

IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

José Agustín Ramírez Sierra*

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El documento presentado busca analizar los criterios jurisprudenciales que han infundido las sentencias dictadas en los procedimientos de impugnación judicial de los actos administrativos pronunciados durante la tramitación de la evaluación ambiental de proyectos en Chile, a partir de la dictación de la Ley de Bases del Medio Ambiente. En forma particular, se analizan los criterios emanados de estas resoluciones judiciales, a partir de la vigencia plena del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Es necesario recordar que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante S.E.I.A) es parte fundamental del sistema de gestión ambiental nacional y que un funcionamiento adecuado del mismo es requisito necesario para optimizar la gestión pública ambiental. Desde sus orígenes en el derecho norteamericano, la evaluación ambiental está orientada a minimizar los efectos ambientales de los proyectos o actividades susceptibles de producirlos¹.

* JOSÉ AGUSTÍN RAMÍREZ SIERRA. Abogado Jefe de la Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado.

¹ Concordamos con el concepto dado por Coenen en la apreciación de la institución que nos ocupa: "En general, el estudio del impacto ambiental se puede considerar sobre todo

La experiencia acumulada en la evolución de los criterios empleados por la judicatura en Chile refleja una gran uniformidad de posiciones respecto de los aspectos cruciales que determinan la continuidad o paralización de los proyectos sometidos a esta valoración.

La impugnación de los actos administrativos se fundamenta principalmente en la vulneración y perturbación de la garantía constitucional de vivir en un medio libre de contaminación, sin perjuicio de alegar perturbaciones a otras garantías, como al derecho de propiedad o al derecho a desarrollar cualquier actividad económica. En otras palabras, se requiere la intervención de los Tribunales Superiores de Justicia para enmendar situaciones agraviantes, contrarias a derecho, originadas en actos de la autoridad que lesionan dichas garantías.

Durante el período analizado (1996-2000), los tribunales, casi de manera unánime como veremos, han estimado que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no se ha visto vulnerado por las decisiones de la autoridad ambiental. Esta premisa, a la luz de las estadísticas que presentamos, puede ser interpretada de diversas formas: a) La Administración, en su proceder evaluador de los impactos al entorno que pueda generar un proyecto de inversión, ha sido extremadamente acuciosa respecto a los eventuales efectos que dicha intervención pueda generar, requiriendo las medidas de mitigación que correspondan, según los más exigentes estándares. Para lo anterior, la autoridad cuenta con una normativa sectorial completa que le permite regular los daños futuros adecuadamente; b) Los tribunales no han otorgado el amparo requerido por los ciudadanos que, unidos mediante grupos organizados, han recurrido a la justicia para revertir una situación que, en su parecer, es contraria a derecho y que se fundamenta en un permiso ambiental (calificación ambiental) mal dado; c) El procedimiento previsto para la acción de protección no está contemplado para ponderar la idoneidad de las resoluciones emanadas de la autoridad ambiental y; d) Existen imperfecciones tanto en el diseño del procedimiento administrativo de calificación ambiental como en los principios que dan forma al pronunciamiento en el procedimiento judicial.

como un procedimiento previo para la toma de decisiones. Sirve para registrar y valorar de manera sistemática y global todos los efectos potenciales de un proyecto con el objeto de evitar desventajas para el medio ambiente”, cit. por Huerta R. y De la Fuente Huerta, Izar C., “*Tratado de Derecho Ambiental*”, Editorial Bosch, Barcelona. 2000. Tomo I, p. 436.

En este esquema, nos inclinamos por esta última opción, sin descartar que algunos de los presupuestos antes mencionados contribuyan a clarificar los datos emanados del análisis jurisprudencial que aquí se presenta.

En función de ilustrar dicha aseveración, presentaremos, en primer lugar, los resultados obtenidos por los recurrentes en las causas que se analizan, junto a las conclusiones inmediatas que podrían obtenerse de la experiencia recabada. Posteriormente, se entregará una particular visión de las razones que explican el comportamiento jurisprudencial en la materia.

2. LOS RESULTADOS DE LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL

2.1. Las vías de impugnación

La forma más habitual de recurrir contra los actos de la Administración es a través de la acción constitucional de protección, prevista en el artículo 20 de la Carta Fundamental. Ilustrativo resulta considerar que de las 35 acciones emprendidas —que cuentan con sentencias definitivas o interlocutorias firmes—, en contra de las resoluciones originadas en los procesos de evaluación ambiental, 32 corresponden a recursos de protección.

Las otras formas de impugnación han sido la acción de nulidad de derecho público, la reclamación judicial, el recurso de amparo económico y la acción ambiental prevista en la ley N° 19.300.

Es particularmente notoria la escasa utilización del reclamo judicial establecido en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley de Bases del Medio Ambiente².

² El artículo 20 de la Ley N° 19.300 regula el reclamo judicial para determinadas resoluciones. Dispone el artículo 20 que: "En contra de la resolución que niegue lugar a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Medio Ambiente. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Medio Ambiente. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación. La autoridad competente resolverá en un plazo fatal de sesenta días contado desde su interposición, mediante resolución fundada.

De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el juez de letras competente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley.

Una primera aproximación que explica el alto grado de utilización del recurso de protección en estos casos se puede encontrar en las limitaciones propias de la ley N° 19.300 respecto de aquellas resoluciones susceptibles de ser reclamadas judicialmente. Sólo son reclamables judicialmente las resoluciones que se pronuncien sobre la reclamación de una resolución que niegue lugar a una Declaración de Impacto Ambiental o que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental. Otra limitación consiste en que esta vía se reserva sólo para el responsable del proyecto.

Respecto a la titularidad del recurrente, parece acertada dicha limitación toda vez que, a través de la reclamación, se inicia un juicio declarativo en el que el demandante pretende que se establezca su derecho a realizar un determinado proyecto. Sin embargo, éste no ha sido el único camino legal utilizado por los proponentes de proyectos cuando estos han sido rechazados (cabe mencionar que ante la incorporación de condiciones, los proponentes han optado en la mayoría de los casos por asumirlas).

Otra explicación de lo anterior puede estar en el tiempo estimado de resolución para esta vía. Es claro que la acción de protección entrega una solución jurisdiccional más breve que la de la reclamación judicial, que puede tardar años. Estos umbrales temporales son en muchos casos incompatibles con los requerimientos de los proyectos de inversión. La reclamación contencioso-administrativa prevista en el artículo 20 ha sido impetrada en cinco oportunidades por los proponentes de los respectivos proyectos. En tres casos la reclamación se orienta a revertir resoluciones recaídas en Estudios de Impacto Ambiental³ y dos de DIA.

La resolución que niegue lugar a una Declaración o que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, será notificada a todos los organismos del Estado que sean competentes para resolver sobre la realización del respectivo proyecto o actividad”.

³ En el Derecho comparado existen esquemas de mayor participación en esta sede: “El sistema francés, presenta en cuanto a la legitimación colectiva algunas características destacables, como las que recoge la Ley sobre protección de la naturaleza de 1976 que dedica su artículo 40 a definir el papel asociativo en el control de los estudios de impacto. En esta proposición, se establece, de forma genérica, la posibilidad de toda asociación, que tenga por objeto la protección de la naturaleza y el medio ambiente, de utilizar las oportunas instancias ante la jurisdicción administrativa en evitación de cualquier perjuicio que pudiera derivarse para aquél”. J. Rosa Moreno, *Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental*, Ed. Trivium, Madrid, 1993, pp. 114-116.

El recurso de amparo económico ha sido otra alternativa elegida por los proponentes. Éste fue rechazado por no ser pertinente con la materia de la calificación y por ser esta una decisión eminentemente técnica, emitida por organismos con competencia ambiental.

La nulidad de derecho público como acción tendiente a declarar la nulidad de un determinado acto de la administración ha sido una opción elegida por aquellos que se oponen a un determinado proyecto y, por consiguiente, a la resolución que califica, positivamente, ese proyecto. Hasta la fecha se han interpuesto seis acciones de este tipo. Tres oponiéndose al gasoducto GasAndes, una contra el proyecto de la central hidroeléctrica Ralco, dos contra el proyecto de la estación depuradora de aguas servidas de Valdivia y una contra la certificación ambiental de una planta de tratamiento en la Cuarta Región. Si bien el primero de estos juicios se inició en 1996, aún no hay sentencia definitiva en estos procesos.

Nuevamente, la razón de la celeridad es una motivación fuerte para encauzar los conflictos de naturaleza contencioso administrativa a través del recurso de protección.

LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN

Por la trascendencia en la resolución de conflictos ambientales, el recurso de protección merece un tratamiento pormenorizado.

El recurso de protección es, sin duda, el instrumento más utilizado para la impugnación que nos ocupa. Hemos visto que más del 90% de las resoluciones disponibles a la fecha son emitidas en este tipo de procesos.

La consagración del derecho a un medio ambiente libre de contaminación como un derecho humano en la Constitución de 1980, es un elemento que ha dado forma a la experiencia acumulada mediante los pronunciamientos judiciales durante la década pasada. Podemos decir que la especial protección dada en el ordenamiento nacional refleja un serio intento de salvaguardar las condiciones ecológicas del país. Esta innovación constitucional de elevar el derecho al entorno como un derecho fundamental dista de la actitud más conservadora asumida por otros ordenamientos jurídicos modernos que, si bien han optado por consagrar la protección de la naturaleza en sus cartas fundamentales, lo han hecho estableciéndolo como un

principio rector de la actividad del Estado, pero no como un derecho humano⁴. Más notable es, aún, la especial protección de este “nuevo derecho” al dársele una acción constitucional de protección. Cabe hacer notar que la Constitución chilena reservó esta acción para los derechos humanos llamados de primera generación, negándosela a los derechos económicos y sociales de segunda generación, como el derecho a la salud, a la educación o al trabajo. Es decir, estamos frente a un derecho fundamental, generalmente tratado como de tercera generación, que ha sido elevado al rango de primera generación en nuestra Constitución⁵.

