

ROLES DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: ACCIÓN AMBIENTAL Y RECURSO DE PROTECCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL*

JORGE BERMÚDEZ SOTO
Universidad Católica de Valparaíso

1. El deber constitucional del Estado en materia ambiental

Dentro de las Bases de la Institucionalidad, a modo de un verdadero pórtico del texto constitucional, se encuentra el principio de servicialidad que tienen los órganos del Estado respecto de la persona humana, con la finalidad de promover el bien común (art. 1 inc. 4° CPR). Dicho principio general encuentra su manifestación particular en materia ambiental en la segunda parte del inc. 1° del art. 19 N° 8 CPR, en cuanto dispone que: *Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*. Esta norma impone un doble mandato al Estado, cuyo análisis puede ser abordado desde las siguientes perspectivas:

1.1. Sujeto destinatario del deber

Tanto el art. 1 inc. 4° como el art. 19 N° 8 inc. 1° de la CPR se refieren a un deber del Estado. En otros preceptos habla de “órganos del Estado”, por ejemplo en el art. 5 inc. 2 (es deber de los órganos del Estado promover y respetar los derechos esenciales), art. 6 inc. 1 (los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella), art. 7 inc. 1 (los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular...).

No es el momento de enfrentarnos al complejo tema de la personalidad jurídica del Estado¹, por lo demás, muy poco tratado por la doctrina administrativa chilena. Sin embargo, podemos concluir que el constituyente utiliza indistintamente las expresiones de “Estado” y “órganos del Estado”. La CPR en su Capítulo I se refiere a las Bases de la Institucionalidad, en sus normas no se refiere a los poderes públicos

* Este Trabajo fue presentado originalmente en el Seminario de Abogados Procuradores Fiscales del C.D.E. en diciembre de 1999. Por tanto, algunas de las soluciones que allí se dan están pensadas para dicho órgano, no obstante, el fundamento teórico de las mismas, así como la explicación de las instituciones que se analizan tienen un carácter general.

¹ En Derecho Comparado, puede consultarse una obra que puede servir de marco de referencia general sobre este tema, nos referimos a: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Constitución y Personalidad Jurídica del Estado*, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

en los que tradicionalmente se divide la actividad del Estado, sólo realiza esta alusión genérica a los órganos del Estado, mucho más amplia, en la que se enmarcan todos aquellos órganos que la Constitución establece. No es posible asimilar a poder del Estado la noción de órgano del mismo. La idea de Estado es aglutinadora de todos los órganos que la CPR crea. Así por ejemplo la Administración será “del Estado” y no pública, y el Presidente de la República será el “Jefe del Estado” (art. 24 CPR).

Reconduciendo el tema, tenemos que el deber es del Estado, de todo él, en materia ambiental. Este debe ser entendido en relación con los órganos que lo componen, cada uno dentro de la esfera de sus propias competencias, recayendo con especial intensidad sobre aquel conjunto de órganos que de forma continua y permanente se encuentren al servicio de la comunidad nacional y de las personas que la integran, tal es la Administración del Estado. Pero no exime al resto de órganos para que dentro del ámbito propio de sus competencias atiendan al cumplimiento de este deber constitucional.

1.2. Contenido del deber

De la norma del art. 19 N° 8 inc. 1° es posible desprender un doble contenido de este deber.

Deber de velar para que el derecho no sea afectado. En este caso el objeto sobre el cual se proyecta este deber del Estado es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Al igual que en el art. 20 inc. 2° CPR que establece el recurso de protección en materia ambiental, aquí el deber sobre los órganos del Estado radica en que el derecho no sea afectado de modo efectivo, es decir, que no se produzca una privación o perturbación del mismo. Resulta lógica la utilización de la expresión, ya que se excluye del amparo que otorga el recurso de protección la situación de una amenaza del derecho. Hubiese sido incongruente extender el deber de velar por este derecho a otros aspectos que el propio constituyente ha excluido del amparo judicial, por la vía del recurso de protección que, como se verá, sólo se refiere a situaciones de afectación concreta del mismo.

Deber de tutelar la preservación de la naturaleza. Este extremo del deber ambiental del Estado debe ser circunscrito en dos sentidos. En primer término, en cuanto a que el deber se refiere a la acción de preservar (preservación). El legislador de la Ley N° 19.300 ha entendido por preservación de la naturaleza la mantención de los ecosistemas². Por oposición a Conservación del Patrimonio Ambiental, conjunto de acciones que permiten el aprovechamiento racional de los elementos ambientales, de forma de hacer posible el desarrollo sustentable.

En segundo término, el objeto sobre el que recae la acción de preservar es la naturaleza. Es importante destacar esto, ya que no se refiere al concepto más amplio de medio ambiente, sino que lo restringe a “naturaleza”, con lo que se excluye todos aquellos elementos de carácter artificial que componen el concepto más amplio de medio ambiente, tal como lo definió la Ley N° 19.300. Ello no quiere decir que el

² El art. 2 letra p) define la Preservación de la Naturaleza como: «*el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país*».

Estado no tenga un deber ambiental sobre estos elementos artificiales, lo que ocurre es que éste encuentra su fundamento en la primera parte del deber, es decir, en el de amparar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, ya que en este caso el contenido del derecho incluye tales elementos.

1.3. Materialización del deber en acciones concretas

Desde la perspectiva de los ciudadanos, uno de los graves problemas que han presentado los deberes constitucionales que pesan sobre los órganos del Estado radica en la forma en que éstos puedan actualizarse en acciones concretas y positivas. En tal sentido, la consagración de derechos subjetivos constitucionales susceptibles de ser amparados por la vía del recurso de protección, representa un paso adelante en la exigibilidad de tales deberes³. En su vertiente medioambiental ello no ha sido así toda vez que, como se verá, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que supone un correlativo deber de salvaguarda que pesa sobre los órganos del Estado, sólo se encuentra protegido contra de acciones que lo afecten y no contra omisiones, las cuales, por regla general, son consecuencias de los incumplimientos a los deberes de salvaguarda del derecho que se ha impuesto a los órganos del Estado. No obstante, es probable esperar que en una etapa más desarrollada del Derecho Ambiental, y de nuestro Estado de Derecho, los Tribunales de Justicia acojan demandas que condenen a actuaciones positivas a los órganos del Estado, actualizando el cumplimiento de sus deberes impuestos por el texto constitucional.

1.4. El Consejo de Defensa del Estado frente al deber de protección del medio ambiente

Si realmente partimos de la premisa señalada, en cuanto los órganos del Estado, y en especial la Administración, tienen un verdadero deber de servicialidad de las personas y que en materia ambiental se traduce en los deberes de tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y en la preservación de la naturaleza, corresponde que nos preguntemos respecto de la forma en que dicho deber alcanza a las funciones del Consejo de Defensa del Estado.

La respuesta no resulta fácil, sobre todo cuando se analiza el objeto de este órgano de la Administración del Estado, tal es «la defensa judicial de los intereses del Estado». Históricamente, dicha defensa se ha materializado, en actuaciones judiciales en que el Fisco es sujeto pasivo de las demandas de los ciudadanos, ello sin perjuicio, del rol activo que éste ha asumido en ciertas materias penales. Pero incluso más allá de la intervención procesal que corresponda al Consejo de Defensa del Estado, lo fundamental radica en que su objeto, es decir, su propósito o finalidad es la defensa del Estado, cuyos intereses no siempre coincidirán con los intereses de la sociedad y mucho menos con los intereses del medio ambiente. Como se verá más adelante, al parecer este deber ambiental (constitucional) que pesa sobre la Administración y sus organismos, respecto del Consejo de Defensa del Estado no en todos los casos supondrá el ejercicio de acciones, sino por el contrario en la omisión de ellas.

³ Ello en cuanto tales deberes sean la contrapartida de los derechos subjetivos constitucionales, sin embargo, más allá de los derechos existen deberes autónomos, no necesariamente vinculados a un derecho constitucional y que por tanto, no son necesariamente exigibles por la vía del recurso de protección.

2. Responsabilidad por daño ambiental *strictu sensu* o responsabilidad ambiental

El Título I sobre “Disposiciones Generales” de la Ley N° 19.300, su art. 3 dispone que:

“Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”.

Más adelante, el Título III de la Responsabilidad por el Daño Ambiental, en su párrafo 1° sobre “Daño Ambiental”, comienza declarando en el art. 51 inc. 1°, a modo de principio general, que:

“Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley”.

En virtud de esta norma se establece el principio de responsabilidad en materia ambiental, es decir, producido un daño ambiental surge la obligación de responder por el mismo de acuerdo con las disposiciones de la ley. Resulta de importancia destacar este extremo porque lo que se regula en el Título III de la Ley 19.300, que comienza con el art. 51, es precisamente el sistema general de responsabilidad por el daño ambiental. Es decir, en él se contempla todo un sistema normativo, específicamente dirigido a regular la forma en que se responderá por los daños causados al medio ambiente. Y destacamos esto porque en aplicación del principio de especialidad prevalecerán sobre las disposiciones de la Ley 19.300, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales, así lo dispone el inc. 2° art. 51⁴. Sin embargo, la prevalencia es sólo en cuanto se trate de normas especiales en materia de responsabilidad por daño ambiental, y no respecto de normas sobre responsabilidad por daños en general. De este modo, por ejemplo, frente a daños ambientales producidos por la Administración del Estado, no se aplicarán las normas generales sobre responsabilidad extracontractual de la Administración, ya que éstas, al no ser ambientales, no son especiales respecto de las del Título III de la Ley 19.300, sino que regirán las normas de esta última.

