentro de una de las funciones específicas del Estado –el tradicionalmente llamado Poder Ejecutivo o Administración del Estado–, pero que buscan regular o fiscalizar un ámbito específico. En cierta forma, podríamos decir que las autonomías constitucionales son una herramienta de distribución de las funciones del Estado, mientras que las agencias reguladoras independientes son una herramienta de distribución de las funciones que típicamente corresponden a la Administración del Estado.

A pesar de que Chile tiene la peculiaridad de ser uno de los primeros países latinoamericanos en adoptar el modelo de regulación por agencias en gran cantidad de sectores<sup>54</sup>, consolidado por medio de series de reformas importantes durante los años 20, 80 y la década de 2010<sup>55</sup>, las agencias reguladoras en Chile tienden a carecer de niveles mínimos de autonomía, y entre los sectores destacados por ello se encuentra, justamente, el medio ambiente<sup>56</sup>. Y en ese mismo sentido, las agencias reguladoras independientes son un modelo de diseño institucional que podría avanzar como complemento de las actuales superintendencias.

Sin embargo, difícilmente podría considerarse el modelo de agencias reguladoras independientes como una alternativa a las autonomías constitucionales si es que se pretende mantener una autonomía de alto nivel para organismos como la Contraloría o el Banco Central, que resultan en la práctica no solo autónomos del Poder Ejecutivo, sino también del Poder Legislativo, dada la dificultad en su modificación.

53 Podemos citar en este punto al administrativista Pantoja Bauzá, quien indica que: “[A] incorporar al campo público a las autonomías constitucionales superpuso otra imagen a la tradicional de un Estado conformado sólo por servicios públicos: ahora emergen destacadamente órganos y organismos distintos de los clásicos poderes públicos, y sin embargo ejercen soberanía, ese poder supremo de determinación de un pueblo, con plena autonomía de las demás autoridades, incluso del Presidente de la República, encontrándose sometidos sólo a la Constitución y a la ley, en una dimensión del todo distinta a la que caracteriza a los servicios descentralizados, aquella gran conquista organizacional de principios de este siglo”. PANTOJA (2004), p. 175.

54 JORDANA y LEVI-FAUR (2005), p. 29.

55 PARDOW (2018), pp. 195-196.

56 JORDANA y LEVI-FAUR (2005), p. 29.

## B) *Agencias reguladoras ambientales independientes en Chile*

Actualmente, dos de los más importantes organismos estatales en materia ambiental podrían ser analizados bajo la idea de un modelo chileno de agencias reguladoras de superintendencias (o entidades fiscalizadoras, según su denominación original). Estos son: la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), a la que se le encarga fundamentalmente la fiscalización de cumplimiento de la normativa ambiental, y el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), a la que se le encarga fundamentalmente la calificación de proyectos con posibles impactos ambientales, por lo tanto, cumple el rol de velar, de manera preventiva, por el cumplimiento de la normativa ambiental.

Ambos organismos fueron creados como parte de una reforma general a la institucionalidad ambiental, que tenía como uno de sus principales objetivos solucionar los problemas de autonomía de los que adolecía hasta entonces la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA). Dicha comisión era, en efecto, la que acumulaba las funciones del Ministerio del Medio Ambiente, de la Superintendencia del Medio Ambiente y del Servicio de Evaluación Ambiental actuales, y la idea de crear estos tres nuevos órganos fue especializar sus actuaciones, y, en el caso de los dos últimos, dotarlos de autonomía y un carácter técnico<sup>57</sup>.

En este sentido, son aplicables a estos organismos ambientales las críticas ya mencionadas al modelo de agencias reguladoras chileno, por medio de superintendencias y autonomías constitucionales.