Esta configuración del derecho al entorno ha permitido el desarrollo de la jurisprudencia referida a la materia. Sería interesante imaginar el escenario opuesto, es decir, aquel en que no se hubiese consagrado dicho derecho a nivel constitucional o al menos no con dicha jerarquía (como se discutió en su momento al interior de la Comisión Constituyente). Dados los escasos resultados obtenidos por las vías antes mencionadas, podemos concluir que las alternativas de impugnación habrían sido insuficientes para dar reales opor-

⁴ Ver: Vercher Noguera, A., “*Derechos Humanos y Medio Ambiente*”, Revista Claves, Nº 84, julio/agosto de 1988, Madrid, España. pp. 14-21. Shelton, D., “*Human rights, Environmental Rights, an the Right to Environment*”, en Stanford Journal of International Law, vol. 28, Nº 1, p. 106, otoño 1991. Mourgeon, J., “*Les droits de l’Homme*”, PUF, p. 8, París, 1990. Vercher Noguera, A., “*Medio ambiente, derechos humanos e instituciones europeas*”, en Poder Judicial”, 2ª época, Nº 29, p. 103, marzo 1993. Kiss, A., “*Environnement et Développement ou Environnement et Survie*”, en Journal du Droit International, Vol. 118, pp. 266-267. Cullet, Ph., “*Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context*”, en Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 13, pp. 31 y ss., 1995. Sudre, F., “*Droit International et Européen des Droits de l’Homme*”, PUF, pp. 123-124, París, 1989.

⁵ Por las implicancias de establecerlo como derecho humano, otros ordenamientos han optado por normas programáticas. En Argentina la tutela ambiental de la Constitución se integra de acuerdo a Humberto Quiroga Lavié a los derechos de tercera generación, que son aquellos derechos públicos subjetivos cuyo titular es la sociedad o los sectores sociales que en su escala la integran. No se trata, en consecuencia, de una variable de derechos individuales, sino de derechos públicos que la nueva Constitución califica, en forma expresa, como de “incidencia colectiva” (art. 43). La Constitución argentina protege un “ambiente”, es decir, el entorno ambiental del sistema social. No la naturaleza como sistema autónomo, sino en el entorno o ambiente del sistema específico que organiza el hombre: la sociedad. En esto la Constitución argentina ha sido influida por la española, en la medida que ambas protegen el ambiente y no la naturaleza, en el sentido indicado según este autor (art. 45 C.E).

Ver también: Clabot Belloiro, Dino, “*Tratado de derecho ambiental*”, Editorial AD-HOC, 1997; también Lozano Blanco, Carlos, “*La Protección del Medio Ambiente en el Derecho Penal Español y Comparado*”, Editorial Comares, 1997; Gómez Macías, Fernando Luis, “*La Introducción al Derecho Ambiental*”, Editorial Legis S.A., 1998; Solís Tréllez, Eloísa, “*Legislación y Gestión Ambiental en los países Andinos*”, A. Konrad Adenauer-Stiftung 1997; Muñiz Valle, Manuel José y otros, “*La Protección Jurídica del Medio Ambiente*”, Editorial Aranzadi 1997.

tunidades a quienes discrepan del criterio de la autoridad administrativa⁶. Si bien los resultados obtenidos por los recurrentes distan de sus pretensiones, al menos existe la instancia judicial que mediante un proceso breve puede revisar los actos administrativos de término, que autorizan proyectos que pueden perturbar sus derechos al medio ambiente limpio.

La judicialización de los conflictos ambientales en procesos que se extienden por largos períodos produce una peligrosa falta de certeza jurídica tanto para quienes quieren desarrollar un determinado proyecto como para los que se sienten amenazados por el mismo. Señala Huerta, a propósito de la frecuente crítica en relación al tiempo requerido por los procedimientos administrativos de evaluación: *“Queda el tema de las dilaciones introducidas por litigios judiciales, que efectivamente se han planteado en número considerable, pero cabe preguntarse si no hubieran sido mayores las demandas judiciales, si no hubiesen existido estos trámites. Sí debe reconocerse que en las Naciones con notables retrasos habituales en el pronunciamiento de los fallos judiciales, los aplazamientos resultantes pueden ser catastróficos para los proyectos sometidos al S.E.I.A., pero ello es también el caso de los que sin serlo son recurrentes ante los Tribunales”*⁷.

Otra característica de esta vía de impugnación y que puede contribuir al entendimiento del razonamiento judicial tiene que ver con la especial naturaleza del procedimiento administrativo previo,

⁶ La experiencia comparada muestra resultados diversos. La revocación genera en algunos casos la consiguiente responsabilidad de indemnizar para el Estado; Rosa, Juan cita interesantes ejemplos que por su temática reproducimos: “...el control posterior, en concreto en cuanto a la tutela jurisdiccional es de notable relevancia, en este sistema francés, mencionar el control realizado sobre el contenido de la evaluación, el que origina un mayor número de litigios y, por ende, una apreciable cantidad de decisiones tanto del Consejo de Estado francés como de los diversos Tribunales administrativos. En ellas puede observarse un efectivo control al enjuiciarse, con una notable profusión, como sumario o insuficiente el alcance del estudio de impacto aportado, no adecuándose a las prescripciones normativas”. Referente a las decisiones de los Tribunales Administrativos pueden destacarse: T.A de Toulouse, de 24 de enero de 1980 (sobre creación de una Z.A.C), T.A de Montpellier, 19 de mayo de 1981 (sobre apertura de una zona de camping), T.A de Rouen, de 26 de junio de 1981 (sobre procedimiento de autorización de creación de un parque de estacionamiento de caravanas), T.A de Toulouse, de 13 de octubre de 1982 (sobre instalación de concentración de minerales de uranio), T.A de Limoges, 1 de febrero de 1983 (sobre explotación de una mina de uranio), T.A. de Grenoble, 8 de junio de 1984 (sobre explotación de una porqueriza), T.A de Bordeaux, 22 de octubre de 1987 (sobre urbanismo, a propósito de una parcelación), T.A de Strasbourg, de 3 de agosto de 1989 (sobre actividad de vertido de aguas superficiales, derivado de una explotación minera). Rosa, Juan, *op. cit.*, p. 108.

⁷ Huerta Huerta, R., *op. cit.*, p. 567.

que puede resumirse de la siguiente forma: al ser el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental un instrumento de gestión que se hace cargo del principio preventivo⁸, la actividad, supuestamente dañina no se ha iniciado al momento de tener la certificación ambiental (salvo autorización provisoria), por lo que la vulneración a la garantía constitucional está revestida de un grado de “amenaza” y no de una perturbación o privación actual. Sabemos que esta circunstancia hace más difícil conceptuar la lesión al derecho reclamado, sin perjuicio de que, en otras situaciones, sí ha tenido la debida protección.

2.2. Los recurrentes

Por regla general, quienes requieren la intervención de los tribunales respecto de las resoluciones de la CONAMA son los ciudadanos organizados que se oponen a la ejecución de un proyecto productivo o extractivo. Éstos lo hacen mediante la acción constitucional de protección. Salvo unos cuantos casos⁹, la gran mayoría se refiere a calificaciones ambientales de Estudios de Impacto Ambiental y no de Declaraciones. Hemos resaltado el hecho que, del total de impugnaciones con sentencia, casi todas corresponden a la acción constitucional. De estas 32 sentencias, sólo una corresponde a acciones interpuestas por aquellos que desarrollan proyectos de inversión (Hidronor Chile contra Dirección Ejecutiva de CONAMA) y no, precisamente, por rechazar un Estudio de Impacto Ambiental sino en contra de un Ordinario (N° 2657 de 23 de junio de 2000) en que la Comisión Nacional del Medio Ambiente responde consultas del Servicio de Salud¹⁰.

Encontramos, por lo tanto, una clara tendencia en la forma de requerir el pronunciamiento de los tribunales en la temática ambiental a través del recurso de protección. También notamos cierta concentración de asuntos en algunos abogados especialistas en la materia¹¹.

⁸ En relación con el carácter preventivo, véase, entre otros, R. Martín, Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, Volumen I, Editorial Trivium, Madrid, 1991, pp. 93 y siguientes; J. Rosa Moreno, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

⁹ Así en los casos de Rodoviario, Los Andes, Juan Carlos Strello Retamales, Minera Tocopilla, Turbo Generador de Tocopilla.

¹⁰ Fuente: CONAMA.

¹¹ En concreto, del total de causas (con sentencias) seguidas en los tribunales, diez son interpuestas por los abogados Fernando Dougnac y Marcelo Castillo (cinco cada uno). Esto equivale a un 30% del total de asuntos con sentencia.

Desde la plena vigencia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con la dictación del respectivo Reglamento, la principal similitud entre las acciones interpuestas por los proponentes de proyectos y por las organizaciones ciudadanas es haber obtenido sentencia desfavorable en todos los juicios relativos a la impugnación de los actos que nos ocupan¹².

2.3. El acto recurrido

Respecto de las resoluciones que admiten a tramitación los Estudios de Impacto Ambiental y las Declaraciones de Impacto Ambiental y, a propósito de la interposición del recurso de protección, los tribunales se han pronunciado, claramente, por el rechazo de estos recursos ya que son actos de trámite y no actos administrativos terminales y, por lo tanto, sin la capacidad de vulnerar garantías constitucionales¹³.

Respecto de estos mismos actos y, conociendo de una acción de daño ambiental ante el deterioro futuro o contingente de un proyecto, los tribunales estimaron que al estar recién conociendo los órganos de la administración, un proyecto no ejecutado, no podía existir un conflicto de relevancia jurídica entre particulares y la Administración, debido a que lo que se pretendía por parte de los demandantes era sólo “inhibir la acción de la administración”¹⁴.

Situación distinta es la de impugnación de las resoluciones que permiten el funcionamiento de una empresa o actividad antes de estar calificada ambientalmente. En efecto, la autorización provisoria admite este escenario si el proponente dispone de los seguros requeridos para garantizar el resarcimiento de los daños ambientales. En estos casos, es razonable pensar que las acciones sean declaradas admisibles¹⁵.

Sin duda, el acto recurrido por excelencia es la resolución de calificación ambiental que es, precisamente, el acto administrativo

¹² Haremos especial mención del caso “Daisy Benavides Santana y otros contra Director Ejecutivo de la Comisión del Medio Ambiente y Aguas Décima S.A.” Rol CS 89-2000, en que si bien obtienen los recurrentes sentencia favorable no se consigue un pronunciamiento que impida la supuesta lesión del derecho invocado.

¹³ “Juan Carlos Strello Retamales y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente” y “Fernando Dougnac y otros contra Ministro Secretario General de la Presidencia y Director Ejecutivo de CONAMA”.

¹⁴ “Tapia Palma y otros contra Empresa Eléctrica Santiago y otros”.

¹⁵ “Marcos Alvarado Velásquez y otros contra ENDESA y otros”.

que en caso de resolver favorablemente un estudio o una declaración de impacto ambiental da viabilidad y continuidad a dicho proyecto o actividad.

