

301.310261A 858M

c.2

ASPECTOS JURIDICOS DE LA GESTION
AMBIENTALMENTE ADECUADA DE RESIDUOS

*Memorias del
Seminario Nacional de
Derecho Ambiental*



**HERNAN DURAN
RAFAEL VALENZUELA
CARMEN ARTIGAS
PEDRO FERNANDEZ
JULIO LAVIN
RIGOBERTO VALDIVIA
RAFAEL ASENJO
EDUARDO ASTORGA**

Editores

EDUARDO ASTORGA / GONZALO CUBILLOS

CEPAL / FUNDACION FRIEDRICH EBERT

56685

29 DIC 1994

**Memorias del Seminario Nacional de
Derecho Ambiental**

© Fundación Friedrich Ebert

CEPAL

Inscripción N° 91.110

Editores

Eduardo Astorga

Gonzalo Cubillos

Fotografía Portada:

Heinrich Sassenfeld

Diseño, Diagramación e Impresión

Servimpres Ltda.



El presente trabajo se inserta dentro de las actividades desarrolladas por el Proyecto CEPAL/GTZ «Políticas para la gestión ambientalmente adecuada de residuos», Fase II, que se realiza por la Unidad Conjunta CEPAL/PNUMA de Desarrollo y Medio Ambiente, de la División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos, de la CEPAL, con el apoyo de la Agencia Alemana de Cooperación Técnica (GTZ). A su vez la Fundación Friedrich Ebert se inscribe en este seminario, cumpliendo su objetivo de promover debates, seminarios y políticas que, integrando la variable ambiental, aseguren un desarrollo sustentable.



INDICE

Presentación	7
EXPOSICION INTRODUCTORIA	9
Políticas para la gestión ambientalmente adecuada de residuos <i>Hernán Durán</i>	11
PANEL I PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL	21
Nociones acerca del principio "El que contamina, paga" <i>Rafael Valenzuela</i>	23
Los principios de Derecho Ambiental a la luz del Sistema Internacional <i>Carmen Artigas</i>	32
Debate	52
PANEL II GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y REGULACION AMBIENTAL	61
Garantías Constitucionales y Regulación Ambiental <i>Pedro Fernández</i>	63
Garantías Constitucionales y Regulación Ambiental. Aspectos Jurídicos de la gestión ambientalmente adecuada de los residuos <i>Julio Lavín</i>	78
Debate	102
PANEL III RESPONSABILIDAD AMBIENTAL	111
Problemática de la responsabilidad en materia ambiental <i>Rigoberto Valdivia</i>	113

Debate	120
PANEL IV PARTICIPACION CIUDADANA Y ACCESO A LA JUDICATURA	131
Consideraciones sobre participación ciudadana <i>Rafael Asenjo</i>	133
Participación ciudadana y acceso a la judicatura <i>Eduardo Astorga</i>	140
Debate	150
CLAUSURA	159
Palabras de clausura	161

PRESENTACION



Las presentes Memorias del «Seminario Nacional de Derecho Ambiental. Aspectos Jurídicos de la gestión ambientalmente adecuada de residuos», realizado el 7 de octubre de 1993, en la sede de la CEPAL, en un esfuerzo de la Unidad Conjunta CEPAL / PNUMA de Desarrollo y Medio Ambiente, de la División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos de la CEPAL con la Fundación Friedrich Ebert, constituyen un aporte al actual debate del desarrollo del Derecho Ambiental Nacional.

Los temas tratados -Principios de Derecho Ambiental, Garantías constitucionales y regulación ambiental, Responsabilidad ambiental y Participación ciudadana y acceso a la judicatura- son ciertamente de gran interés, en especial a partir de la constatación de que el Derecho Ambiental constituye una disciplina que «cruza» todo el ordenamiento jurídico nacional, impactando a muchos campos del Derecho, como son el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, etc.

Tal enfoque integrador plantea un doble desafío. Por una parte lleva a cuestionar muchas de las instituciones actualmente existentes, invitando a reflexionar acerca de sus nuevos alcances, los cuales deben ser coherentes con la aspiración de Desarrollo Sustentable que emerge colectivamente. Por otra, requiere de profesionales capaces de conocer y entender el Derecho en su globalidad y no a través de compartimientos estancos, situación que convoca a estar continuamente reeducándose.

Esperamos que las Memorias que en este libro se presentan, constituyan el inicio de un proceso de reflexión permanente.

Eduardo Astorga

Gonzalo Cubillos

Editores

Exposición Introdutoria





POLITICAS PARA LA GESTION AMBIENTALMENTE ADECUADA DE RESIDUOS

Hernán Durán*



En esta exposición presentaré el enfoque que ha orientado las actividades realizadas en el proyecto «Políticas para la gestión ambientalmente adecuada de residuos», que realiza la Unidad Conjunta CEPAL/PNUMA de Desarrollo y Medio Ambiente, de la División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos, en conjunto con algunos gobiernos de la región, y las conclusiones a que se ha llegado como resultado de dicho trabajo de cooperación técnica. Los invito a que después de la exposición hagan un aporte a nuestra labor desde el punto de vista jurídico.

En primer lugar, precisaré cuál es el problema, señalando su origen y el impacto ambiental de los residuos urbanos e industriales. En segundo lugar, analizaré cómo este tema ha ido evolucionando desde la perspectiva política y la de las técnicas de tratamiento. Finalmente, presentaré la propuesta de un enfoque integral para las políticas sobre la gestión ambientalmente adecuada de los residuos.

A. IMPACTO Y DESCRIPCION DE LA UNIDAD PRODUCTIVA, QUE ES EL OBJETO DE ESTUDIO

Las relaciones hacia atrás de la unidad productiva comprenden los elementos que entran en el proceso productivo para ser transformados, vale decir, las materias primas, las materias auxiliares y la energía.

La forma en que una empresa utiliza las materias primas, las materias auxiliares y la energía tiene un impacto ambiental determinado en el entorno.

* Experto Principal del Proyecto CEPAL / GTZ sobre 'Políticas para la gestión ambientalmente adecuada de residuos'

El impacto de las materias primas puede apreciarse claramente en la agroindustria, donde un proceso productivo determina, en función de sus características y exigencia de materias primas, la cadena y la transformación del ecosistema en el que se producen las materias primas que necesita. En Chile tenemos el caso concreto e histórico de la Industria Azucarera Nacional, S.A. (IANSA), que debe cultivar remolacha para producir azúcar, lo que ha derivado en la transformación productiva de ese sector.

Asimismo, si se considera la producción frutícola como una industria, ésta enfrenta una serie de problemas relacionados con el uso de pesticidas. Para poder abordar esta problemática desde una perspectiva integral es necesario analizar el proceso de exportación de la fruta, empezando por estudiar cómo se trabaja con la materia prima.

En cuanto a las materias auxiliares, que son todos aquellos compuestos que se agregan a un determinado producto, es su proceso de transformación el que genera la mayor cantidad de residuos potencialmente peligrosos de un proceso productivo.

Finalmente, en lo tocante a la energía sabido es que ésta puede ser renovable o no renovable, y que su consumo excesivo configura un panorama ambiental de características especiales.

Hay otros factores que también son importantes, como la ubicación que pueda tener una industria, y el número, características, procedencia y nivel socioeconómico de sus empleados.

Pero también hay un impacto que se produce hacia adelante y que tiene que ver con el producto mismo, por ir éste acompañado de un conjunto de elementos que son sus residuos potenciales: por un lado están aquellos componentes que no van a ser consumidos en el proceso y que pasarán a ser un desecho y, por el otro, su envase y embalaje.

Por último, los procesos productivos pueden tener impactos que se traducirán en contaminación atmosférica, acústica, de aguas y del suelo.

El hecho de que una industria envíe sus residuos hacia el aire, el agua o el suelo es un problema tecnológico que depende de las condiciones del mercado, o de la antigüedad y características del proceso productivo mismo. Un caso muy conocido en Chile en el ámbito de la industria minera es el de la refinería de Ventanas, cuyas emisiones de CO₂ y anhídrido sulfuroso

han tenido un gran impacto ambiental. Para remediar esta situación se ha introducido una modificación técnica para transformar el CO₂ en ácido sulfúrico.

1. La industria visualizada dentro de un contexto y no como unidad productiva

La industria mediante su proceso productivo da lugar a un producto -bienes o servicios- que es enviado al mercado, y posteriormente a la ciudad. El consumo subsiguiente da origen a residuos, los que sumados a los desechos procedentes del proceso productivo pueden ir a dar finalmente a un relleno, ser incinerados, procesados mediante otras técnicas de disposición final, o reciclados. Este es el ciclo de un residuo.

El primer aspecto a considerar es qué se puede hacer para reducir el volumen de los residuos que genera el producto final de un proceso productivo. El segundo aspecto que hay que analizar es cuáles son las técnicas más adecuadas para la disposición final de los residuos, una vez que éstos ya han sido generados. Hay diversas alternativas. En Chile, por ejemplo, los residuos se disponen en rellenos sanitarios, que son relativamente seguros desde el punto de vista de la higiene y la salubridad. No obstante, hay proyectos mucho más ambiciosos, como el promovido por la legislación francesa, que establece que en el 2003 todos los residuos van a tener que ser tratados antes de su disposición final; esto quiere decir que incluso van a ser sometidos a compost. Tanto la minimización como el tratamiento de los residuos constituyen un desafío que deberá ser enfrentado de manera multidisciplinaria.

Dado que la composición de los residuos varía de acuerdo con el grado de desarrollo de cada país, el comportamiento que se tiene frente a ellos varía de un lugar a otro. En Europa los residuos contienen un 30% de materia orgánica; en Estados Unidos, 27%; y en São Paulo y Santiago, entre 52% y 66%. De ahí se desprende que gran parte de nuestros residuos está constituida por materia orgánica. Esto nos diferencia de los países desarrollados, y va a determinar que las técnicas de disposición final que empleemos, así como las normativas y criterios jurídicos que adoptemos, sean también diferentes.

2. Los envoltorios

En la presentación del caso de los Estados Unidos se señala que «los envoltorios desempeñan un papel importante en el comportamiento del consumidor; en 1986 los estadounidenses gastaron más en los envoltorios de los alimentos que el ingreso recibido por los agricultores». Resulta claro que al tratar el tema de la minimización de los residuos habrá que abordar también el de los envoltorios, envases y embalajes, y al hacerlo se verán afectados intereses que no son fáciles de conciliar.

En dicha presentación también se afirma que «en los Estados Unidos cerca de 1 de cada 10 dólares que se gastan en los alimentos y bebidas va en los envoltorios». Esto indica que el 10% de los costos corresponde a estos últimos.

B. EVOLUCIÓN DEL ORIGEN DE LOS RESIDUOS DESDE EL PUNTO DE VISTA POLITICO Y COMO NOS INTERESA VER SU EVOLUCION

Les propongo analizar esta temática como si se tratara de un problema en el que están involucrados la población, el gobierno y los industriales: la población ejerce presión, el gobierno se ve obligado a fijar normas, y los industriales reaccionan frente a este fenómeno.

Este tema ha sido enfrentado en los países desarrollados y ha adquirido cierta importancia e interés gracias a la participación de la población y a la presión que ha ejercido sobre sus gobernantes. El que la normativa de un determinado país sea buena, o no tan buena, depende, en términos generales, de la presión popular que se haya ejercido sobre las autoridades responsables. Fue la presión ciudadana la que movió a los gobiernos a tomar medidas con respecto a los industriales. Al principio, según lo demuestra la experiencia de los países desarrollados, los industriales se opusieron y rechazaron la transformación, hasta que llegó un punto en que se comprometieron con el tema y observaron que incluso podían obtener ventajas; entonces no sólo se incorporaron a este juego democrático, sino que incluso llegaron a plantear soluciones.

Si bien no es la totalidad de la población, de las autoridades y de los industriales la que se preocupa por el medio ambiente, esto puede cambiar en la medida en que seamos capaces de establecer los niveles de concertación respectivos para que puedan darse los acuerdos que permitan pasar a un nivel superior, que es llegar a tener una sociedad que en su conjunto se comprometa con el proceso.

Un elemento fundamental para que surjan medidas de protección ambiental es la participación ciudadana. Esto resulta evidente cuando se observa la situación de los países desarrollados, y lo ocurrido en los países de Europa del Este. Si bien estos últimos contaban con una normativa que muchas veces era más rigurosa que la de la Environmental Protection Agency de los Estados Unidos (EPA), la falta de mecanismos democráticos participativos impidió que hubiera una respuesta por parte de la población frente a la temática del medio ambiente.

Algo similar sucedió en los países de América Latina que tuvieron regímenes dictatoriales. Durante el lapso en que éstos estuvieron en el poder, los temas políticos y la participación ciudadana no estuvieron orientados hacia la problemática del medio ambiente, porque eran otras materias las que concitaban mayor atención. El tema del medio ambiente fue, por lo tanto, relegado; no se ejerció presión sobre los gobernantes para que tomaran medidas al respecto, ni hubo una respuesta de los industriales. Este ciclo político dio origen a una cierta tendencia y a una determinada respuesta, desde el punto de vista tecnológico. Esto permite afirmar que la tecnología está directamente vinculada con la política.

Ahora bien, si ponemos en un eje vertical el porcentaje de residuos que se genera en un proceso productivo, y en un eje horizontal la forma en que esto evoluciona en el tiempo (en un gráfico imaginario), y comenzamos en los años cincuenta y avanzamos hacia el 2020 como gran objetivo de política, se podría decir que la tendencia es la siguiente:

En los años cincuenta el tema le era indiferente a la población; más aún, era un orgullo para un ciudadano vivir cerca de un proceso productivo contaminante. La ingeniería sanitaria ofreció una respuesta -desde fuera de los procesos productivos- a los problemas de salubridad que se presentaron: la instalación de sistemas de tratamiento. Este es el procedimiento usual

empleado con los afluentes líquidos, que consiste en instalar tratamientos primarios y/o secundarios para neutralizar los residuos.

En los años ochenta comenzó la tendencia al reciclaje. Continuó la preocupación por el producto -por fuera-, de manera que una vez que éste se hubo convertido en residuo pudiera reutilizarse para pasar, posteriormente, al objetivo de política de más largo plazo, que es la minimización. Esta consiste en que desde el comienzo del proceso productivo se generen menos residuos para llegar finalmente, en el largo plazo, a la contaminación cero.

Este proceso ha sido y es posible gracias a la presión política ejercida sobre los gobiernos y los industriales, que permite que se dé la respuesta tecnológica necesaria.

C. POLITICAS DE LA GESTION AMBIENTALMENTE ADECUADA DE RESIDUOS

Dada la complejidad del tema son a lo menos cinco los aspectos que deben estudiarse por separado para poder atacar el tema de los residuos, y cuyas interrelaciones es importante analizar, a saber: asentamientos humanos, legislación, tecnología, instrumentos económicos y financieros, y educación.

1. Asentamientos humanos

Para los habitantes de Santiago resulta evidente que los problemas ambientales que la afectan se deben a que no se ha hecho una planificación espacial, a que estamos atrasados en materia de planes de desarrollo territorial, y a que no se ha definido el uso del espacio a nivel nacional y urbano.

Desde el punto de vista de los residuos, uno de los temas más complejos que se plantea es qué hacer con la basura, puesto que el próximo año no va a haber lugar donde disponerla y no se previó qué hacer con ella.

Aun cuando se resuelva el problema de la basura, la gestión urbana

adolesce de vacíos a nivel jurídico y de políticas. En cuanto a esto último, no se ha establecido aún quién debe hacerse cargo de los residuos.

2. Legislación

Hace falta definir un marco jurídico de principios, así como establecer qué instrumentos deben adoptarse y qué instituciones deben participar.

Entre los principios cabe mencionar los que están considerados en el Convenio de Basilea, tales como: -el que contamina, paga-, el ciclo vital integrado, y los de soberanía nacional, que tienen que ver con los problemas de la protección de los residuos.

En cuanto a los instrumentos de regulación que propone la legislación, se aspira a tener normas y estándares adecuados tanto para el medio ambiente como para los procesos productivos. Entre ellos destacan las evaluaciones de impacto ambiental, que son el único instrumento que permite saber de antemano lo que va a ocurrir en un proceso productivo para prevenir su impacto; y las auditorías ambientales, que permiten controlar todo este proceso.

3. Tecnología

Este tema se inscribe en la propuesta de una transformación productiva sustentable y de la necesidad de crear un núcleo tecnológico en los países, para que la tecnología se pueda desarrollar. No basta con decir que se requieren tecnologías limpias o nuevas, ya que la pregunta que surge de inmediato es qué hacer para que esas tecnologías puedan operar. Y para ello se necesita de un núcleo y un sistema tecnológico que pueda actuar.

Hay dos maneras de abordar esta materia: estableciendo sistemas de tratamiento externo (que equivale a mirarlo -desde afuera-), y atendiendo el problema de la disposición, lo que desde el punto de vista de la industria implica mayores costos y una rentabilidad negativa.

Nuestra propuesta es que veamos este problema desde otra perspectiva, que entendamos que a nivel mundial los principales desafíos actualmente son la modernización y la competitividad. Debemos, por lo

tanto, ocuparnos de cuestiones como la gestión de la calidad total y de la escasez de recursos financieros. Desde esta óptica no sólo es posible disminuir la generación de residuos sino que, además, entramos en un proceso de operación rentable.

Para que pueda funcionar el sistema tecnológico es necesaria la concertación de los distintos actores involucrados: aquellas personas que producirán los bienes de capital necesarios para que se dé este proceso productivo ; un tipo de ingeniería de diseño capaz de concebir los procesos tecnológicos que se requieran; y capacidad empresarial -pública o privada- para llevar a cabo estos procesos. Esto debe sustentarse en un mercado ampliado que nos permita actuar, y donde puedan rentabilizarse los procesos productivos en base a la investigación y el desarrollo del sistema universitario y del sistema nacional de educación.

Leeré una cita para ilustrar la envergadura que esto tiene desde el punto de vista sectorial: «En la República Federal Alemana en 1988 solamente la producción industrial destinó más de 800 millones de DM en inversiones de protección ambiental; esta cifra significó el 7.8% del total de las inversiones. En el mismo año, el comercio, la industria y el gobierno gastaron en protección ambiental un total de 3.570 millones de DM, es decir, el 1.7% del producto nacional bruto».

4. Instrumentos económicos y financieros

Los instrumentos económicos y financieros incluyen las tarifas, subsidios, multas, sistemas de reembolso y distintos mecanismos de intervención del mercado. Estos últimos comprenden los derechos transables -para la contaminación atmosférica-, los estándares de calidad y el sello ambiental.

En cuanto al sello ambiental, publicamos tiempo atrás un documento sobre el tema, y además presentamos una propuesta para que sea introducido en la legislación nacional, como una forma de garantizar que los productos que se venden en el mercado tengan los mejores niveles de protección ambiental y el menor impacto ambiental. El sello ambiental debe ser otorgado por un grupo externo al productor, y esta característica es la que le confiere confiabilidad.

Para analizar desde el punto de vista de los costos y los beneficios cuánto cuesta tener una política ambiental limpia, consideremos los siguientes ejemplos de impacto ambiental:

En Colombia, la ECSON y la empresa estatal del carbón invirtieron 5 millones de dólares en la evaluación de impacto ambiental que tendría la producción de 10 millones de toneladas de carbón, la que requería de una inversión de 6 mil millones de dólares. En Chile, la minera Escondida, una de las primeras empresas que hizo una evaluación de impacto ambiental, tuvo que hacer una inversión de 1200 millones de dólares para producir 350 mil toneladas al año, y el costo de la evaluación de impacto ambiental fue de cerca de 1 millón de dólares. En ambos casos la inversión fue del 1 por 1000.

Los estudios que hemos realizado sobre otros tipos de inversión y evaluación de impacto ambiental, arrojan cifras del orden del 0.5%, y nunca hemos encontrado un estudio de impacto ambiental que haya significado el 1% de la inversión total. Esto es importante porque si el costo de una evaluación de impacto ambiental es de menos del 1%, ninguna inversión podrá cuestionarse en base a la necesidad de hacer una evaluación de impacto ambiental, puesto que la rentabilidad de cualquier proceso productivo es varias veces superior al 1% y, en caso contrario, no sería una inversión. Por lo tanto, y de acuerdo con nuestras investigaciones, el argumento que se utilizaba en el sentido de que las evaluaciones de impacto ambiental iban a frenar la inversión externa parece no tener validez.

Otros estudios que hemos realizado sobre tecnologías limpias han revelado que en el caso de la pesca, en el de las fundiciones así como en el de una refinería de petróleo, la inversión necesaria para mejorar los procesos productivos es muy rentable, porque a la larga se aprovecha mejor la energía y las materias primas. No generar residuos significa que todas las materias primas son utilizadas en el proceso productivo, lo que, por consiguiente, aumenta la rentabilidad. Esto es lo que se persigue con las tecnologías limpias.

Si ponemos en el eje vertical (otro gráfico imaginativo) la tasa interna de retorno, o sea, los beneficios de un determinado negocio, y en el eje horizontal los porcentajes de reducción de mediciones que se pueden esperar, se observa que el potencial de rentabilidad del proceso productivo

es muy elevado. Esto ilustra que cuando los procesos productivos son altamente contaminantes puede obtenerse una rentabilidad alta si se disminuye el nivel de contaminación. Por lo tanto, mientras más atrasado sea el proceso productivo, más alto será el margen de rentabilidad. Este es el caso de América Latina, que tiene una industria anticuada cuya modernización puede ser rentable, al menos en la mayoría de los casos. Por el contrario, es posible que en el caso de los países desarrollados, o de ciertas industrias, la rentabilidad que se obtenga sea negativa.

Estas consideraciones nos llevan al enfoque del tratamiento v/s tecnologías limpias para enfrentar este asunto desde una visión integral. Este es un problema que tiene que ver no sólo con aspectos de política ambiental sino también con aspectos de política industrial. Es por ello que para resolverlo hay que actuar concertadamente a nivel internacional, desde la perspectiva de la competitividad de la producción y de la transformación productiva con equidad.

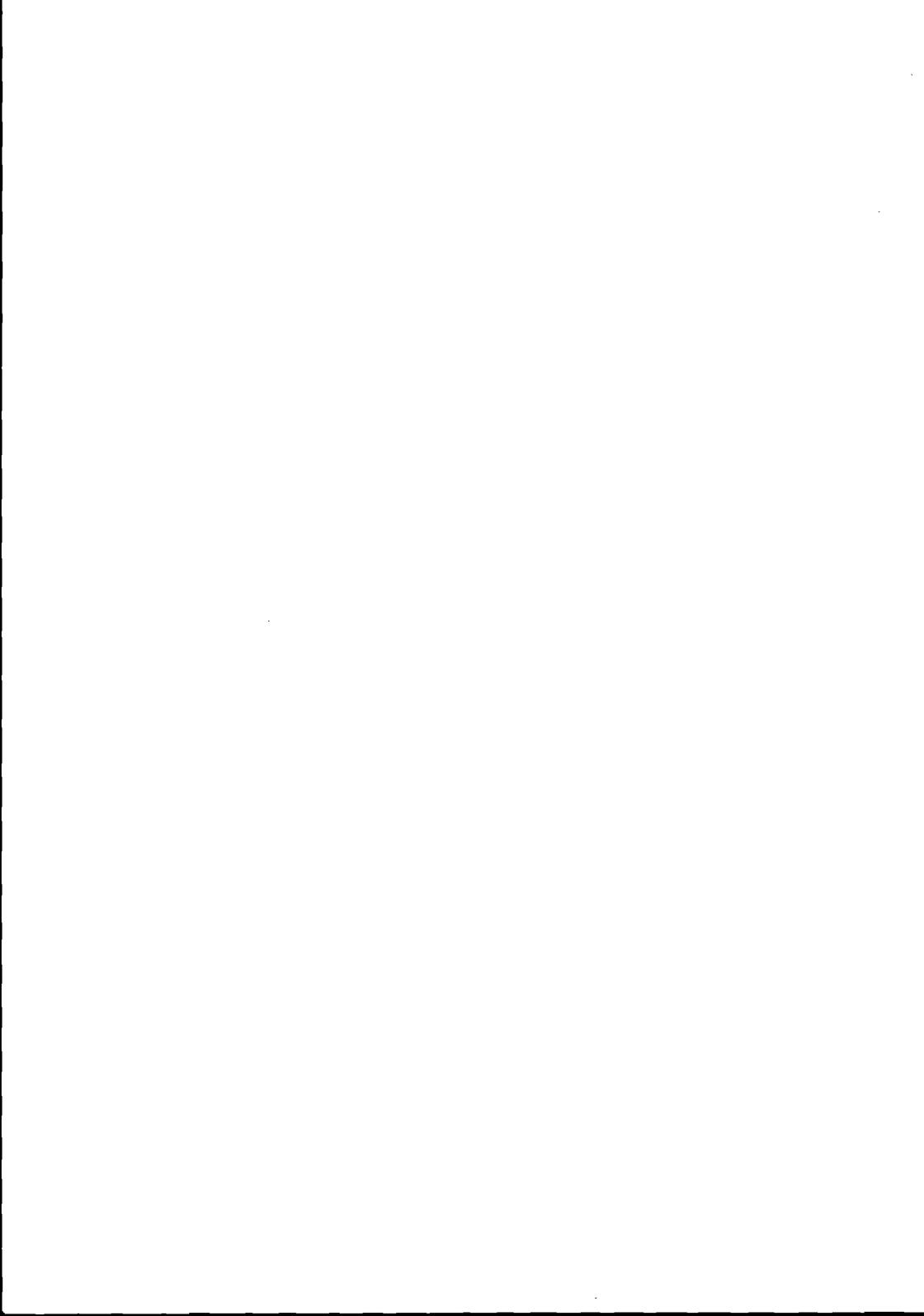
5. Educación

En este ámbito los sistemas de divulgación y formación ciudadana juegan un papel fundamental. Es importante que, por un lado, la ciudadanía tenga conocimiento de lo que está pasando y que, por el otro, haya sistemas de participación que le permitan presionar políticamente.

PANEL I



*Principios de Derecho
Ambiental*



NOCIONES ACERCA DEL PRINCIPIO «EL QUE CONTAMINA, PAGA»

Rafael Valenzuela*



Parece existir consenso en el sentido que el principio «el que contamina, paga» comenzó a gestarse a parejas con la toma de conciencia del progresivo deterioro causado por la actividad humana a los componentes ambientales poseedores del carácter de «bienes comunes», es decir, los elementos del ambiente situados fuera del comercio humano, que no pertenecen a nadie y que pueden por lo mismo ser utilizados por todos sin que nadie pueda invocar sobre ellos derechos exclusivos o excluyentes, como es el caso, entre otros, de la atmósfera y la alta mar. Dada su condición de «comunes», estos bienes son libres, desde el punto de vista de su utilización, y gratuitos, desde la perspectiva del costo de su uso o explotación, lo que ha sido entendido por muchos como una licencia irrestricta para usarlos o aplicarlos a los fines que se desee, sin tener para ello ni por ello que contar con la autorización de persona o entidad alguna, ni pagar nada a nadie. No puede pasar inadvertido que, traspasados ciertos umbrales, la degradación de estos componentes ambientales acarrea efectos adversos para la globalidad del conglomerado social. Dentro de la lógica de la codicia humana, sin embargo, los resultados de la ecuación beneficio-perjuicio se mantienen favorables a quienes se sirven de estos bienes más allá de su capacidad natural de neutralización de los daños que les sean infligidos, puesto que las consecuencias de éstos se dividen entre todos, en tanto que el provecho resultante de su explotación o sobreaprovechamiento sólo va en utilidad de quienes los someten a un uso desmedido. En otros términos, los causantes de su deterioro ganan más de lo que pierden, lo que significaba un buen negocio. Además, siempre está

* Profesor de Derecho Ambiental, Universidad Católica de Valparaíso.

presente el riesgo de que lo que deje de ganarse por una menor presión sobre estos bienes pueda prestarse para que otros, menos escrupulosos, hagan mayores ganancias a expensas de esta menor presión, puesto que dispondrán de los bienes comunes en mejores condiciones cualitativas; y, si lo que no hagan unos lo harán otros, en condiciones aun más lucrativas, ¿por qué entonces renunciar al máximo provecho que pueda obtenerse de estos componentes ambientales si, a fin de cuenta, todos tienen igual derecho a servirse y beneficiarse gratuitamente de las utilidades que puedan reportar?

Las causas del aprovechamiento devastador de los bienes comunes, por consiguiente, ha tenido que ver más con su gratuidad que con su condición de comunes, pues, si aun manteniendo este carácter les hubiera estado asignado un precio de utilización que hubiera tenido que reflejarse como gasto en las cuentas de ganancias y pérdidas o en los balances de resultados, se habría desalentado y puesto freno a su sobreutilización desaprensiva.

También se relaciona el principio que nos ocupa con lo que la teoría económica denomina «externalidades» o «efectos de derrame o de desborde» (**externalities, spillover effects**). Estas externalidades se producen cada vez que un agente social proporciona a otro una ganancia o un beneficio sin ser retribuido por ello, o le inflige un daño o costo que no otorga derecho a compensación. En el primer caso se habla de externalidades «positivas», y, en el segundo, de externalidades «negativas».

Las externalidades negativas guardan estrecha relación con los llamados «costos externos», y se producen, generalmente, con motivo de la utilización de recursos escasos sobre los que nadie puede invocar derechos exclusivos de propiedad o de aprovechamiento. El empleo de elementos del ambiente que no tienen precio asignado representa una economía para quien se sirve de ellos. Puesto, en efecto, que estos componentes ambientales no son considerados bienes económicos y se encuentran, por lo mismo, al margen del sistema de precios, cualquier operador económico puede valerse de ellos sin tener que incurrir en gasto alguno. Desde el momento, sin embargo, en que se traspasa el límite más allá del cual el uso o aprovechamiento de estos bienes provoca su deterioro o degradación, lo

que representa una economía para quienes se sirven gratuitamente de ellos, deviene en una deseconomía o «costo externo» para quienes resultan afectados por su deterioro o condición desmejorada. Normalmente estos costos externos terminan por convertirse en «costos sociales», debido a que es el conglomerado social, en su conjunto, el que debe soportarlos y asumirlos. En otras palabras, cuando los costos internos de los usuarios o explotadores de los elementos ambientales inapropiables no son reales, se produce una transferencia general e indiscriminada de la diferencia insoluta a la colectividad social, bajo la forma de costos ocultos, lo que significa que el provecho de unos pocos se consigue a expensas de un subsidio social indirecto.