Sin embargo, siendo la materia ambiental un contexto especialmente complejo y dotado de contenidos técnico-científicos, las críticas a estos órganos en materia de independencia han sido especialmente intensas. Podríamos decir, en ese sentido, que Chile se encuentra en un punto medio no virtuoso respecto del paralelo entre agencias reguladoras tecnocráticas pero independientes o democráticas pero politizadas. Esto se expresa por la característica de los dos organismos ambientales en comento, de ser for-

57 Historia de la Ley N° 20.417 de 2010, en especial los dichos de la ministra Ana Lya Uriarte, presidenta de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en la discusión en general del Primer Informe de la Comisión de Medio Ambiente del Senado, en sesión 37ª, de 4 de agosto de 2009. Disponible en línea: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>>, pp. 697 y ss.

malmente independientes, por lo tanto, supuestamente técnicos pero altamente vulnerables a las tendencias políticas del gobierno de turno, y aun así con muy poca legitimidad democrática.

Al caso de la Superintendencia del Medio Ambiente se le pueden hacer extensibles las críticas que se plantean en general organismos regulatorios en Chile en lo que respecta a los problemas de independencia, es decir, el que no cumplen realmente con estándares mínimos de independencia, fundamentalmente en lo que respecta a su independencia formal<sup>58</sup>. Y esta falta de independencia no solo se expresa a través del importante indicador de que sus autoridades son generalmente unipersonales y elegidas por la o el presidente. Sino que, también, se expresan en la falta de *accountability*, elemento este que es propio del tipo estadounidense del que tomamos este modelo y que se identifica por tener un entramado de pesos y contrapesos, con fuerte control judicial y exigencia de participación ciudadana<sup>59</sup>.

Además, otra de sus principales falencias es la dificultad de cumplir con sus deberes legales. Según un informe de Contraloría, en un periodo de tres años, la Superintendencia no realizó absolutamente ninguna gestión en un 44,2 % de las denuncias recibidas<sup>60</sup>. Y esto tiene importancia en la materia de este informe en dos aspectos:

Por un lado, si bien no es un asunto zanjado normativa, doctrinaria o jurisprudencialmente, se ha comprendido que la Superintendencia tiene “cierto margen de apreciación” para determinar si iniciar o no un procedimiento de fiscalización<sup>61</sup>. Por lo tanto, esta decisión podría depender de la discrecionalidad de sus máximas autoridades, que, como se mencionó, no cuentan con garantías de independencia funcional.

Otro aspecto relevante para el tema de este informe es el asunto presupuestario, pues, ante el informe de Contraloría citado, el superintendente a cargo en dicho momento respondió indicando que el no cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente de sus deberes se relacionaba

con una importante falta de presupuesto y personal<sup>62</sup>; de lo que se podría desprender que la falta de independencia presupuestaria también influye en su capacidad de cumplir con sus deberes legales.

Por otro lado, en el caso del Servicio de Evaluación Ambiental, como también se indicó anteriormente, las críticas a su falta de autonomía y alta vulnerabilidad a la intervención política en sus decisiones son transversales, tanto el sector privado de inversores que buscan la aprobación ambiental de sus proyectos, como de parte de comunidades que buscan el rechazo de proyectos que generan impactos ambientales negativos en sus territorios, como de parte de los actores políticos relevantes y la doctrina, se comparte la crítica de que las decisiones que toma el Servicio de Evaluación Ambiental son altamente vulnerables a presiones políticas, abogando todos estos actores y actoras por mayor criterio técnico-científico en ellas<sup>63</sup>.

En este sentido, no es solo la orgánica del Servicio de Evaluación Ambiental lo que afecta a la excesiva politización de sus decisiones, sino que se relaciona también con las demás agencias reguladoras que intervienen en el procedimiento del Sistema de Evaluación Ambiental, las cuales, “en general, están desprovistos de capacidades técnicas especializadas, de personal suficiente (y con las condiciones necesarias para ejercer bien sus funciones) y muchas veces carecen de independencia ante presiones políticas”<sup>64</sup>, y, sin embargo, el Servicio no logra amortiguar dicha falta de autonomía por medio de un filtro técnico, sino que tiende a profundizarla, pues se concibe que existe un “excesivo peso de influencias políticas en