En el caso de los proponentes (y para el evento de un rechazo del proyecto), no es posible analizar sentencia alguna, ya que estas acciones han sido declaradas inadmisibles o bien ha existido desistimiento por parte de los recurrentes¹⁶.

Como veremos, con detenimiento, para la situación en que los ciudadanos, a través de distintas formas de organización, recurren respecto de este tipo de actos, el panorama jurisprudencial no es auspicioso ya que sus requerimientos no han tenido acogida en los tribunales. De los únicos tres casos de revocación de la resolución de calificación ambiental, dos corresponden a iniciativas de impugnación presentadas por parlamentarios¹⁷. En estos casos, la declaración de ilegalidad se fundamentó en que el S.E.I.A. no estaba vigente, toda vez que el Instructivo Presidencial N° 888 del 30 de septiembre de 1993 no tenía la jerarquía suficiente para obligar al proponente para ingresar a este sistema, ya que se consideró que eso implicaba establecer restricciones específicas o condiciones al ejercicio de determinados derechos, esfera privativa de las leyes u otras normas legales de similar rango. Curiosamente, ante la misma situación pero cuando los requirentes eran ciudadanos comunes, la evidente ilegalidad no fue declarada por los tribunales¹⁸.

Entre el 9 de marzo de 1994, fecha de dictación de la Ley N° 19.300 y el 9 de enero del 2000, se han presentado 276 proyectos a través de la modalidad de Estudio de Impacto Ambiental¹⁹. Del estudio de las resoluciones dictadas durante el período, se puede deducir que más de un 10% de las resoluciones de calificación ambiental aprobatorias han sido impugnadas y que menos de un 1% de las resoluciones de calificación ambiental que rechazan un determinado proyecto han corrido la misma suerte.

Es claro que los Estudios de Impacto Ambiental implican, por regla general, proyectos o actividades de una magnitud superior a las Declaraciones de Impacto Ambiental. Poniendo atención en los sec-

¹⁶ Fuente: CONAMA.

¹⁷ Diputado Girardi y Senador Horvath.

¹⁸ "Miguel Stutzin Schottlander contra COREMA X Región; y Hernán Bosselin Correa y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana".

¹⁹ Fuente: CONAMA.

tores productivos implicados en los estudios de impacto ambiental recurridos, notamos una importante actividad jurisdiccional en los proyectos vinculados al sector forestal. El 20% de las resoluciones pronunciadas a la fecha se refieren a impugnaciones de proyectos de este sector productivo²⁰. Sin embargo, menos del 10% de las inversiones, implícitas en los proyectos sometidos al S.E.I.A., corresponden al sector forestal (de los 43.976 millones de dólares del total de inversión, 4.159 millones representan las inversiones forestales). A nuestro parecer, esta falta de equivalencia no se debe, únicamente, a los importantes efectos ambientales implícitos en los proyectos que usan los bosques como insumo, sino que, además, se debe al insuficiente marco regulatorio existente para este tipo de actividad²¹.

2.4. Las resoluciones respecto de otras pretensiones

Aunque no formaban parte de las pretensiones solicitadas por los recurrentes al momento de recurrir de protección, podemos recordar dos aspectos en que las resoluciones les han favorecido indirectamente, a pesar de haber sido rechazada la petición principal, que era obtener la revocación de la calificación ambiental de un determinado proyecto. Nos referimos al plazo para interponer el recurso de protección y a la legitimación para interponer el mismo recurso.

²⁰ Guido Girardi y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII Región, Recurso de Protección Rol 47-96 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Corte Suprema Rol 2732-96; Horvath Kiss Antonio y otros contra Comisión Nacional de Medio Ambiente, Recurso de Protección Rol 3188-96 Corte de Apelaciones de Santiago, Corte Suprema Rol 4658-96; Miguel Stutzin Schottlander contra Comisión Regional de Medio Ambiente de la X Región, Recurso de Protección Rol 7.515-96 Corte de Apelaciones de Valdivia, Corte Suprema, Rol 654-97; Marcelo Castillo Sánchez y otros contra Comisión Regional de Medio Ambiente de la XII Región, Recurso de Protección Rol 46-98 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Corte Suprema roles 1616-98 y 2684-98; Carlos Barahona Bray y otros contra Comisión Regional de Medio Ambiente de la X Región, Recurso de Protección Rol 2.147-98 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Corte Suprema Rol 1137-99.

²¹ En nuestro país aún no existe una Ley del Bosque Nativo, una Ley de las Areas Silvestres Protegidas, ni un cuerpo unitario que regule las especies vegetales amenazadas. Incluso, la institucionalidad forestal y las competencias de los órganos correspondientes son cuestionadas. Véase R. Bertelsen Repetto, Informe en Derecho. "Facultades de CONAF y Contaminación de aguas de un lago", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 N° 3, pp. 549-573, 1992. Por otra parte los vacíos normativos, además de generar inseguridad jurídica en los administrados, dejan a la discrecionalidad de la Administración un ámbito más amplio de decisión, lo que favorece, en caso de no acogerse las observaciones de los afectados, la sensación de desprotección del derecho a un entorno sano.

Respecto del primero de estos aspectos, la jurisprudencia tiende a flexibilizar la interpretación de lo dispuesto en el Auto Acordado sobre tramitación del Recurso de Protección, en el sentido que el momento a partir del cual se cuenta el plazo de quince días es aquel en que el afectado recepciona la resolución de calificación ambiental.

Respecto a la legitimación activa, a pesar de existir jurisprudencia disímil en la materia, todo parece indicar que se impone el criterio manifestado por la Corte Suprema en los recursos vinculados al caso Trillium, al afirmar que el derecho consagrado en el artículo 19 N° 8 es un Derecho Público Subjetivo y, a la vez, un Derecho Colectivo Público. Dicha sentencia discurre por un razonamiento que ha sido reproducido en otras y que otorga legitimidad a determinadas entidades para solicitar el pronunciamiento judicial ante privaciones, perturbaciones o amenazas de dicho derecho²².

Sin embargo, en nuestra opinión, estas aparentes victorias procesales son sólo el reconocimiento de la verdadera entidad del derecho consagrado en la Constitución, lo que sin duda trae aparejados efectos en cuanto a la titularidad de la acción, la adhesión al recurso, y otros no tratados, como la cosa juzgada en este tipo de juicios.

En los otros aspectos, en que se ha requerido un pronunciamiento especial a propósito de la tramitación y resolución de los procesos en la materia, los resultados han sido significativamente desalentadores para los recurrentes, siendo casi unánime el respaldo de los tribunales a la posición sustentada por la autoridad ambiental.

Sin entrar a un análisis pormenorizado, podemos enunciar, a modo de ejemplo, algunos puntos resueltos.

²² Guido Girardi Lavín y otros contra Comisión Regional de Medio Ambiente de la XII Región. Recurso de Protección, Rol 47-96. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. "El derecho a vivir en un medio libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público. El primer aspecto se caracteriza porque su ejercicio corresponde, como lo señala el artículo 19 de la Constitución Política, a todas las personas, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad a través de los recursos ordinarios y el recurso de protección. Y, en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras".

Los tribunales se han pronunciado claramente en el sentido de establecer que es el proponente el que elige la vía a través de la cual ingresa al S.E.I.A.; también han respaldado a la autoridad, al decir que las normas extranjeras a que hace mención la Ley N° 19.300 no son normas jurídicas aplicables en Chile y que los parámetros que ellas definen pueden ser criterios orientadores en los procesos de toma de decisión de la autoridad; igualmente, han coincidido con el criterio de la CONAMA en la legalidad de las autorizaciones provisorias y del criterio restrictivo de interpretación del alcance de lo que se debe entender por “línea de base”, a propósito de proyectos forestales industriales; otro tanto en lo referente a la interpretación administrativa de lo que debe entenderse por “pormenorizadamente”, a propósito del contenido de los Estudios de Impacto Ambiental, que también ha sido respaldada por los tribunales (artículo 2 letra i de la Ley N° 19.300).

Respecto de otras materias con incidencia sustantiva, la autoridad también ha recibido el respaldo jurisprudencial. Así, por ejemplo, en la pertinencia de la evaluación, una vez iniciado el proyecto, las sentencias coinciden con el criterio de la Administración respecto a la procedencia de la misma; también respecto de lo que se debe entender como la “proximidad de las poblaciones protegidas”. Lo mismo ha sucedido al resolver si se han considerado las observaciones de los grupos ciudadanos que se oponen a un proyecto. Similar coincidencia se observa en la modalidad que puede revestir la calificación ambiental (pura o sujeta a condiciones) y en la fuerza vinculante de la resolución de calificación, respecto de los otros organismos de la Administración.

Ahora bien, carecería de rigurosidad afirmar que la permanente y generalizada derrota de los intereses de los grupos organizados ha significado la desprotección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Lo anterior significaría que el sistema de evaluación diseñado para prevenir los daños al entorno no ha conseguido cumplir su papel primordial.

Creemos que esto no ha sido así y que existen algunos elementos para presumir una adecuada función preventiva del sistema, a pesar de sus falencias. Un elemento a considerar en este sentido es que hasta el momento los grupos organizados no han ejercitado la acción por daño ambiental en contra de aquellos proyectos respecto

de los cuales se opusieron judicialmente para revertir la respectiva resolución ambiental. El hecho de existir una aprobación del estudio de impacto ambiental no obsta al ejercicio de la acción ambiental por quienes perciban que existe un daño ambiental significativo. El cumplimiento de la norma, por regla general, no exime de responsabilidad por daño ambiental. Lo anterior no significa que de todos los proyectos impugnados, ninguno haya generado daño ambiental. Lo que sucede es que, al parecer, de existir daño, estos no han sido de la magnitud como para interponer una acción de este tipo.

Respecto del otro titular de la acción ambiental como lo es el Consejo de Defensa del Estado, de veinte de acciones entabladas, sólo una dice relación con un proyecto impugnado ante los tribunales, en la etapa de evaluación ambiental²³.

Respecto a la fiscalización del S.E.I.A, prevista en el artículo 64 de la Ley N° 19.300, de las 39 sanciones aplicadas a los proyectos sometidos a Estudio de Impacto Ambiental²⁴, siete corresponden a proyectos que fueron impugnados²⁵. En la mayoría de estos casos, las empresas han sido sancionadas en más de una oportunidad. Esta alta correspondencia entre proyectos impugnados y sancionados refleja una especial preocupación por parte de los organismos correspondientes, o bien una expedita transmisión de información respecto de las infracciones hacia²⁶ estos mismos organismos, de manera de facilitar su accionar. La innegable relación entre intereses comerciales y ambientales contribuye a este fenómeno.