Para revertir y poner atajo a esta situación, que pugna con los principios de la justicia distributiva, se han propuesto diversas soluciones, todas ellas orientadas a obtener lo que se ha venido en denominar la «internalización de las externalidades»; es decir, que los costos externos involucrados en la prevención y combate del deterioro de los elementos ambientales de uso común sean asumidos y contabilizados como costos internos de quienes provocan o contribuyen a su degradación. En la medida que esta imputación directa y personalizada de los costos externos haga más lucrativo no deteriorar el ambiente que deteriorarlo, se pretende desalentar la presión sobre estos elementos ambientales, reorientándola hacia otros bienes o hacia el desarrollo y aplicación de tecnologías menos gravosas para el ambiente que conduzcan a una más razonable y equitativa asignación y utilización de dichos bienes.

En el ámbito productivo puede preverse que quienes vean incrementados sus costos internos de producción con los costos externos que deberán incorporar a ellos, buscarán la manera de trasladar estos mayores costos a los compradores de sus productos o a los usuarios de sus servicios, de lo que va a resultar que serán estos últimos, en definitiva, quienes cargarán con su peso. Aparte el hecho que esta contingencia, tratándose sobre todo de bienes de demanda elástica, no parece reñida con los principios de justicia, puede preverse, sin embargo, que llegará un punto más allá del cual esta transferencia de costos, por razones de competitividad, no podrá continuar, lo que significará que quienes abusen de estos

bienes deberán comenzar a asumir estos costos con cargo a sus utilidades, a riesgo de no poder seguir colocando en el mercado sus productos o servicios.

El principio «quien contamina, paga» se inscribe de lleno en este objetivo de tender a la internalización de las externalidades ambientales negativas. Como se desprende de su misma formulación, el principio está llamado a operar en el ámbito específico de la contaminación ambiental y postula que los gastos de las medidas necesarias para evitar la contaminación o para reducirla, en su caso, a los niveles aceptados como permisibles, deben ser de cargo de los causantes de la misma, sin subsidios sociales de ninguna especie que falseen las condiciones de producción y de consumo o se presten para distorsiones en las transacciones comerciales o en la localización de las inversiones; aunque hecha salvedad, a este último respecto, de algunas contadas y muy calificadas excepciones generalmente aceptadas como derogaciones a la regla.

No se refiere el principio, en consecuencia, a la responsabilidad que pueda recaer sobre los contaminadores por los daños que causen con la contaminación. No postula que quien causa perjuicios al contaminar debe responder por ellos, convirtiéndose el principio en algo así como una versión ambiental de la Ley del Talión. La obligación de indemnizar los daños causados por la contaminación existe, por supuesto, pero no tiene su fuente en este principio sino en las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual. Nada obsta, por lo tanto, a una aplicación simultánea del principio «quien contamina, paga» y de las normas sobre responsabilidad civil por daños causados a terceros.

Y conviene dejar bien en claro este punto, pues son numerosas las personas que suponen que el principio «quien contamina, paga» se resuelve en hacer recaer sobre los contaminadores la obligación de cargar con el resarcimiento de los perjuicios provocados por la contaminación. Quienes dan este alcance al principio atribuyen normalmente a la responsabilidad indemnizatoria del contaminador los caracteres propios de la responsabilidad «objetiva», que no opera sobre la base de la culpabilidad del agente causante del daño sino sobre la sola premisa de que éste haya ejecutado un acto generador del riesgo que deriva en la producción del daño. Sostener,

pues, que «quien contamina, paga», equivaldría a postular -bajo este entendido- que quien perjudica a otro a resultas de haber dado lugar a un efecto contaminador se encuentra obligado al resarcimiento de los perjuicios que le ha inferido, al margen de la circunstancia que el agente haya actuado con dolo o culpa o con toda la diligencia y cuidado debidos. La responsabilidad extracontractual por contaminación, por consiguiente, se traduciría, a la luz del principio, en una pura cuestión de «causalidad», y no de «imputabilidad».

Quienes atribuyen al principio este alcance erróneo suelen ser los mismos que ven en él la consagración de una suerte de licencia para contaminar. Esta licencia estaría implícita en su misma formulación, puesto que si el principio no proscribiera la contaminación sino se limita a hacer recaer sobre el contaminador el costo del resarcimiento de los perjuicios causados por sus actos, ello estaría significando que si el contaminador está dispuesto a pagar, puede contaminar.

Confusiones conceptuales como éstas no pueden menos que mover a pensar que el principio «quien contamina, paga» se encuentra mucho más difundido en su denominación que en su contenido y alcance, lo que lo ha constituido en blanco de numerosas críticas infundadas.

En su genuina significación -esto es, en la que le fue atribuida en 1972 al ser adoptado internacionalmente por el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos-, el principio no busca determinar culpables, ni se inmiscuye en la esfera de las obligaciones indemnizatorias. Lo que persigue, ni más ni menos, es que los costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación sean asumidos y solventados por quienes la producen, y no por la colectividad social en su conjunto. Cuando postula, pues, que quien contamina debe pagar, se está refiriendo al pago de estos costos, y no de otros. Está aludiendo, en otros términos, a las deseconomías sociales o costos externos de que se ha hecho mención y está diciendo que tales expensas deben ser incorporadas en los costos internos de las actividades o procesos productivos que las generan, de tal manera que sus costos internos reflejen costos reales y no costos falseados o ficticios, de lo que sigue que el principio tiene un carácter fundamentalmente económico, más que un carácter jurídico, bien ocurra que, para su

operatividad, deba encontrarse acogido e implementado por la legislación interna de los países, o en los tratados internacionales.

Entre los principales instrumentos de que puede hacerse uso para la puesta en aplicación el principio se cuentan las «normas» y los «cánones».

Dentro de las normas -también conocidas bajo la denominación de estándares- se distinguen las de calidad ambiental, las de producto y las de proceso, sobre cuyas características distintivas podría abundarse en detalles.

El hecho de tener que ajustarse a una norma conlleva gastos específicos. Tratándose, por ejemplo, de la imposición de una norma de emisión, probablemente resultará necesario introducir cambios en las tecnologías productivas o en las de depuración o neutralización de los efluentes de que se trate, para evitar que ellos, al momento de ser evacuados al medio exterior, sobrepasen las concentraciones máximas toleradas de los contaminantes presentes en su composición, bajo riesgo, en su defecto, de tener que someterse al gravamen de una sanción. Tras la dictación de la norma, pues, se produce un cambio sustancial, en cuanto lo que antes de su imposición estaba dando lugar a un costo social, pasa a ser asumido y contabilizado, en adelante, como un costo productivo interno del causante potencial de contaminación, produciéndose la internalización de una externalidad ambiental negativa, y operando, por consiguiente, el principio «quien contamina, paga».

Lo que interesa enfatizar de este mecanismo es que la sola imposición de la norma ya conlleva la puesta en ejecución del principio. No porque su observancia vaya a significar a la sociedad la percepción de algún tipo de ingreso o retribución. Tampoco a causa de que las víctimas de la contaminación vayan a obtener el resarcimiento de los perjuicios que les haya irrogado, al que sólo tendrán acceso por la vía del ejercicio judicial de la correspondiente acción indemnizatoria. ¿Por qué, entonces? Porque los potenciales causantes de la contaminación tendrán que asumir los costos implícitos en la observancia de la norma, cuyo pago, hasta el momento de su dictación, habían podido eludir; y porque la sociedad, en su conjunto, que hasta ahora había tenido que soportar el gravamen de las externalidades que acompañan a la contaminación, quedará liberada de tener que seguir haciéndolo, al menos en la medida en que la observancia de la norma alcance niveles satisfactorios.

Debe guardarse en mente, con todo, que si bien la pura y simple imposición de normas, cualquiera sea su tipo, ya implica una puesta en ejecución del principio «quien contamina, paga», esto sólo será así a condición que la internalización de las externalidades ambientales negativas que ello conlleva se realice sin contrapartidas sociales expresadas en términos de subsidios, ventajas tributarias o contables u otras formas de ayuda concedidas por las autoridades a los responsables de la contaminación.

En lo que se refiere a los «cánones», también conocidos bajo la denominación de cargas, imposiciones, tasas, contribuciones o tarifas -aunque estrictamente hablando estos términos no siempre admiten ser utilizados como sinónimos-, su función es la de imponer la obligación de efectuar pagos periódicos de una determinada suma de dinero, de monto generalmente progresivo, con miras al cumplimiento de dos funciones bien definidas: de incitación y de redistribución. Los cánones cumplen una función de incitación en la medida en que son capaces de inducir a los responsables de la contaminación a adoptar, por propia determinación, las medidas necesarias para la reducción o eventual eliminación de la contaminación de que son responsables, lo que logran cuando su onerosidad representa un sacrificio económico mayor que el demandado por la adopción de dichas medidas. Cumplen, además, una función redistributiva, en cuanto colocan a los responsables de la contaminación ante el imperativo jurídico de tener que retribuir a la sociedad los gastos en que ella debe incurrir para hacer frente a las externalidades ambientales negativas derivadas de sus actividades contaminadoras.

Establecidos los cánones, sus dos funciones se articulan y conjugan para contribuir al objetivo común de que sean los responsables de la contaminación y no la colectividad social quienes asuman y costeen los gastos de la prevención y combate de sus efectos ambientales adversos. Trátase, pues, del objetivo de incitación o del de redistribución, existe internalización de costos externos, y aplicación, por ende, del principio «quien contamina, paga».

Debe tenerse presente, para concluir, que la aplicación de este principio dista mucho de poder ofrecer solución integral al problema de la

contaminación ambiental, desde el momento que este problema no se reduce a una pura cuestión de redistribución de costos. Que los costos de las medidas de prevención y combate de la contaminación deban ser asumidos por quienes la provocan y no por quienes la padecen sin haber contribuido a producirla constituye un imperativo no discutido de justicia distributiva. Existen tipos de contaminación, sin embargo, que simplemente no debieran producirse, ya sea porque crean condiciones altamente riesgosas para la vida o salud humanas o porque provocan profundas perturbaciones o daños irreversibles en los sistemas ambientales soportantes de la vida, en su variedad de manifestaciones.

Ante la pérdida de vidas humanas, la extinción de especies u otras consecuencias extremas semejantes, pierde sentido hablar siquiera de internalización de externalidades, por cuanto lo que puede presentarse bajo la apariencia de una externalidad o costo externo constituye, eufemismos aparte, una irracionalidad y un estrago externo, no susceptible de apreciación pecuniaria y ya definitiva e irrevocablemente asumido. El principio referido, en consecuencia, sólo se legitima éticamente hasta el límite de lo económicamente internalizable. Más allá de este límite no se está ante una cuestión de costos falseados, sino, habitualmente, ante un problema de protección falseada del derecho a la vida, pues tanto comete homicidio quien quita la vida a otra persona de una vez, por un acto de fuerza, como quien la va segando paulatinamente por una sucesión de actos que terminan por llevar al mismo efecto, como sucede con ciertos tipos de contaminación.

La función de incitación que procura cumplir la implantación del principio debe ceder paso, en casos semejantes, a una función de disuación radical; y, su función redistributiva, a una función atributiva de responsabilidades. Ello exige, por una parte, en casos límites, la tipificación de «crímenes ambientales», y, por otra, la instauración de un régimen de responsabilidad civil por daño ambiental que ponga al alcance de las víctimas de la contaminación la posibilidad cierta y tan expedita como sea posible de obtener el oportuno y cabal resarcimiento de la plenitud de los daños que les hayan sido irrogados.

Esto no implica desconocer validez al principio «quien contamina, paga», ni, menos, incurrir en la frecuente confusión entre sus alcances y los



del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Sólo apunta a poner de relieve que la mera adopción del principio resulta insuficiente como respuesta jurídica al problema de la contaminación ambiental, y que su implantación, por lo mismo, reclama ir acompañada de medidas adicionales complementarias, tanto de naturaleza civil como penal.

LOS PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL A LA LUZ DEL SISTEMA INTERNACIONAL

Carmen Artigas*

Esta contribución hará referencia a los principios del Derecho Ambiental en cuanto una de sus diversas fuentes, y en ese sentido, como medios a través de los cuales aquél se manifiesta y de los que surge la norma jurídica ambiental.

Considerando que el Seminario contempla una presentación de quien, como el profesor Rafael Valenzuela, ha desarrollado magistralmente el tema de los principios de Derecho Ambiental Nacional y estudiado de manera insuperable aquél referido «al que contamina, paga», este trabajo se centrará en la revisión de los principios de Derecho Ambiental Internacional con impacto directo en las legislaciones nacionales, y pondrá énfasis, en los instrumentos del sistema internacional que contribuyen a clarificarlos.

Según se menciona en la convocatoria de la reunión, es sin duda, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹ el conjunto de principios de Derecho Ambiental más directo e inmediato.

De allí podría extraerse una nómina entre los que se encuentra el principio precautorio, el denominado «el que contamina, paga» y el que consagra el derecho soberano de los Estados a definir sus políticas de desarrollo, los tres mencionados en la documentación distribuida por los organizadores.

Dado que el objeto de la reunión es referir el análisis jurídico a la gestión ambientalmente adecuada de residuos, se tratará de desarrollar especialmente algunos principios que tienen estrecha relación con el área y que han sido ampliamente debatidos en diferentes instancias convocadas por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente².

* Oficial Jurídico de la División de Recursos Naturales y Energía, CEPAL.

El sistema internacional proporciona en esta área un contexto básico constituido por cuatro instancias de diversa naturaleza y aptitud vinculante, que cronológicamente son:

- i) Las Directrices de El Cairo sobre el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos, de 1987;
- ii) El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 1989;
- iii) La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992; y,
- v) El capítulo 20 del Programa 21, referido a la «Gestión ecológicamente racional de los desechos peligrosos, incluida la prevención del tráfico internacional ilícito de desechos peligrosos», de 1992.

A. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

El «principio precautorio», enunciado como el Principio 15 en la Declaración de Río señala que: «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

La esencia del principio es básicamente la de revertir la carga de la prueba en materia ambiental.

Históricamente los métodos de producción de la industria y la gestión de los desechos fueron desarrollados con escasa consideración sobre sus consecuencias ambientales y en la salud humana.

Estas circunstancias condujeron al establecimiento de procesos tóxicos y a la generación de grandes cantidades de desechos peligrosos, que respondían a la subordinación de la política ambiental a los intereses del desarrollo industrial, imperando el patrón de las denominadas emisiones o descargas «permitidas».

Este enfoque es el que se denomina normalmente de «la capacidad

asimilativa», porque se fundamenta en el supuesto de que el medio ambiente tiene la capacidad de recibir, y de convertir en inocuas, las enormes cantidades de elementos industriales que se le introducen.

Lamentablemente este enfoque «permisivo» no representa una aproximación científicamente confiable para el medio ambiente.

De hecho, el conjunto de la literatura científica evidencia la incertidumbre inherente, incluso a los más sofisticados modelos de impacto ambiental, en atención a la tremenda complejidad y diversidad de las especies biológicas, de los ecosistemas y de los componentes químicos que son introducidos al medio ambiente³.

La esencia de la acción preventiva es la siguiente: si la degradación ambiental debe ser minimizada, es necesario que la precaución y la prevención sean los principios predominantes.

La aplicación de los mismos deberá asegurar la reducción significativa de los contaminantes hasta su eliminación, sobre todo en lo relativo a las sustancias sintéticas y persistentes, aun cuando las evidencias sean inadecuadas o no permitan conclusiones definitivas para probar una relación causal entre las emisiones y sus efectos.

Si existe la voluntad de revertir el actual patrón de degradación ambiental, la carga de la prueba no debería estar del lado de los que se preocupan de la protección del medio ambiente para demostrar un daño específico, sino del lado del eventual contaminador quien deberá probar que no se producirá ningún daño.

La adopción del principio precautorio significa un cambio de enfoque: trasladar el beneficio de la duda del contaminante al medio ambiente y la salud humana. Es decir, cuando existan dudas respecto del impacto de las emisiones sobre el medio ambiente y la salud humana, es mejor equivocarnos de este lado, que del riesgo de daños irreversibles.

Debido al reconocimiento del principio de precaución, incluso a nivel de instrumentos como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la cuestión de su validez no puede plantearse.

De hecho el verdadero problema es el de su aplicación.

En lo que tiene que ver con la gestión de residuos, una de las herramientas para cautelar la aplicación del principio preventivo es, sin

duda, la de la «producción limpia».

La «producción limpia» exige asegurar el cumplimiento de una serie de requisitos que cautelen procesos industriales ecológicamente compatibles, mediante el uso de una cantidad mínima de materias primas, agua y energía, y que no producen emisiones de desechos tóxicos en el medio ambiente. Las iniciativas para asegurar la «producción limpia» deberían cubrir la totalidad de las actividades pertinentes, desde la selección de las materias primas, extracción, procesamiento a través de la manufactura y el ensamblaje, así como el uso industrial y doméstico para manipular el producto hasta el término de su vida útil.

En este marco, el enfoque de acción preventiva o el principio de precaución apunta a eliminar y prevenir emisiones de desechos peligrosos, ampliamente definidos, cuando exista razón para creer que pueden producirse daños o efectos dañinos, aun cuando no haya evidencia apropiada o concluyente de la relación causal entre las emisiones y los efectos.

Los bienes fabricados en los sistemas de «producción limpia» son compatibles con los procesos biológicos y los ecosistemas a través de la totalidad de su proceso de vida, incluyendo:

- a) Su conceptualización, diseño y selección del material;
- b) Extracción y procesamiento de las materias primas;
- c) El transporte durante todas sus fases;
- d) La fabricación, montaje y terminados;
- e) Los usos comerciales y no comerciales.

Esto exige también que los productos industriales mismos sean:

- a) Construidos con materiales no tóxicos, reutilizables y reparables;
- b) Diseñados para ser fácilmente desmontados con objeto de poder repararlos; y,
- c) Diseñados para ser reintroducidos en los sistemas industriales o en la naturaleza cuando no sirvan más a su función.

La «producción limpia» no comprende controles de la contaminación terminal, tales como filtros u otros mecanismos, o tratamientos químicos, físicos o biológicos. Las medidas tendientes a reducir el volumen de los

desechos por incineración o por concentración, y las que oculten el peligro por dilución, o transfieran los contaminantes de un medio ambiental a otro, también son excluidos.

Es pertinente tener presente, sin embargo, que no todos los sistemas de producción son apropiados a cada región y sociedad, a pesar de ser ambientalmente sustentables. En consecuencia, cuando se apliquen los criterios de "producción limpia" es necesario anticipar y tomar en consideración las consecuencias sociales, políticas, culturales y ecológicas.

B. EL PRINCIPIO «EL QUE CONTAMINA, PAGA»

En lo que tiene que ver con el principio denominado «el que contamina, paga» considerado más exhaustivamente en la presentación anterior, el presente trabajo efectuará una somera reflexión sobre el mismo, a la luz de la búsqueda de la solidaridad en la utilización de los bienes comunes.

En ese sentido parecería que como postula el capítulo 8 del Programa 21, el principio «el que contamina, paga» debería ahora leerse como «el que usa los recursos naturales, paga»⁴, en donde el principio aparecería en realidad como un derecho de uso de la capacidad ambiental.

Esta capacidad ambiental se materializaría en el estado de los diversos recursos naturales que podrían verse afectados por las acciones del eventual contaminador, sobre el que se impone el deber de adoptar las medidas para evitar el menoscabo de aquélla.

El principio «el que contamina, paga» aparecería entonces como la manifestación de las salvaguardas exigidas por la comunidad a aquél de sus miembros que va a hacer uso de los bienes comunes, el que deberá pagar por evitar la contaminación o por el costo de eliminación de cualquier contaminación que haya causado.

Los denominados «comunes» constituyen una institución social fundamental con una historia que se remonta a la experiencia colonial británica en un cuerpo jurídico cuyos antecedentes datan de la conquista romana⁵.

Dicha ley reconocía que en las sociedades existen algunos objetos ambientales que nunca han sido, ni deberían ser, de propiedad exclusiva de



ningún individuo o grupo de individuos.

En Inglaterra el ejemplo clásico de los bienes comunes lo constituyen los campos de pastoreo apartados para el uso público, y la «tragedia de los comunes» se refiere a la circunstancia de que el exceso de pastoreo, la falta de cuidado y de fertilización determinó erosión y bajo rendimiento.

Hardin aplica esta institución a otros objetos ambientales como el agua, la atmósfera y el espacio vital, situando el origen de la «tragedia» en el nefasto divorcio entre las ciencias naturales y sociales, cuya acción conjugada podría dar respuesta eficiente a muchos dilemas de la sociedad contemporánea.

Existe un reconocimiento en las ciencias naturales y sociales contemporáneas de que hay un conjunto de problemas como la población, la guerra atómica, el deterioro ambiental, para los cuales no hay soluciones técnicas ni políticas, respectivamente. Otra tendencia postula que el área común compartida por estos conjuntos contiene la mayoría de los problemas críticos que amenazan la existencia misma del hombre actual.

La importancia de esta zona de interacción no ha sido considerada previamente debido a la estructura misma de la sociedad moderna. La sociedad moderna, con su énfasis en la diferenciación y la especialización ha llevado al desarrollo de dos comunidades científicas aisladas -la de lo natural y la de lo social- entre las cuales hay poca comunicación y un grado elevado de desconfianza y suspicacias, levantándose una oposición entre cultura humanista y cultura científica.

Quizá muchos de los grandes problemas de la sociedad moderna se han intensificado y desarrollado a través de esta estructura de insularidad y especialización que sirve a funciones psicológicas y profesionales de ambas comunidades científicas. Bajo tales condiciones las ciencias naturales pueden reconocer que algunos problemas no tienen solución técnica y los relegan a la tierra de nadie de la política, al tiempo que las ciencias sociales reconocen que algunos problemas no tienen solución política real y por lo tanto posponen la búsqueda de soluciones mientras aguardan por nuevas tecnologías con las que atacar el problema.

Ambos campos del quehacer humano pueden evadir la responsabilidad y proteger sus respectivos mitos de competencia e importancia, mientras evitan enfrentar la terrible posibilidad de que ambas enfrentan en

su aislamiento el mismo tipo de problemas a los que dan nombres diferentes. Mientras tanto, debido a la especialización y maniqueísmo de la sociedad moderna, los problemas más críticos del hombre permanecen en el limbo, al tiempo que los especialistas en la solución de los problemas se dedican a cuestiones menos fundamentales para las cuales pueden encontrar soluciones técnicas o políticas.

En estas circunstancias Garrett Hardin se ha atrevido a cruzar hacia un lado y otro las fronteras de ambos campos en su artículo «La tragedia de los comunes»⁶, en el que da prueba tangible de la separación de las dos «tribus» científicas en, al menos, dos aspectos, primero el redescubrimiento de la tragedia fue en parte esfuerzo inútil, ya que el conocimiento de ella es tan común en las ciencias sociales que ha dado lugar a algunos modelos matemáticos bastante sofisticados; segundo, el reconocimiento de la existencia de un conjunto de problemas para los cuales la ciencia ni ofrece ni aspira a ofrecer soluciones técnicas no es susceptible de ganar amplia recepción en las ciencias sociales dadas las actuales condiciones de insularidad.

La causa material e inmediata de esta tragedia se explica generalmente por un modelo matemático muy simple tomando prestado de la economía el concepto de «utilidad». Partiendo de utilidades que oscilan entre un valor positivo de 1 y un valor negativo de 1, se podría preguntar, como lo hacían los pastores ingleses individualmente, «¿cuál es la utilidad que obtengo al agregar un animal más a mi rebaño que pastoree en la pradera común?». Su respuesta es que la utilidad positiva está cerca de 1 y la utilidad negativa es sólo una fracción de menos 1.

Al sumar las utilidades parciales el pastor concluye que es racional agregar un animal más a su rebaño, después otro, y así sucesivamente. La tragedia a la que Hardin se refiere acaece porque a la misma conclusión racional arriba indicada llega cada pastor que comparte la pradera común.

En la búsqueda de paliativos a esa tragedia, y en ese sentido en procura de la configuración de los supuestos del principio de «derecho de uso de la capacidad ambiental», podría razonarse con Hardin que puede desarrollarse i) un criterio de juicio y un sistema de sopesar factores y volver conmensurable lo inconmensurable; ii) que, en posesión de este criterio de

juicio puede acordarse mutuamente algún sistema de control y coerción que signifique solución a los problemas en la sociedad moderna; y iii) que el sistema administrativo apoyado por el criterio de juicio y el acceso a la coerción puede y protegerá a los comunes de mayor agotamiento.

Hay autores como Beryl L. Crowe que sostienen⁷ que esos supuestos son tan cuestionables en la sociedad contemporánea que hay una tragedia que permanece en todo el sentido en que Hardin utilizó el término al desarrollar su hipótesis.

Crowe postula que parecería que la ciencia podría hacer algunas contribuciones provisionales para aliviar los problemas de los comunes que Hardin señaló:

- i) La ciencia puede concentrar más su atención en el desarrollo de respuestas tecnológicas que, al mismo tiempo alivien aquellos problemas y recompensen a aquellas personas que dejan de agotar los comunes. Este enfoque aparecería con más probabilidades de éxito que «la ampliación fundamental de la moralidad» por la maquinaria administrativa postulada por Hardin, ya que el compromiso de intereses parece ser un motivador más confiable y consistente de los grupos de intereses que la presión administrativa o del público en general. En el terreno concreto de las normas la ciencia efectuaría su contribución a través de la introducción de diversos instrumentos económicos reguladores de la protección de esa capacidad ambiental, por ejemplo.
- ii) La ciencia puede, quizá, utilizar los ampliamente propuestos sistemas de monitoreo ambiental, de tal manera que mantengan un alto grado de «inseguridad simbólica» entre los sostenedores de intereses generalizados en los comunes, fundamentando sus intereses políticos en favor de la protección ambiental hasta un punto en el que convencerían al poder administrativo de ser más sólidos que aquellos que se apoyan en el agotamiento de los comunes. Este último enfoque parecería ser un primer paso hacia «la creación de los flujos correctivos necesarios para mantener la honestidad de los guardianes». Esto requeriría cambios mayores en el comportamiento de la ciencia, ya que no podría conformar-

se con el desarrollo de la tecnología de monitoreo ambiental y su transferencia a alguna institución ambiental. La experiencia administrativa pasada sugiere que el uso de la tecnología para sostener un alto grado de «inseguridad» entre la población en general, también requeriría que la ciencia asumiera la responsabilidad por hacer accesible a la opinión pública esa información, involucrándose definitivamente en los *proceso de participación fomentados por las instancias sociales y políticas.*

Obviamente, la ciencia no efectuará ninguna de estas contribuciones a la sustentabilidad, al menos que no haya una significativa superación de la ruptura entre las dos «tribus científicas» a las que aludía Hardin.

Si la ciencia debe, en su aislamiento, embarcarse en el descubrimiento independiente de «la tragedia de los comunes» contemporáneamente a la subsistencia de los parámetros que producen la tragedia, enfrentaríamos un proceso demasiado lento para acceder a la sustentabilidad y a la subsistencia misma del hombre y la «sola tierra» en la que habita.

La gesta por lo interdisciplinario es nuevamente un camino válido en la consideración de la materia ambiental. Los campos científicos y tecnológicos deben invadir los sectores sociales y políticos, y a su vez deben estar atentos a las demandas de éstos. Por su parte las preocupaciones sociales y políticas, más allá de invocar para sí el privilegio de «lo humanista», deberían abrirse a las áreas de la ciencia y la tecnología, transmitiéndoles sus desafíos y siendo receptivas a sus respuestas.

Dado que los autores como Crowe son escépticos del éxito de las reivindicaciones en torno a las ampliaciones fundamentales en la moralidad, sugieren que tal vuelco conciente tanto por las ciencias sociales como naturales es, en este momento, en su inmediato respectivo interés.

Las ciencias tanto sociales como naturales pueden funcionar sólo en un ambiente intelectual especial que no es ni universal ni inalterable, y ese ambiente está en peligro. Las cuestiones de importancia humanista (falsamente opuestas a las ciencias exactas o naturales) y levantadas algunas veces, amenazan seriamente el mantenimiento de ese ambiente intelectual. Por mal fundadas que algunas de tales cuestiones pueden estar, nos alertan a estar prontos con, al menos, algunas respuestas colectivas tentativas,



aunque sólo sea para mantener un contexto en el cual ambas ciencias sean desarrolladas y estimuladas.

Esto no se logrará en tanto las ciencias sociales continúen postergando los problemas más críticos que afronta la humanidad a los futuros avances técnicos, mientras que las ciencias naturales lo hagan con los mismos problemas que están a punto de vencer a la humanidad, a las falsas expectativas del dominio político.

Es en ese sentido que aquel que hace uso de un bien común, en un grado que la ciencia indica que puede afectar los derechos de los demás sobre ese bien, debe tomar las necesarias precauciones para que sus acciones no alteren el ejercicio de los otros interesados, o adoptar a posteriori todas las medidas requeridas para subsanar la alteración que su acción pueda haber causado.

Podría entonces concluirse que el principio de «quien contamina, paga» o «del que usa los recursos naturales, paga» ha venido a ofrecer muchas respuestas a grandes dilemas vinculados a la tragedia de los comunes.

Probablemente muchas discusiones en torno a la administración de los recursos naturales como los fondos marinos, se hubieran visto facilitadas por un desarrollo y una comprensión mayor del principio hace dos décadas atrás.

El principio aparece hoy válido, además, para resolver cuestiones pendientes en el manejo de algunos recursos como es el caso de la gestión de los recursos vivos de la alta mar, en la que el principio permitiría, por ejemplo, postular la internalización de los costos de evaluación de los recursos en las actividades de las flotas de altura, asegurando a todos los usuarios la disponibilidad de esa información.

En esencia el principio «el que contamina, paga» o «el que usa los recursos naturales, paga» responde a una búsqueda de responsabilidades mancomunadas o de criterios de solidaridad en el uso de los comunes, ya sea mediante una «ampliación de la moralidad» o mediante la difusión de una generalizada falta de certeza sobre la real disponibilidad de esos comunes, aplicando los criterios de Crowe.

En definitiva, parafraseando a los padres de la Iglesia Católica que

postulaban la existencia de una hipoteca social sobre la propiedad privada, podríamos sostener que sobre los bienes comunes pende un deber de tutela común, que principios como el que nos ocupa, buscan hacer efectivo.

C. PRINCIPIOS ESPECIFICOS DEL MANEJO DE DESECHOS

Los restantes principios tradicionales referidos específicamente a la gestión de residuos son: **ciclo vital integrado; reducción en la fuente; proximidad; autosuficiencia; control integrado de la contaminación; menor movimiento transfronterizo; normalización y soberanía nacional.**

El principio del **ciclo vital integrado** está claramente vinculado a los métodos de producción limpia y responde a la concepción de que la gestión de las sustancias o los productos deben llevarse a cabo de forma que su vida sea lo más larga posible y provoquen unos efectos ambientales mínimos durante su producción, utilización y eliminación.

El principio de **reducción en la fuente** es otra manifestación de los métodos de producción limpia, y en ese sentido responde a la necesidad de reducir los residuos al mínimo en la fuente, tanto en lo que respecta a la cantidad como al potencial de peligro.