58 CORDERO y GARCÍA (2012), p. 416.

59 GARCÍA y VERDUGO (2010), pp. 266 y 290 y ss.

60 Contraloría General de la República, Informe N° 280/2020, Informe Final Superintendencia del Medio Ambiente.

61 Contraloría General de la República, Dictamen N° 13.758, de 23 de mayo de 2019.

62 CNN CHILE (2021). Disponible en línea: <[https://www.cnnchile.com/pais/colapso-en-la-superintendencia-de-medio-ambiente-mantiene-anos-de-denuncias-sin-respuesta\\_20210817/](https://www.cnnchile.com/pais/colapso-en-la-superintendencia-de-medio-ambiente-mantiene-anos-de-denuncias-sin-respuesta_20210817/)>.

63 Una muestra de ello son las propuestas que se hicieron en el marco del proyecto de ley de reforma del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por parte del *think-tank* Libertad y Desarrollo, el cual tiende a tener una postura más pro-inversión privada (disponible en línea: <<https://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2018/08/reforma-ambiental-lyd-propone-nuevo-organismo-tecnico-previo-al-seia/>>) y por parte de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto ambiental, la que tuvo una postura más relacionada a comunidades (disponible en línea: <<https://www.fima.cl/2016/09/21/comision-sindical-ciudadana-parlamentaria-entrega-informe-alternativo-para-reforma-al-seia-a-ministro-de-medio-ambiente/>>).

64 Propuestas de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, p. 27.

instancias decisivas del proceso, que conducen a una aprobación o rechazo. Como consecuencia, se configura desde diversos sectores la demanda por un sistema que suprima los espacios para los actores políticos, con el fin de que las decisiones sean tomadas por los expertos técnicos, aspirando a que con ello se gane un grado de imparcialidad del cual hoy el sistema carece<sup>65</sup>.

Un caso interesante que puede servir de ejemplo en este punto es el caso denominado “caso Dominga”, en el cual un proyecto minero sometido a evaluación ambiental obtiene un Informe Consolidado de Evaluación que recomienda la aprobación, pero fue primero rechazado<sup>66</sup> y luego aprobado con los mismos antecedentes técnicos<sup>67</sup>, y siendo que sus impactos se darían en un área costera de gran importancia ecosistémica, lo que ha provocado una oposición rotunda por parte de los expertos científicos<sup>68</sup>. En ambos casos se produjo una crítica idéntica: tanto el rechazo en su momento como la posterior aprobación fueron tomados por parte de la población como el resultado de una decisión política sin base técnica<sup>69</sup>.

65 CENTRO UC DE POLÍTICAS PÚBLICAS (2019), p. 7.

66 Ver Noticias Ministerio del Medio Ambiente: “Comité de Ministros confirma rechazo a proyecto minero-portuario Dominga”. Disponible en línea: <<https://mma.gob.cl/comite-de-ministros-confirma-rechazo-a-proyecto-minero-portuario-dominga>>.

67 Ver MONGABAY: “Chile: Comité de Evaluación Ambiental aprueba el polémico proyecto Dominga”. 11 de agosto de 2021. Disponible en línea: <<https://es.mongabay.com/2021/08/chile-comite-de-evaluacion-ambiental-aprueba-polemico-proyecto-dominga/#:~:text=Chile%3A%20Comit%C3%A9%20de%20Evaluaci%C3%B3n%20Ambiental%20aprueba%20el%20pol%C3%A9mico%20proyecto%20Dominga,-por%20Michelle%20Carrere&text=Luego%20de%20que%20el%20proyecto,judicializado%20en%20la%20Corte%20Suprema>>.

68 Ver AGENDA SUSTENTABLE: “Científicas en declaración conjunta llaman a proteger el Archipiélago de Humboldt del proyecto minero Dominga y puerto Cruz Grande”. Disponible en línea: <<https://www.agendasustentable.cl/cientificas-en-declaracion-conjunta-llaman-a-proteger-el-archipelago-de-humboldt-del-proyecto-minero-dominga-y-puerto-cruz-grande/>>; MONGABAY: “En la recta final: Proyecto Dominga de Chile podría ser aprobado a pesar del rechazo científico”. Disponible en línea: <<https://es.mongabay.com/2018/08/proyecto-dominga-chile-areas-naturales-protégidas/>>.