Debemos señalar, eso así, que a pesar de la generalidad de los términos del art. 51 inc. 1 citado, incluso mayor que la del art. 3 también citado, de él se deducen algunas cuestiones que desde ya pueden servir para ir delineando la naturaleza de la responsabilidad ambiental.

a. Alcance subjetivo de la norma. Lo primero que se debe recalcar de esta norma es que hace aplicable el sistema de responsabilidad a “Todo” aquél que cause un daño ambiental, cuestión que en idénticos términos contemplaba el art. 3. Ello resulta de trascendencia, porque el sistema de responsabilidad ambiental no sólo se aplica a los sujetos privados, sean estas personas naturales o jurídicas, sino también a los sujetos públicos. La expresión “*Todo el que*”, que emplea el art. 51 inc. 1° es una manifestación del principio general de que todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo. No sólo los particulares, sea personas naturales o jurídicas, sino que también el Estado a través de sus órganos pueden, perfectamente, por su actividad causar un daño ambiental, con lo que su responsabilidad se regulará por

⁴ El art. 51 inc. 2 de la Ley 19.300 dispone que: “*No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley*”.

las disposiciones de la Ley 19.300. El daño puede ser producido por una conducta activa u omisiva (acción u omisión dañosa), en cualquier caso se generará la responsabilidad. Ello a diferencia de lo que ocurre en materia de recurso de protección por vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, acción cautelar que procede sólo por acciones y no por omisiones.

b. Sistema subjetivo de responsabilidad. En segundo término, la naturaleza de la responsabilidad ambiental es de carácter subjetivo, en cuanto se exige que el daño se haya producido por dolo o culpa. El presupuesto de una responsabilidad subjetiva está en el hecho imputable, por el cual se lesiona un derecho de un sujeto, estando protegido frente a todos o, que causa daño violando una norma jurídica que le sirve de protección, es un hecho imputable a su autor por culpa (dolosa o negligentemente)⁵. Un sistema de responsabilidad ambiental de naturaleza subjetiva está en consonancia con el sistema de responsabilidad extracontractual o *aquiliana* contenido en el Código Civil chileno, que también exige este elemento de culpabilidad⁶. Esta cuestión cobra relevancia en aquellas situaciones concretas que se planteen, toda vez que deberá ser probado que concurre este elemento subjetivo en el causante del daño. No basta con probar el elemento causal respecto del daño, es necesario que éste sea imputado a su causante por dolo o culpa.

Frente a la dificultad que conlleva la prueba del elemento subjetivo, la ley recurre a las presunciones de responsabilidad. El art. 52 dispone que:

“Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditaré relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.

Se debe hacer hincapié sobre las siguientes tres cuestiones, que se desprenden de la norma citada:

i. Se trata de una presunción legal, con lo que admite prueba en contrario. En todo caso, en virtud de ella se libera al demandante de la prueba del elemento interno que impone la responsabilidad subjetiva (por dolo o culpa), basta la infracción del ordenamiento ambiental para que se presuma la responsabilidad⁷.

⁵ Cfr. LARENZ, Karl, *Derecho Justo*, Fundamentos de Ética Jurídica, Ed. Civitas Madrid 1985 (reimpresión 1993) pp. 118-119.

⁶ El art. 2314 del Código Civil chileno dispone que: *“El que ha cometido un delito [dolo] o cuasidelito [culpa] que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.*

⁷ LARENZ, Karl, *Derecho Justo*, op. cit. pp. 118-119, señala que en aquellos casos en que el daño se produce por un hecho antijurídico opera una especie de negligencia objetiva, que sería el sistema que rige en el Derecho alemán. De esta forma *“quien inflige un daño a otro por medio de un acto antijurídico, aunque sólo de un modo ‘objetivamente’ negligente, está siempre más cerca de tener que cargar con él que el afectado que no ha contribuido a ello”.*

ii. El presupuesto que debe concurrir para que opere la responsabilidad es que se produzca un hecho antijurídico, lo que en este caso se traduce en una infracción de las normas ambientales, sean éstas legales o reglamentarias. No debe pasarse por alto este punto, ya que por lo general el hecho que causa el daño ambiental también estará vulnerando la normativa en la materia. Y aunque no es lógicamente imposible que se produzca un daño sin violación de una norma ambiental⁸, caso en el cual no operará la presunción de responsabilidad y deberá probarse el dolo o culpa del hecho dañoso, lo más probable será que infracción y daño constituyan las dos caras de una misma moneda. De esta forma lo más habitual será que el mismo hecho que causa la infracción a la norma, sea el que causa el daño. Para que opere la presunción, seguramente resultará más difícil probar la norma efectivamente violada, dada la verdadera maraña normativa que existe en la materia.

iii. La presunción sólo exime de la prueba del elemento subjetivo (dolo o culpa), con lo que será necesario acreditar tanto el daño al medio ambiente como la relación causal de aquél con la infracción. A ello se refiere el citado inc. 2° del art. 52.

2.1. El daño ambiental como presupuesto de la responsabilidad

El daño actúa como presupuesto de la responsabilidad ambiental. En efecto, para que surja la responsabilidad es necesaria en primer término la concurrencia de un daño ambiental, sólo en virtud de este daño se presentará la obligación de reparar los perjuicios, que es lo que persigue, como cualquier otra, esta clase de responsabilidad. Positivamente, en el art. 51 inc. 1 ya citado, encontramos este presupuesto necesario para la concurrencia de responsabilidad, cuando dice que, concurriendo los demás requisitos, el que cause el daño ambiental responderá del mismo.

De lo dicho deviene como consecuencia que, lo que estimemos por daño ambiental, de su concepto, dependerá la responsabilidad que se tenga. Esta cuestión resulta ser trascendente, ya que existe una relación directamente proporcional entre la extensión del bien jurídico protegido y las posibilidades de inferir un daño a él⁹. Es decir, la determinación de los bienes ambientales importa correlativamente la de los daños que les pueden ser inferidos¹⁰. Dado un concepto amplio de medio ambiente cualquier acto, por pequeño que fuere, puede estimarse como daño ambien-

⁸ Sin embargo, un hecho que sólo constituya un daño al medio ambiente y no sea además infracción al ordenamiento ambiental, aunque probable desde un punto de vista lógico, sería indicativo de una situación anómala de la regulación dada una laguna legal o unos niveles de protección demasiado bajos. Ello porque precisamente a lo que tiende la normativa ambiental es a evitar el daño del bien jurídico medio ambiente, incluso por la vía anticipada de estimar como infracción el solo riesgo de daño.

⁹ Aquí debemos hacer una pequeña aclaración. De lo que se está hablando es de responsabilidad por daño ambiental, por lo que el concepto que debemos tomar de medio ambiente es el que la propia Ley 19.300 señala en el art. 2 letra II). Concepto mucho más amplio que el formulado a partir del art. 19 N° 8 CPR que viene acotado por las nociones de entorno adyacente y previsibilidad que se han formulado. En definitiva la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es una especie del género daño al medio ambiente.

¹⁰ KISS, Alexandre y SHELTON, Dinah, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge University Press, 2ª edición, Cambridge 1997, p. 3: “*Defining environment is also crucial to determining the application of legal rules and the extent of liability when harms occurs*”.

tal. Frente a esta potencial amplitud del daño y consecuente responsabilidad el art. 2 letra e) de la Ley 19.300 define el daño ambiental como:

“Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

Son tres las características que se pueden enunciar del daño ambiental a partir de esta definición.

2.1.1. Sólo es daño ambiental el inferido al medio ambiente

Tal vez el elemento más distintivo del daño ambiental sea, precisamente, éste, es decir, que sea ambiental. En el Derecho común se ha definido daño como *“el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”*¹¹. En el mismo sentido el art. 2314 del Código Civil chileno señala que *el que ha cometido delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*, y el art. 2314 otorga la acción al que es dueño poseedor o tiene algún derecho sobre *la cosa que ha sufrido el daño*¹². Es decir, para el Derecho Civil el concepto de daño está referido al perjuicio inferido en la persona (sea éste un daño corporal o un daño moral) o a la propiedad o patrimonio de un sujeto de derecho, sea persona natural (física) o jurídica. En cambio, de acuerdo al concepto que nos da el legislador de la Ley 19.300, el daño ambiental consiste en el detrimento que sufre el medio ambiente en su totalidad o en alguno de sus elementos.

Si estimamos que el medio ambiente, en cuanto tal, constituye un bien que no pertenece a ninguna persona en particular, que es de titularidad colectiva o *erga omnes*¹³, resulta lógico esperar que la noción de daño ambiental no esté referida a bienes individuales de un sujeto de derecho (como la persona, la propiedad o el patrimonio). Esta cuestión no resulta baladí, sobre todo cuando tenemos presente que el daño ambiental es el presupuesto de esta clase de responsabilidad, con lo que el concepto que de él se tenga será determinante para el establecimiento de la legitimación activa en la acción a que dé lugar, como también respecto de las medidas tendientes a reparar las consecuencias del perjuicio. Estas son las dos principales interrogantes que debe responder el legislador cuando establece una responsabilidad por daño ambiental que parte de la base de un concepto de daño estrictamente ambiental como el transcrito.

¹¹ Karl Larenz, concepto citado por José Luis Lacruz Verdejo y otros autores, Derecho de Obligaciones, Volumen Segundo Contratos y Cuasicontratos, Delito y Cuasidelito, Ed. José María Bosch, Barcelona 1995, p. 477.

¹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile 1943, p. 210 señala que: *“Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”*

¹³ GIAMPIETRO, Franco, *La responsabilità per danno all'ambiente*, Giuffrè Editore Milano 1988, p. 153, con relación a la naturaleza del bien jurídico medio ambiente concluye como tendencia general que: *“l'orientamento della dottrina si consolida nel senso di abbandonare ogni ulteriori tentativo di definizione dell'ambiente come bene giuridico, suscettibile di difesa individuale. Suggestisce di apprestarne la tutela come interesse collettivo all'uso delle risorse, strumento di controllo sociale e sull'attività d'impresa e sulle potestà di governo dell'ambiente, riservate alle pubbliche amministrazioni”*.

Aclarado este primer punto, debemos seguir avanzando en el concepto de daño ambiental que nos entrega el legislador chileno. Este discurre sobre la base de un perjuicio inferido al medio ambiente o a uno o más de sus elementos. ¿Tiene alguna relevancia esta distinción de la norma? Estimamos que existe una diferencia entre los elementos que conforman el medio ambiente y el medio ambiente como sistema global. Es difícil concebir un daño a algún elemento ambiental que en definitiva no vaya a repercutir en la totalidad del ambiente, dado el carácter sistémico y profundamente interrelacionado que el entorno comporta. Sin embargo, es al momento de la reparación del daño donde la distinción cobra mayor importancia. Por ejemplo, la tala ilegal de un bosque. Existe un elemento ambiental dañado, el bosque, con una repercusión que incluso puede ser sólo mediata en el sistema global. La reparación de ese daño ambiental no debería agotarse en la sola reposición de las especies arbóreas taladas, además debería repararse el daño al sistema global, es decir, al medio ambiente, por ejemplo, repoblando la fauna que existía en el lugar o restableciendo los cursos de agua existentes. En todo caso, a propósito de la reparación del daño ambiental volveremos sobre este tema.