El principio del **control integrado de la contaminación**, se relaciona con la necesidad de que el manejo de los desechos peligrosos forme parte de una estrategia ambiental de control integrado de la contaminación, considerando sus impactos en medios cruzados y múltiples.

Los principios del **menor movimiento transfronterizo (oportunidad ecológica); de normalización (no discriminación)** y de **soberanía nacional**, están directamente relacionados con el tema del comercio internacional de desechos y, en ese sentido, propenden a que los desplazamientos de desechos entre fronteras se reduzcan al mínimo, de manera coherente con su manejo eficiente y ambientalmente racional; a que, independientemente del lugar donde se produzca la eliminación, deban observarse normas prescritas para el manejo ambientalmente racional de los desechos, y, por último, que cada país tiene el derecho de prohibir la importación de desechos peligrosos en su territorio.

El Convenio de Basilea equipara el «manejo ambientalmente racional» a la adopción de todas las medidas posibles para garantizar que los desechos peligrosos y otros desechos se manejen de manera **que queden protegidos el medio ambiente y la salud humana contra los efectos nocivos que pueden derivarse de tales desechos.**

Desarrollos posteriores a nivel del Convenio han buscado profundizar el concepto de «manejo ambientalmente racional» que aparecería como un concepto marco en el que podrían englobarse los principios aplicables al manejo de residuos.

La legislación nacional y un contexto reglamentario detallado son considerados requisitos previos esenciales del control de los movimientos transfronterizos y la eliminación de los desechos, en especial de los desechos peligrosos⁸, fundamentalmente tendiendo a que:

- a) Existan o se faciliten instalaciones para la recogida, segregación, elaboración y eliminación de desechos recogidos de los hogares, con controles eficientes y debidamente acatados;
- b) Se arbitren medios para determinar y cuantificar los tipos de desechos que se producen en cada país;
- c) Los desechos se almacenen en instalaciones adecuadas a sus características de peligrosidad;
- d) Se faciliten instalaciones para reciclar, recuperar o reutilizar los desechos, en particular aquellos peligrosos;
- e) Se utilicen prácticas que permitan reducir al mínimo la generación de desechos peligrosos.

Es fundamental que las normas y medidas adoptadas a nivel nacional incluyan disposiciones para su aplicación. En tales disposiciones deben establecerse procedimientos para determinar la responsabilidad de cada una de las personas que intervienen en el manejo de desechos peligrosos. La legislación nacional debe también facilitar un marco para la aplicación de los convenios internacionales.

D. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Hay un principio que reviste una importancia central, y es aquel referido a la responsabilidad, institución medular en un ámbito del Derecho cuyo objeto dice directa relación con bienes jurídicos de la trascendencia de la salud humana.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en su Principio 13 señala que «Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción».

En las Directrices de El Cairo⁹ se señala que los Estados deben velar porque en sus leyes y reglamentos nacionales se contemplen a) la responsabilidad, b) el seguro, y c) la indemnización y/o otras reparaciones por los daños resultantes del manejo de desechos peligrosos.

Entre los principios jurídicos recogidos por el grupo de expertos sobre Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo¹⁰, está el titulado «responsabilidad de los Estados», en el que se señala que estos cesarán las actividades que quebranten una obligación internacional relativa al medio ambiente, y otorgarán indemnización por el daño causado.

Asimismo, en la parte referida a las interferencias ambientales que traspasan las fronteras, se incluye el principio de «responsabilidad estricta», en cuanto a que los Estados deberán adoptar todas las medidas de precaución razonables para limitar el riesgo cuando realizan o permiten ciertas actividades peligrosas, aunque beneficiosas, y asegurarán que se otorgue indemnización en caso de que ocurran importantes daños transfronterizos, aun cuando en el momento en que las actividades se iniciaron, no se haya sabido que serían dañosas.

El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos

transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, por su parte, señala que las partes cooperarán con miras a adoptar cuanto antes un protocolo que establezca las normas y procedimientos apropiados relativos a la responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos.

La Resolución Nro. 3 adoptada con la Convención preveía la convocatoria de un grupo de expertos encargado de determinar los elementos que podrían incluirse en un protocolo sobre la responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos.

Dicho grupo de trabajo celebró dos sesiones, en 1990 y 1991 respectivamente¹¹¹², en las que se recordó el principio XXII de la Declaración de Estocolmo de 1972, en el sentido de que «los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el Derecho Internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y a otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción».

Los expertos concluyeron que en sus recomendaciones debían alcanzar cuatro objetivos principales: i) la víctima debía ser protegida; ii) la persona que creaba un riesgo debería, en toda justicia, ser responsable por las consecuencias de ese riesgo; iii) un buen régimen de responsabilidad debería en general proporcionar un incentivo para prevenir la generación de desechos ;y iv) ese régimen debería permitir a la industria saber en qué pie se encontraba.

Entre los elementos propuestos para el daño, se incluyeron los siguientes: i) muerte; ii) lesiones, incluso la incapacidad permanente, total o parcial, o toda incapacidad temporaria que requiera tratamiento médico y /o que afecte a la capacidad de ganarse la vida; iii) pérdidas o daños materiales, incluso los que afecten a la propiedad de la comunidad; iv) menoscabo de un uso previsto del medio ambiente; v) pérdidas económicas, incluso las ocasionadas por la alteración temporaria de los medios de subsistencia, o las pérdidas de ingresos del Estado; vi) daños al medio

ambiente; vii) costo de restauración del medio ambiente; viii) costos de las medidas de intervención, incluso las de prevención y mitigación, y gastos que realice el Estado o cualquier otra administración pública para sufragar medidas inmediatas de socorro y rehabilitación de las víctimas.

Entre los elementos que los expertos sugirieron para inclusión en el protocolo se encuentra el del carácter de la responsabilidad.

Existe una opción que se inclina porque ésta sea absoluta y otra que señala que la responsabilidad será objetiva sujeta sólo a las siguientes exenciones: a) acto de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; 2) fenómenos naturales imprevisibles de un carácter excepcional, inevitable e irresistible.

Fueron sugeridas además otras exoneraciones como i) acto u omisión hecha con la intención de causar daño por el reclamante o con el conocimiento de que podría resultar daño; ii) conducta intencional de un tercero, que constituye la única causa del daño (se sugirió en estos casos que la exoneración no debía ser absoluta).

Se expresó finalmente que no debía permitirse exoneración por tráfico ilícito a la luz de la Convención.

En lo relativo al límite financiero de la responsabilidad, se entendió que no debía existir un tope. Sin embargo, los potenciales responsables deberían obtener y mantener seguros u otras garantías mínimas por un umbral mínimo. Ese umbral mínimo debería determinarse después de estimar las posiciones de la industria aseguradora.

En cuanto al límite de tiempo, una postura postula que no deberían admitirse reclamos después de 30 años a partir del momento del accidente, aunque se señaló que, en especial con relación al daño al medio ambiente, el lapso de 30 años no era suficiente, especialmente teniendo en cuenta que la ciencia moderna muestra que el daño puede manifestarse muchas veces sólo después de tal período. Se propuso también que no se admitieran reclamaciones después de cinco años de la fecha en que el reclamante supiera del daño, su fuente y la persona responsable. La segunda sesión del grupo de trabajo fue destinada a considerar los elementos que faltaba incluir en la propuesta. En ese sentido se acordó en la necesidad de contar con un régimen internacional global de responsabilidad que asegure que existen

recursos disponibles para una acción rápida en caso de daño, y que son adecuados para compensarlo en la medida en que eso no sea posible a la luz de otros procedimientos previos.

Es evidente, que el sistema internacional en la búsqueda de elementos para constituir un régimen de responsabilidad en lo relativo al manejo de los desechos peligrosos, deberá atender a los mecanismos en operación en áreas temáticas vinculadas y evaluar las respectivas experiencias.

Al respecto, se citan a vía de ejemplo algunos instrumentos internacionales que contemplan regímenes de responsabilidad y que ameritarían un estudio a la luz de respuestas jurídicas internacionales y nacionales en el área que nos ocupa.

Estos instrumentos complementan el contexto ya citado de las Declaraciones de Estocolmo y Río, del grupo de expertos jurídicos de la Comisión Brundtland, de las Directrices de El Cairo, del Convenio de Basilea y del capítulo 20 del Programa 21, entre otros.

Estas normas están contenidas en instrumentos que tratan de la responsabilidad civil y de la responsabilidad de los Estados.

1. Responsabilidad civil

a) Contaminación marina

- 1) Convenio relativo a la responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1969;
- 2) Protocolo correspondiente al Convenio relativo a la responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1976.
- 3) Convenio internacional sobre la responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1984.
- 4) Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, 1971.
- 5) Protocolo correspondiente al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causa-

dos por la contaminación de hidrocarburos, 1976.

- 6) Protocolo de 1984 que enmienda la Convención Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1971.
- 7) Convenio sobre responsabilidad civil por contaminación por hidrocarburos, resultante de la exploración y explotación de los minerales marinos, 1977.

b) Materia nuclear

- 1) Convenio sobre la responsabilidad de terceros en el campo de la energía nuclear, 1960.
- 2) Protocolo adicional al Convenio sobre responsabilidad de terceros en el campo de la energía nuclear, 1964.
- 3) Convenio suplementario a la Convención de París sobre responsabilidad de terceros en el campo de la energía nuclear, 1963.
- 4) Convención de Bruselas sobre la responsabilidad de operadores de buques nucleares, 1962.
- 5) Convención de Viena sobre la responsabilidad civil por daño nuclear, 1963.
- 6) Protocolo opcional relativo al procedimiento obligatorio de solución de controversias en la Convención de Viena, 1963.
- 7) Convención relativa a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares, 1971.

c) Reclamaciones de derecho marítimo

- 1) Convención internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la limitación de responsabilidad de los propietarios de buques, 1924.
- 2) Convenio relativo a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques, 1957.
- 3) Protocolo que enmienda la convención internacional sobre limitación de la responsabilidad de propietarios de buques, 1979.

- 4) Convención sobre la limitación de la responsabilidad por reclamaciones de derecho marítimo, 1976.

2. Responsabilidad del Estado

- 1) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982.
- 2) Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, 1972.
- 3) Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en caso de accidentes de contaminación por hidrocarburos, 1969.
- 4) Protocolo relativo a la intervención en la alta mar en casos de contaminación del mar por sustancias distintas de los hidrocarburos, 1973.
- 5) Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, 1986.

Parece pertinente tener también en cuenta los trabajos en el seno del Comité Jurídico de la Organización Marítima Internacional sobre un Proyecto de Convenio sobre Responsabilidad e Indemnización derivadas del transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas.

E. CONCLUSIONES

Al analizar los principios de Derecho Ambiental, especialmente aquellos vinculados a la gestión ambientalmente adecuada de residuos, no puede sino concluirse que ellos responden en definitiva a cautelar dos grandes conceptos tutelares del desarrollo sustentable, constituidos por los principios de equidad y solidaridad.

El principio 1 de la Declaración de Río postula que el hombre debe ser el centro de las preocupaciones por el desarrollo sustentable, y los principios de Derecho Ambiental no pueden sino contribuir a vitalizar ese compromiso de la comunidad internacional.

Ese compromiso implica también revisar en la realidad de América

Latina las modalidades de consumo excesivo que se contraponen al enorme porcentaje de pobres en nuestro continente, para trasladar las responsabilidades comunes pero diferenciadas también al ámbito nacional.

La sistemática de los principios no apunta sino a asegurar que los ordenamientos jurídicos del alcance que sean, incorporen a su desarrollo normativo el criterio del bien común, ya que en definitiva, en el Derecho Ambiental como en todo el Derecho, el bien supremo que constituye el ser humano debe exigir que el criterio moral sea el que conduzca la acción del legislador, del Estado y de los particulares.

NOTAS

1. Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (A/CONF. 151 / 26 / Rev. 1, Vol. I, Nueva York, 1993).
2. PNUMA, *Informe de la reunión especial de expertos designados por los Gobiernos para que examinen el Proyecto de elementos y una posible estrategia internacional y programa de acción para el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos*. (UNEP / CHW / WG. 2/1/3), 12 de diciembre de 1991.
3. *Greenpeace Internacional, La protección del medio ambiente a través del enfoque de "acción preventiva"*, Greenpeace Internacional, julio de 1990.
4. Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Programa 21, Capítulo 8: Integración del Medio Ambiente y el Desarrollo en la adopción de decisiones* (A/CONF. 151/26 / REV.1 Vol. 1), Nueva York 1993.
5. Garrett Hardin and John Baden, *Managing the commons*, San Francisco, 1977.
6. Garrett Hardin, *The tragedy of the commons*, Science, Vol. 162 (1968), p. 1243.
7. *Ibídem* 5.
8. PNUMA, *Directrices Técnicas para el Manejo Ambientalmente Racional de los Desechos sometidos al Convenio* (párrafo 8 del artículo 4), (UNEP-CHW. 1-20), 18 de septiembre de 1992.
9. PNUMA, *Manejo ambientalmente racional de desechos peligrosos*, Derecho Ambiental, Líneas , Directrices y Principios N.º. 8, Nairobi, 1987.



10. Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, 1987.
11. UNEP, *Ad-hoc working group of legal and technical experts to develop elements which might be included in a Protocol on Liability and Compensation for Damage resulting from the transboundary Movement and Disposal of Hazardous Wastes and other wastes: Final Report*, (UNEP/CHW/WG.1/3) 6 July 1990.
12. UNEP, *Ad-hoc working group of legal and technical experts to develop elements which might be included in a Protocol on Liability and Compensation for Damage resulting from the transboundary Movement and Disposal of Hazardous Wastes, Report of the ad-hoc working group on the work of its second session*, (UNEP, CH/WG/1/2/3), 9 March 1991.



1. Gonzalo Cubillos

El principio «el que contamina, paga», tal cual lo expresaron los expositores, dice relación con el deseo de anticipar los costos que se generan para la sociedad con ocasión de ciertas actividades, lo que se hará a través de la dictación de determinadas normas, ya sean, de producto, de proceso, de emisión, etc., o bien, a través de la imposición de ciertos cánones.

Relacionando ello con el tema de este seminario, cual es la gestión ambientalmente adecuada de residuos, se visualiza en Chile que, si bien existe un esfuerzo en avanzar en la dictación de normas que regulen la gestión de los residuos, es necesario destacar que ello debe hacerse teniendo presente el principio de «ciclo de vida del residuo». Es decir, regular el residuo desde que es generado hasta que es dispuesto en el lugar adecuado, pasando por el almacenamiento, en especial todo lo que son las normas de embalaje, la recolección, el transporte, los sistemas de tratamiento, las estaciones de transferencia, en el caso eventual de que existan, como asimismo, la regulación de los lugares de disposición final, y la necesidad, también, de normar los usos posteriores de tales lugares una vez que éstos ya han sido cerrados.

La anterior prevención se hace pues en Chile en todas estas circunstancias -las del ciclo de vida del residuo-, a diferencia de otros tipos de residuos, no tienen un desarrollo muy acabado, sin perjuicio de los actuales esfuerzos normativos.

En consecuencia, en materia de residuos hay que conjugar estos dos principios, «el que contamina, paga» y el de «ciclo vital del residuo», de

modo que el contenido normativo destinado a anticipar los costos ambientales responda a esa conjunción.

Sin embargo, cabe hacer un segundo comentario con respecto al principio «el que contamina, paga». Es preciso indicar que no sólo se genera un costo a la colectividad por la carencia de normas, o bien, en caso de que ellas existiesen, no se cumplieren, sino que también, hay un costo para el Estado en el control de ciertas actividades contaminantes, costo que lo termina pagando la colectividad. En consecuencia, si se pretende ser coherente con el principio en análisis, el costo del combate a la contaminación también debiera recaer en los potencialmente contaminadores.

La pregunta que surge, entonces, es ¿cómo podemos crear los mecanismos necesarios para que el costo que se le genera al Estado en el control de la misma contaminación no signifique un costo que pague la colectividad, sino que lo asuman quienes potencialmente son los contaminadores?

Un primer camino de aproximación es ver qué dice la legislación nacional en situaciones análogas. Al respecto es posible encontrar en diversos textos legales el criterio de que el controlado debe pagar los costos del control. Así sucede, por ejemplo, en el reciente Reglamento para la neutralización y depuración de los residuos líquidos industriales, en que si bien se establece la obligación de autocontrol, cuando es necesario realizar análisis o investigaciones adicionales por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, los costos que ello genere serán de cargo del interesado. El mismo criterio se recoge en la Ley General de Urbanismo y Construcciones en que se indica que «los derechos municipales a cancelar por permisos de subdivisión, loteo, construcción, etc., no constituyen impuesto, sino el cobro correspondiente al ejercicio de una labor de revisión, inspección y recepción...»

Es decir, a partir de los precedentes indicados, es dable establecer los mecanismos para que en materia de residuos el costo del control sea asumido por los controlados.

Una variación de ello lo puede constituir el hecho de que sean entidades privadas las que controlen a los potencialmente contaminadores, quienes debieran pagarles directamente a quienes realizan la fiscalización.

Sin embargo tal solución pospone el problema, por cuanto también es necesario controlar a estos privados, lo que ocasiona un costo que también debe ser cubierto por los controlados.

Por último, y tal cual lo indicó el profesor Valenzuela, la existencia de las normas pone en ejecución el principio «el que contamina, paga», mas ello no lleva aparejado que tales normas se cumplan. Para que ello ocurra es necesario que concurran una serie de factores, incluidos los económicos, culturales, legales, etc. Sin embargo, uno de los requisitos fundamentales es la existencia de un sistema sancionador, que más allá de las consideraciones éticas existentes para cumplir las normas, se presente como disuasivo frente al posible infractor. Tal efecto será más o menos real atendiendo a la naturaleza de las sanciones como a su cuantía. Es por ello que es necesario establecer castigos que pecuniariamente se perciban como económicamente mas desfavorables que los costos que conlleva cumplir con la normativa, y por último, en casos de extrema gravedad, y tal cual se ha señalado, establecer delitos ambientales, ya que ciertamente las penas personales privativas de libertad son las únicas en que con certeza no se va a producir un traspaso de los costos a los consumidores.

Finalmente, relacionado con el transporte de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, es necesario que en Chile se prohíba su ingreso por alguna regla de carácter legal, ya que si bien existen normas vigentes ellas son de inferior jerarquía. En tal sentido es digno de mencionar un proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados, que espera su aprobación en el Senado.

2. Gonzalo Biggs

En primer lugar pienso que el principio contaminador-pagador, no puede ser tomado como una medida aislada, sino que debe ser parte integrante de una política ambiental, general, coordinada, que incluya tres elementos básicos que son: legislación, instituciones y personal capacitado.

En segundo lugar creo que el alcance que tiene este principio, tanto por su origen, que fue el de la Organización de Cooperación Económica de

los países industrializados, tiene un ámbito que no puede trasladarse por analogía a los países exportadores de materias primas. Es decir, el principio en su origen y en su aplicación ha sido limitado a la contaminación de carácter industrial. En el caso de una región como la nuestra en que los dos tercios de las exportaciones continúan siendo de materias primas, el principio contaminador-pagador no tiene la misma eficacia o no la tendría como en el caso de los países industrializados.

Esto lleva a un tema bastante importante, que es el caso de la República Federal Alemana, en que se calcula que un 1.7 del producto interno bruto de ese país corresponde a los costos de protección ambiental, cifra que en algunos países como Estados Unidos y Japón se estima que es aún mayor. De esta manera, esto nos conduce a un tema extraordinariamente importante y es que en la medida en que un país o una región comienza a aplicar políticas de protección ambiental, ello tendrá que reflejarse en los costos y en un porcentaje importante de los productos.

Al mismo tiempo esto lleva a otro tema difícil y es que tratándose de países y regiones cuyo principal ingreso proviene de los productos de exportación, eso significará un alza de los precios de los productos de exportación, y esa alza de precio trae, por una parte, el problema de la competitividad y, por otra, puede traer una serie de otras consecuencias que deben ser analizadas muy cuidadosamente. Estamos frente a un tema, a un principio o a una política que debe aplicarse en forma muy gradual, no es un tema que pueda tener una aplicación instantánea mediante un decreto o una resolución sino que, debe ser parte de una reflexión muy cuidadosa acerca de las distintas consecuencias de tipo económico que tendría.

Otro punto que, evidentemente, surge del planteamiento hecho, es que la aplicación del principio contaminador-pagador requiere o va a requerir un órgano de supervisión y fiscalización, eso precisa instituciones y personal que esté en condiciones de poder ejercer eficazmente sus atribuciones. Es una materia de difícil solución, sobre todo cuando el sólo plantear la necesidad de aplicar mecanismos regulatorios, hoy día, crea una serie de problemas provocados por otro tipo de principios.

El tema del tratamiento a la inversión extranjera, en relación con el principio contaminador-pagador tiene, también, una dificultad, y ella provie-

ne del hecho de que el principio aceptado en materia de inversión extranjera es el de tratamiento nacional, esto quiere decir, que no se le puede aplicar a una empresa extranjera reglas o normas que no sean idénticas a las aplicadas a los inversionistas nacionales. Ante ello es evidente que, en caso de existencia de normas que suponen un aumento de costos de la producción, el inversionista extranjero tiene mucho más posibilidades de poder sufragar esos costos que el inversionista nacional, de tal manera que quienes van a sufrir esos costos finalmente, serán los industriales nacionales.

3. Eduardo Astorga

El Derecho Ambiental es un derecho eminentemente evolutivo que nos permite crear e imaginar. Creo que hay que otorgarle un especial rango a la responsabilidad objetiva civil y, en consecuencia, discrepo con Rafael Valenzuela en relación al contenido del principio contaminador-pagador. No veo incompatible el otorgarle un carácter preventivo, pero también un carácter represivo. La responsabilidad objetiva no necesariamente implica otorgar licencia para contaminar, con la condición de hacerse cargo del costo. La responsabilidad objetiva es una institución que abre la responsabilidad, superando problemas de prueba sobre el dolo o la culpa e incluso, en algunos casos, la relación causal. Por ello es posible otorgarle al principio contaminador-pagador un doble alcance, una interpretación amplia, incorporando las finalidades preventivas que Rafael Valenzuela planteó muy bien, pero también, estableciendo la responsabilidad del causante, independientemente de la voluntad de su actuar. De hecho así lo interpretan destacados tratadistas de la envergadura de don Ramón Martín Mateo.

4. Rafael Valenzuela

Concuerdo con que el Derecho Ambiental es algo que estamos creando, algo que se está desarrollando, es una cosa en permanente mutación. Sin embargo, al exponer, quise reseñar lo que ha sido entendido como el principio «el que contamina, paga», no es lo que yo entiendo, sino

cómo fue entendido al nacer este principio en las Comunidades Europeas. Nació totalmente desvinculado del problema de la responsabilidad. Cuando uno escucha «el que contamina, paga», la gente dice: claro, si yo al contaminar causo un daño tengo que pagar ese daño. El contenido, el significado genuino del principio es traicionado, en cierto modo, por su enunciación, porque el sentido natural de las palabras indica que si yo causo un daño contaminando tengo que indemnizarlo, pero el principio no dice eso, dice otra cosa, o sea, el principio esconde lo que dice. Distinto es el problema de si la responsabilidad debe ser objetiva o subjetiva, lo cual es un problema muy importante, muy interesante, pero no tiene nada que ver con el principio. Ese es el punto, porque el principio es un poco hipócrita porque dice lo que no quiere decir y esconde lo que debe decir. Obviamente se puede discutir si en materia ambiental lo más recomendable en materia de responsabilidad extracontractual, es un régimen objetivo o subjetivo, pero no tiene que ver con el principio de «el que contamina paga», sin desvalorizar lo atinente a la responsabilidad civil extracontractual. No quiero desvalorizarla, al contrario, quisiera realzar lo importante que es llegar a un sistema de responsabilidad extracontractual que realmente permita a la víctima ser indemnizada. Esto, hoy día, en Chile no ocurre, pero eso no tiene que ver con el principio «el que contamina, paga», a menos que lo rebauticemos y le demos un alcance que no es el que tiene.

5. Marcelo Castillo

Quiero hacer dos preguntas a don Rafael Valenzuela con respecto al principio «el que contamina, paga» que me parecen muy importantes. La primera se refiere a la noción básica, que él señalaba, sobre cosas que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres o también denominados bienes comunes, que es un concepto tributario de la tradición romana. A la luz de lo que se ha escuchado en este panel, se parte de la base que estos bienes eran ilimitados, no escasos y, por lo tanto, disponibles y sin precio. ¿No le parece que teniendo en vista lo que sucede en la actualidad y lo dispuesto en los tratados internacionales se debería proceder a un replantamiento de ese principio?

En segundo lugar, quisiera hacer un comentario en relación con comercio y medio ambiente. Creo que al internalizar los costos de la contaminación, no aumentan los costos de la producción sino que hace más competitiva a las empresas, porque, justamente, los países industrializados actualmente están priorizando el comercio con aquellos países que respetan el medio ambiente y no con aquellos que lo contaminan.

6. Rafael Valenzuela

El principio nació en un momento en que decir común era decir no es de nadie, tal vez habría que revertirlo a su otro ángulo, decir común significa es de todos, o sea, nos interesa a todos, nos pertenece a todos y si nos pertenece a todos, todos tenemos derecho a que sean preservados, a que sean resguardados y a que sean utilizados de manera ambiental. Cuando en un edificio, para llevar las cosas a un terreno bien terrestre, hablamos de bienes comunes no estamos diciendo que esos bienes no pertenecen a nadie, no admitimos que un señor de la calle se nos meta al edificio, estamos diciendo que son comunes, en cuanto pertenecen a todos los co-propietarios. Un poco así debiera ser respecto a los grandes espacios comunes, la alta mar, su lecho y sus recursos, el espacio exterior y otros son comunes en cuanto pertenecen a la humanidad.

7. Hernán Durán

Hoy se encuentra, desde un punto de vista político, un mundo en el cual las relaciones económicas internacionales se dan de tal forma, que empiezan a aparecer lo que se ha llamado, las restricciones ambientales a las exportaciones de los productos de los países del Tercer Mundo, y en consecuencia, el problema de la calidad del producto ambiental pasa a ser un tema de debate en el comercio internacional.

Por ello se están dando algunas medidas proteccionistas, por parte de los países desarrollados, para aquellos productos que vienen del Tercer Mundo, los cuales no están suficientemente resguardados en el problema ambiental. Esta tendencia proteccionista es distinta de las tendencias

proteccionistas tradicionales, las cuales eran, lisa y llanamente, protecciones de carácter económico para defender sus propios intereses económicos. Aquí aparece una variable nueva cual es que, en este instante, es la propia población de los países desarrollados consumidores de materias primas, las que empiezan a exigir calidad ambiental de nuestros productos, no tan sólo desde el punto de vista del producto en sí mismo, sino que también de su proceso de fabricación, es decir, que haya sido producido de manera limpia y sin consecuencias posteriores de tipo dañino para el ambiente.

Algunos ejemplos. Hace poco tiempo, respecto de una partida de muebles exportados a Noruega, se pidió saber si eran muebles de madera, y si dicha madera había sido obtenida de un bosque tratado de una manera ambientalmente adecuada. Lo anterior porque el consumidor que compraría tales muebles exigiría esa información, con lo cual se afectaba al mercado.

Otro ejemplo, es el caso de la exportación de flores de Colombia a Suiza. Resulta que en dicha exportación se suscitó un problema ya que los suizos, una vez que las flores se marchitaban, las mandaban a relleno y trataban de hacer compost ellas. Pero, era tal la cantidad de agroquímicos que tenían las flores que les estropeaba la calidad del compost, entonces tuvieron que prohibir la compra de ese producto.

En este contexto, si queremos entrar en un mundo competitivo y en un mundo abierto, si creemos que la apertura es importante y queremos tener, por lo tanto, la posibilidad de exportar nuestros productos, ganar recursos para poder importar otros, debemos tener claro que estamos en un mundo que va a observar nuestra producción cada vez más con un criterio ligado al grado de limpieza que tienen nuestros productos. Por eso se ha planteado y nosotros hemos insinuado, insistentemente, que un objetivo programático de los próximos gobiernos, debiera ser el tratar de aspirar a que Chile sea un país limpio, pero Chile, país limpio, no en términos solamente del slogan comercial sino que efectivamente, se hagan las inversiones nacionales para que nuestra producción sea limpia.