69 En torno al rechazo del proyecto en 2017, ver BBC: “Dominga, el polémico proyecto minero que el gobierno de Chile rechazó por motivos ecológicos y que ya provocó la renuncia de dos ministros”. 1 de septiembre de 2017. Disponible en línea: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-41123898>>. Para la aprobación del proyecto en 2021, ver EL MOSTRADOR: “La sociedad civil y el mundo político se unen

Este caso muestra dos situaciones: por un lado, lo que se venía comentando de la transversalidad de la crítica a la falta de autonomía del Servicio de Evaluación Ambiental y, por otro lado, muestra que esta falta de autonomía genera efectos negativos para la protección del medio ambiente, porque, justamente en este caso, la aprobación del proyecto va en contra de todas las recomendaciones de expertos para la protección del ecosistema y, aparentemente, también en contra de lo que se señala en el expediente.

Como se ha dicho, el Servicio de Evaluación Ambiental, en la práctica, “es completamente dependiente del Ministerio de Medio Ambiente, y por ende de los objetivos gubernamentales respecto del crecimiento económico del país. [Y] Los mecanismos de Alta Dirección Pública no logran entregar realmente esa independencia<sup>70</sup>”.

No obstante todo lo dicho, el Servicio de Evaluación Ambiental además se configura como un “organismo técnico que dirime sobre aspectos factuales para la entrega de un permiso<sup>71</sup>”, con lo que el Servicio podría justificar la poca toma en consideración de las observaciones ciudadanas en los procesos de participación<sup>72</sup>, al verse a sí mismo como un órgano propiamente técnico, que debiera estar ajeno a cualquier mínimo aspecto político.

Así, entonces, se comprende que las agencias reguladoras ambientales en Chile carecen del adjetivo de independientes. Sin embargo, una mejor independencia en sus actuaciones “no estriba tanto en prescindir por completo de la decisión política como en situarla de modo más racional dentro del procedimiento<sup>73</sup>”. Lo que se busca, realmente, no es quitar todo aspecto político a las decisiones de estas agencias reguladoras, pues ello sería, en cierta forma, distópico<sup>74</sup>, sino que se busca que su funcionamiento no

en contra del proyecto minero Dominga”. Disponible en línea: <<https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/08/14/la-sociedad-civil-y-el-mundo-politico-se-unen-contra-del-proyecto-minero-dominga/>>.

70 Propuestas de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto ambiental, p. 58.

71 CENTRO UC DE POLÍTICAS PÚBLICAS (2019), p. 7.

72 COSTA (2020a), pp. 240-242.

73 CENTRO UC DE POLÍTICAS PÚBLICAS (2019), p. 8.

74 Como se explicó anteriormente, una agencia tomadora de decisiones que Servicio de Evaluación Ambiental netamente técnica y en absoluto política, es, primero, imposible

dependa directamente de la voluntad del gobierno que dirige el país<sup>75</sup>, y que se incluya la política de forma racional por medio de los derechos de acceso de los y las ciudadanas, como se propondrá en el siguiente apartado.

### 3. AGENCIAS REGULADORAS INDEPENDIENTES EN MATERIA AMBIENTAL

Como se mencionó anteriormente, el derecho ambiental es una rama del derecho que entre sus funciones tiene la de establecer el procedimiento para la valoración del riesgo y posterior decisión sobre qué riesgos se admiten y cuáles se rechazan, así como la de gestionar aquellos riesgos que se admiten por medio de diferentes herramientas de control, seguimiento, etc.<sup>76</sup>.