2.1.3. El daño ambiental puede presentarse en cualquier forma

De acuerdo al concepto legal de daño ambiental, se entenderá por tal independientemente de la forma en que este se presente. Ello se deduce del art. 2 letra e) Ley N° 19.300 cuando dice que daño ambiental es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo. Son todas expresiones sinónimas de daño o perjuicio. Lo fundamental es destacar que no importa la forma en que se presente el daño para que surja la responsabilidad. Es decir, no importa que se trate de la pérdida de una especie o la disminución de un recurso natural o el detrimento de un sitio arqueológico, toda manifestación dañosa para el medio ambiente o alguno de sus elementos queda comprendida en el concepto.

2.1.4. El daño ambiental debe ser “significativo”

Si respecto de la forma en que se puede presentar el daño el legislador utilizó un criterio amplio, no lo fue tanto para referirse a la intensidad o envergadura del daño. Sólo es daño ambiental aquél que es “significativo”. Como habíamos dicho, existe una relación directamente proporcional entre el concepto de medio ambiente y las posibilidades de inferirle daño. La limitación de la responsabilidad ambiental no fue estructurada sobre la base de limitar lo que debe entenderse por medio ambiente, que según 2 letra II) de la Ley N° 19.300 es un concepto muy amplio, sino por la vía de considerar que jurídicamente existe responsabilidad ambiental sólo cuando el daño sea significativo, o lo que es igual, que sea un daño de importancia o considerable. Resultará fundamental entonces fijar el sentido y alcance de lo que se debe entender por daño “significativo”.

Prima facie hay que manifestar una conformidad con el límite empleado por el legislador, toda vez que cualquier actividad, por inocua que parezca, puede entrañar un daño al ambiente, lo que importaría la consecuente responsabilidad. Si admitiéramos que cualquier daño por leve que sea engendra responsabilidad ambiental llegaríamos a la inoperatividad de la institución, toda vez que toda actividad humana importa un daño o menoscabo al medio ambiente. Es por ello que hoy en día no es posible hablar de contaminación cero, sino de niveles aceptables de contaminación

y consecuentemente niveles aceptables de daño al medio ambiente¹⁴. Decir que sólo genera responsabilidad el daño significativo importa aceptar que existe una franja “gris” de actividades dañosas que no llegan a ser de tal trascendencia como para generar responsabilidad¹⁵.

El caso es que el concepto tendrá que ser fijado en cada caso en particular por el juez. Así por ejemplo en el asunto Albornoz Vera y otros con Sociedad Maderera de Aysén S.A., la Corte de Apelaciones de Coyhaique en sentencia de 28 de diciembre de 1992 dice que: “*no cabe suponer que la mera corta de cierta cantidad de árboles de un bosque contamine -por sí solo- un medio ambiente determinado*”. No se señala en este asunto qué cantidad de árboles se cortaron, ya que se trataba de un recurso de protección, destinado sólo a restablecer la vigencia del derecho constitucional vulnerado. Sin embargo, la conclusión del Tribunal aparece como demasiado laxa, si estimamos que de lo que se trata es de proteger el medio ambiente. Una interpretación pro ambiente, a partir del concepto de daño significativo importará que cada vez que se plantee la disyuntiva respecto de la entidad del perjuicio, el juez deberá fundamentar por qué se estima que ese daño no es de tal envergadura como para quedar dentro del concepto, y en definitiva para desechar la responsabilidad por daño ambiental.

2.2. Relación de causalidad

Tanto el art. 3 como el art. 51 inc. 1 de la Ley N° 19.300 se refieren a este requisito de la responsabilidad ambiental en idénticos términos, en ambos se exige que se *cause daño*. Es un requisito general a todo sistema de responsabilidad y es lógico que entre este hecho doloso o culposo y el daño ambiental “significativo”, exista una *relación de causalidad*.

Atendida la extensión de este trabajo, en este punto sólo dejaremos enunciadas dos cuestiones:

a. La relación de causalidad no se presume. Con lo que en aquellos casos en que se presume la responsabilidad del sujeto agente de la acción u omisión que se estima provocó el daño, igualmente habrá que probar la relación de causa a efecto entre la conducta (activa u omisiva) y el daño producido. En efecto, se debe probar que el hecho doloso o culposo es la causa directa y necesaria del daño ambiental, que de no mediar aquel hecho el daño no se habría producido.

b. En materia ambiental por lo general se presentan una pluralidad de causas. Este elemento resulta ser de suyo complejo, ya que en un mismo hecho dañoso por lo general concurren un sinnúmero de causas, es el caso de la pluralidad de causas. Por ejemplo, si estimamos que en Santiago de Chile se está produciendo un daño significativo al ambiente atmosférico, podríamos rápidamente concluir que éste se debe al sobredimensionado parque automotor existente. Pero si sacamos este hecho

¹⁴ Tal es el sentido de las normas primarias y secundarias de calidad ambiental, definidas en las letras n) y ñ) del art. 2 de la Ley N° 19.300.

¹⁵ El problema de aceptar esta “franja gris”, está en las situaciones de daño acumulativo o de daños con causas difusas, en las cuales un agente individual produce un daño no significativo, pero que adicionado al de los demás agentes sobrepasa ese umbral de tolerancia variable fijado por la ley.

causal veremos que el daño persiste. Si quitamos las industrias, que por sus emisiones creemos lo está causando, el daño persistirá. Si quitamos los sistemas de calefacción doméstica, el daño “persistirá”. Entonces frente a este panorama, que desgraciadamente no es hipotético, podemos preguntarnos ¿cuál es la causa del daño ambiental-atmosférico?¹⁶.

2.3. La reparación del daño ambiental

El principio general de responsabilidad impone que todo daño deba ser reparado. Ya hemos visto cómo se produce una primera limitación cuando el daño ambiental que genera responsabilidad sólo es aquél que sea de carácter significativo, quedando fuera del sistema de responsabilidad por daño ambiental todos aquellos daños que no superen este umbral. La segunda limitación vendrá ahora por el lado de la reparación del daño.

Si recurrimos a la norma del art. 3 recordaremos que el que cause daño ambiental “*estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley*”. Más adelante en la ley, la norma del art. 51 inc. 1° nos dice que el causante de daño al medio ambiente “*responderá del mismo en conformidad a la presente ley*”. Finalmente, el art. 53 establece que “*Producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado*”.

Aquí entramos en una cuestión clave para entender la forma en que opera la responsabilidad por daño ambiental. Lo que se desprende de los preceptos transcritos es que por un daño ambiental se pueden generar dos clases de responsabilidad reparatoria:

a. Responsabilidad para la reparación de los daños al medio ambiente o simplemente responsabilidad ambiental. Esta clase de responsabilidad se aprecia claramente en el art. 53, en cuanto la acción que en él se contempla es para la “reparación” del medio ambiente dañado, oponiéndola a la reparación consistente en una indemnización, de naturaleza estrictamente civil extracontractual, que puede ejercer el directamente afectado.

b. Responsabilidad ordinaria o meramente civil extracontractual. Se trata de la responsabilidad regida por las normas del Código Civil, la cual atiende a los perjuicios individuales, esto es, en la persona o propiedad, que se ocasionaron por el mismo hecho causal del daño ambiental.

¹⁶ PRIEUR, Michael, *Droit de l'environnement*, Ed. Dalloz Paris 1984, pp.1038 y 1039, también citado por BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, op. cit. p. 228, refiriéndose tanto a las características del daño ambiental como a la complejidad de la relación de causalidad señala que: “*los efectos del daño ecológico se pueden manifestar más allá de la vecindad (efectos aguas abajo de una contaminación de las aguas, lluvias ácidas debido al transporte a través de la atmósfera y a la larga distancia, de anhídrido sulfúrico); son daños colectivos por sus causas (pluralidad de autores, desarrollo industrial, concentración urbana) y sus efectos (costos sociales); son daños difusos en su manifestación (aire, radiactividad, contaminación de aguas) y en el establecimiento de la relación de causalidad; repercuten en la medida en que ellos implican primero un atentado a un elemento natural y por rebotes a los derechos de los individuos*”.

Esta distinción que hemos hecho en las letras a) y b) resulta del todo lógica ya que un mismo hecho puede ser el causante de un daño ambiental, y también de un daño individual, es decir, en la persona o patrimonio de un sujeto de derecho. Por ejemplo, el vertido tóxico que se realiza en un río, constituye un daño ambiental, genera por tanto dicha clase de responsabilidad, pero además daña el patrimonio de los titulares de un derecho de aprovechamiento de aguas, es decir, responsabilidad civil extracontractual ordinaria.

2.3.1. Formas de lograr la reparación del daño ambiental

La consecuencia que surge del daño ambiental, cuando se ejerce la acción ambiental, radica en que el sujeto responsable, tal como se adelantó respecto del art. 3, está obligado a la reparación del entorno dañado. Sin embargo, no debemos olvidar que se trata de una reparación de un bien jurídico peculiar como lo es el medio ambiente. Decimos esto porque las formas tradicionales de reparación del Derecho Civil, tales como la reparación *in natura* y la indemnización de perjuicios al parecer no ofrecen una solución admisible cien por cien para estos casos. Por un lado porque, por lo general, en materia ambiental la reparación *in natura* o *restitutio in integrum* no es posible de ser predicada para la mayoría de los casos, por ejemplo ¿cómo recuperar un río contaminado, una selva quemada o la extinción de una especie?; a ello se agrega que el daño reparable por esta vía sólo es aquél que sea “significativo”, con lo que mientras más alto sea el umbral de gravedad del daño que adoptemos, más difícil será lograr esta clase de reparación¹⁷. Y por otro, porque frente a todos los casos en que la reparación *in natura* es imposible, la respuesta del Derecho Civil es la indemnización de los perjuicios, lo que se traduce en una suma de dinero representativa del valor del daño producido. Nuevamente en materia ambiental esta solución se presenta como insatisfactoria, ya que la indemnización de perjuicios en estricto rigor no repara el daño, sólo lo compensa, en definitiva “*el daño subsiste no obstante ella*”¹⁸. Y además porque por diversas causas los bienes ambientales son de una valuación incierta, por ejemplo, ¿cómo podemos fijar el valor del aire puro o de un paisaje?¹⁹

Frente a este panorama la Ley N° 19.300 intenta entregar una solución que se ajuste a los requerimientos propios del bien jurídico que se trata de proteger y reparar. Para ello entrega una definición de lo que se debe entender por reparación del entorno, así en el art. 2 letra s) se estableció que para todos los efectos legales, se entenderá por:

“Reparación: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas”.