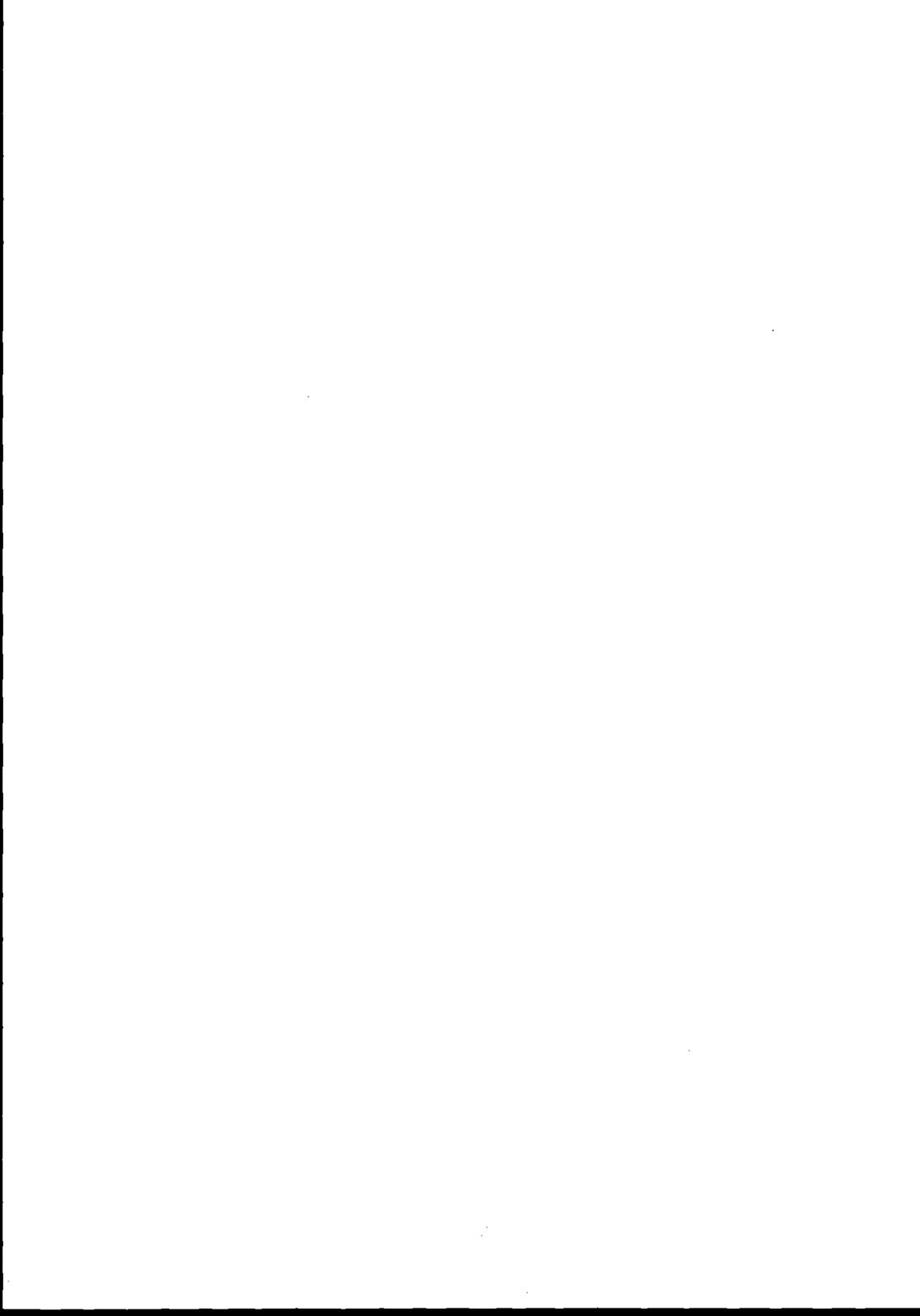
Y ahí pasamos al otro tema, ¿tiene eso realmente mayor costo o no? La verdad, es difícil dar una opinión definitiva al respecto. Sin embargo, en algunos procesos y en una buena cantidad de procesos, nos damos cuenta

que nuevas reglamentaciones jurídicas que obligan a una empresa a ser limpia, los resultados no son necesariamente negativos. A modo de ejemplo, la aplicación del Decreto Supremo N° 4 para la Región Metropolitana, ha demostrado que muchos de los procesos productivos que tuvieron que cambiar para no seguir produciendo con niveles de emisión que sobrepasaban la norma, o sea, que tuvieron que aplicar el principio «el que contamina, paga», a través, de transformar su proceso productivo, obtuvieron incrementos de rentabilidad extraordinaria, por el simple cambio en las fundiciones, por ejemplo, de hornos de cubilote a hornos eléctricos. Ese es el otro aspecto, por lo tanto cuando aquí se plantea todo este tema de internalizar las externalidades y cuáles son los beneficios, de qué manera esto se puede beneficiar, cómo podría compensarse este problema de las externalidades positivas, uno podría decir en esta lógica del mercado, la compensación de las externalidades positivas consiste, simplemente, en que de esta forma va a ser posible llegar con nuestros productos al comercio exterior y por lo tanto, tener la ganancia y la rentabilidad que se espera.

PANEL II



Garantías Constitucionales y Regulación Ambiental



GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y REGULACION AMBIENTAL

Pedro Fernández*



A. INTRODUCCION

La Constitución Política del Estado que nos rige, al referirse a las Bases de la Institucionalidad establece en su Artículo 1º inciso 4º que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, con este objeto, debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad su mayor realización espiritual y material posible con pleno respeto a los derechos y garantías que la misma Constitución establece.

Creo que el camino para lograr esta realización espiritual y material es a través del desarrollo económico, social, político y cultural, cuyo objetivo es mejorar la calidad de vida de las personas, término que va mucho más allá que el de satisfacer el «nivel de vida» de una sociedad, ya que en el primer caso concurren necesidades que dicen relación tanto con el hombre y la comunidad, como con su entorno. No podríamos pretender mejorar la calidad de vida si al mismo tiempo deterioramos el ambiente. Por otra parte, las necesidades que determinan una calidad de vida, no sólo son materiales sino también espirituales y deben beneficiar no sólo al hombre en su plenitud, sino también al ecosistema del cual depende ya que, en definitiva, el ecosistema es la base misma de su existencia y ambos están ligados por una suerte común. De allí que se hable de un desarrollo sustentable, definido como un proceso destinado a la satisfacción plena de las necesidades del hombre y de toda la sociedad presente y futura, con el objeto de mejorar su calidad de vida, fundada en principios de equidad, conservación y mejoramiento de su patrimonio ambiental.

* Presidente del Comité Nacional pro Defensa de la Fauna y la Flora, CODEFF.

Este desarrollo sustentable, del cual se viene hablando hace más de una década, obtiene su consagración en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro cuya Declaración de Principios aprobada durante la 19ª sesión plenaria de las Naciones Unidas y suscrita por todos los gobiernos, establece en su Nº 4 que: «a fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente debería constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada». Acto seguido, en el principio 25 de la misma Declaración, se señala que: «La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables». De tal modo que no se podría entender de otra manera el Artículo 1º, inciso 4º de la Carta Fundamental, ya citado, sino es a través de este tipo de desarrollo, ya que por medio de él se podría lograr con eficacia condiciones sociales que permitan a una comunidad alcanzar su realización espiritual y material con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

Lo importante es que la persona tiene el derecho a una calidad de vida digna, «saludable y productiva en armonía con la naturaleza». Es el «derecho al desarrollo» a que se refiere la declaración de principios ya citada, el cual debe ejercerse de tal manera que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras (Principio 3). Como expresa el profesor Roberto Mayorga, mientras la libertad, categoría esencial para la dignidad del hombre, es el fundamento de los derechos civiles y políticos, el nivel de vida adecuado, o mejor dicho, la calidad de vida, es el fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales, y aún más lejos, el nivel de vida adecuado, o calidad de vida como decimos hoy, es requisito para el goce de la libertad.

B. GARANTIAS CONSTITUCIONALES

En el capítulo III de la Constitución que comentamos, se establecen los derechos y deberes constitucionales consagrados en prácticamente todas las Constituciones del mundo y que se refieren a la obligación del Estado para asegurar a todas las personas los siguientes derechos: 1.- El derecho a la vida; 2.- La igualdad ante la ley; 3.- La igual protección de la

ley en el ejercicio de sus derechos; 4.- El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia; 5.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; 6.- La libertad de conciencia y de culto; 7.- El derecho a la libertad personal; 8.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; 9.- El derecho a la protección de la salud; 10.- El derecho a la educación; 11.- La libertad de enseñanza; 12.- La libertad de opinión; 13.- Libertad de reunión; 14.- Derecho a petición; 15.- Derecho de asociación; 16.- La libertad de trabajo; 17.- La admisión a todas las funciones y empleos públicos; 18.- El derecho a la seguridad social; 19.- El derecho a sindicarse; 20.- La igual repartición de los tributos; 21.- El derecho a desarrollar cualquier actividad económica; 22.- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; 23.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes; 24.- El derecho de propiedad; 25.- El derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas; y, 26.- La seguridad que los preceptos legales que regulan o complementen las garantías nombradas, no puedan afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Algunos de los derechos nombrados tienen sus propias y específicas limitaciones en el enunciado de la norma, derivadas de su propia naturaleza; así, la libertad de conciencia y de culto está limitada por la moral, las buenas costumbres y el orden público; en igual sentido esta limitada la libertad de enseñanza; en similares términos está limitada la libertad de asociación; la libertad de trabajo se ejerce salvo cuando se opone a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley así lo declare; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica se puede ejercer a menos que atente contra la moral, el orden público o la seguridad nacional y siempre que respete las normas legales que la regulen; el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, está limitado por su función social que comprende cuanto lo exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Hay otros, como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que no tienen expresamente enunciado en su texto limitacio-

nes, más bien para su ejercicio pleno, la ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de otros derechos o libertades con el objeto de proteger el medio ambiente.

En relación a esta garantía, la Constitución de 1980 consagra este derecho a igual que casi todas las constituciones americanas a partir de 1972. Se genera, como las demás garantías constitucionales nombradas, de la llamada Acta Constitucional N° 3 publicada en virtud del Decreto Ley N° 1552 de 13 de septiembre de 1976 que estableció textualmente en el Artículo 1º N° 18, lo siguiente:

"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza".

"La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

"La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental".

Con posterioridad a esta Acta Constitucional, en el llamado Anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política, se conservó el texto original citado (octubre de 1978), para después ser eliminado en el texto aprobado por el Consejo de Estado en 1980 manteniéndose en la forma conocida hasta hoy, es decir, sin el inciso final sobre la integridad territorial de Chile.

Es de lamentar que el Constituyente haya eliminado este inciso final, ya que junto al inciso primero sobre contaminación, encierran la problemática global del medio ambiente existente en nuestro país; por una parte, la contaminación del agua, aire, suelo, acústica y visual, y por la otra, la pérdida de nuestros recursos naturales. Sin embargo, en cierta medida, el Constituyente aminoró este vacío agregando en el actual número 24 del Artículo 19, como una de las limitaciones al dominio, la de la conservación del patrimonio ambiental y, además, dio a la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación una acción tutelar para asumir su defensa ante los Tribunales Superiores de Justicia, según lo prescribe el Artículo 20 de su texto.

La legislación actual no establece un concepto de lo que debería

entenderse por patrimonio ambiental, y el proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente en discusión, en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, tampoco lo señaló, habiendo sido eliminado en el transcurso de la discusión del Senado. Creo que es importante restablecer este concepto en dicho proyecto, que se le puede definir como: «el conjunto de recursos, especies y ecosistemas, formaciones geológicas y paisajes, únicos, escasos, representativos o con características estéticas, cuya preservación o conservación resulta necesaria para la satisfacción de las necesidades de las generaciones actuales y futuras».

Al leer este concepto, nos damos cuenta de la importancia ética y jurídica que habría tenido para los gobernantes y gobernados la permanencia del inciso que decía que la integridad del territorio de Chile comprende su patrimonio ambiental, ya que en la realidad el territorio de un país no sólo son sus límites geográficos sino todo lo que forma parte de sus ecosistemas, por ello cuando falta o se destruye el medio ambiente se atenta contra la integridad del territorio. De este modo, cuando se permite una captura de recursos hidrobiológicos mayor que su velocidad de recuperación o cuando deterioramos nuestros bosques o contaminamos nuestro aire y nuestros cursos de agua, estamos atentando contra la integridad del territorio, empobreciendo el país y disminuyendo nuestra calidad de vida haciendo un desarrollo insustentable.

C. LIMITACIONES A LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Decíamos anteriormente que algunas garantías constitucionales tienen sus propias y especiales limitaciones que derivan de su naturaleza y que se expresa en su propio articulado, pero además de ellas, existen las limitaciones propias de los Estados de Excepción constitucional a que se refieren los artículos 39 al 41 de la Carta Política. Así, el Artículo 41 N° 1 expresa que por la declaración del Estado de Asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho a reunión, la libertad de información y de opinión, la libertad de trabajo, el derecho a asociación y sindicación, censura a la correspondencia y comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y limitar el ejercicio del

derecho de propiedad. Similares situaciones ocurren en otros estados de excepción como el Estado de Sitio y el Estado de Emergencia en que se limitan las garantías ya nombradas, situaciones que pueden ocurrir en caso de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública. En todo caso, estas limitaciones no pueden durar más allá que el tiempo de vigencia de estos estados.

Como se puede ver, hay algunos derechos, como el derecho a la vida, a la salud y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que no son expresamente afectados por los estados de excepción enumerados, a pesar de la norma genérica señalada en el Artículo 39, de tal modo que estos derechos esenciales deben seguir siendo respetados aún en los estados de excepción ya que ellos no se encuentran mencionados en la numeración taxativa que hace el Artículo 41. Sin embargo, en la práctica, la ocurrencia de conflictos puede provocar de hecho una afectación de ellos como sería el caso de guerra externa o interna en que lo que más se deteriora es precisamente la vida del ser humano y la naturaleza.

D. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACION

La norma constitucional tantas veces citada del Artículo 19 N° 8 establece una preocupación especial del Estado para que este derecho no sea afectado. Si bien es cierto, es un deber general del Estado el cuidado de los derechos expresados en el Artículo 19, así como en los casos del Artículo 1º inciso final y artículo 5º inciso segundo, para el caso concreto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, así como en el caso de preservar la salud, este deber se hace específicamente, ya que el Constituyente deja en claro la preocupación preferente del Estado para velar por esta garantía, acrecentado, en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de la obligación del Estado para tutelar la preservación de la naturaleza, es decir, para protegerla, ampararla y defenderla, que son funciones propias que debe desarrollar un tutor con respecto al tutelado.

Ahora bien, para cumplir con estos cometidos, el inciso segundo del

señalado N° 8 expresa que «la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente».

Antes de continuar analizando este inciso, es saludable señalar qué es lo que debemos entender por medio ambiente. La Corte Suprema de Justicia en el fallo de un recurso de protección iniciado por el Comité Nacional pro Defensa de la Fauna y Flora, CODEFF, en defensa del Parque Nacional Lauca, definió el medio ambiente como: «todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven». (Considerando 10, Sentencia Corte Suprema de 19 de diciembre de 1985). Es un concepto acertado aunque incompleto, ya que sólo hace referencia al medio ambiente natural dejando de lado el medio ambiente artificial o construido por el hombre. En este sentido la definición dada en el proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente entrega un concepto más completo al decir que es «el sistema ecológico global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química y biológica, y sus interacciones, con permanente modificación por la acción humana y natural y rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones».

E. PRESUPUESTOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS RESTRICCIONES Y LIMITACIONES A LOS DERECHOS

Las restricciones impuestas a los demás derechos garantizados por la Constitución para proteger el medio ambiente deben cumplir con ciertos presupuestos jurídicos necesarios; en primer lugar deben establecerse por ley o por una norma de igual rango como son los decretos leyes, que en Chile se han dictado ante la ausencia de un Parlamento y que tienen la misma fuerza jurídica. Debe tenerse presente, además, que por especial gobierno del Artículo 61 de la Carta Política, no cabe establecer limitaciones a las garantías constitucionales por la vía del mecanismo del decreto con fuerza de ley ya que el artículo citado, expresamente lo prohíbe respecto de ellas, salvo que tales decretos con fuerza de ley se hubiesen dictado con

anterioridad a la vigencia de la Constitución. Como sería el caso del Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 1968, que aprobó el Código Sanitario. Ahora bien el Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones especiales de que dispone en virtud del Artículo 32 N° 8 del mismo cuerpo legal, puede ejercer su facultad potestativa, y en virtud de la norma señalada, tiene la facultad de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que sean necesarios para la ejecución de estas leyes limitativas de las garantías y libertades constitucionales. Al respecto, son numerosísimos los reglamentos, decretos e instrucciones dictados por el Poder Ejecutivo destinados a aplicar leyes que restringen estas garantías y muy especialmente las que limitan derechos con el fin de proteger el medio ambiente. Podemos citar, por ejemplo, los reglamentos contenidos en el Decreto Supremo N° 2491, de 30 de noviembre de 1916, y el Decreto Supremo N° 357, de 23 de febrero de 1993, que ponen en aplicación la ley N° 3.133, de 1916, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales, el Decreto Supremo N° 185 de Minería fundado en el Decreto Ley N° 3.557, de 1981, sobre protección agrícola, que regula a los establecimientos que emitan una o más de una tonelada de material particulado o tres o más toneladas de anhídrido sulfuroso, etc. Y no podría ser de otro modo, ya que es muy difícil que la ley pueda por sí sola precisar los parámetros, requisitos y condiciones que deben cumplirse para fijar las normativas que protegen el ambiente las cuales son esencialmente variables, o señalar las políticas que deben aplicarse, las cuales deben tener un rango de flexibilidad necesaria para que puedan ser realmente eficientes. Estas normativas técnicas tienen generalmente su origen en estudios especializados sobre ecosistemas o sobre alguno de sus componentes.

El segundo presupuesto que la Constitución exige es que estas restricciones hechas a los demás derechos para proteger el medio ambiente deben ser específicos al ejercicio de determinados derechos o libertades, por lo tanto, la ley que los restringe debe señalarlos e individualizarlos especialmente. No basta que se diga en forma general que se restringen las libertades o los demás derechos garantizados por la Constitución para que dicha norma tenga algún efecto. Por otra parte, los derechos o libertades restringidos no son sólo algunos, sino que pueden ser todos aquellos necesarios para proteger el medio ambiente. En este sentido podrá

restringirse, por ejemplo, la libertad de trabajo o el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que atenten contra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En el primer caso no se le está impidiendo a una persona que trabaje sino que lo haga de manera tal que no viole el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; de igual modo, se puede limitar la actividad económica si dicha acción va a afectar el derecho señalado, lo que no impide que pueda desarrollarse la misma actividad sujetándose a las limitaciones y restricciones fijadas por la autoridad.

El tercer presupuesto es que la ley que restringe las libertades y derechos específicos no debería afectar a dichos derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, por especial disposición del N° 26 del Artículo 19 de la Constitución.

Lo que debe entenderse por esencia de un derecho no está definido por la Constitución ni hubo acuerdo entre los constitucionalistas acerca del concepto, de tal manera que será la jurisprudencia la que deberá determinarlo en su oportunidad.

En relación a esta materia debemos tener presente que el ejercicio de todo derecho, incluso los derechos contenidos en las llamadas garantías constitucionales, es relativo, es decir, no pueden ellos usarse en forma absoluta sino de acuerdo con los fines que la ley ha tenido en cuenta para otorgarlos, de tal manera que el ejercicio de un derecho que se aparta de estos fines importa un abuso del derecho y merece sanción¹.

Hay restricciones que forman parte de la esencia de un derecho por ser inmanentes a él y el establecerlas no representa un menoscabo a dicho derecho sino que forman parte de los límites naturales del mismo; así, forma parte de la esencia del derecho de propiedad, la limitación que éste sufre derivada de su función social, que no son otras que las establecidas en la Constitución, vale decir, cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, entendido este último, como ya se ha dicho, como el conjunto de ecosistemas, especies y recursos cuya conservación y preservación son necesarios para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras.

Las restricciones y limitaciones a derechos determinados por razones de conservación del patrimonio ambiental o de vivir en un medio ambiente libre de contaminación no significa una privación de ese derecho, razón por la cual no procede pago de indemnización alguna.

Por las mismas razones expresadas pueden imponerse condiciones, tributos o requisitos que limitan o restrinjan su ejercicio con tal que no lo impidan en forma absoluta y arbitraria.

Las limitaciones y restricciones a que nos hemos referido fueron latamente tratadas por los constituyentes, así el profesor Evans de la Cuadra en su libro *Los Derechos Constitucionales*², transcribe las actas constitucionales referidas a la discusión del Artículo 19 N°8 señalando en una de sus partes que: «Para que este derecho constitucional sea realidad, poco a poco, ya que la tarea descontaminante toma tiempo y es compleja y difícil, el Estado puede desde hoy utilizar la plenitud de sus facultades administrativas, sin atropellar, por cierto, derechos adquiridos que no puedan ser ejercidos sino de determinada manera. La autoridad puede, fundamentalmente a través de los Servicios de Salud, impedir la instalación de nuevas industrias contaminantes en zonas determinadas; puede formular, dentro de la legislación vigente, exigencias de instalación y adecuado y continuo funcionamiento de equipos descontaminantes; puede cautelar la conservación del equilibrio ecológico en lugares en que la ruptura de ese equilibrio pueda dañar seriamente la existencia de las personas». A su vez, don Jorge Ovalle, que formó parte de la Comisión que elaboró el proyecto constitucional, citado en la misma obra, expresa refiriéndose a las limitaciones del dominio: «¿Cuál es la limitación?» La limitación es que reconociéndose la facultad de usar, gozar o disponer, el dueño tiene que usar, gozar o disponer de su propiedad con las limitaciones que emanen de la función social que ella deba cumplir». Y más adelante agrega: «la función social de la propiedad que mira al manejo que de ella debe hacer su propietario, obliga a quien es el titular de este derecho a manejar, a usar, a ejercer los atributos que son propios e inherentes al derecho en armonía con los intereses colectivos sin romper lo que la colectividad estima como esencial para su desarrollo».

F. OPINION DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE LIMITACIONES Y RESTRICCIONES AL MEDIO AMBIENTE

La numerosa jurisprudencia de los Tribunales de Justicia no deja duda alguna que el poder sentenciador acepta plenamente las restricciones y limitaciones a los demás derechos garantidos por la Constitución por razones ambientales, sea en resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sea como medida de protección para la conservación del patrimonio ambiental. Así, en el considerando 9º de la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 19 de diciembre de 1985, recaído en un recurso de protección interpuesto por el Comité Nacional pro Defensa de la Fauna y Flora, CODEFF y otros recurrentes para evitar la extracción de aguas del Lago Chungará que forma parte importante del ecosistema del Parque Nacional Lauca en la I Región del País, se expresa: "Que el Artículo 19 Nº 8 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, estableciendo el deber del Estado de velar para que ese derecho no sea afectado y el tutelar la preservación de la naturaleza, autorizando al legislador para establecer restricciones específicas de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente". Y más adelante, en el número 24 de su Artículo 19, la Constitución, después de garantizar el libre ejercicio de la propiedad y sus atributos (uso, goce y disposición), acepta, sin embargo, que mediante ley se la limite, dada su función social, que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

En otro fallo de la Corte Suprema, de fecha 10 de noviembre de 1987, que hizo suyo el voto de minoría de la Corte de Apelaciones de Santiago que acogió un recurso de protección interpuesto por el Comité Nacional pro Defensa de la Fauna y Flora, CODEFF, en contra de varios propietarios de buses contaminadores del aire de Santiago, el Tribunal Supremo ordenó su retiro inmediato de las calles de la ciudad por infringir el Artículo 7º del Decreto Supremo Nº 144 de 1961 que ordena «prohibir la circulación de todo vehículo motorizado que despidiera humo visible por su tubo de escape».

En los considerandos XI y XII, referidos a los alegatos de los recurridos en el sentido que el recurso basado en el derecho a vivir en un medio

ambiente libre de contaminación afectaría su derecho constitucional de desarrollar cualquier actividad económica, y afectaría a la libertad de trabajo y al derecho de propiedad, la Corte expresó:

"XI Que las alegaciones de los recurridos, de que los planeamientos de los actores están dirigidos a producir serios entorpecimientos en los legítimos derechos que a ellos les asisten para desarrollar una actividad económica lícita, conforme a las normas que la regulan, a la libertad de trabajo y al derecho de propiedad, además de que -prosiguen- lo han hecho en forma discriminatoria al dirigirse exclusivamente en contra de vehículos de locomoción colectiva".

"XII Que tales argumentos son, evidentemente, inaceptables, pues en el presente recurso no se desconoce ni impugna ningún derecho sino su ilícito ejercicio en la forma que ha quedado establecida. Tampoco existe discriminación, ya que al accionar en contra de los recurridos no han hecho diferencia entre ellos y otros que puedan ser infractores como ellos, sino que han actuado respecto de quienes han constatado la ejecución de conductas dañinas, arbitrarias e ilícitas lo que no excluye, obviamente, que otros que incurran en las mismas, que se denuncien y prueben, tengan el mismo trato. No porque haya culpables no denunciados va a dejar de denunciarse y sancionarse a los culpables denunciados".

Está claro, en consecuencia, que de acuerdo con los preceptos constitucionales analizados, ninguna persona que pretenda ejercer su derecho a la libertad de trabajo o a desarrollar cualquier actividad económica pueda hacerlo violentando los derechos a la protección del medio ambiente establecidos en la misma Carta Política.

Siguiendo con la jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de fecha 31 de mayo de 1990, rechazó un recurso de protección interpuesto por un agricultor-maderero en contra del Ministro de Agricultura que pedía la inaplicabilidad o nulidad del Decreto Supremo N° 43 de 1990 que prohibió la corta de la Araucaria, por estimar que es un acto ilegal y arbitrario de la autoridad que afecta su derecho de propiedad que el Artículo 19 N° 24 de la Constitución Política garantiza.

En el examen del caso y en una sentencia inobjetable, la Corte estimó rechazar dicho recurso por estimar que si bien es cierto que: «de los

términos del citado Decreto Supremo Nº 43 se desprende una clara y evidente limitación al derecho de propiedad de que son titulares los dueños de predios forestales, al imponérseles la prohibición de cortar, explotar y comercializar la especie vegetal denominada Araucaria, es lo cierto también que la misma Constitución Política que garantiza ese derecho de propiedad, autoriza expresamente que una ley pueda establecer limitaciones y obligaciones que se deriven de la función social de ese derecho, al señalar, en relación con este superior objetivo, que éste comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental» (Considerando 7º). Posteriormente, en el considerando 9º, la sentencia reafirma el carácter de derechos o valores superiores la conservación del patrimonio ambiental «aun a costa de sacrificar determinados intereses de los individuos». Luego, en su considerando 11, al señalar que dicho Decreto Nº 43 dictado para poner en ejecución el Tratado Internacional de Washington sobre la «Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América», que es ley de la República, expresa que: «pese a esa limitación, no puede sostenerse que ella se traduzca en una verdadera expropiación, o más bien, confiscación como afirma el actor y que al circunscribirse los efectos del Decreto Nº 43 a la prohibición de explotar, cortar y comerciar una determinada especie arbórea, no se ha desconocido el derecho de propiedad del dueño de esa especie vegetal, ni aquel acto importa privatizar de un modo absoluto, las facultades de gozar y disponer libremente el objeto de la propiedad».

«Es así como los inmuebles o predios del recurrente son susceptibles -como así lo expresa en su informe el Ministro recurrido- de variadas explotaciones, que van desde el manejo silvopastoril, la caza y el aprovechamiento turístico, hasta su venta parcial o total, sin perjuicio que en ellos se ha establecido la existencia de otros recursos forestales respecto de los cuales no se ha dispuesto ninguna medida que los afecte».

Finalmente y siempre dentro del campo de la jurisprudencia, me permito citar la sentencia a firme de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de agosto de 1993 pronunciada en contra de un recurso de reclamación interpuesto por la Empresa Nacional de Electricidad, ENDESA, en contra de la negativa de la Dirección General de Aguas, de constituirle

a ella un derecho de aprovechamiento de aguas sobre el Lago Todos los Santos, que destinaría a la construcción de una central hidroeléctrica en la provincia de Llanquihue. En el considerando 13 la Corte expresa: «No puede negarse al avance de las ciencias y del confort que se han observado en los últimos tiempos; pero ellos no pueden ir contra el medio ambiente en que viven quienes disfrutan de tales ventajas, que se ven apocadas por la destrucción del ecosistema que los protege, generándose así una pugna entre el adelanto científico y las condiciones del medio ambiente, pugna en la cual si se da primacía al primero se destruye el otro, con lo cual ninguna ventaja se logra y, por el contrario, se disminuyen las condiciones mínimas de bienestar para el ser humano». Luego en su considerando final señala: «15º Que si se tiene presente la naturaleza patrimonial del derecho de aguas sobre el cual la Dirección General de Aguas carece de tuición, pudiendo la reclamante ejercerlo ilimitadamente, debe concluirse que entre tal circunstancia y la norma que prohíbe constituir tales derechos en parques nacionales, debe primar ésta, por referirse a un aspecto del bien común que es de un superior valor de aquel relacionado con el adelanto tecnológico».

De lo expuesto, y volviendo al comienzo de este trabajo, podemos darnos cuenta que para que el hombre, pueda alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico establece, y que el Estado esté al servicio de la persona humana y pueda de este modo promover el bien común, el camino para lograrlo pasa a través de un desarrollo, no sólo económico, sino social, político y cultural que tienda a mejorar la calidad de vida de las personas sin deteriorar el medio ambiente, es decir, que sea sustentable para lograr mantener la capacidad de los ecosistemas que satisfagan las necesidades del hombre actual y futuro en su plenitud y con equidad.

Desde luego, la jurisprudencia nos enseña que no todos los derechos son iguales, que hay algunos como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la protección del patrimonio ambiental, que son valores superiores y que deben resguardarse aun a costa de sacrificar determinados intereses económicos individuales.

NOTAS

1. *Alessandri y Somarriva. Curso de Derecho Civil. pp. 193-196.*
2. *Evans de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Tomo II, pág. 158.*

**GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y
REGULACION AMBIENTAL.
ASPECTOS JURIDICOS DE LA GESTION AMBIENTALMENTE
ADECUADA DE LOS RESIDUOS**

Julio Lavín*



A. INTRODUCCIÓN

Los hombres contemporáneos se encuentran enfrentados al gran desafío de conciliar el progreso y desarrollo de sus respectivas naciones con la protección del medio ambiente. Ambas exigencias deben ser cumplidas equilibradamente, evitando que el desarrollo destruya el medio ambiente y que una regulación exageradamente conservacionista de éste impida el necesario progreso de la sociedad.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que la protección del medio ambiente ha resultado ser una respuesta muy tardía en relación con algunos serios trastornos, en ciertos casos irreversibles, que ha provocado un mal concebido desarrollo y el descuido demostrado por el hombre respecto del medio natural en el que se desenvuelve.

Los efectos de la contaminación atmosférica, hídrica y del suelo, la acumulación de gran cantidad de desechos y la sobreexplotación de los recursos naturales, entre otras causas, despertaron la conciencia de los académicos, de las autoridades y también de los empresarios respecto de la necesidad de proteger el medio ambiente. Ello, no sólo como una condición de sobrevivencia, sino especialmente como un deber moral de garantizar a las generaciones futuras el goce de un medio ambiente sano.

Iniciándose en los países más desarrollados, la preocupación por la protección del medio ambiente se ha traducido en la formulación de diversos cuerpos legales de carácter ambiental, a nivel interno y en tratados internacionales. Las condiciones del mercado, por su parte, han impuesto

*Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

a los países en desarrollo ciertas barreras ambientales que los han obligado también a legislar en esta materia, sin perjuicio de la propia toma de conciencia que paralelamente se ha ido produciendo en estos países.

Chile, no obstante su condición de país en desarrollo, puede mostrar una profusa legislación y reglamentación en este tema, incluso algunos de estos cuerpos legales data, de principios de siglo. Sin embargo, aparte de que la mayoría de dichas normas no tiene más de quince años, no conforman un conjunto orgánico, no se encuentran ordenadas respondiendo a los mismos principios orientadores, ni configuran una institucionalidad común dotada de similares procedimientos y sanciones. Más bien, esta legislación y reglamentación se ha ido forjando como respuesta al surgimiento de los distintos problemas, desde la particular perspectiva de los respectivos sectores comprometidos, razón por la cual presenta gran dispersión. Excepción a esta constante legislativa pretende ser la dictación de la Ley General del Medio Ambiente, cuyo proyecto está siendo discutido en el Congreso Nacional. Ella significará un gran adelanto, desde un punto de vista técnico y en lo relativo al establecimiento de principios orientadores para la restante legislación y reglamentación ambiental.