²³ Fuente: Unidad de Medio Ambiente, Consejo de Defensa del Estado. El caso referido es contra Compañía Industrial Puerto Montt (caso Cascada).

²⁴ Muchas de estas sanciones están en reclamación. Debemos destacar que la suma de las sanciones pagadas no alcanza los 80 millones de pesos, monto insignificante con los más de 44 mil millones de dólares de inversión evaluada. De los 2.028 proyectos ingresados al SEIA desde la publicación de la Ley de Bases del Medio Ambiente sólo 34 proyectos han sido sancionados en el contexto de las facultades de fiscalización de los respectivos servicios, aunque algunos de ellos han sido sancionados en hasta tres oportunidades el mismo proyecto. Sin embargo, el hecho de que sólo el 1,6% de los proyectos sometidos al sistema haya sido sancionado nos llama la atención y nos inclinamos a pensar en que es una tarea pendiente para la administración, cuya real implementación hará más efectivo el conjunto de la legislación de relevancia ambiental en el país.

²⁵ Estas se centran en los proyectos de Nueva Renca, Gasoducto Norandino, Terminal Rodoviario de Los Andes y línea de transmisión Los Piuquenes.

²⁶ Es claramente inconsistente, pero en absoluto reprochable, que sólo el 1,6% de los proyectos sometidos al sistema hayan sido sancionados y que de las sanciones impuestas el 16% correspondan justamente a proyectos impugnados judicialmente.

2.5. La excepción que confirma la regla. El recurso “ganado” por los recurrentes

Hemos indicado que, a nuestro parecer, los éxitos obtenidos por los recurrentes podrían ser considerados como meros espejismos en función de la protección efectiva del derecho impetrado, suponiendo que se hubiesen lesionado las garantías constitucionales... asunto que no consta. En los casos de los parlamentarios Horvath y Girardi, en que se acogieron sendos recursos por no estar vigente el sistema, los titulares del proyecto impugnado regularizaron la situación bajo la vigencia del sistema, obteniendo la calificación ambiental pretendida.

El único caso respecto del cual se podría pensar que existen algunos criterios que difieren de los principios sentados por el resto de la jurisprudencia, es el de *Daisy Benavides contra Director Ejecutivo de CONAMA* (recurso de protección), ya que se interpone durante la vigencia del S.E.I.A. En nuestra opinión, si bien deja sin efecto una resolución de calificación ambiental desestimando por primera vez las argumentaciones de CONAMA, no significa un éxito para los recurrentes. Éstos, un grupo de vecinos de Valdivia que se oponían a la instalación de una “planta de depuración de aguas servidas (EDAS)” próxima a sus viviendas. El plano regulador de la ciudad no admitía plantas de aguas servidas. En un primer momento el SEREMI de Vivienda mediante oficio N° 825 había interpretado, en uso de la facultad que le entrega el artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que dicha planta difería sustancialmente de la actividad descrita como prohibida para el lugar por el Plano Regulador vigente, y que, por lo tanto, podría construirse en el lugar presupuestado. Sin embargo, momentos antes de que se emitiese la resolución que se pronunciaba respecto de la reclamación prevista en el artículo 29, el Ministerio de Vivienda cambia la anterior interpretación en sentido inverso, a través del Ord. N° 1437 de septiembre de 1997, lo que no impide que la Comisión Nacional de Medio Ambiente emita el certificado favorable. Los tribunales, más que analizar si, efectivamente, el derecho invocado se encontraba amenazado, privado o perturbado, acogió el criterio interpretativo del Ministerio respectivo, en contra del parecer de este órgano coordinador, que es la Comisión Nacional de Medio Ambiente. No fue entonces una verdadera protección al derecho del artículo 19 N° 8 sino que, más bien, un análisis de la legalidad del acto recurrido, en función de revertir una posición oficial de interpretación de normas

sectoriales, dando la razón al órgano sectorial legalmente facultado para hacerlo.

Tanto es así que la Administración procedió a modificar el Plano Regulador de la zona, de manera de permitir entre otros objetivos el funcionamiento de la planta, que además se encuentra totalmente construida en virtud de una autorización provisoria. De esta forma la sentencia “acogiendo un recurso de protección” más que asegurar la debida protección del afectado ha revisado la legalidad del acto y al resolver respecto del amparo buscado por los ciudadanos han ordenado la revocación del acto nulo sin calificar si una planta de esas características afecta la garantía invocada. En definitiva, los recurrentes “gananciosos en la acción” no van a percibir cambio alguno respecto de la situación que según su entender les lesiona múltiples derechos. En este tipo de sentencias (donde la Corte dio una mayor relevancia al derecho de propiedad²⁷ de los afectados) podemos notar las características propias del razonamiento judicial en la materia. Entre otras es notable que no se haya hecho explícito que se trata de un conflicto básicamente económico junto a causas ambientales, lo que dificulta una adecuada decisión de la Administración y consecuentemente en el esquema existente, la de los tribunales. De haber acogido el recurso precisamente en la vulneración de los derechos constitucionales, tanto la autorización provisoria como el cambio del plano regulador devendrían en actuaciones nulas y susceptibles de ser recurridas por diversas vías. Otra alternativa era asumir la naturaleza del conflicto y reconocer el derecho a ser indemnizado por parte de los afectados.

3. ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

3.1. El razonamiento judicial y el derecho del artículo 19 N° 8

En el punto anterior hemos anticipado lo que en nuestra opinión es el aspecto crucial en el razonamiento judicial en materia de

²⁷ Para el estudio de numerosas sentencias en que los tribunales han invalidado actos administrativos pronunciándose sobre el fondo de los fundamentos considerados por la autoridad pero siempre referidos al derecho de propiedad (que sí parece ser considerado como un derecho “fuerte”), ver: Arrau Pierry, Pedro, “El Recurso de Protección y lo contencioso administrativo” parte de trabajos publicados en Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso, N° 1, 1977 y N° 14, año 1992.

recursos de protección interpuestos contra los actos administrativos y, en particular, los emanados del S.E.I.A. El análisis judicial frente a los recursos de protección que nos ocupan se centra en la legalidad formal del acto para determinar si el derecho subjetivo constitucionalmente protegido se encuentra lesionado.

Es decir, los pasos lógicos seguidos por los jueces son: 1º) si está la garantía constitucionalmente protegida y 2º) si el acto administrativo es dictado por la autoridad competente en uso de sus facultades.

Sólo en los casos en que el derecho protegido se enfrenta a un acto evidentemente ilegal (como en los tres casos reseñados), el razonamiento discurre en torno al análisis de la arbitrariedad del mismo.

No observamos una especial dedicación a determinar si el derecho se encuentra realmente afectado, sino más bien a si el acto ha sido legalmente dictado. Este aspecto pareciera ser una tarea prioritaria para el tribunal a la hora de conocer un recurso de protección, que tiene por objetivo el restablecimiento del imperio del derecho y la debida protección del afectado²⁸. Es claro que los derechos fundamentales son el fundamento del ordenamiento jurídico, por lo que ante privaciones o amenazas que se ciernan sobre los mismos, el limitar el análisis al control de legalidad significa, como veremos, no dimensionar la verdadera magnitud ni entidad del derecho supuestamente vulnerado. Los tribunales han de analizar prioritariamente si el derecho está o no afectado, si la decisión de la autoridad administrativa se enmarca dentro los límites de la discrecionalidad que le confiere la ley, si la decisión vulnera los elementos reglados del ordenamiento jurídico (incluyendo lo dispuesto en la gran cantidad de Tratados Internacionales suscritos por Chile que tratan estas materias) y, además, si la decisión de la autoridad está razonablemente fundamentada a la luz de las observaciones existentes y los informes técnicos emitidos durante el proceso de evaluación ambiental.

Si bien un razonamiento similar ha fundamentado algunas sentencias de protección respecto de otros derechos amagados, en lo referente a la garantía del N° 8, únicamente hemos percibido un

²⁸ Por otra parte el artículo 19 N° 8 indica que: "Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado".

criterio similar en votos disidentes²⁹, lo que no significa que hayan determinado efectivamente si existe dicha amenaza o no³⁰. El mismo criterio, pero aplicado a la ilegalidad de la conducta recurrida, ha sido el fundamento para acoger numerosos recursos de protección ante atentados al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero siempre entablados contra la actividad desarrollada por una persona o empresa pública o privada que se ha apartado de los márgenes permitidos en la ley. Al respecto, pueden consultarse interesantes estudios académicos en que se tratan pormenorizadamente los criterios jurisprudenciales fundantes de dichas sentencias³¹. Esta jurisprudencia, al ordenar el cese de las conductas atentatorias contra la garantía del artículo 19 N° 8, refleja la pertinencia y utilidad de la consagración del derecho analizado a nivel constitucional, aunque la jurisprudencia respecto de los actos de la Administración sea más compleja de interpretar.

En los fallos analizados se reproduce la idea de que las calificaciones de impacto ambiental son decisiones de carácter técnico que deben ser adoptadas por el órgano correspondiente en uso de sus facultades³². El asunto es saber si realmente dicha decisión vulnera, generalmente en grado de amenaza, el derecho fundamental consagrado.

²⁹ Voto de don Hernán Crisosto en el caso Cascada, en el que se aventura a discrepar del criterio de la administración en cuanto al alcance de lo que debe incluir la línea base.

³⁰ En un caso de autorización de funcionamiento de una feria libre en un lugar no habilitado para el efecto, la Corte Suprema revocó el permiso municipal correspondiente a pesar de estar la Municipalidad facultada para hacerlo. Se estimó que dicho permiso contrariaba el deber de cuidado del medio ambiente que la Ley Orgánica de Municipalidades le encomienda al municipio en su art. 4. RDJ, tomo 84, p. 267.

³¹ Bertelsen, *op. cit.*, pp. 139 y ss., Bertelsen Repetto, Raúl. *Recurso de protección, contaminación*. Informe Constitucional N° 4; Bordalí, Andrés. *El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado ¿qué protege? ¿a quién protege?*, Gaceta Jurídica, año 1999, N° 232, pp. 7 y ss.; *Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y desarrollo sostenible: el acceso a la justicia ambiental en América Latina*, Gaceta jurídica N° 237, año 2000, pp. 12 y ss.

³² Así en el caso Trillium se ha reiterado el criterio mencionado en diversas sentencias, "...no forma parte de su estudio, el pronunciarse sobre las bondades técnicas que presenta un proyecto, que ha sido sometido a la autoridad competente, ni le corresponde referirse a las conclusiones a que hayan arribado los órganos idóneos o expertos sobre la materia en que incide el proyecto, una vez concluidas o agotadas todas las instancias que han sido establecidas por la normativa que regula su quehacer."