¹⁷ Es decir, mientras más permisivos seamos, más difícil será lograr la reparación, dado que los niveles de daño tolerados serán mayores.

¹⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La Responsabilidad Extracontractual...*, op. cit. p. 535.

¹⁹ LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Ed. Civitas Madrid 1996, p. 125, agrega en este sentido que: “*Respecto del cálculo del monto económico y de la eficacia de la reparación nos encontramos en un asunto casi insoluble, en muchos casos, por la vía de las reglas del mercado, porque en realidad nos hallamos, de algún modo, ante una parcial res extra commercium*”.

El concepto de reparación es del todo novedoso, el legislador chileno se aleja de la fórmula utilizada por el italiano (Ley N° 394 de 8 de julio de 1986) en que, como recordaremos, el daño al ambiente se traduce en una indemnización de perjuicios en favor del Estado²⁰. A partir de la disposición transcrita la fórmula reparatoria chilena puede ser sistematizada del siguiente modo.

a. Reparación en una “calidad similar” del medio ambiente dañado

En principio se trata de la restauración de las cosas al estado anterior a la comisión de la conducta dañosa, cercana a la forma de reparación que en Derecho Civil se denomina *restitutio in integrum*. Esta es la primera y principal forma en que puede repararse el medio ambiente. Se trata de reponer el medio ambiente a una calidad similar o equivalente a la que se tenía con anterioridad al daño. Aquí se plantea la primera nota distintiva de la reparación ambiental, ya que lo que se establece no es la *restitutio in integrum* o reparación *in natura* propia del Derecho Civil, que como dijimos consiste en el restablecimiento a una situación igual o idéntica a la anterior al daño, es decir, en la que se trata de reponer de forma exacta a un *status quo* anterior. La reparación ambiental consiste sólo en una reposición a una calidad similar.

El primer problema, que anticipábamos respecto de esta forma de reparación, radica en que por lo general no es razonablemente posible obtener la reparación *in natura* del entorno dañado, por ejemplo si el daño consiste en la corta de un bosque de alerces, claramente no se entiende reparado el medio ambiente si se sustituye por una plantación de eucaliptos. Y ello porque el bien con el que se pretende esta *restitutio in integrum* del entorno no es de un carácter idéntico al del bien dañado, presupuesto indispensable para que sea posible la reparación *in natura*. Es por ello que el legislador se contenta con que la reparación sea a una *calidad similar*, mas no idéntica. Y aquí nos topamos con un nuevo problema, ya que, ¿cómo debemos entender que se cumple con esta *calidad similar*? Nuevamente será el juez el que tendrá que resolver la cuestión. Tal vez, en supuestos concretos sea factible la reposición a una calidad similar, por ejemplo técnicamente es posible la descontaminación de un río, el cual una vez descontaminado ya no será idéntico al que existía con anterioridad al daño, pero, probablemente, sí será de una calidad similar. En otros casos incluso la posibilidad de reposición a una calidad similar sencillamente es imposible, por ejemplo la extinción de una especie vegetal o animal, la destrucción de un paisaje, etc.

b. Reparación “restableciendo las propiedades básicas” del medio ambiente dañado

En materia de delitos y cuasidelitos civiles, la obligación de reparar el daño se traduce en una suma de dinero denominada indemnización de los perjuicios. El

²⁰ El art. 18.6 de la Ley italiana N° 394 de 8 de julio de 1986 dispone que: “*Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, en determina l’ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino, e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali*”. Como puede apreciarse, el legislador italiano debe entregar una serie de criterios que sirvan de ayuda al juez para la evaluación del daño y del monto de la indemnización. Sin embargo la cuantificación precisa es imposible por lo que la ley echa mano del concepto de “valoración equitativa” (*in via equitativa*).

valor del bien dañado se sustituye por una suma de dinero que se estima corresponde al valor de reemplazo del bien afectado. Se trata de la llamada reparación *in equivalente* o, simplemente, indemnización de los perjuicios. Ello plantea una diferencia en materia de responsabilidad ambiental, en ella no se presenta una dicotomía reparación *in natura* versus indemnización de los perjuicios, al modo de la responsabilidad civil. En la responsabilidad ambiental, en caso de no ser posible la reparación del medio ambiente o de alguno de sus componentes en una calidad similar, procederá la reparación consistente en *restablecer sus propiedades básicas*.

Esta diferencia es capital ya que la imposibilidad de reparar en una calidad similar no deviene en una indemnización de perjuicios, sino en un restablecimiento de las propiedades básicas. De acuerdo al texto del ya transcrito art. 2 letra s) de la Ley 19.300, no existe una opción para los sujetos legitimados para solicitar la reparación, no pueden accionar sólo el restablecimiento de las propiedades básicas, sino que ésta procederá en aquel caso en que la reposición del medio ambiente a una calidad similar no sea posible. El legislador ha establecido esta segunda forma de reparación con carácter subsidiario o en defecto del restablecimiento del entorno a una calidad similar

Sin embargo, esta conclusión presenta dos problemas cuya resolución necesariamente recaerá sobre el juez. En primer término la dificultad de determinar la forma en que se pueden restablecer dichas propiedades básicas, máxime cuando el daño al medio ambiente ha sido considerable, problema comparable al ya señalado de lo que se debe entender por “calidad similar”. Y en segundo, ¿qué ocurre en aquellos casos en que ni tan siquiera es posible el restablecimiento en las propiedades básicas?²¹.

Recapitulando, del modo en que la Ley N° 19.300 concibe la reparación del medio ambiente podemos concluir que se trata de una fórmula que responde a la naturaleza del bien jurídico que sufre el daño, ya que como se ha dicho la reparación específica o *in natura*, en la práctica es imposible. Como consecuencia de ello se establece una reparación a una calidad similar, y en su defecto a sus propiedades básicas. En el fondo ambas son formas de reparación *in equivalente* frente a un daño que por significativo, hace imposible la vuelta al *status quo* anterior. Por contra, queda en una cierta indefinición la forma en que se debe materializar tanto la calidad similar en la que se va a reparar el entorno dañado, como el restablecimiento de las propiedades básicas del mismo. Finalmente, queda por aclarar la forma en que se engarza en este sistema la indemnización de los perjuicios en materia ambiental; a ella nos referiremos a continuación.

c. Indemnización de los perjuicios en materia ambiental

La pregunta que se intenta responder es si frente a aquellos casos en que no siendo posible la reparación por los medios previstos por la Ley 19.300 (calidad similar/restablecimiento de condiciones básicas) será posible pedir la indemnización de perjuicios. Lo que sostenemos es que la responsabilidad ambiental *strictu sensu*, es decir, aquélla que busca la reparación del medio ambiente dañado sólo se traduce en las dos formas de reparación ya apuntadas en las letras anteriores, no

²¹ Es por esta razón por la que el legislador de la Ley N° 19.300 se encarga de forma especial de la regulación de la prueba pericial (art. 60 inciso 2°) y de la ponderación de la misma (conforme a las reglas de la sana crítica).

siendo procedente por esta vía la indemnización de perjuicios²². Decimos esto porque en primer término no se considera dentro del concepto legal de reparación la posibilidad de la indemnización de perjuicios. Pero además porque, como veremos, la legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad ambiental sólo se entrega para obtener la reparación del daño ambiental, incluso respecto de aquellos que sufrieron daños individuales. Por último, porque la posibilidad de indemnización de perjuicios sólo se ha establecido para la reparación de los daños individuales ocasionados por el daño ambiental. Así, el citado art. 53, concede la acción civil extracontractual ordinaria para obtener la indemnización de los perjuicios por el *directamente afectado*. En cualquier caso, lo hasta aquí afirmado no debe llevar a la conclusión de que la procedencia de la acción ambiental y de la consecuente responsabilidad, excluya o haga improcedente la acción civil ordinaria destinada a la indemnización de perjuicios, la cual será siempre procedente respecto de aquellos daños acaecidos en la persona o patrimonio del demandante.

2.4. Titulares de la acción de responsabilidad ambiental

Quedan legitimados para ejercer esta acción de responsabilidad ambiental, y por tanto para perseguir sólo la reparación del entorno dañado, según el art. 54 de la Ley N° 19.300:

a. Las personas naturales o jurídicas públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio

En este caso se trata de sujetos que tienen un interés directo en la cuestión y que coincidirán con los titulares de la acción civil extracontractual ordinaria. Estos sujetos legitimados activos contarán con dos acciones: su acción indemnizatoria ordinaria para perseguir la reparación de los perjuicios de carácter “no ambiental”, es decir, los perjuicios individuales que se traducen en daños a la persona o patrimonio. Y la acción ambiental, destinada a la reparación, con los límites vistos, del entorno dañado²³.

b. Las Municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas

En este caso basta con que el hecho causante del daño ambiental se prудejese dentro de los términos municipales (comuna o agrupación de comunas) para que la Municipalidad quede legitimada en la acción. A diferencia del caso anterior, las Municipalidades están legitimadas sólo para perseguir la reparación ambiental, pero podríamos preguntarnos si pueden ejercer la acción extracontractual ordinaria para perseguir la reparación de otros perjuicios distintos de los ambientales. La respuesta

²² Como se ha señalado, en este punto nuestra Ley N° 19.300 se aleja de la ley italiana de 8 de julio de 1986, en la cual la responsabilidad por daño ambiental se traduce siempre en una indemnización de perjuicios en favor del Estado.

²³ En cualquier caso, debemos hacer presente que es posible sostener a partir de esta misma disposición del art. 54 inciso 1° de la Ley N° 19.300 una legitimación activa amplia -tal vez sin llegar a sostener una acción popular- respecto de los daños que sufren las personas naturales o jurídicas. Ello encuentra sustento en la idea de una titularidad colectiva o común respecto de los bienes ambientales.