Tomar esta perspectiva, en que se justifica la regulación en materia ambiental por su relación con los riesgos más que solo por una justificación de orden público, es la que permite, según ROJAS, dar “coherencia al sistema para quien realiza gestión ambiental *lato sensu*, genera seguridad e incluso predictibilidad de la acción administrativa para todos los involucrados, sean estos titulares de la [resolución de calificación ambiental] o ciudadanos interesados, y es capaz de generar parámetros a los entes encargados de realizar los controles administrativos y judiciales”<sup>77</sup>.

La regulación de los riesgos implica la toma de una posición sobre cuáles son los riesgos socialmente aceptables y, por lo tanto, cuáles actividades son permisibles y de qué forma. La manera en que esa decisión se toma reproduce la disyuntiva que hemos venido tratando, sobre la incorporación de elementos técnicos y la valoración política de ellos.

Esto es de especial importancia en materia ambiental, en tanto podemos sostener que un mayor nivel de independencia de las agencias reguladoras ambientales permite una mejor protección no solo del medio ambiente, en

---

pues incluso la técnica y la ciencia se ven afectadas por posturas políticas; y en segundo lugar es indeseable, pues las decisiones que tome serían parcialmente ineficientes e ilegítimas democráticamente hablando, lo que será profundizado en el siguiente apartado.

75 COSTA (2020)b, p. 97.

76 ROJAS (2019), p. 99.

77 ROJAS (2019), p. 123.

tanto se utilizan conocimientos científicos para la regulación de actividades que pudieran afectarle, sino que también una mayor protección de los derechos humanos en materia ambiental y, en específico, de los derechos de acceso.

A propósito de las críticas a la posible hipertecnificación de las agencias reguladoras independientes, que generaría un desacople de la regulación con la realidad<sup>78</sup>. Es que en su diseño se han ido generando cada vez mayores espacios de control por parte de la ciudadanía, a través de derechos como el de participación ciudadana. La inclusión de la participación ciudadana a las decisiones de estas agencias les permite generar mayor deliberación, legitimar las políticas que resulten del proceso y aportar conocimiento local comúnmente desconocido por los expertos<sup>79</sup>.

En particular en medio ambiente, pero en general también en el diseño de políticas públicas, es importante incluir el conocimiento y las preferencias de las personas por medio de técnicas de participación, sobre todo cuando son las personas las que están en mejor posición para comprender el conocimiento local<sup>80</sup> y los modos de vida y desarrollo en un territorio.

Si bien, como ya mencionamos, es ideal mantener una fundamentación técnico-científica en la toma de decisiones reguladoras ambientales, esta no es suficiente. La participación ciudadana, en este sentido, aporta otra forma de racionalidad al proceso, integra la racionalidad sociocultural y los conocimientos locales a un análisis en general desacoplado de la realidad social y local<sup>81</sup>.

Esta necesidad de participación ciudadana en la toma de decisiones reguladoras ambientales se condice, por lo demás, con las exigencias derivadas de los derechos humanos ambientales, principalmente los derechos de acceso<sup>82</sup>. Por ello, la participación ciudadana que se requiere en este con-

---

78 SUNSTEIN (2006), p. 117.

79 FISCHER (2000), p. 2.

80 FISCHER (2000), prefacio.

81 FISCHER (2000), p. 148.

82 Los derechos de acceso son los derechos a la información ambiental, la participación en materias ambientales, y el acceso a la justicia. Su primera configuración en normas es por medio de tratados internacionales, como es el caso del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de la Conferencia de las Naciones Unidas de 1992 (disponible en línea: <<https://www.un.org/spanish/>

texto debe estar garantizada bajo ciertos parámetros, que permitan que ella tenga el peso suficiente en la toma de decisiones reguladoras, de manera tal que no sea simplemente una obligación de forma para las autoridades, un trámite que cumplir.