"No se puede estimar ilegal ni arbitraria la resolución de un órgano de la administración, en la medida que la recurrida la adoptó dentro de una esfera estrictamente legal y previa ponderación de los elementos de juicio que se le proporcionaron y tomado los resguardos que establece la legislación del ramo".

"Son de carácter técnico cuya resolución escapa a los márgenes de este procedimiento sumarísimo, quedando su resolución entregada al conocimiento de los organismos jurisdiccionales especializados que la citada Ley 19.300 contempla en sus artículos 20 y 29". Tam-

Probablemente el hecho de estar frente a decisiones técnicas complejas, y ante el ejercicio de las facultades discrecionales por el órgano competente, el razonamiento tiende a excluir la calificación de arbitrariedad ante decisiones técnicas ejercidas en conformidad a la ley³³. Sin embargo, es posible que el órgano coordinador ambiental adopte una decisión carente de racionalidad o aparentemente caprichosa si, por ejemplo, otorga un permiso ambiental teniendo a la vista una serie de informes técnicos sectoriales que proponen el rechazo de la misma. Esta fue la situación planteada en los dos casos en que se acogieron los recursos de protección antes de la vigencia del S.E.I.A.³⁴.

Sin embargo, ante situaciones muy similares, la Corte Suprema no estimó arbitrario el pronunciamiento de CONAMA, contrario a los informes ambientales sectoriales. A nuestro parecer, esto se debe a una errada asociación entre decisiones legalmente adoptadas y la razonabilidad de las mismas.

Bertelsen demuestra que en materia ambiental es frecuente que los tribunales no se detengan a tratar adecuadamente lo que él denomina la *doble antijuridicidad requerida* para la procedencia del recurso de protección respecto del derecho consagrado en el N° 8, esto es, que el acto sea arbitrario e ilegal³⁵. El autor reprocha el

bién en que “Juan Carlos Strello Retamales y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII Región”. Recurso de protección, Rol 124-98. Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Y en que “acorde a lo expuesto antes, debe señalarse que será el organismo técnico especializado, en el ejercicio de sus facultades legales privativas, el ente que decidirá en definitiva si es o no correcta la proposición o criterio de la empresa proponentora, lo que hará en base a las actuaciones y previsiones que la normativa ambiental establece”.

³³ “Carlos Barahona Bray y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región”. Recurso de protección, Rol 2.147-98. Corte de Apelaciones de Puerto Montt: “...en el caso de autos, analizados y apreciados los antecedentes acompañados por las partes y los solicitados por este Tribunal, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se concluye que la resolución que ha motivado el presente recurso, no puede ser tachada de ilegal o de arbitraria, pues la recurrida la dictó dentro de sus facultades legales, previa consideración de los elementos de juicio que se le proporcionaron y con los resguardos que establece la legislación del ramo”. “Marcos Alvarado Velásquez y otros contra Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y otros”. Recurso de protección Rol 5099-98. Corte de Apelaciones de Santiago: “...por consiguiente, al haberse ajustado el organismo administrativo a las normas legales y reglamentarias para otorgar la tantas veces mencionada autorización, no ha incurrido en ilegalidad alguna, de suerte que por no concurrir copulativamente en el acto impugnado las exigencias que señala el inciso final del artículo 20 de la Constitución Política de la República, procede desestimar los recursos”.

³⁴ Los conocidos casos de los parlamentarios impugnando los actos del organismo ambiental.

³⁵ “El examen de quince años de jurisprudencia de los tribunales de protección en los casos en que se ha invocado como derecho infringido el de vivir en un medio ambiente libre

hecho que los tribunales hayan optado, en determinados casos, por obviar este requisito de elementos copulativos, al acoger los recursos. Indica que “sea a través de una consideración poco rigurosa de la arbitrariedad, estimada como sinónimo de voluntariedad, o incluso prescindiendo de toda referencia a los dos reproches enunciados en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política, el recurso de protección en materia de medio ambiente, en este punto, prácticamente no se diferencia del mismo recurso cuando se basa en derechos diferentes al del N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental”.

Respecto de lo anterior, creemos que la prescindencia de la doble antijuridicidad es acertada. Frente a un conflicto de intereses entre particulares, el ejercicio caprichoso, carente de justificación y, por qué no decirlo, eventualmente abusivo, no puede ser un comportamiento amparado por el derecho, menos aún si dicha conducta lesiona un derecho constitucionalmente consagrado. Tampoco el proceder de la Administración puede revestir este carácter.

La idea de la discrecionalidad de la Administración limita precisamente con la toma de decisiones razonadas. Por lo tanto, los actos desprovistos de un razonamiento coherente o insuficientemente fundado³⁶ pueden ser impugnados si lesionan garantías fundamentales aún cuando el órgano esté facultado para dictarlos. Lo que el ordenamiento jurídico permite al órgano competente es la dictación de la resolución, no que esta sea voluntariosa. Algunas sentencias relativas a otras materias parecen coincidir con este planteamiento³⁷.

de contaminación, muestra que los requisitos más exigentes establecidos por la Constitución no han tenido el efecto limitativo que, en ocasiones, se han enfatizado, principalmente la doble exigencia de antijuridicidad que debe concurrir simultáneamente en la acción contaminante –ilegalidad y arbitrariedad– ha sido superada por los tribunales.” Bertelsen, *op. cit.*, p. 173.

³⁶ Recordemos que la función primordial del Estado se focaliza al mejoramiento de bienestar de los ciudadanos, es una actividad de servicio. Así el art. 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado señala: “La Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

La Administración deberá desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

³⁷ En East Fernández, Alberto con Ministerio de Relaciones Exteriores y Contralor General de la República: “Un acto u omisión será arbitrario, conforme lo establece el diccionario de la Real Academia Española en la acepción aplicable a lo analizado, cuando incluye

En este punto coincidimos con Soto al decir que "...los actos de los órganos del Estado y especialmente los actos administrativos, para nuestro análisis no deben ser arbitrarios, ya que la arbitrariedad constituye un vicio del acto que, en la medida que afecta un derecho fundamental, sea en grado de amenaza, perturbación o privación, del agraviado, otorga el derecho a deducir la acción de amparo general ("protección", vulgarmente), la cual, de ser acogida, significará dejar sin efecto el acto arbitrario, por sentencia judicial (art. 20 inciso 1°)"³⁸. Por lo tanto, los actos administrativos infundados y caprichosos *per se* vulneran el ordenamiento jurídico y es deber de los tribunales enmendar dicha conducta para restablecer el imperio del derecho. La supuesta doble antijuridicidad, entonces, no opera por un inapropiado tratamiento por parte de los tribunales, sino precisamente por lo contrario: una adecuada interpretación constitucional de los derechos fundamentales³⁹.

arbitrariedad y, ésta es, al decir del mismo diccionario, todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictada sólo por voluntad o capricho. Es decir, debemos partir del hecho de que lo arbitrario es contrario a derecho, puesto que la finalidad del recurso de protección es precisamente el restablecimiento del imperio del derecho y que tal contradicción es la consecuencia de un acto u omisión tomados por la voluntad no gobernada por la razón sino por el apetito o un capricho o un deseo sin motivación y fuera de las reglas ordinarias y comunes.

Para que un acto administrativo sea arbitrario, en consecuencia se debe comprobar que él ha sido ejercido de un modo caprichoso y alejado de las condiciones previstas por la ley para asegurar la finalidad de obtener el bien común, que ha sido, en suma u acto u omisión carente de razonabilidad", citado por Jaime Arancibia Mattar. *Revista de Derecho Público*, N° 60, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1996.

³⁸ Soto Kloss, Eduardo, "La noción del acto administrativo en el Derecho Chileno". *Revista de Derecho Público*, N° 60, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1996.

³⁹ A una conclusión similar llegan Sierra, Lucas y Varas, Juan Andrés en el interesante trabajo: Derecho subjetivo y problema ecológico. Tesis de grado 1991. "Pues bien, como se observa, supuesto que se concluye que la acción cuestionada está prevista en una norma -por lo tanto, provista de respaldo normativo-, se considera, como consecuencia, que no puede ser calificada de arbitraria o ilegal. Con esta sola conclusión, los jueces niegan lugar a la pretensión que envuelve el recurso. Explicita sintéticamente y de modo muy enfático este aserto la resolución del ya citado caso "Jaras Barros": "Que, en las condiciones expuestas, no puede acogerse el recurso en estudio, por cuanto de lo expuesto en las motivaciones precedentes, se infiere que el Director de Obras Municipales de la I. Municipalidad de La Reina obró conforme a sus facultades, oyendo al organismo técnico adecuado y cerciorándose del cumplimiento de las normas reglamentarias imperantes en la materia" (considerando 6°).

Si, por el contrario, los jueces estiman que la acción cuestionada no aparece estar sustentada por la normativa -es decir, respaldada por alguna ley o reglamentación-, sólo entonces dirigen su atención a la garantía constitucional supuestamente vulnerada. Se preguntan, ahora, cuán afectado resulta el derecho invocado. De concluir que la garantía acusa interferencia, se imputa ilegalidad o arbitrariedad al acto que la causa, y se acoge el recurso.

3.2. Las causas del razonamiento judicial observado

En síntesis, podemos concluir de la jurisprudencia existente hasta la fecha que el fundamento principal para desechar las pretensiones de los recurrentes ha sido el apego a la legalidad del acto administrativo de calificación ambiental y la inexistencia de una decisión notoriamente caprichosa por parte de la autoridad con competencias ambientales. La fuerte unanimidad de las sentencias al respaldar la legalidad del acto recurrido produce la consecuente sensación de desprotección por parte de quienes recurren ante la justicia solicitando enmendar una situación que estiman agravante.

En nuestra opinión las causas que explican esta situación pueden resumirse en las siguientes:

3.2.1. *La entidad del derecho invocado*

La interpretación judicial de los preceptos constitucionales aún no logra definir claramente la real entidad del derecho a vivir en un medio libre de contaminación. Quizás un primer paso en el reconocimiento de la verdadera naturaleza del mismo esté dado por el reconocimiento que hace la Corte Suprema al analizar la legitimación activa, de que se trata de un derecho público subjetivo.