Exponemos en este trabajo una explicación tradicional para fijar los legitimados de la acción ambiental, reservándonos para un momento posterior el desarrollo de la idea que suscitadamente acabamos de exponer.

debe ser afirmativa, toda vez que se trataría de acciones con un objeto diverso y además porque pueden quedar comprendidas dentro de las personas jurídico-públicas que han sufrido de forma individual el daño. La importancia de esta norma radica en que la Municipalidad siempre estará legitimada para perseguir la reparación de los daños ambientales, es decir, para ejercer la acción de responsabilidad ambiental por los hechos dañosos acaecidos en la comuna aunque de éstos no se desprenda daño directo a la Administración local.

Asimismo la ley presume el interés actual de la Municipalidad en los resultados del juicio de responsabilidad ambiental, para efectos del art. 23 del Código de Procedimiento Civil, esto es, para efectos de su actuación como tercero coadyuvante en el juicio.

La norma del inc. 2° del art. 54, establece una especial forma en que se manifiesta el principio de participación ciudadana en materia de medio ambiente²⁴. Para entenderla debemos reiterar que las finalidades de las Municipalidades son la satisfacción de las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna (art. 107 inc. 2° CPR). Asimismo dentro de las funciones que se atribuye a los municipios está la de protección del medio ambiente (art. 4 letra c) Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades). Todo ello justifica que sea la Administración local, dada su cercanía con el administrado, a través de la que se deba canalizar esta participación ciudadana²⁵.

En el art. 54 inc. 2 se permite que “cualquier persona” pueda requerir a la Municipalidad, en cuyo ámbito territorial se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente, para que sea esta Administración local, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requisente le proporcione, la que interponga la respectiva acción de responsabilidad ambiental. La Municipalidad debe interponer la demanda en el plazo de 45 días. Si decide no hacerlo emitirá en el mismo plazo una resolución fundada, que se notificará al interesado. En caso de que no se pronuncie será solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasione al afectado.

Lo primero que se debe destacar de la norma es que se impone una verdadera carga a la Administración local, inédita en el Derecho chileno. El art. 19 N° 8 CPR establece un deber de tutela del medio ambiente respecto de todos los órganos del Estado, el cual, en este caso, se ve profundizado respecto de las Municipalidades. Producido un daño ambiental, cualquier ciudadano puede requerir a la Municipalidad del lugar en que se produjo, para que ejerza la acción de responsabilidad ambiental de la que la Administración local es titular. Se trata de una especial manifestación del derecho de petición el art. 19 N° 14 CPR²⁶, pero no es una acción popu-

²⁴ La Declaración de Río de Janeiro de 1992 en su principio 22 establece que: “*Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberán reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque participarán efectivamente en el logro del desarrollo sostenible*”.

²⁵ Este aspecto se destaca por FERNÁNDEZ RICHARD, José, *Las Municipalidades y la protección del medio ambiente*, Gaceta Jurídica, N° 165 marzo de 1994 pp. 7-8.

²⁶ Art. 19 N° 14 CPR asegura a todas las personas: “*El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes*”.

lar²⁷. La Administración local puede estimar que no procede ejercer la acción de responsabilidad ambiental y por tanto no interpone la demanda. Un pronunciamiento fundado en este sentido hace concluir la participación del ciudadano por esta vía. Por el contrario, su falta de pronunciamiento la hace responsable solidariamente con el causante de los perjuicios, que se ocasionen al afectado denunciante.

La solidaridad que se impone a la Municipalidad negligente en el pronunciamiento es sólo respecto de los perjuicios individuales, es decir, en la persona y patrimonio cuya reparación se busca por vía civil extracontractual, pero no respecto de los perjuicios ambientales. Esto presenta un contrasentido, ya que uno de los legitimados para la acción de responsabilidad ambiental es el individualmente dañado por el hecho, que además tiene su acción civil extracontractual. Un avance real en materia de legitimación hubiese sido que el ciudadano consciente de los problemas ambientales pudiera dirigirse a su Administración local y ésta se viera de algún modo obligada a tomar en cuenta su requerimiento. Bajo la norma en comento, cuando el administrado requiriente no ha sufrido un daño individual, la Administración ni siquiera se tendrá que dar la molestia de contestar, ya que la carga que se impone a la Municipalidad opera sólo para responder solidariamente de los perjuicios que el hecho denunciado ocasione al directamente afectado.

c. El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado

Al parecer el legislador en esta parte del art. 54 incurre en una impropiedad al referirse al Estado, en términos generales. Ello porque Estado no sólo es la Administración, cuyos intereses en juicio son representados por el Consejo de Defensa del Estado, sino también es el Poder Judicial y el Congreso Nacional, órganos que aunque pudieran tener un interés extrajurídico en la reparación del medio ambiente, no están legitimados en la acción²⁸. No obstante, debe tenerse en cuenta que según lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (D.F.L. N° 1 de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda), «*El Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado*».

²⁷ CARRASCO C., Diego, Derecho Ambiental y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y recurso de protección de la Constitución Política del Estado, acciones populares ambientales, Gaceta Jurídica N° ... p. 124 ubica el requerimiento del administrado a la Municipalidad del art. 54 de la Ley 19.300 dentro de las acciones populares y la critica por su pobreza. Estimamos que esta conclusión es del todo errónea, ya que lo que el legislador establece es un derecho de petición, en virtud de él el administrado se dirige a la Administración local y le requiere (ejerce su derecho de petición) para que sea la Municipalidad la que interponga la demanda, es decir, para que ejerza la "acción" que la ley le concede. Si la autoridad no se pronuncia surge una consecuencia (responsabilidad solidaria en los perjuicios individuales), que es lo único que la Ley N° 19.300 agrega a la falta de respuesta al requerimiento del administrado.

²⁸ Parece oportuno agregar un pequeño comentario a partir de la norma del art. 54 de la Ley N° 19.300 que legitima al "Estado por intermedio del Consejo de Defensa del Estado" en la acción ambiental. Esta norma constituye una de las escasas manifestaciones legislativas que permiten fundar la personalidad jurídica del Estado. En efecto, si es el Estado el legitimado, quiere decir, inductivamente, que como tal es susceptible de tener derechos y obligaciones, es decir, de tener personalidad jurídica. Debe quedar claro que es el propio Estado el legitimado y no la Administración del Estado.

En todo caso, para efectos prácticos, lo que importa es que el Consejo de Defensa del Estado es el que está legitimado para el ejercicio de la acción de responsabilidad ambiental. Respecto del cual también se presume legalmente su interés actual en el juicio.

A ello se agrega un segundo punto, que creemos soluciona el problema de la actualización del deber constitucional-ambiental que pesa sobre los órganos del Estado, cuando este deber se relaciona al rol que cabe al Consejo de Defensa del Estado. En efecto, quien está legitimado para el ejercicio de la acción ambiental es el Estado, en todos los casos, es decir, para el legislador en todos aquellos casos en que se produce un daño significativo al medio ambiente, se presume que el Estado tiene interés en el mismo, por lo que lo legitima a través de su mandatario judicial para el ejercicio de la acción ambiental. En consecuencia, no existe dicotomía ni contradicción alguna entre los intereses de la sociedad y los intereses del Estado, al menos en lo que a daño ambiental se trata. Los órganos del Estado tienen un deber constitucional-ambiental, que en materia de daño al medio ambiente se traduce en su legitimación para el ejercicio de la acción ambiental, legitimación que no es facultativa, sino que como manifestación de un deber que es, se traduce en la obligatoriedad de su ejercicio.

No obstante, en este punto debe señalarse que uno de los grandes problemas con que se encuentra el ejercicio de la función judicial-ambiental del Consejo de Defensa del Estado, está en aquellos casos en que son los propios órganos del Estado los que ocasionan el daño ambiental. Al respecto debemos considerar como premisa que la función genérica del Consejo de Defensa del Estado es la «defensa en juicio», no sólo de los órganos que conforman la Administración del Estado de naturaleza centralizada, es decir, que conforman la vertiente patrimonial del Estado denominada «Fisco», sino del Estado en su conjunto, e incluso respecto de órganos que formando parte de la Administración del Estado tienen personalidad jurídica propia. Pero además, en casos calificados el Consejo de Defensa del Estado puede asumir la defensa de entidades privadas en las que el Estado tenga aporte o participación mayoritarios (Administración invisible del Estado)²⁹.

En realidad si se analiza el art. 3 de la LOCDE la idea que trasunta es que el Consejo asume la defensa del Estado y sus organismos, así en general, sin plantearse que sean esos organismos los sujetos pasivos o demandados de las actuaciones judiciales que el propio Consejo inicie. La pregunta que surge es si podría el Consejo de Defensa del Estado demandar o asumir la defensa de organismo del Estado cuando daña al medio ambiente, ¿cuál debe ser su actitud del Consejo de Defensa del Estado cuando es el «Estado» el que daña el medio ambiente? La respuesta no es fácil, y para responderla, me parece, se debe distinguir entre órganos de la Administración del Estado con o sin personalidad jurídica y entidades de Derecho Privado en que el Estado tiene participación mayoritaria, es decir, la llamada Administración invisible.

²⁹ Así el art. 3 N°3 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado que señala entre las funciones del Consejo: «*La defensa en los juicios en que tengan algún interés los servicios de la Administración descentralizada del Estado o las entidades privadas en que el Estado tenga aporte o participación mayoritarios, siempre que el respectivo servicio jurídico no esté en condiciones de asumir convenientemente tal función, circunstancia que en cada caso calificará el Consejo*».

Administración centralizada: como se ha dicho, los órganos de la Administración del Estado que se ordenan bajo esta forma de organización actúan con la personalidad única denominada «Fisco», y cuyo representante judicial es el propio Consejo de Defensa del Estado. No parece lógico sostener que el propio Consejo pueda ejercer la acción ambiental en contra de estos organismos cuando es el mandatario judicial de ellos, es el llamado a asumir su defensa, en un caso como este nos enfrentaríamos a una causa que paradójicamente se caratararía «Fisco con Fisco». Lo que sí parecería plausible sostener, atendido el deber ambiental que pesa sobre el Consejo, es que en casos en que sea la Administración centralizada la que ocasione el daño ambiental, éste se negara a asumir su defensa. Sin embargo, el mandato del art. 3 N° 1 de la LOCDE impone al Consejo la defensa del Fisco en «todos los juicios», sin excepciones, con lo que enfrentados a una demanda ambiental en contra del «Fisco», irremediamente debería asumir su patrocinio y defensa por parte del Consejo de Defensa del Estado³⁰.