La participación ciudadana en materia ambiental no se ajusta directamente a las otras formas de participación pública en general, sino que tiene un contenido propio<sup>83</sup> que se involucra con el contenido del derecho ambiental en diversos aspectos. En primer lugar, como indicamos más arriba, el derecho ambiental, en específico en su faceta reguladora, tiene como contenido esencial la regulación de riesgos, y, en ese sentido, la determinación de qué riesgos son tolerables y cómo los regularemos, debe incluir la racionalidad sociocultural de la que hablábamos, por lo que requiere de una participación ciudadana efectiva<sup>84</sup>.

Luego, se relaciona la participación ciudadana con la justicia ambiental, ya que, por un lado, permite generar mejores determinaciones para distribuir las cargas y beneficios ambientales, y, por otro lado, a la vez la participación ciudadana permite distribuir el poder en la toma de decisiones, lo que la justicia ambiental busca como uno de sus objetivos<sup>85</sup>. Además, la participación ciudadana permite concordar las tensiones naturales que se generan entre el crecimiento económico y la protección al medio ambiente<sup>86</sup>. Por último, el derecho a la participación es parte del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado<sup>87</sup>.

Así, entonces, en materia ambiental, la democratización de las decisiones de las agencias reguladoras independientes (lo que incluye darles

---

esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>). Su contenido se ha ido desarrollando y profundizando a lo largo de los años, y actualmente la norma que mejor los desarrolla en nuestro contexto latinoamericano es el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, más conocido como Acuerdo de Escazú, de 2018 (disponible en línea: <<https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>>), el que, a la fecha, ya ha sido ratificado por Chile.

83 COSTA (2020a), p. 171.

84 COSTA (2020a), pp. 179-180.

85 COSTA (2020a), pp. 182-183.

86 COSTA (2020a), p. 185.

87 COSTA (2020a), p. 190.

legitimidad) no es realmente un desafío tan complejo desde el aspecto normativo, como sí puede serlo desde la práctica efectiva de los organismos, en lo que influye mucho su diseño institucional. El derecho ambiental en general tiene una exigencia de incluir la participación ciudadana en la toma de decisiones, lo que incluye, a su vez, los demás derechos de acceso, y así las obligaciones de brindar acceso a la información de relevancia ambiental suficiente, oportuna y comprensible, y acceso a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo al debido proceso, permitiendo impugnar actos administrativos relacionados con acceso a la información, a la participación ciudadana o cualquier otra decisión que pueda afectar al medio ambiente<sup>88</sup>.

El modelo de los derechos de acceso, en conjunto con la suficiente independencia y capacidad técnica de los organismos en materia ambiental, los dota de las herramientas para balancear adecuadamente los aspectos técnicos y las preferencias ciudadanas, las que vienen expresadas tanto en la ley que le da origen al funcionamiento de los organismos como en los resultados de los procesos de participación.

Como vemos, es alcanzable un estadio en que se produzca un balance entre las necesidades técnicas y democráticas. El carácter independiente de las agencias reguladoras puede considerarse una erosión a la legitimidad democrática de las decisiones públicas, pero mecanismos como los que entregan los derechos de acceso en materia ambiental permiten generar un balance hacia soluciones razonables y deseables.

Estos derechos, implementados correctamente, pueden funcionar como herramientas de control democrático a las agencias reguladoras independientes, de forma que su carácter técnico no se transforme en una tecnocracia desligada de la realidad sociocultural.

Por otra parte, la especialidad técnica y la independencia dotan a la agencia de posibilidades de toma de decisiones que sean, por una parte, sólidas en su fundamento, pero, por otra, revisables por los tribunales en base a parámetros relativamente objetivos. Al mismo tiempo, estas características las alejan del control e influencia política por parte de los gobiernos, dificultando su captura.

---

88 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, más conocido como Acuerdo de Escazú, de 2018. Disponible en línea: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/S2200798\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/S2200798_es.pdf)>.

Con ello, además, se mejoran las decisiones tomadas por estos criterios técnicos, al incorporarse una forma de conocimiento distinta y relevante, como se mencionó anteriormente. Así, entonces, la existencia de agencias reguladoras independientes en materia ambiental aparece como una opción conveniente.