A lo anterior habría que agregar que dicho derecho está conceptualizado jurídicamente en nuestro ordenamiento jurídico como un "derecho subjetivo fuerte", siguiendo la conocida diferenciación de Dworkin en "Los Derechos en Serio", entre los derechos fundamentales de aquellos meramente declarativos, carentes de protección.⁴⁰ Los derechos "fuertes" o "en serio" son oponibles a todo acto de autoridad o persona; "se supone que los derechos constitucionales que llamamos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión, representan derechos en contra del gobierno en el sentido fuerte; esto es lo que da sentido al alarde de afirmar que nuestro sistema jurídico respeta los derechos fundamentales del ciudadano"⁴¹.

⁴⁰ Argumentación aplicada para el problema ecológico en Sierra, Lucas, *op. cit.*

⁴¹ Dworkin, Ronald, "Los derechos en Serio", Ariel, Barcelona 1984. También en: Hart, H., "El concepto de Derecho". Ed. Abeledo-Perrot, 2ª ed. 1977; Hohfeld, Wesley, "Conceptos Jurídicos Fundamentales". Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968; Rawls, John, "Teoría de la Justicia". Fondo de Cultura Económica. México, 1979; Villey, Michael, "Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo", Ediciones Universitarias Valparaíso, 1976. Todos en Sierra, Lucas, *op. cit.* Ver también: Ross, Alf, "Sobre el Derecho

¿Permite la experiencia recabada en la materia afirmar esta premisa para el caso chileno respecto del derecho a un medio ambiente libre de contaminación? Una primera aproximación a la experiencia judicial nos parece decir que si bien es reconocido, su ponderación no ha tenido la misma entidad en las sentencias comentadas. Sin embargo, es indudable, como hemos señalado, que el derecho garantizado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución es un derecho fundamental fuertemente protegido, toda vez que está enunciado como derecho fundamental⁴², dotado de recurso de protección y en un contexto constitucional decididamente orientado al reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales (artículo 1°, inciso 5°, artículo 19 y artículo 20, entre otros)⁴³. No es siquiera impensable acudir a los criterios elementales de interpretación constitucional^{44, 45} (siempre en favor de los derechos fundamentales), ya en

y la Justicia". Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997, en especial el capítulo VI respecto de los derechos subjetivos y en especial el epígrafe XXXVI respecto de la aplicación del concepto de derecho subjetivo en situaciones que denomina típicas; Alexey, Robert, "Teoría de los Derechos Fundamentales". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Para nuestro análisis es interesante el tratamiento del "concepto de derecho a protección" p. 435 y ss; Nino, Carlos Santiago, "Derecho, Moral y Política, Una revisión de la Teoría General del Derecho". Ariel Derecho. Barcelona, 1994. Cap. 3.

⁴² Parte de la doctrina ya lo calificaba como un derecho subjetivo antes del reconocimiento constitucional. También se resalta la importancia del control judicial de los actos de la Administración en la materia: "Una segunda posibilidad sería la de exigir que el demandante, si pudiéramos así llamarlo, invoque un derecho subjetivo violado por el acto u omisión administrativa ilegal. De este modo, el reclamante tendría que demostrar que el acto u omisión atenta contra un derecho del cual es titular.

La labor de éste será decisiva para el desarrollo de lo Contencioso Administrativo en todos sus campos y especialmente en el derecho del entorno. Por muy perfecta que sea la legislación que se dicte al respecto, el papel del juez será primordial. De él dependerá que la actividad administrativa quede verdaderamente bajo control jurisdiccional." Pierry Arrau, Pedro, "El Derecho del Entorno y lo Contencioso Administrativo", comunicación presentada en el Primer Congreso de Derecho del Entorno, Universidad Católica de Valparaíso, 1977.

⁴³ Soto Kloss, Eduardo, "El Recurso de Protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: su contenido esencial", *Gaceta Jurídica*, enero 1993, N° 151, pp. 22-27.

⁴⁴ Al respecto y siguiendo a Linares Quintana, Zúñiga Urbina, Francisco O., "Tendencias Contemporáneas en la Interpretación Constitucional", en "*Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*", Conferencias y Ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991. Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, noviembre 1992, p. 293.

⁴⁵ Esta especial naturaleza de los derechos fundamentales explica la procedencia de la acción restando aún vías administrativas de impugnación. La protección no puede quedar al arbitrio de la ley: "Atento a ello la vía excepcional del amparo, de acuerdo a las precisiones de la legislación infraconstitucional, resulta admisible cuando: a) no existan recursos o remedios y b) cuando éstos no permitan obtener la protección del derecho constitucional. No resulta suficiente entonces, ya de acuerdo con sus disposiciones, la coexistencia de una vía procesal (cualquiera sea ésta) para rechazar un pedido de amparo; era preciso considerar, en su caso, la

el texto de la Carta Fundamental aparece como incuestionable la real voluntad del constituyente. Lo anterior no puede sino tener importantes consecuencias jurídicas que van desde el análisis de constitucionalidad de las normas que puedan vulnerar dicho derecho, al estudio del verdadero alcance de los tratados internacionales que versen sobre la temática ambiental⁴⁶, y evidentemente la correcta ponderación en los criterios empleados en las resoluciones judiciales respecto de la entidad de este derecho en nuestro contexto constitucional.

Pensamos que la progresiva internalización de este concepto contribuirá a enriquecer el razonamiento implícito en estos casos para, en definitiva, asumir que efectivamente se le ha reconocido como un derecho inherente a la naturaleza humana, anterior y superior a los parámetros reglados por el ordenamiento vigente.

3.2.2. *El principio de la legalidad de los actos de la administración*

Resulta evidente que, salvo las excepciones anotadas, la tendencia respecto del análisis de la procedencia de medidas cautelares pasó por el estudio de la legalidad⁴⁷ del acto. Este es un paso necesario mas no suficiente para determinar el grado de privación, perturbación o amenaza del derecho invocado. Es decir, el hecho de haber sido legalmente dictado el acto cuestionado no es más que una presunción de que no es atentatorio contra la garantía invocada.

operatividad de tal vía para paliar los efectos del *acto lesivo o, en las palabras de la ley, para lograr* "la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate". Véase, J. Sarmiento García y Otros, *Protección del Administrado*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 150.

⁴⁶ Al respecto nuestro trabajo "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho humano y su protección a partir de los tratados internacionales suscritos por Chile", *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, vol. 2, diciembre 2000.

⁴⁷ El alcance restrictivo del concepto de legalidad no es invocado en la doctrina. Incluso quienes plantean una posición que limita la discrecionalidad judicial en torno a las competencias de la administración admiten una concepción amplia: Hay violación de la ley cuando una decisión es contraria a la norma de derecho, entendiéndose por tal a todos los elementos constitutivos de la legalidad que conforman el llamado bloque legal: Constitución, ley formal, reglamento, etc. Entre estas normas de derecho positivo la doctrina ha considerado como formando parte de la legalidad a los principios generales del derecho, que por ser elaboración jurisprudencial nosotros los ubicamos entre aquellos medios de que el juez dispone para controlar la discrecionalidad. Pierry Arrau, Pedro, "*El Control de la Discrecionalidad Administrativa*", trabajo presentado en los XII Jornadas de Derecho Público año 1983 y publicado en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Chile y Católica de Valparaíso*.

Pero esta no es una característica del proceder judicial privativo de esta materia, sino que constituye una constante en el razonamiento judicial nacional⁴⁸. Es más, los fundamentos de dicha percepción de certeza, verdad, objetividad y legalidad radican en la concepción del legislador racional, capaz de prever los efectos de las normas y que al momento de elaborar la norma evalúa los óptimos sociales deseados en base a los derechos involucrados. Coincidimos con Peña en este punto al afirmar: “Una de las características básicas de un sistema de administración de justicia, es que constituye un sistema donde las decisiones se adoptan en base a reglas públicas y preexistentes. Uno de los ideales del constitucionalismo clásico y la codificación –a cuyo amparo se gestó el sistema legal chileno– es que las decisiones jurisdiccionales se adoptan en base a razones justificatorias que no pertenecen a la autonomía o a la discreción del juzgador, sino en base a razones justificatorias provenientes del derecho legislado, el que, a su turno, es fruto de la voluntad autónoma elaborada mediante el debate y el voto.”

Ese sometimiento de los jueces y sus decisiones a una racionalidad pública preexistente equivale a uno de los ideales morales que subyacen en los primeros proyectos de modernización del Estado Nacional en América Latina. La “necesidad de fundar las sentencias” –para usar aquí el título de un artículo de Bello publicado en *El Araucano*– posee el sentido moral de explicitar las razones de la decisión a fin de poder controlar, por parte del público y del litigante, esa misma decisión⁴⁹.

⁴⁸ Barros, Enrique, Bascuñán Antonio y otros. “La Cultura Jurídica Chilena”. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1988.

⁴⁹ Peña, Carlos, “Hacia una caracterización del Ethos legal: De nuevo sobre la Cultura Jurídica” en: Squella Narducci, Agustín, “Evolución de la Cultura Jurídica Chilena”. Febrero de 1994. Centro de Promoción Universitaria, 1994, pp. 36 y ss. Por exceder los límites de este estudio pero atendida la relevancia del estudio del razonamiento judicial chileno reproducimos la documentación recopilada por Peña, que refleja el esfuerzo de la doctrina nacional por estudiar el tema. Obviamos la agrupación ideológico-institucional hecha por Peña. De esta manera destacamos: González Pino, Miguel, “Estudio sobre la Competencia Práctica de la Corte Suprema”. Nº 68, noviembre de 1990. “Puntos de Referencia “Valenzuela Somarriva, Eugenio. “Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema. Nº 139, septiembre de 1990, *Documentos de Trabajo*. Valenzuela Somarriva, Eugenio, “Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema. Ambito de su Competencia en la Práctica y Funciones de sus Ministros en otros Organismos”, *Revista Estudios Públicos* Nº 40, Primavera de 1990, pp. 137-169. Proposiciones para la Reforma Judicial”. Comisión de Estudios del Sistema Judicial Chileno, CEP, Santiago, 1991, 398 pp. Ruiz-Tagle Vial, Pablo, “Análisis Comparado de la Fundación Judicial Chilena”. *Revista de Estudios Públicos*, Nº 39, Invierno de 1990, pp. 131 - 162. También en un resumen esquemático, ver “Puntos de Referencia”, CEP, Nº 41, enero 1990, *La Cultura Jurídica Chilena*. Squella, Agustín Editor, Barros, Bascuñán, Cea, Correa, Cumplido, Lavados y Squella.