La Constitución Política de la República, vigente desde 1980, significó un importante avance en materia de protección ambiental, al reconocer y garantizar a toda persona el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, imponiendo deberes al Estado, facultando al legislador para establecer restricciones específicas a otros derechos constitucionales y haciendo procedente el recurso de protección frente a actos arbitrarios e ilegales que signifiquen privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de este derecho. Además, deja en claro que toda regulación en materia de derechos fundamentales corresponde a ella y, en forma excepcional, a la ley, en tanto que la niega en forma expresa a la potestad reglamentaria, exigiendo, el respeto, el cumplimiento de una serie de principios que aseguran la vigencia efectiva de tales derechos.

El avance en el campo de la preocupación por la protección ambiental, como ocurre en los países desarrollados, está exigiendo hoy una normativa adecuada en materia de tratamiento de residuos y desechos, sólidos, líquidos, semisólidos, gaseosos, fangos o lodos, empleando técnicas

que incluyen su reducción, recuperación, reutilización y reciclaje. La configuración de tal normativa exige del legislador el respeto de los principios y exigencias que la Carta Fundamental impone para regular, complementar o limitar los derechos básicos.

Este trabajo pretende analizar la procedencia constitucional para la dictación en Chile de una normativa que regule el tratamiento de residuos, en especial, considerando los posibles conflictos que necesariamente han de presentarse entre diversos derechos fundamentales consagrados en la Constitución y las reglas que han de observarse al ponerse en aplicación dichas normas jurídicas.

B. PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, conforme a la concepción iusnaturalista que inspira nuestra tradición jurídica y que en forma especial recoge nuestra Constitución Política vigente, en estricto rigor, no requieren su reconocimiento en texto constitucional o legal alguno, por cuanto son inherentes a la persona misma, desde su nacimiento y, en tal virtud superiores al Estado y a la propia Carta Fundamental.

Sin embargo, apoyados también en nuestra tradición jurídica latina, que es de derecho escrito, y para evitar interpretaciones encontradas y conflictos entre los diversos derechos, el Constituyente ha consignado en el propio texto, el reconocimiento de los llamados derechos fundamentales de la persona humana, regulando su enunciado, las consecuencias que de él se derivan, los límites y su eventual privación, cuando razones superiores así lo aconsejan.

Ahora bien, el reconocimiento que la Constitución Política hace de los derechos fundamentales, en ningún caso, desmerece su condición de superiores y anteriores al Estado y al propio texto constitucional, sino por el contrario, tal regulación reafirma categóricamente dicha condición. Así se desprende de diversas disposiciones de su texto, empezando por el propio Artículo 1º, el cual declara que el «hombre nace libre e igual en dignidad y derechos», es decir, tal condición le pertenece en razón de su naturaleza y,

por consiguiente, por sobre cualquier reconocimiento que pueda hacer el Estado, lo cual tiene directa concordancia con las expresiones utilizadas por el Artículo 19, que contiene la regulación de los derechos fundamentales, al decir que la Constitución asegura a todas las personas cada uno de los derechos, todos los cuales son derechos existentes, que pertenecen al hombre, que no son establecidos por el texto constitucional, sino sólo reconocidos.

El mismo Artículo 1º, en seguida, consagra el principio de subsidiariedad, en virtud del cual se le garantiza al hombre, sea individualmente, en familia o asociado, un espacio para el cultivo y desarrollo de sus potencialidades y el cumplimiento de las finalidades específicas de los grupos que integra, todo ello sin intervención del Estado. Este, por su parte, debe estar al servicio de la persona y debe cumplir una serie de deberes, como el promover el bien común, respetando en ello los derechos y garantías que establece la Constitución; resguardar la seguridad nacional; dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta; promover la integración armónica de todos los sectores de la población; y asegurar el derecho a las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Las normas constitucionales antes aludidas no sólo dejan en evidencia la primacía que se reconoce al hombre por sobre el Estado y el propio Texto Constitucional, sino que en forma muy precisa dejan traslucir el principio de que los derechos fundamentales de las personas son susceptibles de limitar al poder, lo cual será regulado en términos más directos por otras disposiciones. Es así que, en primer lugar, se concibe al hombre naciendo libre e igual en dignidad y derechos, limitándose el Estado y la Constitución a reconocer tal circunstancia. En seguida, la obligación que se impone al Estado de promover el bien común, debe cumplirla con pleno respeto de los derechos que la Constitución establece.

En tercer término, establece en el inciso segundo de su Artículo 5º, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y agrega como un deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados

por Chile y que se encuentren vigentes; lo que implica que toda decisión de autoridad adoptada en ejercicio de la soberanía no puede afectar los derechos fundamentales, sino respetarlos y favorecerlos.

Por otra parte, se restringe la facultad del legislador para regular, complementar o limitar el ejercicio de ciertos derechos, cuando así es autorizado por la Constitución, en el sentido de no poder afectar los derechos fundamentales en su esencia o imponer requisitos, condiciones o tributos que impidan su libre ejercicio, en los términos establecidos por el N° 26 de su Artículo 19. Ello, porque los derechos deben primar sobre cualquier decisión de los órganos del poder, incluso del legislativo.

Por último, se confiere facultad a las Cortes de Apelaciones, conforme a los Artículos 20 y 21 de la Constitución, para conocer y resolver, adoptando las medidas que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, los recursos de protección y amparo establecidos para garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales.

De lo expuesto hasta aquí se infiere que, jerárquicamente, la norma que conforme a nuestro sistema jurídico está llamada a regular, complementar, establecer limitaciones o restricciones e, incluso, disponer la privación, en graves casos, de los derechos fundamentales de las personas, es la Constitución Política de la República. También se deduce de lo expuesto que, por excepción y con el propósito de desarrollar la regulación que el texto constitucional ha efectuado, el Constituyente encomienda en forma exclusiva y excluyente a la ley (nunca al reglamento ni a la autoridad administrativa) la dictación de normas complementarias.

Cuando así ocurre, el legislador debe enmarcar su acción dentro de los límites que le fija el Constituyente, a saber, debe cumplir con el mandato expresamente recibido y, al hacerlo, no puede establecer tales regulaciones, complementaciones o limitaciones que afecten el derecho en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que lleguen a impedir su libre ejercicio. Tampoco puede delegar sus facultades legislativas en favor del Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, porque expresamente lo prohíbe el inciso 2° del Artículo 61 del Texto Constitucional, tratándose de garantías constitucionales.

C. LA CONSTITUCION POLITICA Y EL MEDIO AMBIENTE

La Constitución Política de 1980, haciéndose eco de la toma de conciencia de la comunidad internacional de la necesidad de proteger el medio ambiente, incorpora dentro de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona «el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación».

Se pretende con este derecho, asegurar a las personas la posibilidad de vivir y desenvolverse en un ambiente limpio y saludable, aunque no puede ser concebido en términos absolutos, esto es exento de toda contaminación; según se infiere de la historia fidedigna del establecimiento de la norma debe, en todo caso, impedir que los niveles de contaminación, que son inevitables, puedan llegar a comprometer la salud o la vida de las personas.

En lo que se refiere a su naturaleza jurídica, puede sostenerse que este derecho goza de una doble característica. Por una parte se trata de una aspiración social constitucionalmente reconocida, un deber que se impone al Estado en orden a garantizar un ambiente libre de contaminación, no configurando una obligación susceptible de ser exigida compulsivamente y, por otra, se trata de un derecho público subjetivo, el cual sí puede ser exigido en contra de una persona o autoridad determinada, en términos de abstenerse de realizar conductas contaminantes. Así se desprende de la historia del establecimiento de la norma, en especial, de las palabras del profesor Raúl Bertelsen cuando expresa que «... de este modo los ciudadanos tienen expectativas de que el Estado dirija su acción a mejorar la calidad del medio ambiente y, también un derecho exigible contra toda persona o autoridad que por sus actos o hechos imputables directamente a ellos les causen un perjuicio en su derecho.

Consagrado este derecho como una garantía constitucional, goza de la misma protección que los restantes derechos, asegurándose, por consiguiente, que tanto la sociedad como sus integrantes están comprometidos con su respeto y vigencia, en términos tales, que ninguna persona o autoridad puede lícitamente afectarlo en el ejercicio de sus facultades o derechos».

La norma constitucional encarga al Estado la obligación de velar por la protección de este derecho y de tutelar, en general, la preservación de la naturaleza, lo que resulta lógico, puesto que sin perjuicio de estar todos los integrantes de la sociedad comprometidos con la vigencia del mismo, se trata de una tarea que corresponde claramente a las obligaciones de administrador que ostenta el Estado, cuyo fundamento está en su deber de promover el bien común. En efecto, en el ejercicio de muchos otros derechos garantizados a las personas se requieren de autorizaciones y controles por parte de la autoridad, la que condiciona tal ejercicio, precisamente, a la circunstancia de no afectarse con él otros derechos y de realizarlo de la manera determinada por la ley. Tales autorizaciones y controles permiten al Estado, por consiguiente, ejercer su tarea de tutela.

Es así que conforme a la legislación vigente, el Estado a través de diferentes autoridades facultadas debidamente por ley, puede, por ejemplo, impedir la instalación de nuevas industrias contaminantes; exigir la instalación de equipos que eviten o disminuyan la contaminación tanto del aire, como del agua o del suelo, suspender y hasta decretar el cierre de una industria que no cumpla con las exigencias impuestas para evitar la contaminación.

Como puede fácilmente advertirse, el ejercicio de tales facultades de tutela, de fiscalización o de control por parte de las autoridades del Estado, va a significar en la práctica el establecimiento de límites respecto del ejercicio de algunos otros derechos reconocidos a los particulares. Sin embargo, para que ello sea posible el Constituyente encarga al legislador establecer aquellas restricciones que estime necesarias respecto de ciertos derechos, con el objeto de proteger el medio ambiente.

Sin embargo, conforme se deduce de los términos empleados por el Texto Constitucional, las facultades que se entregan al legislador deben interpretarse por éste con un sentido restrictivo y no genérico. Esto significa que es el legislador y, nunca el administrador, quien está llamado a definir de manera precisa y concreta qué restricciones van a imponerse a aquellos otros derechos, de modo que a la autoridad administrativa sólo le corresponda disponer la aplicación de una u otra restricción que ha sido previamente establecida por la ley.

Por otra parte, el Constituyente también concibió con un criterio restrictivo aquellos derechos que podrán ser objeto de tales restricciones, en el sentido que no pueden serlo cualquiera de los reconocidos por la Constitución, sino sólo algunos de ellos. Se trata, concretamente de aquellos que dicen directa relación con el desarrollo de actividades que pueden contaminar, por lo que interpretando con un sentido restrictivo, debe tratarse del derecho de propiedad (Nº 24 del Artículo 19), de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (Nº 23 del Artículo 19) y del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Nº 21 del Artículo 19). A ellos podrían agregarse, según se deduce de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, la libertad de locomoción, especialmente, la circulación de personas (Nº 7 del Artículo 19), el derecho de reunión (Nº 13 del Artículo 19) y la libertad de trabajo (Nº 16 del Artículo 19).

La Constitución, aparte de la facultad que entrega al legislador para establecer restricciones específicas a ciertos derechos, como una manera efectiva de dar protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagra, derivado de su condición de derecho público subjetivo, la procedencia del recurso de protección, cuando mediante actos arbitrarios e ilegales se prive, perturbe o amenace su legítimo ejercicio. Esta acción de cautelar puede ser ejercitada por cualquier persona, sea natural o jurídica, por sí o por cualquier otra capaz de comparecer en juicio, sin mayores formalidades, incluso telegráficamente, cuando se encuentre en alguna de las situaciones indicadas, pidiéndole a la Corte de Apelaciones respectiva, que es el tribunal competente, que adopte de inmediato las medidas que ella estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

En directa relación con el reconocimiento que la Constitución hace de este derecho, señala como una causal para limitar o imponer obligaciones al derecho de propiedad, consagrado en el Nº 24 de su Artículo 19, derivado de su función social, «la conservación del patrimonio ambiental». Ello significa que con este propósito puede el ejercicio del derecho de propiedad verse restringido o el propietario compelido a cumplir obligaciones que con anterioridad no le eran exigibles.

Sin embargo, esta limitación que puede ser impuesta al derecho de

propiedad basada en su función social, tiene a su vez como freno el hecho de que no puede afectar el derecho en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que lleguen a impedir su libre ejercicio, según lo prescribe el antes citado Nº 26 del Artículo 19 del Texto Constitucional.

Sin perjuicio de lo señalado, se debe considerar, además, que los derechos fundamentales que pertenecen al hombre, en cuanto permiten el desarrollo integral de su personalidad, no son absolutos, sino que reconocen límites que responden a la necesidad que las personas tienen de vivir en sociedad, esto es, para que todos puedan ejercer sus derechos y, por lo tanto para que puedan armonizar entre sí.

Los derechos fundamentales reconocen límites que pueden ser connaturales o propios a cada derecho o bien extraordinarios. En el primer caso, se encuentran los límites implícitos, como el deber que toda persona tiene de respetar los derechos de los demás; los límites impuestos por conceptos jurídicos indeterminados como la moral, las buenas costumbres, la seguridad nacional; y los límites específicos para un determinado derecho, como el caso de la función social de la propiedad (Art. 19 Nº. 24). En el segundo caso, se alude a las circunstancias especiales que motivan la adopción de medidas extraordinarias, como ocurre con los estados de excepción constitucional.

Los límites de los derechos fundamentales dicen relación con la forma en que ellos deben ser ejercidos para cumplir con los propósitos enunciados precedentemente. Conforme a ello, cada persona sea individualmente o asociada debe ejercer sus derechos dentro de los límites señalados y evitando que con su ejercicio pueda afectar los derechos de otras personas. Además, debe considerar las restricciones y limitaciones que puedan afectar a sus derechos, cuando sea necesario armonizar con la salvaguardia de otro bien jurídico o en circunstancias extraordinarias para superar una emergencia de la comunidad.

Son estas las situaciones en que los derechos constitucionales pueden entrar en conflicto unos con otros, lo que sólo puede ser superado armonizando el respeto de todos los derechos, siendo contraria a la Constitución una interpretación que permita que el ejercicio de un derecho pueda importar la anulación de otro, salvo en los casos en que aquélla

botados, su reducción, su reutilización y su reciclaje; además de señalar los requisitos que deben reunir los vertederos y los procesos que deberán desarrollarse en su interior para reducir o evitar el impacto que ellos causan en el medio ambiente.

Los problemas ambientales han sido abordados por los respectivos Estados tardíamente y, por lo general, como una solución a graves efectos ya causados o existentes; o bien, por exigencias impuestas por el mercado, especialmente las barreras puestas por los países industrializados para la importación de productos. En este paulatino tomar conciencia de los problemas ambientales se hace ahora necesario abocarse a la tarea de regular el tratamiento de los residuos buscando su reducción, su recuperación y, en lo posible su reciclaje, mediante la dictación de los correspondiente cuerpos legales.

A nuestro juicio una legislación en materia de tratamiento de residuos tiene en nuestro país, un claro fundamento constitucional. En primer lugar, reconociéndose la disposición N° 8 del Artículo 19 de la Constitución Política: el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantía que tiene como sujeto pasivo tanto a la autoridad como a cualquier persona, es perfectamente lógico esperar que se dicte una ley que prohíba las actividades contaminantes y restrinja otras con el objeto de proteger este derecho.

En segundo término, porque el Estado está llamado a velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y debe tutelar la preservación de la naturaleza; deber que está enmarcado en la tarea de promoción del bien común que le asigna la Constitución y, precisamente, esto se cumplirá con la dictación de una normativa legal para regular el tratamiento de los residuos.

En tercer lugar, porque las restricciones, limitaciones o prohibiciones que ha de contemplar cualquier tratamiento adecuado de residuos, necesariamente han de imponerse por ley, conforme se ha analizado anteriormente y para lo cual esté expresamente facultado el legislador, según las disposiciones de los N° 8 y N° 24 del Artículo 19 de la Constitución Política.

Sobre el contenido de una posible legislación en materia de tratamiento de residuos, puede afirmarse que siendo muy variado, debiera fundamentalmente comprender lo siguiente:

- a) El principio de que quien contamina, debe pagar;
- b) Es responsabilidad del poseedor de un producto susceptible de causar contaminación hasta su entrega a la unidad recolectora, de reciclaje u otra calificada para recibirlo;
- c) Prohibición de verter en el sistema de alcantarillado, o en ríos, canales, vías de agua en general, aceites y lubricantes usados, ácido usado en las baterías;
- d) Prohibición para los particulares de almacenar neumáticos usados y de incinerarlos;
- e) Obligación de reciclar los aceites y lubricantes usados, baterías y demás residuos susceptibles de reciclarse;
- f) Posibilidad de licitar el derecho a reciclar entre empresas interesadas en ello;
- g) La licitación de permisos para empresas recolectoras de aceites y lubricantes usados, baterías usadas y neumáticos usados, así como de otros residuos reciclables;
- h) Obligación para los usuarios de entregar los residuos señalados a las empresas recolectoras autorizadas;
- i) Prohibición de reciclaje para quienes no están autorizados oficialmente;
- j) Prohibición para quienes no están autorizados de adquirir los referidos residuos;
- k) El fomento de la actividad de reciclaje de residuos peligrosos;
- l) La estimulación del consumo de productos reciclados por sobre los nuevos;
- m) La reglamentación de las obligaciones y derechos de poseedores, recolectores y recuperadores de sustancias contaminantes;
- n) Fijación de incentivos tributarios para el retorno de los residuos;
- ñ) Franquicias aduaneras para la importación de maquinarias para la recuperación y reciclaje de residuos, como también, equipos no contaminantes o descontaminantes;
- o) Incentivos a la inversión extranjera mediante aporte de nuevas tecnologías en materia de tratamiento de residuos;
- p) Recargo tributario para el uso de equipos altamente contaminantes;
- q) Procedimientos de control y fiscalización sobre el proceso de tratamiento

- de los residuos, por parte de las autoridades;
- r) Facultades de inspección y de vigilancia con el objeto de mantener operativo el sistema de recolección y reciclaje de residuos;
 - s) Facultades de allanamiento, de suspensión y de cierre, en el caso de empresas que sin estar autorizadas realicen actividades de recolección y reciclaje de los residuos.
 - t) Fijación de multas y otras sanciones por infracción a las obligaciones que se establezcan.

E. VIGENCIA DE LAS DEMAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES FRENTE A UNA LEGISLACION EN MATERIA DE RESIDUOS

Nuestra Constitución Política consagra en su Capítulo III los derechos fundamentales, los que reconoce como anteriores y superiores al Estado y como fuente de limitación del poder. Por esta razón, como señaláramos anteriormente, el Constituyente es la autoridad que en forma exclusiva y excluyente debe regular el contenido del reconocimiento que se hace de tales derechos, así como el establecimiento de los límites con los cuales son reconocidos y que son impuestos con el propósito de que todas las personas puedan gozar de sus derechos y de que éstos sean armonizados entre sí. Sólo excepcionalmente y con los límites expresamente fijados, podrá encomendar a la ley, nunca al administrador, la complementación, regulación de detalle, restricciones o limitaciones en relación con tales derechos.

Situándonos específicamente en el campo de la ley, debemos consignar que el mandato encomendado por el Constituyente, las regulaciones deben ser efectuadas en la forma en que el Texto Constitucional señale y que no es otra, que conforme al procedimiento legislativo, definido por la propia Constitución y dentro de los marcos que en cada caso le es fijado. Además, debe el legislador respetar el principio de supremacía constitucional, en virtud del cual, la ley debe ajustarse tanto en la forma como en el fondo a la Constitución y en ningún caso puede contravenir su texto, dentro del cual está también la regulación de los derechos fundamentales. Lo anterior quiere decir que la ley, en ningún caso, podría con ocasión de la regulación

de derechos afectar ese u otros derechos fundamentales, porque estaría contrariando la Carta Fundamental.

Coincidente con esta obligación del legislador, el Constituyente consagró, en forma específica, la garantía de que no pueden afectarse los derechos en su esencia o impedir su libre ejercicio, en el N° 26 del Artículo 19 de la Carta Política. Esta disposición, efectivamente, limita al legislador al garantizar, a todas las personas, la seguridad de que éste, al cumplir el mandato de la Constitución para regular, complementar o establecer limitaciones al ejercicio de los derechos, no podrá afectar tales derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Ahora bien, un derecho se ve afectado en su esencia cuando por obra de esta regulación, complementación o imposición de límites que corresponde al legislador, su titular se ve impedido de ejercerlo o se le es desconocido totalmente. Así, por ejemplo, es de la esencia del derecho a la libertad personal, el que una persona pueda permanecer o residir en un lugar determinado o trasladarse de un punto a otro. Se afectaría este derecho en su esencia, si el legislador estableciera condicionamientos para ello, que en definitiva esa persona no pueda radicarse en una ciudad determinada. Aplicado el ejemplo al derecho de propiedad, significa que el legislador con ocasión de los mandatos que al respecto ha recibido del Constituyente, no puede determinar la privación del dominio, o de cualquiera de sus atributos esenciales, es decir su desconocimiento total, sin expropiación e indemnización de perjuicios, en los términos establecidos por la propia Constitución.

En lo que se refiere a la imposición de condiciones, requisitos o tributos para el ejercicio de los derechos, que es otro de los límites que el Texto Constitucional entrega al legislador, puede sostenerse que el reconocimiento de los derechos fundamentales no sólo debe quedar consagrado, sino que además debe crearse y garantizarse en todo momento la posibilidad de que ese derecho sea ejercido libremente por su titular. Por ello, el legislador debe abstenerse de establecer condiciones, exigir requisitos o imponer tributos que, en definitiva, hagan de tal manera exigente u oneroso el ejercicio del derecho que no pueda ejercerse. Llevado a la práctica significa que el legislador no puede, por ejemplo, fijar derechos o impuestos

para desarrollar una determinada empresa, de una magnitud tal, que nadie podría aventurarse en dicha actividad económica.

Una legislación en materia de tratamiento de residuos, con el contenido esbozado en la letra D de este trabajo, así como tiene su fundamento en el reconocimiento que la Constitución hace del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en virtud del cual se autoriza al legislador para establecer restricciones específicas a determinados derechos, debe, por otra parte, enmarcarse en los principios y límites precedentemente señalados, a fin de que no incurra en un desconocimiento o privación de otras garantías individuales.

El contenido de la legislación, como la descrita, debe ser examinada en relación con las garantías constitucionales, que pueden verse afectadas, a saber, el derecho de propiedad, la libertad para adquirir toda clase de bienes, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la igualdad ante la ley, el derecho a no ser discriminado por el Estado y sus organismos en materia económica, la igualdad y la proporción en materia de tributos y la inviolabilidad del hogar.

1) Derecho de propiedad

La Constitución de 1980 garantiza a todas las personas «El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales», comprendiéndose en la regulación de tal garantía, la adquisición y facultades del dominio, los límites del derecho fundado en el concepto de función social de la propiedad, la privación del dominio mediante la expropiación, la propiedad minera y la propiedad de las aguas.

El derecho de propiedad en los términos concebidos por el Texto Fundamental, es un derecho real, en tanto se tiene sobre una cosa sin respecto de determinada persona, sea corporal, como los bienes muebles o inmuebles, o incorporal, como los derechos. Faculta este derecho para usar, esto es utilizarlo de la forma que su dueño desee, transformándolo o modificándolo, sin que nadie pueda interferir en ello. Además, posibilita a su dueño para gozar de su propiedad, es decir, adquirir para sí frutos y rentas que ella produzca; y disponer de su propiedad, esto es, transferir su derecho

sea a título gratuito u oneroso, conforme su dueño lo estime conveniente, sin intervención de terceros. Se caracteriza el derecho de propiedad, por ser absoluto ya que se tiene respecto de todo, es exclusivo, puesto que sus atributos pertenecen sólo a su dueño; es perpetuo desde el momento en que expira por fallecimiento o por la voluntad de su dueño; y es inviolable, en el sentido de que nadie puede ser privado de ella o de cualquiera de sus atributos, sino en la forma prescrita por la ley, que como se ha expresado debe enmarcarse, al efecto, dentro de los límites que la propia Constitución le señala.

El Constituyente entrega al legislador y sólo a éste la facultad para establecer el modo de adquirir la propiedad, por ejemplo, ocupación, accesión, tradición y el modo de usar gozar y disponer de ella, el cual debe proceder dentro del marco que ha sido analizado en el párrafo I. Del mismo modo, faculta al legislador para establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende, según el propio Texto Constitucional «cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental». Esto último permite a la ley, por consiguiente, establecer limitaciones o imponer obligaciones fundada en estos conceptos, todos los cuales dicen relación con la promoción del bien común de la sociedad, cuyo principal obligado es el Estado. Ello, además, guarda perfecta consonancia con la facultad que se le ha entregado al mismo legislador para establecer restricciones específicas a determinados derechos, como se ha visto antes.

En seguida el Texto Constitucional se refiere a la privación del derecho de propiedad, la cual no es permitida, como tampoco lo es la de alguno de sus atributos o facultades esenciales, según se ha analizado, sino cumpliendo requisitos estrictos, como la necesidad de una ley general o particular que declare la utilidad pública o el interés nacional y previa indemnización.

El derecho de propiedad con las consecuencias descritas se reconoce y garantiza también a los titulares de concesiones mineras y a los titulares de derechos sobre las aguas, constituidos en conformidad a la ley.

En relación con el derecho de propiedad, la legislación que se dicte para el tratamiento de residuos, efectivamente puede establecer ciertas

restricciones, como es el caso de la obligación que puede imponer a los particulares de vender o entregar aquellos residuos susceptibles de ser reutilizados o reciclados sólo a aquellas empresas autorizadas para recolectar y para reciclar, o bien, las facultades entregadas a la autoridad para decretar la suspensión o cierre de aquellas empresas que, sin estar autorizadas, realicen actividades de recolección y reciclaje de los residuos. Del mismo modo la facultad de la autoridad para aplicar multas por las infracciones que puedan cometerse. También significará una restricción al derecho de propiedad, concretamente al atributo esencial de goce, esto es, aprovechar los frutos que el bien le otorgue, si se dispone la obligación del reciclaje de ciertos residuos, en el sentido de que los productores del mismo tendrán que reducir sustancialmente su producción, a menos que puedan acceder al derecho para reciclar.

En todos estos casos se estará afectando el derecho de propiedad, pero tales restricciones no infringirán la Constitución, por cuanto se estarán imponiendo por la ley y no por la autoridad administrativa y porque la función social de la propiedad permite imponer estas limitaciones u obligaciones para conservar el patrimonio ambiental.

En cambio, vulneraría el N° 24 del Artículo 19, si por ejemplo, pudiendo tener un valor el bien o residuo, se impone la obligación de disponer de él gratuitamente. Ello sería privar, en su esencia, la facultad de disposición del bien de que se es dueño, lo que prohíbe la Constitución, a menos que se decrete su expropiación. Del mismo modo sería inconstitucional la norma pertinente de dicha ley si, por ejemplo, no fijara con precisión las circunstancias en que procedería y su duración, la suspensión o cierre de un establecimiento industrial, en caso de infracciones a la misma, por cuanto, estaría entregando una ilimitada discrecionalidad al fiscalizador que podría arbitrariamente afectar el derecho de propiedad.

2) Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes

En el N° 23 de su Artículo 19, la Constitución reconoce como derecho distinto del de propiedad, «la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los

hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declara así.»

Garantiza, por consiguiente la Carta Política, el derecho de toda persona para acceder al dominio, cualquiera sea el título a través del cual lo haga, siempre que sea lícito, y, además, para adquirir todo tipo de bienes, corporales, sean muebles o inmuebles, e incorporeales y, en general cualquier cosa susceptible de ser incorporada en el patrimonio de una persona. El propósito del Constituyente, fundado en la concepción que ha dado al orden público económico, es que, aparte de las excepciones señaladas en la norma, se impida al legislador reservar al Estado el dominio exclusivo de ciertos bienes o se pueda prohibir a todos los particulares o a alguna categoría de ellos la posibilidad de acceder al dominio de determinados bienes.

No obstante lo anterior, el Texto Constitucional, en términos restrictivos permite establecer, en aquellos casos en que así se determine mediante ley aprobada con quórum calificado y sólo cuando lo exija el interés nacional, requisitos o limitaciones para la adquisición del dominio respecto de señalados bienes. Como puede advertirse, en estos casos no se trata de una privación del derecho sino de una limitación, como por ejemplo el monto, las características, la ubicación geográfica de los bienes, o la exigencia de determinados requisitos, que deben ser racionales y, ciertamente, no discriminatorios, porque en este evento se vulneraría otra garantía constitucional, situación que prohíbe expresamente la norma al señalar que «lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución».

Este derecho, conforme a lo expuesto, también podría verse afectado por una normativa legal relativa al tratamiento de los residuos, en cuyo caso tendría que aprobarse, con quórum calificado, como sería el caso, de quedar limitado el derecho de adquirir los residuos solamente a aquellas empresas recolectoras o recicladoras autorizadas conforme a la ley y, por lo tanto, marginar del mercado a cualquier otra persona no autorizada.

3) Derecho a desarrollar cualquier actividad económica

En el Nº 21 de su Artículo 19, la Constitución regula el derecho enunciado, en virtud del cual se reconoce a toda persona la facultad de

emprender y desarrollar, sea individualmente o asociada a otras, cualquier tipo de actividad económica, con la limitación consistente en que ella no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y siempre que se respeten las leyes que la regulan .

Conforme a lo expuesto, toda persona, en tanto no se oponga a los valores aludidos y respete las leyes que la regulen, puede libremente y sin intervención de autoridad o de terceros desarrollar la actividad económica que ella estime, de la forma y procedimientos que considere adecuadas, con las personas con las cuales quiera asociarse o integrarse y con los fines lícitos que se proponga.

Al mismo tiempo, la Constitución, limita el campo empresarial del Estado y de sus organismos, los cuales sólo podrán desarrollar tales actividades previa autorización específica de la ley, que tiene que ser aprobada con quórum calificado. Con ello, se privilegia dentro de la concepción de orden público económico asumida por el Constituyente, la iniciativa privada en materia empresarial y económica.

El derecho a desarrollar cualquier actividad económica también puede ser afectado por la actividad legislativa relativa al tratamiento de residuos, como por ejemplo, el que deberá contarse con cierta calificación y además autorización para que los empresarios o personas puedan ejercer la actividad de reciclar, es decir, para desarrollar esta actividad económica; o el que los productores de materia prima de los bienes que más tarde se transformarán en residuos, tendrán que reducir sustancialmente su producción atendido el hecho del reciclaje de los mismos y, si les interesa, agregar a su actividad, los procesos de reciclaje, como actividad económica anexa.

Esta limitación se ajustaría a la Constitución por cuanto se estaría imponiendo por la ley y no por la autoridad administrativa, y correspondería a una restricción específica establecida sobre un determinado derecho, destinada a la protección del medio ambiente. En cambio, infringiría la Carta Fundamental, si con ocasión de la calificación y autorización para desarrollar la actividad de reciclaje, se impusieran condiciones, tributos o requisitos de tal naturaleza, que, en la práctica, resultaría muy oneroso hacerlo, en cuyo caso se vulneraría el N° 26 del Artículo 19 de la Constitución.