#### 4. CONCLUSIONES

En un periodo de consolidación de los Estados reguladores<sup>89</sup>, preguntarnos por quién y cómo se encargará de la acción reguladora del Estado es crucial. En materia ambiental, el contexto de globalización y crisis climática y ecológica en que nos encontramos debe determinar la respuesta a esa pregunta. Así, podríamos inquirir: ¿quién y cómo se debe realizar la acción reguladora del Estado en materia ambiental, en un contexto de crisis climática y ecológica?

En este informe se presenta un marco teórico según el cual podemos concluir que la respuesta a quién debe realizar esa acción reguladora tiene que contener, al menos, un aspecto crucial: ella debe ser realizada por agencias reguladoras independientes, especializadas y con un carácter técnico suficiente para cumplir con las funciones ambientales que permiten hacerle frente a la crisis en que nos encontramos.

Esto significa diseñar organismos reguladores que tengan autonomía en los tres aspectos fundamentales: (i) presupuestaria, es decir, que los demás poderes del Estado no puedan manipular su actuación por medio de recortes presupuestarios; (ii) funcional, lo que implica que la agencia pueda llevar a cabo sus objetivos y deberes legales por medio de sus propias decisiones, y que el gobierno de turno no pueda intervenir esos objetivos arbitrariamente, y, por último, (iii) autonomía formal, esto es, que exista un procedimiento de nombramiento y remoción de sus miembros claro y definido, que privilegie el conocimiento técnico del área.

A mayor abundamiento, el diseño institucional debe evitar la tecnificación de las agencias a extremos disfuncionales y, por el contrario, incluir elementos de legitimidad democrática, en este caso usando las propias instituciones del derecho ambiental: los derechos de acceso a la información

89 JORDANA y LEVI-FAUR (2005), *passim*.

pública de relevancia ambiental, a la participación ciudadana y el acceso a la justicia.

Otro aspecto para considerar es la necesidad de que esta institucionalidad sea fundamentalmente mutable de acuerdo con el devenir democrático, es decir, que no se vea protegida por medio de *quórum*s constitucionales excesivamente altos que no permitirán su reforma en caso de ser necesario. Como se indicó, el objetivo de la independencia de las agencias reguladoras independientes es protegerlas de la interferencia del ejecutivo, pero no es el objetivo blindarla absolutamente de todos los demás poderes del Estado (principalmente, el Legislativo) al modo de las autonomías constitucionales.

Implementar un mejor modelo de agencias reguladoras independientes en materia ambiental en Chile permitirá que nuestras tomadoras de decisiones no se basen en criterios discrecionales, sino que estén “obligadas a seguir un procedimiento y basar sus decisiones en el componente técnico de su experticia”<sup>90</sup>, componente el cual estará determinado por su mandato legal y deberá incorporar una variable democrática por medio de procedimientos de participación ciudadana<sup>91</sup> y de garantía de los demás derechos de acceso. De tal forma, no solo mejorarán las decisiones de estas agencias, en pos a una mayor eficiencia, eficacia, protección ambiental, y más experticia y especialidad, sino que también nos pondríamos al día como país, con relación al fenómeno comparado en la materia.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, Hannah (2016): *Sobre la violencia* (Madrid: Alianza Editorial).
- BLACK, John *et al.* (2009): *A Dictionary of Economics*, 3ª edición (New York: Oxford University Press).
- CENTRO UC DE POLÍTICAS PÚBLICAS (2019): *Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Aportes a la discusión. Análisis del proyecto de ley que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. Disponible en línea: <<https://politicaspUBLICAS.uc.cl/publici>>

90 COSTA (2020b), p. 97.

91 Ídem.