Refuerza lo anterior la idea del Estado democrático como la fuente que legitima el proceso normativo. Éste canaliza la voluntad general a través de las leyes. Pero precisamente la idea de derechos fundamentales radica en la capacidad para asegurar a los individuos las garantías que les son inherentes, independientemente de la voluntad de la mayoría y, por lo tanto, superiores a ésta. Por lo anterior, el análisis de legalidad es insuficiente al momento de analizar la vulneración de un derecho fundamental. Existen, sin embargo, algunos pronunciamientos judiciales que apuntan en la dirección que hemos esbozado⁵⁰.

Una de las características del derecho ambiental es precisamente el ser eminentemente evolutivo. Los cambios tecnológicos y el progreso del conocimiento científico originan un permanente cuestionamiento sobre la certeza de la regulación actual. Permanentemente se descubre que lo que ayer era aceptado como un método productivo (uso de asbestos, harinas cárnicas para consumo animal, pesticidas, etc.), hoy puede dar origen a múltiples perjuicios para el

Corporación de Promoción Universitaria (CPU), 1ª ed., 1988, 159 pp. Squella Narducci, Agustín y otros, "Objetivos de la Capacitación Judicial". *Documentos de Trabajo* N° 16/89, junio de 1989. De Pujadas, Gabriel, "Metodología de la Capacitación Judicial", *Documentos de Trabajo* N° 17/89, junio de 1989. "Escuelas Judiciales: Antecedentes para un Estudio de Derecho Comparado". *Documentos de Trabajo* N° 12/91, mayo de 1991. Corporación de Promoción Universitaria. Proyecto de Capacitación, Formación, Perfeccionamiento y Política Judicial, Documentos y Materiales, Tres Tomos, CPU, 1990 el I y 1991 el II y el III. Martínez Gaensly, José, "La investigación Penal en Chile. El caso de José Randolph Segovia". *Documentos de Trabajo*, N° 15.788, octubre de 1988. Ríos A., Lautaro, "El poder Judicial Chileno y la Violación de los Derechos Humanos. Situación Actual y Proposiciones". *Documentos de Trabajo* N° 27/89, octubre de 1989. Squella *et al.*, "La Naturaleza del Razonamiento Judicial", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 2; Carrió y otros, "Formación y Perfeccionamiento de los Jueces", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 8; De Ramón, A., "La Justicia Chilena entre 1857 y 1924", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 12; Riego, C., "La Prisión Durante el Proceso Penal en Chile", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 16; Barros *et al.*, "Razonamiento Judicial: Verdad, Justicia, Ley y Derecho", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 18.

⁵⁰ Así el voto disidente (Sr. Enrique Correa Labra) del fallo de 1986 "Soto Davison y Otro con Director Nacional de Aguas" señala: "Que la declaración de improcedencia del recurso, no constituye un pronunciamiento sobre el derecho discutido en el recurso de protección —el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación— pues aquella decisión tiene el único alcance de establecer que los peticionarios no han tenido la facultad procesal para solicitarlo, desconociéndoles el derecho de accionar, sólo porque la resolución impugnada no es "arbitraria ni ilegal". Pero en el recurso no se discute la ilegalidad o arbitrariedad de la resolución —actividad de la dirección General de Aguas (...) sino que la acción entablada se basa precisamente en los efectos de dicha resolución—, actividad que va a producir o produce la contaminación de las aguas del río Bío-Bío, y por eso infringe el artículo 19 N° 8° de la Constitución (.....) Pero, el fallo no se pronuncia sobre el derecho mismo que se ejercita e invoca en la acción o recurso entablado, toda vez que nada resuelve sobre la contaminación que fue propuesta justamente para ser decidida. Desprecia el derecho subjetivo ejercitado (.....)" (considerando 5°).

hombre. Es evidente que hoy en nuestro país existe normativa sectorial que está obsoleta y que es insuficiente para cubrir las necesidades actuales. Además, aún persisten importantes vacíos normativos (junto a los mencionados para el sector forestal, podemos enunciar la ausencia de una legislación de sustancias químicas y una de residuos peligrosos). Por lo anterior, el análisis de legalidad debe complementarse con el análisis de la razonabilidad de la norma, dada la información disponible.

3.2.3. *La discrecionalidad*

Íntimamente relacionado con lo anterior, está el principio de la discrecionalidad judicial y la discrecionalidad de la Administración. Probablemente un elemento que inhibe la tarea judicial respecto de este punto es precisamente la voluntad de no pronunciarse sobre materias técnicas radicadas en organismos especializados. Sin embargo, mediante este razonamiento se ejerce una discrecionalidad quizás mayor: no analizar los efectos del acto recurrido que causa el agravio, sino la validez legal del mismo. Existe unanimidad doctrinaria en que la discrecionalidad de la Administración está limitada por la observancia de las garantías fundamentales y que el control judicial debe velar por el respeto de las mismas⁵¹.

Se podría pensar que estas razones implican una crítica a la labor judicial en función de la protección del derecho al entorno. Esto es sólo parcialmente cierto. Creemos que las deficiencias anotadas, aunque si bien pueden ser subsanadas desde ya, se potencian con la existencia de un procedimiento administrativo previo con altos grados de discrecionalidad por parte de la Administración, lo que favorece la judicialización del conflicto.

⁵¹ Así en Pierry Arrau, Pedro, en "El Control de la Discrecionalidad...". "Existen otros casos, sin embargo, en que la apreciación de la oportunidad hecha por el juez parece tener fundamento, especialmente en lo tocante a las restricciones a las libertades públicas. El juez podría determinar que un acto administrativo es ilegal señalando que la autoridad apreció erradamente los hechos y que éstos no justificaban la medida tomada. Quizás el juez, tratándose de derechos fundamentales, debe reconocerse competente para traspasar la frontera del control de la legalidad y entrar al control de la oportunidad de la medida". También en: Delgado Caldera, Hugo, "Límites Constitucionales de la Discrecionalidad Administrativa", *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, año 1989. "Las potestades discrecionales (otorgadas por la ley) no pueden tener validez alguna cuando aquéllas sobrepasan o desbordan la Constitución Política de la República, peligro que se hace efectivo cuando el ejercicio de una atribución discrecional, que ha sido conferida por la ley, atropella o desconoce la esencia de las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas."

Durante el proceso de evaluación ambiental no se garantiza que la solución final será fruto de una real ponderación de los perjuicios y beneficios de los derechos involucrados. Quienes se oponen a un determinado proyecto no saben el camino que tomarán sus observaciones al momento de ser ponderadas. No existe procedimiento que regule la entidad técnica que debe evaluar las observaciones. No existen reglas para definir asuntos relevantes, como si eventualmente las aprensiones de los ciudadanos ameritan un estudio especial, la importancia de la opinión de los directamente afectados, etc.

Parece útil estudiar la posibilidad de contar con lo que en el sistema norteamericano se ha denominado guías metodológicas públicas, para ponderar la opinión de la ciudadanía. Quienes se han opuesto a una iniciativa o a un proyecto requieren que se les demuestre la falsedad de sus temores, o bien que se acredite el mejoramiento generalizado alcanzado mediante la nueva actividad con el menor perjuicio posible para sus intereses. Para obtener una resolución fundada adecuadamente es recomendable contar con un informe de entes independientes a la administración durante el proceso de evaluación. Esto se logra mediante equipos de expertos listados y a través de la transferencia de fondos de la Administración Central hacia las universidades, con el objetivo de apoyar a los grupos de ciudadanos en la elaboración de sus observaciones⁵². Mientras más fundamentada esté la resolución de la administración y más exitoso haya sido el proceso de participación ciudadana, existirá una mayor aceptación de la solución final. De iniciarse la impugnación judicial, el tribunal dispondrá de mejores instrumentos para analizar el fondo del asunto.

Respecto a la impugnación en sede administrativa de la resolución, sea ésta de alzada o de reposición, existen pocas razones por las cuales los recurrentes deban radicar en esta sede sus esperanzas de revertir la situación inicial. La norma es que los superiores jerárquicos ratifiquen las decisiones de los órganos competentes. En el marco de las resoluciones del procedimiento de evaluación ambien-

⁵² Una opción menos utilizada es la mencionada por Rosa, Juan: Por otro lado, el modelo adoptado en los Países Bajos presenta una singularidad importante. Nos referimos a "la creación de una comisión para la revisión de los estudios de impacto, órgano que si bien se halla integrado de manera idónea, por expertos independientes, sus funciones se circunscriben a emitir, por escrito, a la autoridad competente su parecer sobre los condicionantes ambientales a tener en cuenta en la decisión, pero su relevancia no va más allá, no conlleva ningún efecto de vinculación, más que el de la motivación, sobre la resolución definitiva y sustantiva del procedimiento". *Vid.*, J. Rosa Moreno, ... *op. cit.*, pp. 138-139.

tal existe sólo un caso en que al acoger un reclamo a base del artículo 29 la Dirección Ejecutiva ha revertido el acuerdo de una COREMA⁵³.

La alternativa de adecuados procedimientos contencioso-administrativos según el esquema tradicional de los mismos tampoco parece idónea para la resolución de estas contiendas⁵⁴. Las restricciones del artículo 20 y las limitaciones propias de estos procedimientos en nuestro país, en referencia a la duración de los mismos, hacen presumir que no es la sede apropiada para resolver estos asuntos.

En todo caso, si bien existen ordenamientos donde el diseño de esta instancia admite la participación de terceros interesados, junto con un período probatorio, lo cierto es que la tendencia está por obviar el procedimiento contencioso-administrativo en aquellos casos en que un acto administrativo afecte garantías fundamentales.

La idea de la celeridad de la resolución mediante el procedimiento de protección es otro factor que contribuye al escenario analizado⁵⁵.

En este sentido, es importante facilitar a la judicatura los elementos necesarios para conocer el fondo del asunto. La Ley N° 19.300 dispone que existirá una lista de peritos, pero debido a la ausencia de Reglamento, este instrumento no está operativo. Este es

⁵³ Nos referimos a la resolución N° 093/200 del 20 de septiembre 2000, que rechaza la utilización de petcoke para la Central Guacolda.

⁵⁴ Así Ortega Alvarez, Luis, "El control interno y órganos constitucionales de control no jurisdiccional", en *Manual de Derecho Administrativo* con Parejo Alfonso, Luciano, señala: "Conforme a la práctica que ha desarrollado la Administración, no sólo son mayoría de resoluciones negativas, sino que es frecuente el amparo en el silencio para dilatar la resolución judicial definitiva, lo que hace que los recursos administrativos se presenten como una carga para poder acceder a la tutela judicial. De hecho, el propio legislador, al abordar una materia especialmente sensible a efectos de dicha tutela judicial, como son los derechos fundamentales, ha prescindido de la vía previa administrativa, como requisito de acceso. Así, el artículo 7 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona establece en su apartado primero que "para la interposición de estos recursos no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo".