Administración descentralizada: la respuesta es diversa en este caso, se trata de organismos con personalidad jurídica propia, respecto de los cuales el Consejo puede excusarse de asumir su defensa (art. 3 N° 3 LOCDE). Respecto del ejercicio de una acción en contra de uno de estos órganos, en principio podría plantearse toda vez que éstos tienen personalidad jurídica propia y el Consejo, como se señaló, está habilitado para no asumir su defensa judicial. Sin embargo, creemos que ello no es factible ya que estos órganos, a pesar de su carácter descentralizado, también forman parte del Estado, son órganos del Estado, los que si bien se han desmembrado de esta persona jurídica unitaria llamada «Fisco», forman parte de una organización superior llamada Estado. La única posibilidad que queda en este caso, es que enfrentados a un daño ambiental causado por un órgano descentralizado, el Consejo estará legalmente habilitado para no asumir su defensa en juicio.

Administración invisible: al igual que en el caso anterior, la Administración invisible goza de personalidad jurídica, sin embargo esta es de Derecho Privado y no forma parte de la Administración del Estado, sin que pueda considerarse un órgano del Estado³¹. Así las cosas, el Consejo no sólo no está obligado a asumir la defensa judicial de esta clase de órganos, sino que no tendría impedimento legal para el ejercicio de la acción ambiental en su contra³².

³⁰ Desde la perspectiva interna del Servicio se presenta un problema mayor, ya que la Unidad de Medio Ambiente, hasta ahora especializada en preparar las demandas ambientales, debería ser también la encargada de preparar las defensas (?). Desde un punto de vista de especialización en la materia la respuesta debería ser positiva, sin embargo, desde una perspectiva de imagen esto aparecería claramente contradictorio.

³¹ Evidentemente, no es el objeto de este trabajo determinar la posición que ocupa la Administración invisible dentro de la orgánica del Estado, no obstante, existen un supuesto que funda las conclusiones que arriba se expresan: desde la perspectiva del poder ejecutivo (Administración Pública), los órganos en que se descompone son aquellos que forman parte de la Administración del Estado, y dentro de éstos no se encuentran las personas jurídicas de Derecho Privado en que el Estado tiene aporte (art. 1 inciso 2 Ley N° 18.575).

³² Esta es la conclusión dogmática, evidentemente, desde una perspectiva de imagen pública no aparecería muy bien parada la Administración que se demanda a sí misma, aunque la demandada sea una persona jurídica de Derecho Privado.

2.5. Prescripción de la acción

El art. 63 se refiere a este punto en los términos siguientes:

“La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contados desde la manifestación evidente del daño”.

No resulta fácil dar una interpretación cabal de esta norma, así es que iremos avanzando desde los aspectos más claros (o, si se quiere, fáciles) hasta las partes más oscuras de la norma.

Lo que está claro es que el plazo de prescripción es de cinco años. Se trata de un plazo especial, que era necesario establecer expresamente ya que el plazo general de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual es de sólo cuatro años desde la perpetración del acto. Ello constituye un argumento más para fundamentar la especialidad de la responsabilidad por el daño ambiental respecto de la responsabilidad civil extracontractual. De aquí en adelante comienzan las dudas.

En relación con el ámbito de aplicación de esta norma, ésta distingue entre acción ambiental y acciones civiles emanadas del daño ambiental. Resulta meridianamente claro que las acciones civiles que emanan del daño ambiental son de dos clases. Las que persiguen la responsabilidad civil extracontractual, cuando el daño ambiental ha incidido en la persona y bienes del sujeto activo. Y las acciones de responsabilidad ambiental propiamente dicha, que busca la restauración del entorno dañado, sin perjuicio de que tengamos serias dudas respecto de la naturaleza civil de esta acción. Entonces, ¿cuál es la acción ambiental? Y preguntamos esto porque en ninguna parte de la ley se hace esta distinción, lo cual nos lleva a desecharlo de inmediato el argumento gramatical de interpretación. Luego, interpretando sistemáticamente la norma vemos que esta se encuentra bajo el párrafo del procedimiento por el que se rigen todas las acciones que establece la Ley 19.300, ya se han detectado las acciones “civiles” ambientales, con lo que descartando, no nos queda más que la acción del art. 56 que frente a la infracción de determinadas normas ambientales persigue la imposición de sanciones por parte del Juez. Esa es la acción ambiental. Denominación demasiado genérica para una acción tan precisa, dado que en virtud de ella la protección directa del medio ambiente se realiza mediante la tutela de la legalidad ambiental. Tal vez hubiese sido conveniente dar la denominación de “acciones ambientales” tanto a la que persigue la legalidad ambiental, cuya vulneración importa la imposición de sanciones judiciales, como la que busca la reparación del medio ambiente dañado, dado que ambas responden a una naturaleza más propia al bien jurídico al que protegen y se alejan de las acciones penales y de las civiles extracontractuales, respectivamente.

La última dificultad con que topamos en la interpretación de la norma que nos ocupa, la encontramos a propósito del momento desde el cual debe computarse el plazo. Este se cuenta, según el art. 63, desde la manifestación evidente del daño. Al respecto dos son las dudas. Por un lado lo que debe entenderse por manifestación evidente del daño. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, flexible, y absolutamente variable, ya que un daño que hoy en día puede no ser evidente, el día de mañana, por la mejora de las técnicas de detección, puede ser mucho más fácilmente determinado. Ello además pone una carga especial a la Administración con competencias ambientales, ya que la desidia de ésta en la aplicación de las nuevas técnicas para la detección de un daño ambiental puede llevar a la prescripción de las

acciones. Todo ello, sin perjuicio de las dudas que se plantean a raíz del daño continuo, respecto del cual la doctrina se ha manifestado conteste en estimar que el plazo en ese caso se cuenta desde la última manifestación del total del resultado dañoso³³.

2.6. Relación entre las responsabilidades ambiental y civil extracontractual

Se justifica el planteamiento de este tema en cuanto el art. 51 inc. 3 dispone que “*Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil*”. Las disposiciones a que se remite el art. 51 inc. 3 son aquellas contenidas en los arts. 2314 y ss. del CC.Ch. referidas a la responsabilidad civil extracontractual. Si pensamos que las normas del Código Civil constituyen las normas de Derecho común y por tanto, supletorias de las lagunas del ordenamiento jurídico privado, podríamos justificar esta remisión, aunque la crítica se mantendría cuando recordamos que una buena técnica legislativa excluye la posibilidad de remisión, dado que genera más problemas de los que soluciona. Sin embargo, la crítica se agudiza en este caso si consideramos que los extremos en que se desenvuelve la responsabilidad ambiental. Lo que hemos sostenido hasta aquí es que la responsabilidad por daño ambiental es distinta de la responsabilidad civil extracontractual, resultando difícil poder afirmar respecto de aquella una naturaleza privatística. Ello a pesar de que el art. 63 citado establece una equiparación entre ambas clases de responsabilidades al aludir a “*acciones civiles emanadas del daño ambiental*”, vemos que la responsabilidad ambiental tiene unos rasgos definidores que la alejan de una mera responsabilidad civil extracontractual ordinaria. En tal sentido nos hemos referido a que tanto el concepto de daño como el de reparación se apartan de sus homónimos civiles, como consecuencia de ello las normas sobre legitimación difieren en materia ambiental, extendiendo las posibilidades de actuación a las Municipalidades y al Consejo de Defensa del Estado.

Frente a todo esto corresponde dilucidar en qué queda la remisión a las normas del CC.Ch., ya que como hemos visto, los aspectos más importantes ya han sido resueltos por la Ley 19.300. Creemos que en general la remisión se limitará sólo a las normas sobre solidaridad y responsabilidad por el hecho ajeno, que son los únicos aspectos que han quedado fuera de la regulación de la responsabilidad ambiental.

3. Amparo constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: el recurso de protección en materia ambiental

Hablar de amparo constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación significa referirnos a la defensa que le dispensa el recurso de protección consagrado en el art. 20 CPR³⁴.

Antes de entrar directamente en materia debemos referirnos en general a la acción constitucional de protección, para determinar luego las peculiaridades que ésta presenta respecto del derecho al medio ambiente libre de contaminación.

³³ Cfr. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil Tomo I*, Ed. Tecnos, Madrid 1995, p. 838.

³⁴ Cfr. en esta materia el mejor trabajo hasta la fecha, nos referimos a: VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El recurso constitucional de protección...*, op. cit. p. 175 y ss.

El art. 20 inc. 1° CPR señala que:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Lo que la citada norma consagra es el llamado Recurso de Protección, el cual es una acción constitucional de carácter cautelar, diferenciada del tradicional recurso de amparo o *habeas corpus*³⁵, y por tanto procesalmente sumaria, que se ejerce ante las Cortes de Apelaciones por aquéllos que hayan sido vulnerados sea por una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos que el propio art. 20 inc. 1° enumera³⁶. La causal que habilita a la interposición del recurso dice relación con un acto u omisión arbitrario o ilegal, pudiendo provenir de cualquier sujeto, sea éste público o privado, e incluso, no siendo necesario que sea determinado expresamente. No existen formalidades para la interposición de los recursos e inclusive puede actuar como un agente oficioso cualquier persona a nombre del afectado. Finalmente, el recurso de protección como acción cautelar que es, no obsta al ejercicio de las demás acciones que se puedan derivar del hecho que motiva el amparo, su interposición es “sin perjuicio” de los demás derechos que se puedan hacer valer.

Frente a la amplitud con que ha sido consagrado este recurso para asegurar el amparo de la generalidad de los derechos constitucionales, en materia ambiental presenta ciertas matizaciones que restringen las posibilidades para su ejercicio y que se consagran en el art. 20 inc. 2° CPR en los términos siguientes:

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

A partir del citado precepto, el análisis del recurso de protección en materia ambiental se puede desglosar en los siguientes aspectos:

³⁵ El art. 21 CPR consagra el recurso de amparo destinado a la protección de la libertad personal y seguridad individual (art. 19 N° 7 CPR).