4) La igualdad ante la ley

La Constitución Política, en el N° 2 de su Artículo 19, asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y prohíbe tanto a la ley como a toda autoridad establecer diferencias arbitrarias.

Se desprende de esta norma el que todas las personas se encuentran en Chile sometidas a un mismo trato por parte de la ley en el ejercicio de sus derechos, no pudiéndose hacer distinciones en favor o en contra de algunas de ellas en razón de raza, nacionalidad, sexo, edad, estirpe, condición social o económica, creencias, profesión u oficio o cualquier otra razón.

En virtud de esta garantía, por consiguiente, se hace inadmisibles cualquier discriminación arbitraria, es decir, aquella diferencia que contraría la ética o que no tenga justificación razonable.

5) El derecho a no ser discriminado por el Estado y sus organismos en materia económica

La Carta Fundamental garantiza en el N° 22 de su Artículo 19, la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Ciertamente esta norma es una extensión de la igualdad ante la ley que se analizó en el número anterior y que el Constituyente ha querido especificar a propósito del reconocimiento del derecho a desarrollar cualquier clase de actividad económica, completando así lo que denominó las normas de orden público económico.

En virtud de esta disposición y en directa relación con aquella que garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el Estado y sus organismos deben dispensar a los particulares un trato igualitario, esto es, en el que no puedan establecerse diferencias arbitrarias, con ocasión de las autorizaciones, permisos, cobros de derechos, adjudicaciones en licitaciones y toda otra intervención que a aquél corresponda, con vistas al desenvolvimiento de su respectivo negocio o actividad económica.

El Constituyente reafirma el principio de la prohibición de brindarse un trato discriminatorio por el Estado o sus organismos en materia económica

al permitir, de manera excepcional, sólo mediante una ley, y en el entendido de que ello no importará una discriminación arbitraria, el autorizar el establecimiento de ciertos beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica o bien, la imposición de ciertos gravámenes especiales que afecten a uno u otros.

En relación con la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, cabe señalar que una legislación que regule el tratamiento de residuos vulneraría la Constitución, si discrimina arbitrariamente al momento de fijar las condiciones para que empresas o personas puedan acceder a la autorización para reciclar, o al distribuir los beneficios o incentivos por la actividad de reciclaje y franquicias aduaneras, si se establecieran, etc.

6) La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma en que fija la ley

La Constitución asegura, también, como una extensión del principio de igualdad ante la ley, que los tributos sean soportados en forma igualitaria por todas las personas, igualdad que se logrará de diferentes formas según el hecho que se grava. Es así que, en algunos casos, será la proporción, es decir, que la misma tasa o porcentaje se aplica a todos los contribuyentes (Impuesto territorial, IVA), mientras que en otros será la progresión, esto es, que las tasas o porcentajes van en aumento en la medida en que crece el valor de la renta o de los bienes afectos a tributo (Impuesto a la Renta) y, en otros casos, en fin, otra forma que fije la ley según la naturaleza del bien objeto de tributación.

Se infiere de esta garantía el principio denominado «legalidad de los tributos», en virtud de la cual, es sólo la ley, nunca la autoridad administrativa, la que puede establecer los tributos y modificarlos. Se establece, además, por la norma constitucional, como garantía el que no puede la ley establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos y el que, cualquiera sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación, con la excepción que señala el inciso final de la norma, consistente en que la ley puede autorizar que determinados tributos pueden estar afectados a fines propios

de la defensa nacional o autorizar que aquellos que gravan actividades o bienes que tengan clara identificación local puedan ser establecidos, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades comunales y destinados a obras de desarrollo comunal.

En relación con esta garantía, una legislación relativa al tratamiento de residuos, puede efectivamente establecer tributos respecto de actividades altamente contaminantes o puede rebajar tasas y disponer franquicias aduaneras u otro tipo de incentivos para fomentar actividades como el reciclaje, siempre que respete el principio de la igualdad de los tributos. Vulneraría la Constitución, si compromete dicha igualdad y si impone tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, como podría darse con ocasión de una tasa destinada a desincentivar a las empresas altamente descontaminantes.

7) Inviolabilidad del hogar

La Constitución Política, dentro del derecho a la privacidad, como condición del desarrollo integral de cada persona, garantiza que los recintos privados, como el hogar, la oficina o el lugar en que el que desarrolle su vida la persona, esté reservado a ella y no pueda ser invadido sin su consentimiento. Este derecho se extiende a las comunicaciones privadas de la persona, sea escrita, verbal, telefónica, telegráfica o cualquier otro medio.

Puede una ley que regule el tratamiento de los residuos establecer como facultades de control y fiscalización del cumplimiento de la misma, la inspección e incluso el allanamiento. Sin embargo, para que ello se ajuste a la norma constitucional, requiere que como restricción específica se indique en la misma ley, con precisión, las circunstancias en que se hacen procedentes tales medidas y su finalidad, de modo que no pueda prestarse para abuso por la autoridad administrativa que deba ejercer las señaladas atribuciones.

Hecho este análisis anterior, puede sostenerse que la dictación de una legislación en materia de tratamiento de residuos no sólo es posible, sino indispensable, legislación que, dictada al amparo del inciso segundo del Nº 8 del Artículo 19, en relación con lo dispuesto por el inciso segundo del



Nº 24 del mismo Artículo, puede establecer restricciones específicas a determinados derechos o imponer obligaciones o limitaciones basadas en la función social de la propiedad.

Pero también debe afirmarse que, al hacerlo, deben respetarse los marcos que se han venido analizando, evitando que con ocasión de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puedan conculcarse otros derechos fundamentales que igualmente reconoce la Constitución a toda persona, en cuyo caso se producirá un conflicto entre ellos y por gozar de igual protección, ninguno de ellos puede quedar sin aplicación.

F. CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales de las personas son anteriores y superiores al Estado y la Constitución Política sólo se limita a reconocerlos, regulándolos, armonizándolos y protegiéndolos.

Sin perjuicio del respeto que toda persona y autoridad debe a los derechos fundamentales, éstos no son absolutos, sino que deben reconocer los límites que permitan a todas y a cada una de las personas ejercer sus derechos.

De modo específico la Constitución autoriza el establecimiento de ciertas restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos para la protección de uno en forma especial, sin embargo en este caso, las restricciones sólo pueden ser impuestas por la ley y, en ningún caso, ellas pueden significar el desconocimiento de aquellos otros derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Una legislación en materia de tratamiento de residuos no sólo es necesaria, sino que tiene un claro fundamento constitucional en los términos del Nº 8 del Artículo 19 de la Carta Política, en relación con el Nº 24 del mismo Artículo.

Dicha legislación efectivamente puede comprometer derechos como el de propiedad, la libertad para adquirir el dominio, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la igualdad ante la ley, la no discriminación



arbitraria por parte del Estado y sus organismos en materia económica, la igualdad y proporción en la repartición de los tributos y la inviolabilidad del hogar.

El compromiso de los señalados derechos será constitucional si se cumple con los requisitos que la Constitución exige para imponer restricciones específicas a determinados derechos, pero la vulnerará si la imposición de tales restricciones queda entregada en manos de la autoridad administrativa o bien son de tal naturaleza que en la práctica significará desconocerlos en su esencia, o impedir su libre ejercicio por efecto de condiciones, tributos o requisitos desmedidos.

1. Gabriel del Fávero

De las exposiciones realizadas se perciben, al menos tres coincidencias básicas entre los señores Fernández y Lavín. En primer lugar, concuerdan que para regular las garantías constitucionales en función del derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se requiere de una ley, por lo demás, una coincidencia, que no sorprende dado que la Constitución es bastante explícita. Y adicionalmente, que las restricciones que se establezcan para proteger el medio ambiente, deben ser específicas y no de carácter genérico, es decir, el legislador está obligado por mandato de la Constitución a entrar en el detalle de las restricciones que imponga.

Una segunda coincidencia es que nadie puede, en el ejercicio de un derecho o de una autoridad, afectar el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Un tercer aspecto, el cual también es muy importante, estriba en que los expositores coinciden que los derechos garantizados constitucionalmente no son absolutos y ello impone, en consecuencia, la necesidad de armonizar la forma o ejercicio de los mismos.

Por otro lado, observo una diferencia de énfasis. En el caso de don Pedro Fernández, él pone el acento en la preeminencia del bien común, traducido, concretamente, en la protección del medio ambiente por sobre otros derechos constitucionales, lo que estaría avalado por los fallos de la Corte Suprema que él cita. Esta preeminencia, se traduce en que determinados derechos individuales pueden ser supeditados a determinadas exigencias, sacrificando, en cierto modo, el derecho individual sin compensación alguna, dado que esas limitaciones, de alguna manera, son inherentes al derecho mismo y todo esto, por supuesto, en beneficio del bien común.

En cambio, el énfasis en la exposición de Julio Lavín, se da en una preeminencia de los derechos individuales, entendidos como derechos inmanentes de naturaleza humana y anteriores a la legislación positiva, y que

serían superiores al bien común, en el sentido de que éste no puede ser a costa o sacrificando el bien individual. En el caso de don Pedro Fernández, por ejemplo, no hay derecho a una compensación con ocasión de un bien individual afectado. En el caso planteado por Julio Lavín, si bien existen las herramientas jurídicas para afectar derechos constitucionales, se impone la obligación de compensar cuando estos derechos son afectados, para lo cual existen los instrumentos jurídicos, específicamente la ley que autoriza la expropiación, que supone una compensación.

Desde mi perspectiva, de trasfondo, como un bajo continuo, noto una perspectiva más colectivista y una perspectiva más individualista para afrontar el tema medioambiental. En lo personal, lo primario es la libertad de las personas. Creo que la perspectiva de la discusión debiera ser desde la libertad de los individuos hacia las necesidades de la comunidad. Ahora bien, esta libertad de los individuos debe ir acompañada de su correlato de responsabilidades, de exigencias morales y éticas, ya que sino, caeríamos en el libertinaje. La auténtica libertad impone obligaciones y deberes al titular de un derecho determinado.

Infiero que las dos libertades directamente atingentes, en el tema global que estamos tratando, son el derecho de propiedad y la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, que son formas concretas en que se traduce la libertad del hombre. Indudablemente ambos derechos en nuestra propia Constitución están sometidos a las regulaciones que la ley imponga.

Destaco esto, porque en el panel anterior se hizo evidente una suerte de dicotomía entre el productor y el consumidor, de buenos y malos, productores que contaminan y lucran, y consumidores que padecen la contaminación que generan los productores. Sin embargo esta es una dicotomía bastante falsa. Indudablemente que el consumidor cuando compra un producto se hace responsable de su destino final, el cual puede ser contaminante, y, en consecuencia, el consumidor también tiene responsabilidad.

Por ejemplo, en el principio que señalaba Rafael Valenzuela sobre «el que contamina, paga» se expone muy claramente que hay una corresponsabilidad tanto en el productor, que eventualmente, contamina o

usa los recursos naturales, como de aquél que compra ese producto, porque, evidentemente, no habría productores o empresarios si no hay consumidores que compren sus productos. O sea, es una responsabilidad de la sociedad toda, y no, necesariamente, de que hay buenos por un lado y malos por el otro. Aquí hay que cambiar hábitos de consumo, es decir, en el propio consumidor, ya que su conducta de consumo debe ser exigente de conductas ambientalmente adecuadas y apropiadas.

En países latinoamericanos en que hay que combatir la pobreza, existe la dificultad de armonizar las necesidades de salud, de infraestructura, de vivienda y de educación, que son necesidades absolutamente básicas, con la protección del medio ambiente. Es por ello que, los problemas ambientales en el mundo desarrollado son distintos a los problemas ambientales del mundo subdesarrollado. Para el mundo desarrollado no es un problema la disposición de las aguas servidas, en Chile aún lo es y en los países de América Latina, en general, por lo tanto, es un problema ambiental nuestro que converge asociado con problemas de salud o de infraestructura.

Si se quiere tener mayor actividad productiva sin desmedro del medio ambiente, no se puede pensar en una legislación represiva, que imponga únicamente costos. Existe una necesidad de normas claras y objetivas que regulen las actividades económicas productivas, porque tal tipo de norma da estabilidad e información al agente económico, de modo que pueda invertir y saber cuáles son las posibilidades que tiene su negocio. Tener vaguedades al respecto o facultades discrecionales en manos de la autoridad, introduce elementos de incertidumbre difíciles de cuantificar, y por lo tanto, la actividad productiva o la actividad de inversión se va a resentir necesariamente.

Frente a la escasez, por ejemplo, de aire puro, en oportunidades históricas, el hombre ha respondido con la generación de derechos de propiedad, con lo cual, a veces, se ha superado la escasez. Ello podría expresarse en derechos de usos, que tienen, por supuesto, costos, pero al generarse derechos de propiedad, muchas veces se pueden solucionar los problemas de escasez. Quiero destacar que junto con todas las normas de calidad ambiental, todas las normas referentes a fiscalización y control,

deben también dictarse otras que introduzcan elementos de intercambio acordes con la economía social de mercado que rige, al menos, como modelo en nuestro país. Ello permitirá que se incentive la producción limpia, la generación de un producto limpio y de conductas ambientalmente adecuadas tanto de los productores como de los consumidores.

2. Julio Lavín

Más que eventualmente, considerarme en una tesis individualista o colectivista, yo soy de la idea de que la persona humana requiere de espacios de libertad, los cuales son requisito para desarrollar su personalidad, sus potencialidades y, en definitiva, alcanzar su desarrollo integral como persona. Esos espacios de libertad le permiten al hombre buscar el bien, buscar lo que a él le conviene, sea individualmente, protegiendo a su familia, sea en sociedad o en grupo. En el ejercicio de esa libertad, el hombre puede ser restringido, pues sabemos que todos los derechos son limitables, no absolutos. Sin embargo, para armonizarlos no se puede, con ocasión de regular un derecho, dejar de aplicar otro, lo cual ha sido sostenido reiteradamente por el Tribunal Constitucional al interpretar las leyes orgánicas constitucionales.

3. Carmen Artigas

Quiero referirme a un comentario de Gabriel del Fávero, en términos de ese supuesto maniqueísmo que se habría planteado entre productores malos y consumidores buenos. Se señaló que hay bienes comunes sobre los que existen responsabilidades comunes, de productores, de consumidores y de no consumidores que, lamentablemente, en América Latina son una gran mayoría. Quiero recordar que la Declaración de Río señala, respecto a la responsabilidad de los Estados, que estas responsabilidades son comunes, pero diferenciadas. Lo anterior porque, evidentemente, los Estados industrializados reconocen la mayor responsabilidad que por sus patrones de consumo tienen en relación al deterioro ambiental. Extendería esto a la responsabilidad en las sociedades nacionales, en que si bien existe una

responsabilidad compartida en el uso de bienes comunes y en el uso de la capacidad ambiental, hay que reconocer que algunos usan más dichos bienes y tal capacidad, y por consiguiente, debería haber responsabilidades diferenciadas.

Por otro lado, más que preocuparse por el consumidor exigente, hay que hacerlo por el consumidor excesivo. Es muy bueno que el consumidor sea exigente, en términos que la industria revalorice los procesos de producción limpios, pero en América Latina antes que el etiquetado verde o el sello ambiental, el problema es que tenemos cecinas con coliformes y aceites tóxicos. Entonces, hay problemas que a lo mejor son anteriores al consumidor exigente, son problemas de un respeto al consumidor, y también respecto de aquél que no puede consumir pero que algún día va a poder hacerlo.

4. Javier Vergara

En materia de contaminación ambiental uno de sus problemas fundamentales lo constituye el tema de la colisión de derechos, que se presenta cada vez que se dictan normas de calidad ambiental, normas de emisión, etc., por lo que es necesario visualizar, en cada caso, si se afecta o no, en su esencia, el derecho de desarrollar determinadas actividades, de acuerdo al nivel de los estándares fijados. Estimo que a partir de esta materia va a haber un gran desarrollo jurisprudencial, al definirse cuál es la función ambiental de la propiedad, y en función de qué son las normas aceptables para la sociedad.

Lo anterior tiene un aspecto adicional, que es la definición de riesgo asociado. En nuestras ciudades vivimos, habitualmente, con niveles de riesgos asociados por una serie de formas o cosas. Tenemos niveles de riesgos asociados por accidentes de tránsito, por la ubicación de las ciudades que conlleva que se sufran los efectos de los aluviones, pero tales niveles de riesgo no los fija la autoridad, sino que están dados por la forma en que nos relacionamos.

En materia ambiental, y sobre todo en materia de regulación de sustancias tóxicas y peligrosas, si se fijan estándares de calidad ambiental,

se están definiendo riesgos asociados para las personas y ello lo hace la autoridad. Si se fija una norma de calidad ambiental para arsénico, que es un problema que está en discusión, vamos a aceptar que mueran o se enfermen de cáncer cierta cantidad de personas de un determinado universo, en la medida que estén expuestas a ciertos niveles de dosis.

La pregunta es ¿podemos permitir el establecimiento de ese tipo de norma de calidad ambiental, que acepten ese tipo de hechos, cuando no tenemos más posibilidades?, o ¿hay que prohibir estas sustancias, con lo cual no se asume el riesgo y es la única forma de evitar absolutamente que haya peligro para la salud?

Ese es uno de los puntos más interesantes, si ese tipo de sustancias se debe regular vía norma o estándares de calidad ambiental que definan una transgresión de los derechos constitucionales, o se deberán fijar estándares tecnológicos o tal vez, inclusive, normas de emisión, pero no reconocer niveles de riesgo asociado en sustancias tóxicas.

5. Sergio Vergara

Quiero hacer una pregunta a Pedro Fernández, en relación con dos conceptos, preservación y conservación del patrimonio ambiental, y concretamente patrimonio ambiental que es el término que Pedro indica como una definición necesaria en la Ley de Bases del Medio Ambiente. Lo anterior ya que en la discusión de dicha ley existen algunas dudas sobre esta materia, ya que como bien se explicaba, la conservación de patrimonio ambiental es uno de los elementos que configuran la función social de la propiedad, junto con los intereses generales de la Nación, con la seguridad nacional y con la utilidad y la salubridad pública, términos todos que no están definidos. De manera que hay ahí una primera pregunta, ¿es necesario definir conservación de patrimonio ambiental, y en consecuencia, tendríamos que definir todos los elementos que configuran la función social de la propiedad? Segundo, en este sentido ¿es razonable definir patrimonio ambiental separadamente del concepto de conservación del patrimonio ambiental, que es el que está usando la Constitución? Preservación se entiende en el lenguaje corriente, en el lenguaje del derecho y de la ecología,

como lo que no se toca, un recurso que se preserva es un recurso que permanece intocado, ¿es eso lo que quiso el Constituyente, al establecer como un deber del Estado velar por esa preservación, en el sentido de no tocar ningún recurso?

6. Pedro Fernández

Este es uno de los puntos en los cuales, en CODEFF, no estamos de acuerdo con el actual proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente. Creo que el legislador comete un error al definir frases, creo que hay que definir conceptos y palabras: conservación, preservación, patrimonio ambiental, que son básicos. Estamos de acuerdo con Sergio, de que hay evidente diferencia entre conservación y preservación, pero ello no se manifiesta en el proyecto de ley.

En términos genéricos conservar es utilizar los recursos naturales en la mejor forma posible, racionalmente. La preservación es limitar al máximo la actividad del hombre, porque hay elementos, indudablemente, que están fuera del comercio humano. Un parque nacional que tiene una categoría, por ejemplo, de reserva de la biosfera está fuera del comercio humano y el hombre lo usa como un laboratorio al aire libre. Quiere saber cuál es la marcha, la evolución de las especies y, en consecuencia, la actividad del hombre es netamente científica. En el proyecto de ley no está claramente definido lo que debe entenderse por uno y por otro concepto, los confunde, no los aclara.

7. Felipe Bañados

Actualmente el Derecho Ambiental comienza a entrar en una etapa reflexiva y pública, en una perspectiva en que el derecho no puede ser mirado, sino que como un medio instrumental, de manera que cumpla un rol orientador, a la vez que funcional a objetivos superiores que la sociedad busca alcanzar. En este aspecto la Constitución y nuestro ordenamiento normativo es, en general, insuficiente, ya que la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente sin contaminación es muy restrictiva en com-

paración con lo que hoy día el mundo está entendiendo que debe incluir la dinámica ambiental. Es por ello que comparto que la ausencia de la idea de conservación del patrimonio ambiental como parte de la integridad territorial de Chile, es una ausencia que involucra a un nuevo concepto de lo que debe entenderse por soberanía nacional, la cual comprende aspectos que van mas allá de la seguridad de nuestras frontera, al incorporar la sustentabilidad económica y ambiental.

8. Eduardo Astorga

El Derecho Ambiental como se ha sostenido en este debate se ha desarrollado como consecuencia de la urgencia de resolver los problemas ambientales, distinguiendo una etapa represiva, una etapa participativa, una etapa preventiva, desarrollo de las técnicas de concertación y de la eficacia de la gestión ambiental del Estado, lo que significa negociar, transar, caso a caso, que es una temática que están generando los españoles. No quiero decir una herejía pero lo anterior significa también flexibilizar el principio de legalidad, básicamente en lo referido a los actos administrativos y a los elementos accidentales de éstos, es decir, el modo y el plazo. Lo anterior tiene mucha relación con el tema de los permisos ambientales, y ciertamente se presenta en la Ley de Bases del Medio Ambiente, la cual permite esta flexibilización. Te pregunto, Julio, ¿crees tú que la Constitución hace viable esta flexibilización del principio de legalidad?

9. Julio Lavín

La idea principal que hemos tratado de sostener es que dentro del orden de la sociedad tiene que respetarse el Estado de Derecho, de modo de velar por el campo de atribuciones propias y la salvaguarda de los derechos. Es muy probable que sobre la base del principio de la igualdad ante la ley o la no discriminación arbitraria en el trato que da el Estado en materia económica, resulte que unos pocos terminen soportando una carga que beneficie a muchos, realidad que puede motivar los incentivos, las

franquicias, los beneficios o los gravámenes a otros. De tal manera que, si la ley contempla un sistema que permita, incluso, negociar caso a caso, no me parece tan hereje. El caso de la expropiación es un buen ejemplo. Cuando llega el momento de calcular la indemnización, se procederá de mutuo acuerdo antes de la toma de posesión del bien, y en ese sentido tendrá que negociar el expropiado con el Estado, incluso el Estado podrá pagar a plazo si es que hay acuerdo, lo que parece en principio como reñido con la Constitución.

10. Rafael Valenzuela

El derecho a la vida, derecho por antonomasia garantizado por la Constitución, no tiene ningún sentido sino en un planeta donde es posible vivir. O sea, el derecho a la vida, que supone tener incorporado el derecho a gozar de las condiciones que hacen posible la vida, significa que no sirve gozar con un derecho a vivir si no podemos hacerlo, porque el planeta rechaza la vida dado un cierto nivel de degradación. El derecho a la libertad individual, es muy importante, pero para algunos la libertad se traduce en la libertad para morir de hambre, o sea, la libertad de no tener nada y finalmente acabar con la existencia. Es decir, todos los hombres somos iguales, pero como se dice, algunos somos más iguales que otros.

PANEL III



Responsabilidad Ambiental



PROBLEMATICA DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA AMBIENTAL

Rigoberto Valdivia*

El evento que nos reúne hoy día responde a una preocupación generalizada en el quehacer de la vida nacional, la cual no sólo está limitada al Derecho, menos aún cuando nuestra disciplina está respondiendo tardíamente a una ética ambiental emergente, la cual comienza a enverdecer las acciones de todas las sociedades, como si ésta fuera la última lucha de los seres humanos por evitar la hecatombe del planeta azul.

Pues bien, normar sobre esta materia es de las complejidades más grandes que ha enfrentado el Derecho como ciencia. Esta naciente rama del Derecho es sólo el sueño de unos pocos por introducir la perspectiva ambiental en los diferentes ordenamientos jurídicos de forma sistemática, lo cual necesariamente tiene que estar acompañado de imaginación y voluntad de cambio de los actores implicados, considerando sus características y circunstancias.

Al margen de estas invocaciones quiero decir a Uds., que el normar en materia ambiental es el mínimo de amor que se puede tener en sociedad, es replantearnos nuestra actual forma de relacionarnos con el ambiente, es poder seguir soñando con un futuro para los que vendrán.

Todo lo anterior, como juristas nos hace imperiosamente buscar soluciones a la irrupción de esta problemática planetaria en nuestra disciplina, con toda su fuerza transformadora, creando las instituciones cuando no las haya, o adecuando las existentes en nuestros ordenamientos para acogerlas de la mejor forma.

Así el objeto de la ponencia se convierte en reflexión, en incitación a

* Ex Abogado del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana.

la discusión más que en un dictamen, y para que la reflexión sea más útil y la discusión más ordenada, tenemos que delimitar el problema, separándolo de otras perspectivas objeto de este seminario.

La responsabilidad civil referida a esta materia es tratada básicamente en el ordenamiento privado y, en menor medida, en el ordenamiento administrativo. Especial mención merece su tratamiento en la Ley de Bases del Medio Ambiente, actualmente en el Congreso.

A. ORDENAMIENTO PRIVADO

La regulación para la defensa del ambiente es primordialmente de naturaleza pública, ya que defiende intereses colectivos. Ello no obsta para que aparezcan intereses y derechos individuales para cuya defensa el Derecho Privado tiene cauces preexistentes. En efecto, mediante caminos no especialmente previstos, el ordenamiento civil establece exigencias de responsabilidad por conductas que ocasionan perjuicios a particulares, exigencias que también generan beneficios a los intereses colectivos, algunos propios del ambiente.

Las relaciones de vecindad pueden explicar los derechos de defensa de quienes se encuentran perjudicados por actos, en principio legítimos, llevados a cabo dentro de un predio ajeno, pero que trascienden al propio, afectando contenidos patrimoniales. Situación que se encuentra presenta en instituciones similares de otros ordenamientos jurídicos.

Así, por ejemplo, la **nuisance** del Derecho anglosajón regula cualquier intervención, interferencia ilegítima producto de un uso no natural. A su vez, el **trespass**, del mismo Derecho, regula las intervenciones físicas en propiedad ajena, con el requisito de que sean perceptibles al ojo humano, en el caso de los humos.

Por su parte, el Código Civil chileno determina criterios sobre la anormalidad y sobre la no tolerancia de los titulares de los predios ajenos. Sin embargo, las reclamaciones basadas en la regulación de la vecindad constituyen un remedio limitado, sólo adecuado para combatir los daños ambientales en un número menor de casos.

Sin que se trate de relaciones vecinales propiamente tales, pueden

exigirse responsabilidades con fundamento en relaciones contractuales, si se estima alterada unilateralmente la situación jurídica que liga a arrendadores y arrendatarios por la introducción de usos no previstos en el contrato, ambientalmente nocivos, y que pueden alterar gravemente el entorno, perjudicando potencialmente a la comunidad. Es evidente que estas acciones sólo de forma inesperada dicen relación con los fundamentos de protección del Derecho Ambiental. Sobre este punto es necesario señalar la necesidad de introducir en los contratos cláusulas de protección ambiental, de regular de mejor manera las relaciones vecinales y prevenir pleitos futuros al respecto.

Dentro del ordenamiento privado la responsabilidad subsecuente por los daños producidos al ambiente se fundamenta en la responsabilidad extracontractual de modo prevalente y preferente.

Para que opere tal responsabilidad, que en nuestro ordenamiento es de tipo subjetivo, es necesaria la existencia de la culpabilidad de su autor, la cual podrá ser de tipo culposa o dolosa, así como tiene que existir una relación causal entre el hecho y el sujeto.

Sin embargo, la responsabilidad extracontractual por culpa no ofrece un fundamento adecuado para remediar daños determinados por explotaciones industriales de una sociedad avanzada. Es por ello que, si bien el fundamento de la responsabilidad puede ser objeto de tesis contrapuestas, no es concebible al individuo sin responsabilidad, tanto jurídica como ética.

Es por ello que la responsabilidad individual o por actos propios se ha equiparado a la responsabilidad por riesgo. En efecto, y como dice Santos Ruiz, quien coloca a otro en su lugar y le hace actuar en beneficio de sus intereses, debe responder frente a terceros por los daños originados por estas personas cuando han desarrollado la actividad que él les transmitió. Mismo criterio se deduce cuando el daño deriva de sus propias cosas o instalaciones industriales o de otra clase.

Por su parte, la **responsabilidad objetiva** no considera la conducta del sujeto, lo que importa es el daño producido, y en consecuencia, siempre será responsable el individuo, cualquiera que haya sido su participación volitiva en el hecho.

El que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un

daño en la persona o propiedad de otro, debe responder de él, salvo que pruebe que se trata de un hecho fortuito o de fuerza mayor, del hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, única manera de hacer desaparecer la responsabilidad.

En nuestro ordenamiento existen algunas áreas en que la responsabilidad puramente subjetiva que estableció en forma absoluta y general nuestro Código Civil se ve corregida para posibilitar la justicia. Esto se puede apreciar en el Derecho Aeronáutico, en la Ley del Tránsito y en materia de accidentes del trabajo, todos casos en que opera la responsabilidad objetiva.

El profesor Martín Mateo expresa: «La responsabilidad objetiva tiene pleno asiento en el Derecho Ambiental como consecuencia de la efectividad del principio «contaminador-pagador» que tiene rango constitucional en el ordenamiento europeo y que trasciende al Derecho Privado». La manifestación más rigurosa de la vigencia de este principio se presenta especialmente en el campo de la disciplina de los residuos tóxicos y peligrosos, donde la normativa propende a instaurarse. Al respecto una propuesta de directiva en esta materia dice: «El productor de los residuos será civilmente responsable de los daños y perjuicios causados al ambiente por dichos residuos, independientemente de que exista culpa o no por su parte».

A partir de ello, es necesario introducir el concepto de la responsabilidad objetiva en la normativa ambiental pues la creciente manipulación de las fuerzas naturales por parte del hombre, utilizando una tecnología que no permite un control absoluto de su actuación, determina riesgos que son inherentes a las modalidades de producción y que se escapan de la posibilidad de su previsión y, por tanto, de la imputación culposa de sus consecuencias. La responsabilidad objetiva, sin más tiene un campo extraordinariamente receptivo en las relaciones reguladas por el Derecho Ambiental, ya que los daños causados al perturbarse el ambiente tienen carácter ocasional y son producto de fallas de los dispositivos técnicos de control.

Este tipo de responsabilidad no siempre se exige por cauces de Derecho Civil privado, y si así se hace queda siempre por acreditar el nexo causal entre la conducta perturbadora del medio y el daño producido en los patrimonios individuales.