- cacion/reforma-al-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental-apor-tes-a-la-discusion/>.
- CNN CHILE (2021): “Colapso en la Superintendencia de Medio Ambiente mantiene años de denuncias sin respuesta”, en sección País/Medio ambiente, 17 de agosto de 2021. Disponible en línea: <[https://www.cnnchile.com/pais/colapso-en-la-superintendencia-de-medio-ambiente-mantiene-anos-de-denuncias-sin-respuesta\\_20210817/](https://www.cnnchile.com/pais/colapso-en-la-superintendencia-de-medio-ambiente-mantiene-anos-de-denuncias-sin-respuesta_20210817/)>.
- CORDERO, Luis, y GARCÍA, José Francisco (2012): “Elementos para la discusión sobre las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”, en *Anuario de Derecho Público UDP* N° 1.
- COSTA, Ezio (2020a): *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente* (Santiago: DER Ediciones).
- COSTA, Ezio (2020b): *Por una constitución ecológica: replanteando la relación entre sociedad y naturaleza* (Santiago: Catalonia).
- FISCHER, Frank (2000): *Citizens, Experts, and the Environment: The politics of local knowledge* (London: Duke University Press).
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010): “De las superintendencias a las agencias reguladoras en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica* N° 22.
- GARNER, Bryan y CAMPBELL, Henry (2009): *Black’s Law Dictionary*, 9ª edición (Minnesota: St. Paul).
- HOOD, Christopher *et al.* (2004): *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes* (Oxford: Oxford University Press).
- JORDANA, Jacint y LEVI-FAUR, David (2005): “¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores”, en *CIDOB, serie Latinoamericana*, N° 7.
- LABBÉ, Natalia *et al.* (2020): “La pesada carga para la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental”, en *Revista de Justicia Ambiental* N° 12 (ONG FIMA).
- MARTIN, Elizabeth (2003): *A Dictionary of Law*, 5ª edición (New York: Oxford University Press).
- OGUS, Anthony (2004): *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oregon: Hart Publishing).
- PANTOJA BAUZÁ, Rodrigo (2004): *La organización administrativa del Estado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- PARDOW, Diego (2018): “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes”, en *Revista de Derecho*, vol. XXI, N° 2.
- ROJAS, Christian (2019): *Riesgos y derecho administrativo: Desde el control a la regulación* (Santiago: DER Ediciones).
- SHAPIRO, Sidney (2016): “Old and New Capture”, en *The Regulatory Review: Rooting Out Regulatory Capture*. Disponible en línea: <<https://www.theregreview.org/2016/06/28/shapiro-old-and-new-capture/>>.
- SUNSTEIN, Cass (2006): *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente* (Buenos Aires: Katz).
- ZÚÑIGA, Francisco (2007): “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la ‘democracia constitucional’)”, en *Ius et Praxis*, año 13, N° 2.



Con derecho al ambiente



**FIMA**

ONG - Desde 1998

## EDITORIAL

El derecho ambiental a 50 años de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo

*Antonio Pulgar Martínez - Nicole Mansuy Torres*

## ARTÍCULOS

¿Función ecológica de la propiedad en Chile?: análisis teórico y comparativo con miras a su incorporación en la nueva Constitución

*Sofía Rivera Berkhoff - Alejandro Ramírez Pérez*

La participación ciudadana ambiental: fundamentos e importancia para la legitimación de decisiones

*Claudio Alhambra Carvajal*

Resignificando a los municipios: la garantía institucional de la autonomía y el interés legítimo

*Aníbal Acevedo Esbeile*

Los sistemas de gestión de la Ley N° 20.920, su implementación normativa y el caso de los sistemas no domiciliarios y los consumidores industriales

*Jorge Canals de la Puente - Javiera Estenssoro Soriano*

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Acuicultura y anaerobismo: algunas consideraciones sobre el sistema de respuestas dispuesto en la normativa chilena. Comentario a la Sentencia de causa Rol R-19-2020 del Tercer Tribunal Ambiental

*Diego Lillo Goffreri*

## ESTUDIOS ONG FIMA

Hacia una Constitución ecológica: acceso a la justicia ambiental

Ordenamiento territorial en la propuesta de nueva Constitución

Agencias reguladoras independientes en materia ambiental y la nueva Constitución de Chile