³⁶ Procede el recurso de protección en favor de los derechos y garantías del art. 19 números: 1° (derecho a la vida y a la integridad psíquica y física); 2° (igualdad ante la ley); 3° inc. 4° (derecho al juez predeterminado por la ley); 4° (respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra); 5° (inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada); 6° (libertad de conciencia); 9° inc. final (derecho a elección del sistema de salud); 11° (libertad de enseñanza); 12° (libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa); 13° (derecho de reunión pacífica); 15° (derecho de asociación); 16° (libertad de trabajo, libre elección y libre contratación); 19° (derecho de sindicación voluntaria); 21° (libre iniciativa económica); 22° (no discriminación en materia económica); 23° (libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes); 24° (derecho de propiedad) y; 25° (derecho de autor y propiedad intelectual).

3.1. Objeto del recurso

Aunque resulte evidente señalarlo, el objeto del recurso de protección en materia ambiental, esto es, la materia sobre la que se ejerce su amparo, es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Ello porque la remisión del art. 20 inc. 2° CPR no es a todo el art. 19 N° 8, sino sólo al derecho en él contenido. Es importante destacar este extremo porque fuera del citado derecho subjetivo constitucional, el art. 19 N° 8 contiene un mandato a los órganos del Estado para velar por la preservación de la naturaleza (*Es deber del Estado... tutelar la preservación de la naturaleza*). Entonces, si los órganos del Estado fallan en el cumplimiento de dicho deber no podremos recurrir de protección. Y ello porque este deber impuesto al Estado, que es manifestación del deber general de servicialidad a la persona con el fin de promover el bien común contenido en el art. 1 inc. 4 CPR, no se traduce en un derecho constitucional para el ciudadano, su naturaleza jurídica es distinta, se trata más bien de un principio que debe orientar la acción estatal, y que, eventualmente, podrá ser exigible ante la jurisdicción ordinaria, pero no goza de la vía privilegiada del recurso de protección.

A ello se agrega otra razón. El principio constitucional de servicialidad del Estado en su vertiente ambiental supone una actividad de prestación que recae sobre los órganos del Estado y fundamentalmente sobre la Administración. La omisión en el cumplimiento de dicho principio, sea por razones de opción política, falta de presupuesto o simple desidia en su cumplimiento, potencialmente, puede vulnerar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que tienen los ciudadanos. Sin embargo, dicha omisión, hasta ahora, no está amparada por la vía del recurso de protección, ya que como veremos a continuación, en materia ambiental sólo procede por acciones positivas.

3.2. Forma de vulneración del derecho

Recordemos que respecto del recurso de protección general la forma en que se puede producir la vulneración al legítimo ejercicio de los derechos por él amparados será por una amenaza, perturbación o privación. Sin embargo, respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el art. 20 inc. 2° CPR dice que éste debe ser “*afectado*”. La pregunta que surge es si esta diferencia semántica constituye una particularidad entre ambas especies del recurso de protección.

De acuerdo a lo planteado por el profesor Valenzuela Fuenzalida, el empleo del verbo “afectar” en forma pasiva “*mueve a entender que lo que se exige es que se esté ante un hecho consumado de privación o perturbación del derecho en cuestión, excluyéndose la hipótesis de una mera ‘amenaza’ de que ello ocurra, desde el momento que no puede sostenerse que se encuentre ‘afectado’ en su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación quien sólo enfrenta el riesgo de que este derecho le sea conculcado*”³⁷.

Al respecto debemos manifestar nuestro acuerdo con la opinión del profesor Valenzuela Fuenzalida, dado que la literalidad del precepto, su sentido natural y obvio, parece referirse sólo a hechos consumados, es decir, perturbaciones o priva-

³⁷ VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El recurso constitucional de protección...*, op. cit. p. 185. En el mismo sentido Raúl Bertelsen Repetto, Informe en derecho: Facultades de Conaf y contaminación de aguas de un lago, RChD Vol. 19 N° 3 1992 pp. 549 y ss.

ciones. Sin embargo, también debemos reconocer que existen argumentos que permitirían sostener lo contrario, esto es, que por una amenaza también se admite el recurso de protección en materia ambiental, dado que gramaticalmente se justificaría la voz “afectado” utilizada por el constituyente, para evitar una reiteración de las voces del inc. 1 del art. 20 CPR (amenaza, perturbación y privación), considerándose que es comprensiva de todas ellas. Esta interpretación extensiva además encontraría justificación en el principio de interpretación constitucional *in favor libertatis*, el cual permite preferir aquella interpretación de la norma fundamental que más favorezca el ejercicio de los Derechos Fundamentales.

Sin embargo, esta segunda interpretación, aunque plausible, pierde su fundamentación cuando recurrimos a otros argumentos interpretativos. Se debe agregar al argumento gramatical que se ha esgrimido por la doctrina citada, uno de fondo, en este caso de carácter sistemático. La exclusión de la amenaza se justifica en la circunstancia de que el recurso de protección ambiental procede sólo por actos, excluyéndose las omisiones. En efecto, si consideramos que la acción omisiva está vinculada directamente con la amenaza al ejercicio del derecho, debemos aceptar que si se excluye la posibilidad de interposición por una acción omisiva, lógicamente, se excluyen los supuestos causales de amenaza. Jurídicamente la omisión consiste en una inactividad frente a un deber o conveniencia de obrar, es una falta de actuación estando de algún modo jurídicamente compelido a hacerlo. Por su parte, amenazar a alguien es dar a entender que se le quiere hacer un mal. Por consiguiente, es muy factible que por esa omisión se esté dando a entender que se puede realizar este hecho dañoso, sin que todavía se haya llegado a producir. Todo esto no implica una correlación total del binomio omisión-amenaza, ya que es lógicamente posible tanto que se produzcan amenazas por actuaciones activas (actos), como que por actuaciones omisivas (omisiones) se produzcan vulneraciones efectivas a un derecho, sea por una perturbación o una privación.

Lo que ocurre es que cada vez que un sujeto que está obligado o tiene el deber de realizar una actividad y no lo hace incurre en una acción omisiva o simplemente “omisión”. En virtud de dicha omisión, antes de perturbar o privar el legítimo ejercicio de un derecho, se le estará amenazando.

Finalmente, debemos señalar que esta restricción del recurso de protección en materia ambiental se encuadra dentro del contexto general de posibilidad limitada de interposición del mismo. A modo de declaración de principios podríamos abogar por una interpretación menos restrictiva del recurso de protección en materia ambiental. Sin embargo, no podemos soslayar lo que existe realmente, y es que el constituyente de 1980 lo ha consagrado en términos comparativamente más limitados que para el resto de los derechos protegidos por esta vía. No obstante lo cual, esta consagración restrictiva del recurso encuentra un paliativo a sus efectos cuando consideramos más ampliamente el objeto del derecho del art. 19 N° 8 CPR.

3.3. *Conducta vulneradora*

Si para la generalidad de los derechos el recurso de protección procede por conductas activas u omisivas (acción u omisión), una diferencia radical respecto del recurso en materia ambiental está en que éste sólo procede por “actos”, excluyéndose las omisiones. La principal consecuencia de esta exclusión radica en la ya indicada imposibilidad de recurrir por las amenazas al ejercicio del derecho.

Todo ello ofrece una importante limitación en la tutela del derecho ya que, por ejemplo, si por una carencia u omisión en la actividad administrativa en su deber de velar para que el derecho no sea afectado, se está amenazando el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no se podría recurrir de protección. Consecuentemente, una CA no podría condenar a la Administración del Estado a la realización de prestación alguna, ni a salir de una actitud pasiva en esta materia, a pesar de que con ella se esté afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, toda vez que el recurso de protección no ampara contra la omisión.

3.4. *Calidad de la conducta*

El art. 20 inc. 2° CPR exige que la conducta vulneradora, es decir, el acto sea “arbitrario e ilegal”, a diferencia del recurso de protección ordinario en que la exigencia no es copulativa sino disyuntiva (“arbitrario o ilegal”). Esta cuestión que podría haberse justificado en un intento de restringir aún más el recurso en esta materia, conlleva un ilógico difícil de explicar. Ello porque un acto o es ilegal o es arbitrario, pero difícilmente podrá distinguirse entre ambas calidades, e incluso frente a algunos supuestos será difícil que se den a la vez.

De acuerdo a lo señalado por la CA de Santiago en su ya citada sentencia N° 1294/1994 de 25 de agosto, en el insoluble asunto relativo a las medidas de restricción vehicular destinadas a rebajar los altos índices de contaminación de la capital chilena: “*Lo ilegal, se refiere concretamente al campo donde se ha violado o infringido el derecho en el ejercicio de la potestad jurídica. Así, toda vez que el actor ha actuado sin sujeción a la ley de la cual es mero ejecutor o que debe respetar, ha cometido un acto ilegal. Por el contrario, lo arbitrario se refiere al campo de la voluntad no gobernada por la razón. Si el actor ha realizado un acto por antojo o por impulso instintivo, no gobernado por la razón o guiado por una idea o propósito que no tiene motivación aparente y fuera de las reglas ordinarias o comunes, decimos que su acto es arbitrario*”³⁸.

Entonces tenemos que lo ilegal importa vulneración del Ordenamiento Jurídico, lo arbitrario supone actuación irracional o caprichosa. Es lógico que en muchas ocasiones un acto arbitrario, por ese solo hecho, también será ilegal, por ejemplo un acto inmotivado de la Administración, y ello porque lo arbitrario está siempre al margen de la ley³⁹. Por tanto, dicho acto antes que arbitrario será ilegal. Con lo que la Administración podría escudarse en la falta de arbitrariedad del acto, alegando que este sólo es ilegal para echar abajo el recurso de protección. Por el contrario, un administrado que ha sido recurrido, podría alegar que su acto es sólo arbitrario y no ilegal, al ser difícilmente determinable la norma jurídica que se entiende vulnerada por su actuar arbitrario. O al revés, también podría argüir que su acto es sólo ilegal, pero no arbitrario, ya que sólo la Administración puede incurrir en arbitrariedad⁴⁰.

³⁸ En el mismo sentido, NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, RChD, Vol. 20 N° 2-3 mayo-diciembre de 1993 p. 599.

³⁹ Cfr. OTERO PARGA, Milagros, *La arbitrariedad*, Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo XII año 1985 p. 393.