Si bien las normas de Derecho Privado pueden suministrar un apoyo subsidiario o principal en muchos casos para la exigencia de responsabilidad, los postulados estrictamente individualistas en que se basan los hacen inadecuados para afrontar la solución de conflictos de naturaleza colectiva, los que ofrecen una dificultad insuperable para determinar quién es y en qué medida han causado los daños y hasta qué punto éstos trascienden a los patrimonios individuales. Determinar en un complejo industrial vecinal agresores y víctimas en un perspectiva subjetiva es inviable, como lo es también en la contaminación de aguas, producción de ruidos, de olores, etc.

B. UN CAMINO A CONSIDERAR

En el Derecho Comparado podemos apreciar que la imposibilidad de mantener los criterios de la responsabilidad subjetiva ha llevado a la responsabilidad por riesgo, con forzado fundamento en la responsabilidad por culpa. La solución ha consistido en que el titular o poseedor de cosas peligrosas responde hasta el límite de la fuerza mayor y hasta ciertas sumas máximas, aunque no le sea imputable descuido alguno. El obligado asume las consecuencias de los acontecimientos dañosos con fundamento en el riesgo general de daños, cuya realización se incorpora al acontecimiento en cuestión. Asimismo, se establecen mecanismos que alteran el resarcimiento individual, interponiendo entre la víctima y el agente, patrimonios colectivos que afrontan la compensación económica. El seguro de daños y el establecimiento de fondos de garantías contribuyen a la seguridad objetiva. El particular asegurado contrae la responsabilidad civil y cumple entonces con su obligación de responder por los riesgos que le sean imputables mediante su aportación para cubrir todos los riesgos asegurados. El principio de responsabilidad sería abandonado cuando en lugar de determinados deberes de responder, cubiertos por el seguro, se estableciese un seguro general de todos los ciudadanos por daños o por accidentes de toda clase, cuyos medios se obtendrían en forma de impuestos, por prestaciones de todos, y no solamente por los responsables de determinados riesgos de daños. La indemnización saldría del campo del Derecho Privado y sería una función pública a cargo de la administración.

Algunos fondos en el mundo que se han implementado con el objetivo anteriormente planteado son los siguientes:

- a) Superfund de EE.UU. sobre residuos tóxicos.
- b) Fondo acústico de París.
- c) Fondo atmosférico de Japón y de Holanda.
- d) Fondos de contaminación marina por derrames de hidrocarburos.

La mayor o menor efectividad de los fondos ha estado directamente relacionada con los instrumentos administrativos, jurisdiccionales y de control de los mismos, siendo una experiencia relativamente nueva que requiere de una buena implementación operativa para su éxito. En la práctica, sin embargo, su resultado ha sido regular.

C. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Las materias relacionadas con el medio ambiente se encuentran desde siempre ligadas a la actividad administrativa, ya que es aquí donde se origina la mayor cantidad de normas que regulan las materias ambientales, por lo cual, desde siempre, se ha considerado que la regulación ambiental tiene carácter administrativo.

El Derecho Administrativo traspasa al Derecho Ambiental una serie de principios que dicen relación con su imperio y con los procedimientos para revisar la violación de las normas administrativas de carácter ambiental.

Los procesos administrativos tienen como fuente de origen la fiscalización o control normativo por parte de las instituciones que el Estado se ha dado para el adecuado cumplimiento de sus fines, y en menor cuantía la denuncia desde los propios particulares. Sin embargo, en Latinoamérica ha sido el rol fiscalizador de los aparatos estatales el marco de certeza al cumplimiento de las normas con trascendencia ambiental.

En nuestro país los aparatos estatales funcionan dentro de la actual dispersión normativa en forma descoordinada y sin unidad de criterios en la aplicación de las normas ambientales. Los procesos administrativos de cada institución muchas veces no cumplen con las reglas del debido proceso, situación ocasionada por el desconocimiento de los administrados de la trama y burocracia estatal, lo cual impide un adecuada defensa de sus

derechos ante la omnipotente administración.

Si bien el rol fiscalizador es de suma importancia para los esquemas tradicionales de la administración latinoamericana, la tendencia actual es que, sin dejar dicho rol, las administraciones asuman un papel preferentemente preventivo, privilegiando el autocontrol, lo que dará como resultado la posibilidad de aprovechar en forma adecuada los escasos recursos con que cuentan las administraciones en nuestros países.

El profesor Ramón Martín Mateo al respecto expresa lo siguiente: «las medidas represivas, aunque inevitable correlato de otras estrategias, han de suponer una aportación sólo excepcional al establecimiento de una eficaz disciplina ambiental. Si el incumplimiento es generalizado, lo que desgraciadamente suele ser el caso, y si la propia administración está convencida de la prevalencia sobre los intereses ambientales de los económicos o de los de otro orden, la represión carece de sentido».

Así las sanciones administrativas pueden consistir en multas, suspensión de actividades y, en casos extremos, en la clausura definitiva de instalaciones.

Por último debemos decir que la actividad del Derecho Administrativo clásico está pensada para adecuar las conductas de los particulares a los intereses públicos. La administración tiene como objetivo controlar y reprimir las actuaciones de los ciudadanos. Pero actualmente, producto de la ampliación de las competencias públicas materializadas en proyectos e iniciativas de gran envergadura, la Administración propende a defender sus funciones y anteponer, quizá, los intereses que sectorialmente administran a los más amplios y globales que se concitan en la defensa del ambiente. Así, la administración puede ser demandada y ser objeto de responsabilidades frente a los particulares.



1. Javier Vergara

El Derecho Civil en materia de medio ambiente está atrasado, pues las regulaciones ambientales se han desarrollado en el área de Derecho Administrativo y en el Derecho Económico. Mas aún, en materia de responsabilidad existen normas en materia agrícola, en materia marítima y en otros ámbitos, por lo tanto, un primer punto a destacar es que una de las formas de enfocar el tema de la reparación del medio ambiente o de la prevención del deterioro de éste es a través del Derecho Civil, pero ciertamente no es la única y ni siquiera ha nacido con este fin.

Ahora bien, en materia civil el tema de la responsabilidad no se acaba en la responsabilidad extracontractual. En efecto, cada vez más hay contratos con cláusulas de agravantes de responsabilidad en función de la protección del medio ambiente. Ello conlleva a que para introducir conceptos de responsabilidad civil hay que hacer ejercicios teóricos, lo que es muy bueno, porque el problema del daño es distinto en materia ambiental que en otros, son daños que no se manifiestan de inmediato, hay muchas ocasiones que se manifiestan en cincuenta años o en forma muy distinta a lo que se acostumbra a verlo.

Por otra parte, el problema de la imputabilidad es de gran importancia y dificultad, pues define el sistema de responsabilidad que se va a usar, el cuál podrá ser de responsabilidad objetiva, subjetiva, de presunciones de responsabilidad, o bien sistemas de seguros.

Las presunciones legales de responsabilidad no agregan nada a nuestro sistema jurídico, ya que doctrinariamente existe la «culpa contra ley», que significa que concurre negligencia en cualquier actuar humano

cuando se infringe alguna normativa reglamentaria. Es extraordinariamente importante, entonces, la norma, porque ella es la que debería abrir paso a un glosario de presunciones. En definitiva, las presunciones que nos hacen falta son las que dicen relación con el manejo de sustancias tóxicas y peligrosas que pueden causar perjuicio al medio ambiente, glosario que hoy no estamos en condiciones de poner.

Por su parte, la responsabilidad objetiva no se justifica si no es en la medida que debe delimitarse muy específicamente el ámbito en que sería aplicada, porque si lo fuera en términos generales, como se mostró partidario Pedro Fernández, todos van a querer demandar por responsabilidad ambiental para poder salvaguardarse en esta presunción de responsabilidad.

Otro aspecto importante y dificultoso lo constituye el problema de la causalidad. Por ejemplo, en el caso de la contaminación de Santiago, ¿a quién se demanda?, ya que existen disímiles emisores como micros, fábricas, etc. Es imposible física y científicamente determinar la responsabilidad, y por lo tanto, el sistema de responsabilidad civil es un sistema imperfecto para abordar el problema de protección y de prevención a la contaminación. Es importante perfeccionarlo pero, sin duda, los énfasis deben estar dados por las políticas preventivas, más que por las de responsabilidad civil, porque es imperfecto, no fue diseñado con este fin.

Por último, en la medida que hay que mejorar el mecanismo de responsabilidad civil, surgen dos puntos muy simples. En primer lugar, el objetivo del sistema de responsabilidad civil clásico es simplemente la obligación de una persona de indemnizar el daño sufrido por otro. Equiparar una disparidad que hubo en los patrimonios de dos personas, sea por un problema de un daño material o moral. Sin embargo, en materia ambiental no estamos en una relación interpatrimonial, en que la situación es distinta, en que existe un sentido u objetivo de prevención general o especial.

Por ello, al establecer sistemas de responsabilidad objetiva, seguramente va a ser más fácil acreditar la culpa, se va a tener más cuidado en infringir la norma porque va a haber una mayor certeza de que se va a ser condenado y, por lo tanto, se va a incorporar ese concepto dentro del actuar productivo y en las definiciones que se tengan que tomar, por lo que la

actuación del posible contaminante va a modificarse.

El segundo aspecto es respecto de quiénes van a sufrir los costos de los accidentes. El sistema de responsabilidad subjetiva hace que esos costos principalmente los esté cargando la víctima, como es más difícil probarlo, es más caro probarlo, obviamente los costos habitualmente están siendo de cargo de la víctima que no puede obtener el resarcimiento. El punto central es cómo obtenemos un sistema más justo, en que la víctima pueda resarcirse mejor de los perjuicios y que a la vez este sistema sea eficaz, sea eficiente y los recursos que se destinen en reparación de las víctimas y en reparación ambiental vayan efectivamente a eso y no a otro tipo de externalidades. Por ejemplo, interesante es el caso del Superfund, en Estados Unidos, que establece un sistema de responsabilidad estricta, responsabilidad objetiva, solidaria y retroactiva en materia de tóxicos o peligrosos. El sistema funciona en que la EPA encuentra un lugar en que hubo tóxicos o peligrosos y demanda al primer dueño o al dueño que está en ese minuto; tal persona empieza a ver quiénes más depositaron en ese lugar y demanda a los otros basado en la responsabilidad solidaria. Todo este sistema genera tal cantidad de litigios que más de la mitad de los recursos que se han destinado o que se han gastado en el Superfund han ido a costos judiciales. Es decir, es un sistema muy atractivo desde una perspectiva profesional, pero es un sistema absolutamente ineficiente desde la protección del medio ambiente.

Por ello hay que ser extraordinariamente cuidadoso con los sistemas de responsabilidad que intentemos establecer porque no por proteger en mejor medida el medio ambiente vamos, necesariamente, a lograr que los recursos que se estén destinando en ese fin vayan a donde deben ir. Por lo tanto, cuando se dice responsabilidad objetiva, solidaridad, creo que se debe incluir a los economistas, a gente que sabe de procedimientos y de instrumentos y definir la eficiencia del sistema. El gran punto en esto es cómo lograr los máximos niveles de justicia que hoy, obviamente, son muy menguados en cuanto a sistemas de responsabilidad, con un sistema social más eficiente en la distribución de quiénes van a absorber esos costos definitivamente. Se debe intentar que los costos no los absorba la víctima, pero se debe tratar también que ese sistema sea socialmente eficiente,

porque, en definitiva, los costos globales los paga la sociedad toda y no nos podemos dar el lujo de perder el 50% de los dineros como lo hace Estados Unidos, dineros que deberían ir a otros fines incluso, tal vez, a elevar la producción, a mejorar nuestros problemas sociales, o a superar nuestros problemas de crecimiento económico.

2. Hernán Durán

Alguien sostenía, que es imposible científicamente determinar la responsabilidad, afirmación que se ha escuchado varias veces en esta discusión. Creo que ella no es válida, ya que científica y técnicamente es muy fácil determinar quiénes son los responsables, puede que económicamente no lo sea tanto, pues podría requerirse un costo bastante alto, pero científicamente y técnicamente no. Esto lleva a plantearse que los niveles de contaminación que se han provocado hasta ahora no tienen porqué seguir ocurriendo hacia adelante, ya no hay razones técnicas que justifiquen que eso ocurra. No hay ninguna razón técnica que justifique una nueva planta de ENAMI ni de Chilectra en Puchuncaví, no hay ninguna razón técnica que justifique la creación de una planta igual en Chagres, ni en Chuquicamata y en todas las seis grandes fundiciones de este país. O sea, técnicamente esas empresas deben estar en condiciones hacia el futuro de producir una cantidad de emisiones que posiblemente permita cumplir, incluso, las normas más rigurosas de la EPA, en términos de normas de inmisión o calidad ambiental o en términos de normas técnicas de emisión.

Aquí aparece otro problema, del instrumento que está en discusión, que es el de la evaluación de impacto ambiental. Se supone que la evaluación de impacto ambiental, tendería a solucionar este problema en el largo plazo, es decir, que todas las nuevas inversiones debieran hacer una evaluación del impacto ambiental sobre sus procesos productivos, y, en consecuencia, determinar si van a sobrepasar o no las normas, y en caso afirmativo, sencillamente no van a poder funcionar. Por lo tanto, cuando se evalúa el impacto ambiental o se presenta una declaración de impacto ambiental, ¿esa evaluación o declaración supone la responsabilidad objetiva de la persona que la está emitiendo?

3. Javier Vergara

Quisiera reflexionar sobre varios aspectos. En primer lugar sobre el tema de la imputación de responsabilidad cuando estamos en presencia de muchos emisores. Por ejemplo, en el caso de Santiago en que hay 11 mil micros, en que puede que estén todas ellas respetando la norma, sin embargo, en conjunto contribuyen con el 70% de la participación de la concentración global; además, existen 1.200 industrias que participan en un 6%; y, adicionalmente se generan emisiones por polvo natural y otras causas. En esa situación, es imposible imputarle la responsabilidad a un solo contaminante, y para demandar hay que hacerlo a una persona, que además ni siquiera son coautores porque no han actuado conjuntamente. Por lo tanto, el sistema de responsabilidad civil es absolutamente impracticable. No se puede imputar a una persona X, conductor de una micro X, la responsabilidad civil por un caso determinado de una posible enfermedad respiratoria grave que pueda tener una persona en la ciudad de Santiago, pues para poder imputar responsabilidad se tiene que demostrar que el causante es responsable directo de ese daño. En otros casos en que puede haber dos grandes contaminantes es más fácil hacer ese tipo de operaciones, pero en situaciones de contaminación masiva es prácticamente imposible.

Respecto al problema de calidad ambiental es un poco más complejo de lo que se señala, pues se puede cumplir la norma de calidad, la cual refleja niveles de riesgo asociado, pero una persona presenta un daño en la salud o en sus cultivos. En tales casos, si esa persona logra acreditar los otros requisitos de la responsabilidad civil igual podría llegar a ser indemnizada. El único problema es si vamos a entender si el cumplimiento de la norma constituye un hecho ilícito o no. Sin embargo, te aseguro que la jurisprudencia de los tribunales puede ser bastante cambiante, ya que se dice que el hecho ilícito no sólo es el contrario a la ley, sino que también el contrario a las buenas costumbres y al orden público.

Respecto a la evaluación de impacto ambiental, creo que el problema no está salvado en la Ley de Bases del Medio Ambiente. Efectivamente, una de las presunciones de responsabilidad que queda por introducir en la ley, dice relación con aquellos daños que se producen con infracción a los

compromisos contraídos en las evaluaciones de impacto ambiental.

4. Gonzalo Biggs

Estoy de acuerdo con lo dicho, de que la responsabilidad objetiva no es consistente con la tradición jurídica de Chile. Debería agregar que tampoco lo es con la tradición jurídica de ningún país, porque el principio de la responsabilidad objetiva surge en el plano internacional y surge, precisamente, porque los mecanismos que existían para contrarrestar o para remediar los problemas de contaminación que sufría el medio ambiente global no eran suficientes o no eran posibles con los mecanismos tradicionales. Es decir, estamos frente a un problema que ha sido percibido por la comunidad internacional en estos últimos 20 ó 25 años, para el que ha habido necesidad de crear instrumentos distintos a los tradicionales, de tal manera que, cuando se analizan las dificultades, las necesidades de incorporar el principio de la responsabilidad objetiva en el sistema legal chileno, se está sólo reiterando o haciendo eco de algo que está ocurriendo o que se ha estado discutiendo en el plano internacional. El punto es que dentro del Derecho Internacional, el principio de la responsabilidad objetiva está confirmado y consagrado, prácticamente, en todas las convenciones internacionales que se han suscrito en los últimos años. De tal manera que el tema es, más bien, ¿cómo pueden las legislaciones nacionales atender al problema de la remediación de los daños a sus ecosistemas que no pueden ser atendidos con los sistemas jurídicos de responsabilidad subjetiva tradicionales?

Cuando se comienza a tratar de aplicar los criterios de responsabilidad subjetiva en materia de prueba, en materia de imputabilidad, en materia de daños inmediatos, nos encontramos con la gran dificultad de que don Andrés Bello, en 1855, no tenía en mente el tipo de problemas ambientales que están sufriendo no sólo los países sino que también en el plano global internacional.

Es importante recordar que el Gobierno de Chile aprobó la Declaración de Río, que incluye el principio 13, el cual tiene dos aspectos. El primero se refiere a la responsabilidad objetiva, ambiental, en el plano nacional y otro

a la responsabilidad objetiva, en el plano internacional. Hoy no existe discusión de que los Estados son responsables por los daños que le causan a los recursos globales de la comunidad internacional. En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva que deben establecer los Estados dentro de sus propios territorios, le corresponde a los gobiernos de acuerdo con su legislación.

Voy a permitirme leer lo que dice el principio 13, tanto en lo que se refiere a la responsabilidad objetiva en el plano nacional como en el plano internacional. Con respecto al plano nacional, dice lo siguiente: «Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales». En cuanto a la responsabilidad internacional dice: «Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción».

5. Felipe Bañados

Quisiera retomar lo que está planteando Javier Vergara, en relación a la contaminación ambiental en la Región Metropolitana, porque, si bien, es un tema complejo, el hecho de que sea difícil identificar a los responsables, no excluye la responsabilidad individual que tienen los distintos actores, independiente de la decisión acerca del sistema de responsabilidad que se adopte finalmente. Esto está muy asociado a lo que es el acceso a la justicia de parte de la ciudadanía y, en ese sentido, debería reconocerse dentro del proyecto de ley la posibilidad de que las organizaciones sociales que de alguna manera en su acción, representan los intereses de la comunidad, puedan actuar en el nombre de estos grupos o de la misma sociedad.

6. Javier Vergara

En materia de responsabilidad en Chile lo extraño es que teniendo

nuestra legislación un sinnúmero de instrumentos legales para enfrentar esta situación, aparte del recurso de protección, nadie los haya utilizado. En especial la acción posesoria del Artículo 948 del Código Civil, o la acción del Artículo 2.333 sobre daño contingente, o en materia de contaminación de aguas, nadie haya recurrido a los tribunales en función de la acción que establece la Ley N° 3.133. No existe ningún solo fallo en los tribunales respecto a ese tema y eso quiere decir que esas acciones jamás se han impetrado.

7. María Teresa Infante

Es necesario situar el tema de la responsabilidad civil en su contexto apropiado, la cual es por definición reparatoria, no es una responsabilidad sancionatoria ni punitiva, sin perjuicio de que las dos pueden operar en conjunto complementariamente como sucede en materia ambiental. Pero si la sociedad opta por privilegiar la responsabilidad civil, su alcance es reparator. Dentro de ese alcance hay varios tipos de reparación, uno de ellos es la indemnización, otro es la restauración del medio, otro es que cese la acción que ocasiona el daño y otras formas colaterales. En ese espacio nosotros hablamos de una responsabilidad civil, ésta es de origen o de naturaleza privada porque tiende a restaurar o a reequilibrar un patrimonio que lo fue en términos amplios, no exclusivamente en términos financieros, sino que es una situación de un estado cuantificable materialmente que fue transgredido, que fue desequilibrado por alguien, al hacer una actividad riesgosa, etc.

Esta responsabilidad civil puede ayudar a la protección del medio ambiente, puede ser eficaz para desincentivar conductas que van a dañar el medio ambiente, para reformar conductas que están ocasionando daño o que va a ser un daño a mediano plazo, pero ésta es coayudante de la protección del medio ambiente y, en este sentido, aparece el tema de los estándares, el problema de los niveles que van a ser tolerados por la sociedad y por la legislación, y más allá de los cuales, producido el daño, será o emanará la obligación de reparar.

Lo anterior por cuanto la protección del medio ambiente requiere un

fortalecimiento de la responsabilidad primaria; no la responsabilidad civil que es reparatoria, es decir, de aquellas reglas que imponen normas de conductas, obligaciones al sujeto, desde el Estado hasta personas naturales en diversas escalas. Establecer cuál es el estándar tolerable de riesgo que determinada actividad podrá alcanzar, situación que será coayudada por la responsabilidad civil que, además, requiere una serie de identificaciones como, por ejemplo, definición de daño apropiado el que no sólo es considerado desde el punto de vista de las personas; el titular de la acción que pueden ser varios, y ciertamente no sólo personas individuales sino que también entes colectivos o el propio Estado; los límites de esa responsabilidad, es decir, hasta cuándo habrá obligación de reparar; y, finalmente, la imputabilidad, es decir, qué tipo de causalidad es la que dará origen a la obligación de reparar.

8. María de los Angeles Pérez

Discrepo con lo dicho por Javier Vergara acerca de que no se han hecho valer ciertas acciones reconocidas en nuestro ordenamiento. El hecho de que no haya fallos no significa que no se hayan hecho valer. Creo que en nuestra legislación tenemos un grave problema de instrumentos probatorios, ya que los seis medios de prueba que contamos en nuestra legislación fueron creados un poco después del Código Civil, en 1906. Ello ocasiona que muchas veces se impetraron acciones ante los tribunales, pero simplemente no prosperaron por problemas de prueba.

En tal circunstancia es necesario que se les dé a los individuos los suficientes medios para poder concurrir en defensa de sus derechos cuando éstos son afectados. No hay nada que una persona pueda hacer, cuando ve una micro pasar todos los días frente a su casa, echando una gran cantidad de humo, lo único que puede hacer es ir a alegar a la municipalidad o al ministerio, y la verdad es que ahí se encontrará con un funcionario que tiene mucho trabajo.

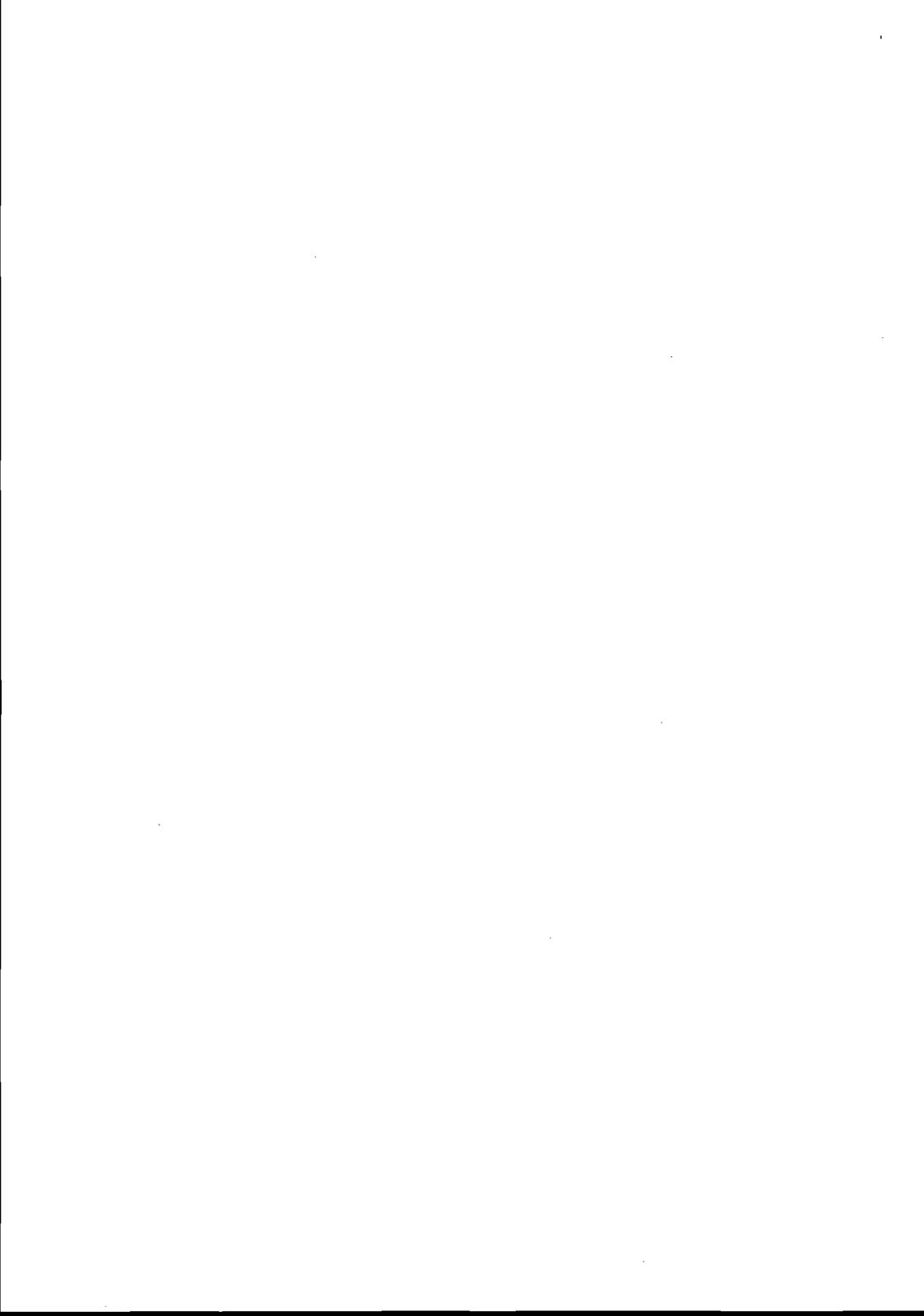
9. Gonzalo Cubillos

En lo relativo a la responsabilidad civil visualizamos que existen algunos límites para que opere este sistema, en especial cuando se da una situación de contaminación por muchas causas o contaminación continuada, lo que ocasiona dificultades para individualizar a los sujetos imputables. Un sistema de este tipo que es ineficiente, ineficaz, respecto del cual se tiene conciencia de que nunca generará la obligación de indemnizar, no constituye un mecanismo de prevención general.

Sin embargo, a través de la responsabilidad administrativa se puede lograr tal finalidad. Ello dependerá, sin embargo, de la cuantía de las sanciones pecuniarias, las que deben ser disuasivas en relación al posible contaminador, todo ello independiente de las medidas de seguridad que se puedan adoptar, como cierre de establecimientos, suspensiones de actividad, etc. Ahora bien, la cuantía de la sanción debiera estar dada en proporción al costo, y éste debiera ser la externalidad que se ocasiona por la acción infraccional.

10. Fernando Mesa-Campbell

En la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades se establece la responsabilidad por falta de servicio, que es un concepto bastante nuevo que instauraron franceses. La verdad es que hemos escuchado sólo la responsabilidad de los particulares, por acción, pero no hemos visto nada, ni hemos debatido, la responsabilidad fuerte que tiene el Estado por falta de servicio. El Estado tiene responsabilidad cuando otorga autorizaciones y cuando no fiscaliza, y esa omisión debe ser sancionada.



PANEL IV

*Participación Ciudadana
y
Acceso a la Judicatura*



CONSIDERACIONES SOBRE PARTICIPACION CIUDADANA*

Rafael Asenjo**

Hablar de participación ciudadana y una de sus expresiones, como es el acceso a la judicatura, es hablar de un proceso de desarrollo relativamente reciente, cuya conceptualización comprende varios elementos. En primer lugar es una manifestación de justicia y de democracia, pero con un claro componente de realismo. No cabe duda, que todo resulta mejor cuando se involucra un número mayor de personas en la solución de un problema o en el enfrentamiento de una situación. Sin embargo, también es la manifestación de un requisito de eficiencia y de eficacia, porque todo resulta, no sólo mejor, sino más fácil. Es mejor integrar que separar, y actuar en forma conjunta que en forma aislada, actuar en forma abierta que en forma autoritaria. Por lo tanto, cuando nos referimos a participación ciudadana estamos intentando tomar, al menos, cada uno o parte de cada uno de estos elementos que he citado.

La participación ciudadana es, además, un proceso, en que no se está ante una realidad de blanco o negro, todo o la nada. Es un proceso en el que hay grados, que, evidentemente, va desde el autoritarismo centralizador absoluto, donde todas las decisiones la toma un caballero o un señora, hasta el otro extremo que algunos han llamado *democratitis*, o para hacerlo referente al término que estamos discutiendo, podríamos llamar *participacionitis*, la cual es paralizante, claramente manipuladora, además de ineficiente e ineficaz. Estos son los elementos teóricos básicos que se debe tener presente cuando se habla de participación ciudadana.

Algunos requerimientos para esta participación.

1. Debe ser informada. Por lo tanto aquí hay una vinculación muy directa con temas como la educación y la sensibilización, la capacitación, la capacidad de acceder a la información y acceso a procedimientos

* Versión grabada, corregida por los editores.

** Abogado, ex-Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente .

judiciales o administrativos que puedan ser útiles para alcanzar los objetivos a los que se aspira llegar.

2. También debe ser organizada, estructurada. No es, por lo tanto, competencia sólo de algunas instituciones; la participación ciudadana no es patrimonio de las organizaciones no gubernamentales; es un proceso de un conjunto de instituciones de todo ámbito de acción, que van desde la junta de vecinos, organizaciones, a lo mejor, inferiores a la junta de vecinos, organizaciones de barrio, hasta, pasando por colegios profesionales, gobiernos regionales, municipalidades, diferentes organizaciones de la comunidad. Al mismo tiempo ésta participación estructurada es distinta en un sistema autoritario o dictatorial de gobierno, a la que es posible esperar en un sistema democrático. Sin embargo, la participación ciudadana no es una alternativa al sistema democrático, es un complemento, es un respaldo, es uno de los elementos del funcionamiento del sistema democrático, que es un sistema en proceso en construcción permanente.

3. La participación debe ser oportuna, en el tiempo, para que sea útil y para que no se convierta en algo, si bien importante, puramente testimonial. Es necesario que haya participación para algo, para poder aportar a un proceso, para poder mejorar un proceso, para poder reemplazar o superar situaciones conflictivas, etc.