⁵⁵ Algunos procedimientos de impugnación sectoriales se han estructurado sobre la base de un procedimiento más ágil. Así la Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles establece un procedimiento especial ante la Corte de Apelaciones: "Artículo 19.- Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante. Si la resolución afectare a más de una persona o entidad, cuyos domicilios correspondieren a territorios jurisdiccionales de diferentes Cortes, será competente para conocer de todas las reclamaciones a que haya lugar aquella que corresponda al domicilio de la autoridad que haya expedido el acto administrativo reclamado."

un elemento que, junto a los cambios en el procedimiento administrativo, contribuirían a optimizar el sistema de evaluación e impugnación existente. En todo caso, la posibilidad de suspender los efectos del acto en estos casos parece una alternativa interesante si la situación lo amerita⁵⁶.

3.2.4. *Eventualidad del daño*

Hemos indicado que, junto con reconocer la Constitución chilena un derecho de tercera generación, le otorgó una especial acción de protección. Además, hizo procedente dicho recurso para el evento de que este fuese “amenazado”, lo que no es la regla general, incluso para los derechos fundamentales más elementales⁵⁷. Sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia han destacado la importancia de la procedencia del recurso ante estas situaciones⁵⁸.

⁵⁶ “La suspensión que en ella se contempla es la misma a que nos hemos venido refiriendo hasta ahora, es decir, la suspensión como medida cautelar dirigida a evitar los perjuicios que de la ejecución de un acto emanado de una Administración se pueden irrogar. La necesidad de compaginar el principio de ejecutividad inmediata de los actos de los poderes públicos (en expresión de la propia ley) y la defensa de los derechos e intereses de los particulares afectados que reaccionan frente a los mismos solicitando la tutela jurisdiccional, es lo que ha dado lugar, como ya ha quedado explicitado, a la necesidad de articular mecanismos que salvaguarden estos segundos, sin merma del cumplimiento de los fines a que están llamados los primeros”. E. Osorio Acosta, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 96.

⁵⁷ Si el recurso se ejerce respecto de la legalidad del acto la amenaza sería aún más difícil de justificar. Así, Sarmiento García es de la opinión que “la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora. No resulta procedente para *impedir daños futuros*, sino para corregir vicios de legalidad de actos administrativos concretos”, *Vid.*, J. Sarmiento García y otros, *op. cit.*, pág. 152.

⁵⁸ Respecto a proyectos de ley que amenacen el ejercicio del derecho de propiedad: “Nosotros hemos estimado, en cambio, que el recurso de protección es procedente directamente contra los actos administrativos, sin que sea necesario en que aquellos que requieran de actividad material su ejecución, basándonos para ello en el texto constitucional que menciona el término “amenaza del legítimo ejercicio”. El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 8 de agosto pasado declaró inadmisibles el recurso, después de señalar en su considerando séptimo: “debemos suponer que la inconstitucionalidad que cree ver en ese proyecto va a ser compartida no sólo por los poderes colegisladores sino también por el Tribunal Constitucional, todo lo cual aleja el temor cierto y razonable de que hace referencia en el fundamento anterior”.

A pesar de la gravedad que encierra una afirmación semejante en un fallo judicial, lo más trascendental de la sentencia que comentamos está en el considerando tercero que enfáticamente declara que no puede aceptarse la posición del Poder Ejecutivo en cuanto que es impropio el recurso contra un proyecto de ley ... “nadie ni aún a pretexto de ejercitar potestades propias y privativas de los otros poderes del Estado, en sus actos, puede inhibir a este Tribunal para que dé cumplimiento al mandato constitucional de resguardar los derechos amparados con el recurso, restableciendo el imperio del derecho y dando la debida protección al afectado”... Pierry Arrau, “El Recurso de Protección...”, *op. cit.*

La propia estructura de los procesos productivos actuales nos hace vivir en permanente amenaza que se cierne sobre nuestro entorno y nuestra existencia. La íntima relación entre ambos es la razón más invocada para dar protección constitucional a este derecho.

Acreditar una amenaza, especial, distinta y superior a la que experimentamos diariamente mientras sabemos que respiramos partículas dañinas o que por los mares y calles transitan productos altamente tóxicos, es tarea compleja. Por otra parte, los mecanismos de certificación ambientales internacionales son barreras al comercio, lo que constituye un impulso adicional para que las empresas modifiquen sus procesos productivos haciéndolos más amigables con el medio. La iniciativas productivas suelen incorporar entonces tecnología avanzada que minimiza los efectos ambientales. De todas formas, son estos umbrales de certeza los que deberían ser analizados por el juez al momento de decidir en la materia.

3.2.5. *Consideraciones económicas*

Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la calificación ambiental es un acto administrativo que permite al proponente iniciar un proyecto de inversión. De ésta emanan derechos que son oponibles a terceros. La revocación de la calificación implicará la privación o perturbación de otro derecho protegido.

Pero no sólo existe un derecho del particular que tiene la iniciativa de desarrollar una actividad, sino que la magnitud de los proyectos hace necesario que se incorporen elementos económicos en los fundamentos de la decisión final. Recordemos que el derecho a desarrollar una actividad económica y el derecho de propiedad también son derechos de los llamados “fuertes” en la Constitución chilena. Es decir, puede un tribunal comprobar que el derecho al medio ambiente libre de contaminación está amenazado, pero, al mismo tiempo, no revocar el acto de certificación ambiental. Debe evaluar los efectos positivos en términos económicos y sociales del proyecto involucrado respecto del daño esperado.

Lo anterior, junto a la consideración de los derechos del proponente, puede ser disonante con los criterios explícitos del razonamiento judicial, pero en más de una oportunidad han sido el fundamento que da continuidad a un determinado proyecto⁵⁹. Mientras

⁵⁹ “Las centrales generadoras de energía ajenas a la necesidad de respetar el goce de los derechos de aguas constituidos en el cauce correspondiente, y fundadas en un alcance del

más acertado y menos discrecional sea este razonamiento —que no es otro que la incorporación del análisis económico del derecho en las decisiones administrativas y judiciales⁶⁰—, mayor será la aceptación social de la solución final.

Al plantear una optimización del procedimiento administrativo de evaluación, que es la sede donde naturalmente se debe discutir la viabilidad de un proyecto, y con el objetivo de disminuir la discrecionalidad del mismo, creemos que las variables económicas se deben explicitar y deben estar contenidas en la calificación del proyecto. Esta idea que infunde otros sistemas de evaluación ambiental⁶¹ tiende a hacer más transparente la adopción de la decisión final. Por

derecho de agua no consuntivo distinto del aplicado hasta ahora, producirían efectos múltiples en las distintas actividades que comprende el proceso de generación y consumo de energía eléctrica y que pueden alcanzarlo desde los aspectos referentes a costos de producción hasta los montos de sus precios y con ello su consumo regular por parte de los usuarios finales, con impactos negativos en el medio ambiente y en el desarrollo económico y social del país". Fallo de la Corte Suprema en el caso de la central hidroeléctrica Pangue. Citado en Zúñiga, Yanira, "El Análisis Económico del Derecho como Método Interpretativo en el Derecho Chileno", Memoria de Grado, 1999.

⁶⁰ Los Fundamentos del Análisis Económico en: Posner, Richard, "Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho". *Estudios Públicos*, N° 69, 1998; Pastor Santos, "Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho". Ed. Tecnos, Madrid 1993; Polinski, Mitchell, "Introducción al Análisis Económico del Derecho". Ed. Ariel, Barcelona, 1985. Respecto a la aplicación de instrumentos jurídico-económicos en materias ambientales, ver: "Aplicación de instrumentos económicos de regulación ambiental en México", *CEPAL*. Convery, Frank J., "Making Markets Work for the Economy and the Environment- lessons from Experience for Spain and Other Countries", Congreso de Protección Fiscal del Medio Ambiente, Universidad Complutense de Madrid (Facultad de Derecho), Madrid, January 1996. *OECD*, "Environment taxes in *OECD* countries", Organization for Economic Co-operation and Development, *OECD*, 1996. Potier, Michel, "Implementing environmental taxes: lessons from *OECD* member countries 'experience'", Primer Congreso Internacional "La Protección Fiscal del Medio Ambiente", Madrid, 22, 23 y 24 de enero de 1996. Sejenovich, Héctor; Abraham, Jorge R., "Instrumentos económicos para la gestión ambiental en la República Argentina", *CEPAL*, LC/R. 1542, 30 de junio de 1995. Shi, Stephen J.; Cooper, Susan H., "Tax treatment of environmental costs", *The Banking Law Journal*, febrero 1995.

⁶¹ En cuanto al modelo estadounidense de evaluación de impacto ambiental, dentro del *Environmental Impact Statement* —E.I.S.—, es importante considerar al respecto el contenido de los diversos puntos del preceptivo análisis en un estudio ambiental que incluye, entre otros, "el análisis de los impactos probables de la acción propuesta sobre el medio, mediante adecuadas metodologías de predicción y evaluación. Innovadoras se muestran en este punto las Directrices del Consejo de Calidad Ambiental —C.E.Q.— *Council of Environmental Quality*, respecto de lo fijado por la NEPA y en cuanto a la tipología de impactos a considerar. En este sentido, deben valorarse tanto los efectos negativos como positivos y tanto sobre el ambiente nacional como sobre el internacional; de igual forma, se preceptúa el análisis de los efectos primarios o directos y de los secundarios o indirectos, debiendo ser igualmente objeto de atención, y de manera importante, *los efectos socioeconómicos, aunque en absoluto su relevancia les hace suficientes, por sí mismo*, en la preparación de los estudios de impacto. J. Rosa Moreno, *op. cit.*

todos es sabido que el órgano superior de CONAMA, el Consejo Directivo, es un ente eminentemente político donde el razonamiento económico es crucial al momento de aprobar un proyecto.

Progresivamente, el debate ambiental ha estado motivado por razones de tipo comercial con incidencia en el entorno. Conocemos largas disputas por el uso de determinados combustibles, por la localización de plantas de celulosa que perjudican a viñateros o terminales de petróleo que alteran las condiciones para la salmonicultura. La autoridad ambiental ejecutiva, al decidir en estas materias, no presenta una ponderación de costo-beneficio junto con las motivaciones ambientales. Esto favorece la interpretación de que la decisión que en definitiva adopte el Consejo Directivo será política y discrecional, con lo que se abre la posibilidad de la vía judicial para enmendar la resolución administrativa.