⁴⁰ En efecto, tres son los requisitos que se predicán de la arbitrariedad, a saber: conducta

Fuera de esta conceptualización y revisando la jurisprudencia que ha debido enfrentarse a este riguroso requisito para acoger los recursos de protección en materia ambiental, podemos concluir que, en general, los Tribunales -tal vez conscientemente- no han sido demasiado meticulosos en su análisis. Por ejemplo en el ya citado asunto Callejas Molina y otros con Compañía Minera del Pacífico S.A., la CA de Copiapó en su sentencia de 22 de junio de 1992 señaló que: *“de la disposición legal citada, se desprende que la primera obligación que se impone a los establecimientos industriales, fabriles y mineros es la de no contaminar, exigiéndoseles para ello, que deben acreditar las medidas técnicas y prácticas que sean pertinentes para que no ocurra. Acreditada la contaminación, los actos de la recurrida resultan entonces ilegales. Y son además arbitrarios, al depender la ejecución de su exclusiva voluntad, atentando con ello en contra del medio ambiente en general y de los intereses de los olivicultores [recurrentes], en particular”*. Vemos cómo la CA despacha rápidamente el problema del doble requisito de actuación ilegal y arbitraria. La empresa minera contaminante vulnera la normativa sobre contaminación, por tanto su actuar es ilegal, además esa actuación contaminante depende de su sola voluntad, por tanto, se trata de un actuar arbitrario. En el fondo lo que hace el Tribunal es resumir en la vulneración de las normas sobre emisiones la ilegalidad y arbitrariedad de la actuación de la empresa recurrida. La acción vulnera la norma, por tanto ilegal, hasta ahí podemos estar de acuerdo. La acción depende de su voluntad, por tanto arbitrario. Pero lo arbitrario no sólo importa una actuación voluntaria, ésta debe ser además irracional, inmotivada, caprichosa, y evidentemente en este supuesto el acto no reunía dichas cualidades. En verdad, un acto contaminante por lo general no responde a una conducta arbitraria del causante del mismo. Se contamina porque resulta económicamente más rentable hacerlo, antes que adecuar los procesos productivos a tecnologías no contaminantes. Ello no es irracional o inmotivado, al contrario, desde la óptica economicista del sujeto causante es justificado, a pesar de que sea ilegal. Es por ello que es comprensible esta interpretación laxa de este doble requisito (arbitrario e ilegal) exigido por el art. 20 inc. 2° CPR. De lo contrario sería prácticamente imposible aceptar la procedencia de los recursos de protección en materia ambiental.

Más escueta fue la CA de Santiago en su sentencia de 15 de marzo de 1994, en el asunto “Mardones y otros con Laborerie y otros”, que al abordar el doble requisito en análisis señala que: *“El comportamiento observado por la recurrida... constituye un acto arbitrario e ilegal que afecta el derecho de los recurrentes a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puesto que sin razón que lo justifique y transgrediendo las normas que rigen la materia, vulnera ese derecho...”*

antijurídica, irregularidad caprichosa y que la conducta provenga del poder público. Como señala Luis Recasens Siches, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 6a edición, México 1981, p. 107, *“se llaman arbitrarios los actos antijurídicos, de los poderes públicos, con carácter inapelable. Los actos antijurídicos de los particulares, y también los de los órganos subalternos del poder público y asimismo todos aquellos susceptibles de apelación, son calificados -según los casos- de ilegalidad civil, de falta, de delito, de contravención administrativa o de sentencia o de resolución incorrecta (apelable o rectificable), pero no calificamos ninguno de esos actos como arbitrariedad en el sentido riguroso de esta palabra; porque son sancionables y rectificables por instancias superiores”*.

3.5. Sujeto imputado

El último matiz que plantea el recurso de protección en esta materia dice relación con el sujeto imputado o causante del acto que afecta al derecho, este debe ser “*imputable a una autoridad o persona determinada*”. Como dijimos, el recurso de protección ordinario no exige una determinación del sujeto causante de la afectación al derecho, en cambio en materia ambiental debe ser contra persona determinada, es decir, se debe señalar expresamente el causante del acto que produce la violación del derecho.

Es menester que se produzca una vinculación entre la afectación al derecho [perturbación, privación] y la conducta de un individuo determinado. Se trata de una imputación objetiva, ya que se atribuye un resultado a la conducta de un individuo. No es necesario que el recurrente determine si el hecho causante de la afectación fue realizado por dolo o culpa. Lo importante es que objetivamente ese hecho corresponde a un determinado sujeto. En sede de responsabilidad será exigible que se pruebe el elemento subjetivo, y con base en él, el sujeto imputado podría eximirse de la responsabilidades ambiental, civil extracontractual o penal. Sin embargo, en el ámbito constitucional no se exige este requisito subjetivo, basta con que el hecho causante de la afectación sea atribuido a ese individuo para que sea procedente el amparo ambiental solicitado, siempre que se cumplan los demás requisitos.

Esta exigencia de una determinación concreta del causante encuentra su lógica en el requisito anterior de la conducta vulneradora. Si se exige que sea por una acción es consecuente que ésta pueda ser atribuida a un sujeto determinado. Ello a diferencia de las omisiones, en que es el Tribunal el que determina el sujeto al que le corresponde actuar para subsanarla.

3.6. El proyecto de reforma constitucional al artículo 20 inciso 2° CPR

Se encuentra en actual tramitación un proyecto de reforma constitucional en virtud del cual se modifica el inciso 2° del artículo 20 en dos aspectos. En primer término sustituye la conjunción «e» que une los vocablos «arbitrario e ilegal», por la conjunción «o». La segunda alteración dice relación con la adición de la expresión «u omisiones», a continuación de «actos».

Desde mi perspectiva las consecuencias prácticas de éstas, aparentemente, pequeñas modificaciones son las siguientes:

Calidad de la conducta: como se ha señalado, bajo la situación actual es requisito para la procedencia de un recurso de protección en materia ambiental que la conducta vulneradora del medio ambiente tenga el doble requisito de arbitrario e ilegal. La sustitución de la conjunción copulativa «e», por la disyuntiva «o», viene a igualar en este aspecto el amparo que brinda el recurso de protección en materia ambiental al que da al resto de los derechos protegidos. En virtud de ella por una parte se salva una verdadera incongruencia en que había incurrido el constituyente, y sobre todo se viene a reconocer la superación de la norma en dicho aspecto, ya que la mayor parte de las veces en que los Tribunales Superiores de Justicia se enfrentaron a analizar este doble requisito, lo superaban señalando que al ser un acto ilegal ésta como tal era arbitrario.

En tal sentido estimo que la reforma constitucional no debería incidir en el ejercicio de la acción cautelar respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y por tanto, no debería significar una mayor carga de trabajo a la Defensa Estatal.

Conducta vulneradora: no ocurre lo mismo respecto de la conducta vulneradora. Uno de los avances que puede representar el proyecto de reforma constitucional es el de la ampliación de la conducta vulneradora, dando cabida a las «omisiones» que afectan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Si para la generalidad de los derechos el recurso de protección procedía por conductas activas u omisivas (acción u omisión), una diferencia radical que se planteaba respecto del recurso en materia ambiental era que éste sólo procedía por “actos”, excluyéndose las omisiones. La principal consecuencia de esta exclusión radicaba en la ya indicada imposibilidad de recurrir por las amenazas al ejercicio del derecho.

Todo ello ofrecía una importante limitación en la tutela del derecho ya que, por ejemplo, si por una carencia u omisión en la actividad administrativa en su deber de velar para que el derecho no sea afectado, se estaba amenazando el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no era posible recurrir de protección. Consecuentemente, una CA no podía condenar a la Administración del Estado a la realización de prestación alguna, ni a salir de una actitud pasiva en esta materia, a pesar de que con ella se estuviese afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, toda vez que el recurso de protección en materia ambiental no amparaba contra la omisión. La reforma constitucional del inciso 2° del artículo 20 CPR permitirá recurrir en contra de omisiones vulneradoras del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Evidentemente, las consecuencias que se abren son insospechadas, toda vez que, por una parte será posible exigir a los órganos del Estado y en especial a su Administración que asuma una actitud activa pudiendo ser condenado a la realización de prestaciones que suplan la omisión inconstitucional vulneradora del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Pero también respecto de los particulares, los cuales estarán obligados a suplir las omisiones en que incurran y que afecten al citado derecho⁴¹.

4. Conclusiones

La verdad es que el rol del Consejo de Defensa del Estado en materia de protección ambiental resulta una verdadera paradoja. Por una parte está legitimado para el ejercicio de la acción ambiental, en todos los casos, en representación del Estado. Legitimación activa que salta en pedazos cuando se trata de órganos del Estado que por su acción u omisión causan daño al medio ambiente. No obstante, lo que parecería ser una concesión no muy afortunada por parte del legislador de la Ley N° 19.300 al

⁴¹ Dos ejemplos pueden ilustrar la trascendencia del proyecto de reforma: Para los particulares: dentro de la función social de la propiedad privada está aquella que impone la conservación del patrimonio ambiental, la cual impone al propietario no sólo el aprovechamiento racional de los recursos, sino además su reparación. Una omisión en esta obligación de reparar, en cuanto afecte al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación será posible de ser subsanada por la vía del recurso de protección, toda vez que es una omisión que ocasiona una vulneración a dicho derecho. Para el Estado: si éste deja de dictar una norma de calidad ambiental, no pone en marcha un plan de prevención y/o descontaminación, o lo dota de escasos recursos, estará incurriendo en una omisión dañosa del derecho al medio ambiente, claramente recurrible por vía de protección.

Consejo, no es sino una actualización en el ámbito legislativo del deber constitucional-ambiental que pesa sobre todos los órganos del Estado y en especial sobre su Administración.

Cuestión aparte representa el recurso de protección, y aquí viene la segunda parte de la paradoja. Hasta ahora una de las grandes cortapisas a esta acción cautelar en materia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra en que sólo procede en contra de actos, excluyéndose las omisiones. De concretarse la reforma constitucional planteada, se abrirá una vía para reclamar de todas aquellas faltas en que incurran los órganos del Estado en el cumplimiento de sus deberes ambientales, lo que sin duda significará un real incremento en la interposición de recursos de protección.

En definitiva, un deber ambiental del Consejo de Defensa del Estado que en la práctica en muchos casos, más que proteger al medio ambiente, se traducirá en la defensa de aquellos otros órganos de la Administración del Estado que precisamente no lo han asumido.