Un elemento difícil de presentar es que la participación tiene que ser invitante, es decir, tiene que utilizar elementos, mecanismos, procedimientos que inviten a la gente a sumarse, que no demuestre ser un elemento cerrado de algunos pocos, de algunos privilegiados llamados a participar. Es un elemento que complementa los mecanismos democráticos y, por lo tanto, busca una combinación adecuada entre permanente actividad meramente denunciativa y la actividad propositiva o positiva. La exclusiva, permanente y sostenida denuncia a lo único que conduce es a la parálisis, a crear una percepción por parte de los que están afuera de los «privilegiados» que participan, que es mejor quedarse sentados porque la situación es tan dramática, es tan grave, que no hay nada que hacer, y es mejor que me arregle por mí mismo. Todo lo contrario, cuando se busca una forma de complementar esto, de combinar estos dos aspectos, la necesaria denuncia, pero también el aspecto propositivo, positivo, estamos invitando a

participar y no construyendo una distancia entre los que participan porque han recibido algún grado de iluminación, o porque han tenido un interés especial, o porque se les ha presentado una oportunidad especial, y los que no participan.

Por lo tanto, si se considera que la participación es un proceso, en el tema ambiental hay que reconocer que es una dinámica que está partiendo.

Hace unos días atrás, en una oportunidad extremadamente interesante, convocados por una red de participación de muy distinto alcance, en que se discutía sobre la Ley de Bases del Medio Ambiente, una de las cosas que más me llamó la atención fue la crítica hacia la enorme apatía, que en verdad, existe entre nosotros. Si excluimos a algunos funcionarios públicos, a las organizaciones no gubernamentales más activas, a algunos académicos, a algunos medios de comunicación y a algunos periodistas, la verdad es que muchas veces, la gran masa de la gente tiene muy poco interés y participa poco. Esto nos lleva a pensar qué se entiende por participación ciudadana, cuánto estamos «manipulando» el concepto de participación ciudadana y qué debemos hacer para superar estos problemas que, en definitiva, en vez de incluir más gente cada vez, da la impresión que lo estamos haciendo más restrictivo.

Un aspecto que también se tiene que tener presente cuando se habla de participación ciudadana, es ampliar la posibilidad de que muchos sean los que participan, por eso hablaba del requerimiento de que la participación tiene que ser invitante y no concentrarlo en algunos pocos, en algunos, normalmente conocidos como los «activistas» de las organizaciones, o de los staff, o funcionarios de algunos tipos de organizaciones. Debemos aspirar a mecanismos que sean lo más amplios y abiertos posible para que se incorpore cada vez más a la mayoría de la gente.

Los pasos, que creemos, que es posible pensar para poder avanzar en este campo, deben ser pasos graduales porque estamos construyendo un proceso, realistas, pero fundamentalmente, posibles, aplicables no teóricos. En esta materia hay muchas experiencias, pero no siempre es fácil o no siempre es útil transplantar o copiar experiencias que en otras partes han dado resultado. Es preferible avanzar con más realismo o gradualismo en cosas que sean posibles, y no pretender copiar. Hay que señalar un

camino, que genere una dirección, que genere lo que he llamado una dinámica de mayor participación, y yo estoy absolutamente convencido que los vientos soplan a favor de los que estamos por la protección del medio ambiente. Por lo tanto, es importante provocar una dinámica, construir herramientas, construir procedimientos que permitan que cada vez más gente se incorpore, porque los obstáculos que hoy día encontramos que son reales, son efectivos, tienen mucha fuerza porque todavía hay gente que, realmente, cree que mientras menos sean los que tomen las decisiones, éstas son mejores, concepto que no compartimos. Esa gente que piensa así, de acuerdo a nuestra impresión, cada vez más, se va dando cuenta de que es en beneficio también de sus propios intereses la participación ciudadana.

Una de las herramientas, uno de los instrumentos, en los que hemos tenido una mayor participación, una participación más directa, lo constituye el proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, en que hay un compromiso político explícito por parte de todos los partidos políticos representados en el Congreso Nacional, de que va a ser ley, en el curso del período presidencial del Presidente Aylwin.

Este proyecto, que está en trámite, va siendo resultado de muchos aportes, lo que da cuenta de la existencia de diversos textos. Hay un texto del Ejecutivo, hay un texto que salió del primer trámite constitucional del Senado, hay un texto que se va armar en discusión en la Cámara de Diputados, donde las modificaciones son resultado de bastante trabajo. Es de destacar que el proyecto fue aprobado en el Senado por unanimidad, y nótese que en el Senado, la coalición política que respalda al gobierno no tiene mayoría. Es decir, es muy importante cuando un proyecto es aprobado unánimemente, lo que ha ocurrido sólo en dos o tres ocasiones.

Hay algunos elementos del proyecto que es importante tener presente. En primer lugar, el Artículo 4 habla del deber del Estado, en asegurar, facilitar, pero en todo caso, reconoce como un deber del Estado la generación y el fortalecimiento de los mecanismos de participación ciudadana.

Un segundo elemento importante es el tema de la educación y la investigación. Si bien el proyecto no constituye una ley especial que se hace cargo de cada una de las materias, intenta dejar establecido cuáles son los

elementos fundamentales. En ese sentido, no va a haber una adecuada, completa, efectiva y eficiente participación ciudadana si no logramos fortalecer en forma importante el proceso de educación, que integre los conocimientos ambientales, que relacione la vida del alumno con su medio, en definitiva, que lo haga participe del proceso de construcción de un entorno más limpio.

Posteriormente, uno de los temas que nosotros hemos estimado como uno de los más importante, del proyecto es el referido a los instrumentos de gestión. Uno de ellos lo constituye el sistema de evaluación de impacto ambiental, el cual está considerado como una de las herramientas centrales, de carácter preventivo, que se le intenta dar a la legislación ambiental. Y, por lo tanto, en la medida que nosotros logremos, incorporar la dimensión ambiental a los grandes proyectos de inversión, nos permite avanzar en la solución de problemas ambientales en el futuro, en conjunto con otro grupo importantes de herramientas. Pero la CONAMA y la COREMA, que pasan a ser los organismos específicamente encargados de administrar y de velar por el funcionamiento del sistema de evaluación del impacto ambiental, tienen que establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada. Para ello es necesario cumplir obligaciones de publicación del extracto de evaluación de impacto ambiental, con el objeto de permitir que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, (y aquí evidentemente, tenemos una limitación, habla de las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, en el texto actual), se puedan imponer, salvo, de algunas informaciones que se soliciten y que sean reservadas, de los antecedentes sobre los estudios de impacto ambiental y puedan formular observaciones. Estas deben conducir a que el organismo llamado a resolver tenga que recoger y ponderar en los fundamentos de la resolución que se dicta las observaciones que hayan sido presentadas por estas instituciones.

Pero esto no es suficiente. Se habla hoy día y se discute, la creación de un reclamo por vía, ya sea, administrativa o judicial, para aquellas organizaciones ciudadanas o con personalidad jurídica que, habiendo formulado una observación a un determinado proyecto, consideren que ellas no han sido recogidas o ponderadas suficientemente.

Lo mismo existe en relación a las listas de las declaraciones de impacto ambiental, que es la otra herramienta del sistema, en que deberá publicarse los extractos de ellas.

La participación también se expresa en otros de los instrumentos, en especial en las normas de calidad, las normas de emisión y las regulaciones especiales ante situaciones de emergencia. Para la dictación de ellas se crea un procedimiento, que obliga al Estado, a que sean consultados los organismos competentes públicos o privados, abriéndolos a todos aquellos que de una u otra forma tengan competencia para opinar, no dejándolo, por lo tanto concentrado exclusivamente, ni limitándolo exclusivamente a los organismos, del sector público o del sector empresarial, puesto que la referencia son los organismos competentes, públicos o privados.

Avance del proyecto es la creación de una herramienta extraordinariamente importante, cual es la incorporación de la comunidad, más allá de la participación del sector productivo, con la posibilidad de crear áreas silvestres protegidas de propiedad privada, en las cuales organismos de la comunidad representativos de otros intereses, que no son ni los gremiales, empresariales ni los intereses públicos, puedan hacerse cargo de incorporar áreas en las cuales se mantiene la propiedad privada, pero que se someten a un régimen de manejo similar al de las áreas silvestres protegidas del Estado.

Posteriormente hay varias otras situaciones. Existe un procedimiento de reclamo ante el juez de letras competente, en el que, cualquier persona que se siente afectada cuando una norma de emisión, una norma de calidad, una norma de regulación especial de situaciones de emergencia le causa perjuicio.

Por otra parte, la institucionalidad está formada por una comisión, servicio público distinto al organismo asesor CONAMA que hoy día existe, uno de cuyos órganos es el consejo consultivo, en el cual están representados los intereses de la comunidad científica, de la comunidad empresarial, de los trabajadores, en este momento un representan del Presidente de la República y donde, por una razón de votación y falta de quórum, en la votación, al final, fueron excluidos del Senado los representante de las organizaciones no gubernamentales, pero existe un claro acuerdo político

de que van a ser repuestos en la Cámara de Diputados. Por lo tanto, un conjunto bastante grande de atribuciones de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en términos de la preparación de normas, de la dictación de ellas y la aplicación de un conjunto de instrumentos pueden ser consultados a un nuevo ente que se llama Consejo Consultivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, con la participación orgánica, permanente y establecida de representantes de las instituciones señaladas.

Existe el fondo de protección ambiental, que tiene la posibilidad de financiar actividades presentadas a concursos por organismos de la comunidad. Nosotros esperamos que antes del trámite final de esta ley, logremos obtener que a este fondo puedan concurrir aportes privados sujetos a un tratamiento de exención tributaria, similar a los que hoy día existen para el fondo de las artes y de la cultura.

Existe una propuesta, en un avanzado grado de aceptación, sobre la creación de un organismo similar, de carácter consultivo permanente a nivel de cada una de las comisiones regionales del medio ambiente, de manera de incorporar la opinión, sistemática de cuerpos científicos, de organizaciones no gubernamentales, de los empresarios, de los trabajadores y en el caso de las regiones se está hablando de los medios de comunicación social, en un aporte que a nivel regional nos parece extraordinariamente relevante, no así a nivel nacional.

PARTICIPACION CIUDADANA Y ACCESO A LA JUDICATURA

Eduardo Astorga*

Cuando se aborda el tema de la participación ciudadana y su rol como componente básico de la gestión ambiental, el primer aspecto a dilucidar, es el referido a la naturaleza del bien jurídico protegido, ya que será ésta la que nos dé la respuesta sobre la relevancia que preciso otorgarle al concepto de vigilancia ambiental participativa.

Lo anterior significa comprender que la protección del ambiente, es decir, el mantenimiento de la vida en general y de la humana en particular, constituye un bien jurídico al que todos agredimos constantemente. Esta agresión mutua obliga a incorporar en forma permanente un control social sobre el mismo y sus límites.

La eficacia y la eficiencia de la legislación ambiental dependen en gran medida del compromiso social que se manifieste respecto de estas normas jurídicas. «Puesto en otros términos, los problemas no se solucionan -por- las leyes, sino -por medio- de las leyes, cuando éstas, siendo potencialmente eficaces, alcanzan un margen suficiente de eficacia social»².

En consecuencia, la participación ciudadana constituye, por una parte, un requisito esencial para la real vigencia de la legislación ambiental y por la otra, un instrumento contralor de los actos de la administración y los actos de privados autorizados por ésta, o que contravengan las normas de calidad ambiental.

* Abogado, asesor Fundación Friedrich Ebert.

A. MECANISMOS PREJUDICIALES PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS DE RELEVANCIA AMBIENTAL

El acceso a la judicatura constituye, sin lugar a dudas, un derecho esencial para la tutela del ambiente por parte de la ciudadanía. Sin embargo, representa un derecho de «última ratio» y, en consecuencia, es preciso que acudamos y desarrollemos mecanismos prejudiciales de negociación o transacción entre los diversos actores involucrados.

De acuerdo con lo expuesto, los canales de participación no se dan sólo respecto del poder judicial, sino que también es posible desarrollar e implementar instrumentos vinculados al poder ejecutivo y al legislativo.

Hoy es posible y más aún necesario desarrollar las así denominadas técnicas de concertación ambiental, que son básicamente el resultado de la percepción de que el tema ambiental es esencialmente un tema de consensos. En efecto, el Derecho Ambiental se ha desarrollado comenzando con una etapa represiva, luego preventiva, y hoy podemos hablar, al menos en las legislaciones más desarrolladas, de una etapa participativa; en la cual el esfuerzo está dirigido a lograr la cooperación entre los diversos sujetos de la gestión ambiental (Estado, empresarios y sociedad civil). Es precisamente este procedimiento el que ha demostrado los mejores resultados concretos desde la perspectiva de la protección real y cotidiana del ambiente.

1. Participación y descentralización

El tema de la descentralización debe entenderse como un requisito esencial de la modernización del aparato público, particularmente en la perspectiva de un ajuste de su gestión ambiental.

La transferencia de competencias reglamentarias a regiones y comunas, permitirá evitar «la duplicidad de esfuerzos institucionales», forzar la profesionalización de los funcionarios públicos a cargo de los temas de relevancia ambiental y democratizar las instituciones de carácter territorial, facilitando en forma gradual y progresiva, la toma de conciencia por parte de la ciudadanía.

En este contexto, la descentralización presenta claras ventajas para

el enfrentamiento de problemas concretos, facilitando la pormenorización de los mismos y su abordaje desde perspectivas viables y participativas acordes a las capacidades, criterios y necesidades locales³.

Vinculado a lo anterior, es preciso definir política y jurídicamente con claridad, las funciones que en este ámbito deberán desarrollar las regiones y las comunas, como asimismo la asociación de estas últimas, con la finalidad de implementar soluciones, facilitando su financiamiento y posterior monitoreo.

La región y la comuna constituyen instancias de participación ciudadana, a través de dos mecanismos básicos de negociación en virtud de las cuales es posible lograr acuerdos entre los actores involucrados.

El primero de los instrumentos es el fondo de inversión pública regionalizable (FNDR) y eventuales Fondos Ambientales Regionales.

El segundo de los instrumentos, dice relación con la posibilidad de la ciudadanía, en particular de las organizaciones comunitarias territoriales y funcionales y ONG locales, para formular observaciones a los proyectos de desarrollo a ejecutarse en la región o comuna y para participar en el monitoreo de los mismos (vigilancia ambiental).

Un instrumento interesante, en el contexto de una democracia participativa, es el de las **audiencias públicas** y para el cual nuestro país se encuentra maduro. Al consagrarse el libre acceso ciudadano a la información administrada por el Estado, se posibilita la participación del ciudadano en «la planificación del medio que lo rodea», con lo cual, las decisiones no son «hechos consumados» sino socialmente aceptadas, lo que permite mitigar la frustración y reducir la eventual violencia. Se trata de una experiencia solidaria e integradora en la búsqueda de tolerancia, con igual oportunidad de participación mediante la opinión y la objeción. Los efectos más relevantes respecto de la sociedad y del propio Estado son los siguientes:

- a) Los decidores se convierten en interlocutores permanentes de la ciudadanía.
- b) Mejor calidad de las decisiones públicas.
- c) Capacitación e información para los decidores.
- d) Reducción de la soberbia y del autoritarismo.

- e) Mayor transparencia del «espíritu» del decidor y apoyo popular.
- f) Reducción posible de vicios y mayor credibilidad.
- g) Se viabiliza la planificación y la política participativa.
- h) Las responsabilidades son más compartidas entre la sociedad y el Estado.
- i) Descentralización del poder y menor distancia entre ciudadanos y decidores.
- j) La participación como base del desarrollo⁴.

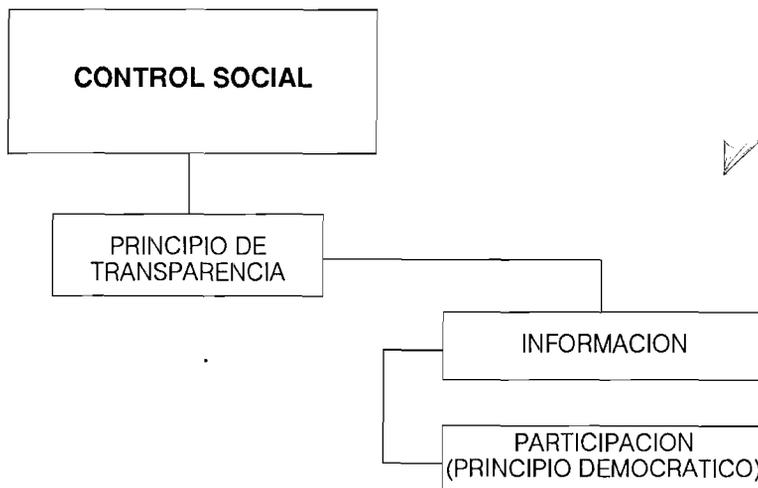
Finalmente, es preciso agregar que «en Chile se observa hoy un proceso de estancamiento del papel de las municipalidades respecto de la gestión ambiental»⁵, «y de facto, la superación de una distribución de competencias muy reservada»⁶.

La Ley Orgánica de Municipalidades y el proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente entregan a las COREMAS y municipalidades competencia para la protección del medio ambiente, abriéndose interesantes posibilidades para una redefinición del rol de la región y comunas en este tema, y respecto de las cuales es preciso comenzar un proceso de debate y capacitación, para enfrentar en forma calificada los actuales y futuros desafíos⁷.

2. La participación ciudadana y el derecho al acceso de la información

El Derecho Ambiental es una rama del Derecho eminentemente evolutiva, lo cual queda de manifiesto al verificarse sus tres etapas ya mencionadas. Es precisamente el aspecto participativo, de la última etapa, el que incorpora la **corresponsabilidad social**, es decir, involucra a la sociedad en el conflicto.

Las instituciones participativas en el proceso de toma de decisiones públicas tienen múltiples ejemplos, tales como aquellas que incorporan a los ciudadanos en los órganos de decisión, las que trabajan con técnicas de mercado (etiqueta ecológica), esfuerzos hacia la educación, nuevas técnicas de concertación en conflictos ambientales, y muy particularmente, el **derecho a la información en materia ambiental**.



(Esquema basado en la clase del Dr. Gabriel Real Ferrer, II Congreso de Derecho Ambiental / Costa Rica, 1993, UICN).

Este esquema tiene por objeto mostrar, en forma sintética, como funciona la dinámica de lo que se denominar «participación en lo público».

Es preciso, sin embargo, hacer claridad que este derecho a la información en materia ambiental, es distinto del derecho a la información general de la cosa pública. Esto se debe a que protege precisamente el Medio Ambiente cuyo requisito *sine qua non* es la participación. Se trata entonces, de lo que podríamos denominar un DERECHO-DEBER, que tiene una serie de implicancias relevantes como por ejemplo, las técnicas de interpretación.

La Comunidad Europea, en su Directiva del 7 de junio de 1990, señala que se trata del «derecho al acceso a la información disponible, escrita, visual, sonora, informática, sobre el estado, actividades y medidas que afecten las aguas, aire, suelo, flora, fauna y espacios naturales».

Lo señalado precedentemente, nos trae una serie de problemas a resolver, tales como, la determinación de los sujetos, del concepto de ambiente y del concepto de información, y de sus límites materiales y formales.

Las respuestas a estas interrogantes deben conciliar los intereses del Estado al que se le deben dejar facultades para fijar los límites (defensa nacional, seguridad pública, información riesgosa para el propio medio ambiente), con los intereses de la empresa privada (secretos comerciales, incluso propiedad intelectual, datos privados, etc.) y los de la ciudadanía capaz de hacer uso de dos herramientas fundamentales en el enfrentamiento de la cuestión ambiental: **el mercado**, en cuanto mecanismo básico en la reestructuración del proceso productivo; y **el voto**, en cuanto herramienta principal para el ejercicio del objetivo final de este derecho, cual es **el control social**.

Nuestro sistema, dista mucho de ser transparente en la toma de decisiones ambientales, la sociedad civil y las ONG' carecen de instrumentos jurídicos adecuados para el ejercicio de este derecho. Lo anterior, nos conduce en definitiva, a la imposibilidad de implementar **técnicas de concertación** en donde las soluciones sean negociadas entre los actores involucrados, flexibilizando de esta manera los actos administrativos y permitiendo a la sociedad civil organizada hacerse parte, por lo tanto, corresponsable de las decisiones que se adopten en el país en materia ambiental.

Desearía dejar planteada la preocupación de algunas ONG respecto de la situación de desigualdad, que afecta a estas organizaciones frente al pronunciamiento que hará la autoridad de los EIA. Lo anterior, por cuanto la ley de Bases en su concepto no sólo debería otorgarle acción de reclamación ante el Juez de letras competente, al ejecutor del proyecto, sino también a aquellas ONG cuyas observaciones no hubiesen sido consideradas o acogidas por la autoridad administrativa correspondiente al momento de resolver sobre un determinado proyecto o actividad.

3. El rol del Parlamento

El Parlamento, en cuanto organismo encargado de legislar, requiere del establecimiento de mecanismos reglados, en virtud de los cuales la ciudadanía pueda hacer presente sus opiniones respecto de determinados proyectos de ley. Esto significa superar el actual sistema informal de

audiencias e informes para reemplazarlo por un procedimiento abierto, conocido y transparente, a través del cual le sea posible a la ciudadanía organizada o no, ser parte real de la actividad legislativa del Estado.

Cabe agregar, la prerrogativa del Parlamento para fiscalizar el ejercicio de la facultad de control del Ejecutivo. Efectivamente, tanto vía ONG o de un Consejo de Expertos, es posible canalizar la información al legislativo a objeto de que éste pida informes al Ejecutivo e investigue determinadas actuaciones de la autoridad en materia ambiental. (Art. 48 N°1 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980).

B. PARTICIPACION CIUDADANA Y ACCESO A LA JUDICATURA

Finalmente debemos entrar en el tema del acceso efectivo a las acciones judiciales que pueda ejercer la ciudadanía en beneficio de un patrimonio común, tal como el medio ambiente.

Hay que reconocer que el tema ambiental se ha hecho conocido en Chile en gran medida por la acción de algunos abogados ambientalistas que impetrando acciones (en estos casos Recursos de Protección) han logrado hacer copartícipes a la ciudadanía y al Poder Judicial en decisiones de una alta relevancia ambiental. Tales son, por ejemplo, los famosos casos: Chungará, Chañaral, Huasco, Antofagasta, Plutonio, Pangué, etc.

El desarrollo de la jurisprudencia en materia ambiental, específicamente del Recurso de Protección, nos ha proporcionado una riquísima cantidad de criterios y conceptos que es preciso recoger y sistematizar, labor que hoy en conjunto con un grupo de abogados hemos realizado, logrando recopilar casi un centenar de sentencias de nuestro más alto tribunal y que esperamos próximamente poner a disposición del público para su conocimiento.

Los instrumentos jurídicos son también herramientas de capacitación y es este esfuerzo de identificación uno de los desafíos que desearía dejar planteado en esta oportunidad.

Retomando el tema de esta ponencia, creo que es necesario desde la perspectiva de la participación y el acceso a la justicia hacer presente algunas instituciones que en la legislación comparada se han interpretado como instrumentos de esta naturaleza.

1. Intereses difusos

Un aspecto que es preciso profundizar al analizar el bien jurídico protegido, es el que dice relación con el concepto de los intereses difusos, que son «aquellos cuyo resguardo interesa a toda la colectividad, por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de una enorme dañosidad social, no les produce un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual»⁸.

La tutela ambiental, en consecuencia, demuestra la adquisición de una relevancia jurídica tal que representa una reivindicación colectiva de nuestra sociedad.

De acuerdo a lo que señala Ramón Martín Mateo, «El área de los intereses difusos viene delimitada por dos coordenadas, una que pondera la relevancia pública de determinadas necesidades o aspiraciones individual y acumulativamente expresados y otra relacionada con la viabilidad procesal de las pretensiones resultantes»⁹.

Tanto la doctrina, como la legislación italiana, alemana y española han incorporado en forma innovadora este nuevo concepto que da respuesta a la insuficiente tutela procesal del sistema subjetivo clásico.

Resulta importante comprender que el «alcance colectivo», aunque puede incluir un grupo importante de personas, no es ilimitado (ej. asociación de consumidores) a pesar que pueda verificarse una intercomunicación de resultados, es decir «los intereses implicados beneficia, automáticamente a todos los que están en la misma situación. Así la paralización de la exportación de aves protegidas favorece a todos los defensores de la fauna»¹⁰.

2. Alcances sobre el principio contaminador - pagador

Sobre estos temas, ya vastamente tratados, es interesante puntualizar un par de ideas centrales.

La gran mayoría de las legislaciones modernas y de los países desarrollados, han incorporado el sistema de la responsabilidad objetiva

civil, en virtud de la cual, el sujeto contaminante se hace responsable por los resultados contaminantes, independientemente si hubo dolo o culpa en su actuar. El sistema de responsabilidad subjetiva (chileno) hace las más de las veces imposible probar el ánimo del autor e incluso el vínculo causal entre la acción contaminante y el resultado provocado.

En otras palabras, consiste básicamente en la obligación de indemnizar por el daño causado en consideración exclusivamente a la circunstancia de existir una relación causal entre la acción y el resultado, con prescindencia del elemento subjetivo (dolo o culpa).

Corresponderá, en consecuencia, una indemnización desde que haya un daño, independientemente que esto resulte o no de la violación de una ley. Esta institución, especialmente presente en el derecho anglosajón, constituye una valiosa herramienta en la defensa del medio ambiente, más aún si se logra unir a la acción popular.

Intimamente vinculado con lo anterior, las acciones ciudadanas o populares en materia ambiental, constituyen excelentes instrumentos para hacer participar a la comunidad en la vigilancia ambiental, lográndose con esto, un doble objetivo. Descargar al Estado de la exclusividad en esta función por una parte y por la otra, educar desde lo concreto y lo cotidiano a la ciudadanía.

«Uno de los modos de mejorar la eficacia y eficiencia de las leyes ambientales es labor que pueda ejercer la sociedad en resguardo de su ambiente, para ello se hace necesario consagrar en las normativas jurídicas las acciones populares»¹¹.

Esta acción puede ser ejercida por cualquier ciudadano en contra de un acto lesivo al medio ambiente. Constituye como se señaló, una útil herramienta de participación ciudadana en la vigilancia ambiental, cuestión que es posible fomentar mediante la institución de la «recompensa» para el denunciante, que obtenga una resolución favorable. Otros aspectos que dicen directa relación con su eficacia, son el tema de las costas judiciales y del *onus probandi*, requisitos que deben ser tenidos en consideración si se pretende otorgar a la ciudadanía una herramienta efectiva en contra de los actos ilegales y lesivos al medio ambiente.

No quisiera terminar, sin mencionar la institución del Ombudsman

Ambiental, y que consiste fundamentalmente de un funcionario público -instituido originalmente en Nueva Zelanda y Suecia- «armado de poderes para investigar la actividad, y también inacción, de otros organismos gubernamentales y de los particulares, en materia ambiental, con pleno acceso a la información pertinente, y con facultades para accionar ante el poder judicial y administrativamente en demanda de sanciones y también remedio de las violaciones a la legislación ambiental»¹².

«Esta suerte de fiscal o guardián del entorno puede ser eficaz, si las cargas financieras y de otro orden que implica accionar judicial o administrativamente son asumidas por el propio Estado, a través y correlativamente, los particulares son eximidos de ella»¹³.

Esta institución, para el caso chileno, puede ser denominada como la fiscalía o Procuraduría del Ambiente, propuesta que desearía dejar planteada en esta oportunidad. ✓

En el marco de mejorar y facilitar la participación ciudadana y el acceso a la judicatura, se hace viable la instauración de una procuraduría del ambiente. Se trata de una instancia pública de reclamación, a la cual puedan acudir los particulares, que dependa del Consejo de Defensa del Estado y esté dotada de poderes para investigar las denuncias que se le formulen y ponerlas en conocimiento de los tribunales de justicia.

Esta alternativa constituye un excelente canal de participación, sirve de contralor de los actos de la administración y permite encauzar los conflictos ambientales dentro de vías democráticas, involucrando fuertemente al Poder Judicial, fomentando el desarrollo del Derecho Ambiental que se origine a través de la jurisprudencia. ✓

NOTAS

1. Rodríguez Ramos, "Delitos contra el medio ambiente".
2. Valenzuela Rafael, apuntes.
3. Galilea, Sergio, "Descentralización y medio Ambiente: Notas para un debate actual sobre políticas".

4. Tarak, Pedro. "La democracia participativa y las audiencias públicas: Una propuesta para la gestión ambiental".
5. Torres, Santiago; Bustamante, María Iné., "Componentes of an effective environmental policy".
6. Brañes, Raúl. "Aspectos Institucionales y Jurídicos del Medio Ambiente, incluida la participación de las Organizaciones No Gubernamentales en la gestión ambiental".
7. Detlev, Manger. "Competencias de las municipalidades en materia de medio ambiente, un estudio comparativo de algunos países de América Latina y Europa".
8. Castillo, Marcelo. "Memoria sobre Protección Jurídico Penal del Ambiente".
9. Martín Mateo, Ramón. "Tratado de Derecho Ambiental".
10. Almagro. "Protección de los intereses difusos".
11. Fernández, Pedro. "Segundo Estudio Legislativo sobre la Ley de Bases del Medio Ambiente / CODEFF".
12. V. George C. Garbesi. "The Need for Environmental Ombudsman".
13. Astorga, Eduardo. "Legislación Ambiental, una nueva gestión para Chile".



1. Fernando Toledo

Cada vez que se plantea en términos teóricos el asunto de la participación suele haber bastante campo para trabajar, sin embargo, en la generalidad de los casos, y no solamente en materia ambiental, tal participación suele ser deficitaria. Piénsese sobre el debate de la configuración de la seguridad social y su relación con la administración pública.

Apelando a un estudio que se realizó en el año 1980, en Estados Unidos, por un comité intergubernamental para estudiar el rango de la participación ciudadana en los objetivos de la administración pública norteamericana, podemos hacer una suerte de esquemas de las distintas formas prácticas en que la participación suele relacionarse con el Estado o con la administración.

La primera forma con que la administración suele expresarse es bajo la fórmula de otorgar información a los ciudadanos, es decir, es una participación algo inducida, en la cual el Estado entrega información a la ciudadanía, particularmente bajo la figura de educación.

La segunda dice relación con la información que la propia administración obtiene desde los ciudadanos y acerca de los propios ciudadanos, en particular, en la identificación de los problemas, las actitudes y las condiciones objetivas que pueden caracterizar a determinados grupos que tienen intereses determinados en relación a una materia, de interés para su participación, para su relación entre estos dos estamentos Estado-administración y ciudadanía. También en cuanto a obtener información desde la ciudadanía, acerca de las actitudes que éstos tienen al respecto de políticas gubernamentales.

La tercera se refiere al mejoramiento o impronta que puede hacer la

participación ciudadana, en relación con la decisión pública y la programación pública. Esto tiene especial importancia con una suerte de balance entre los intereses de determinados sectores específicos o lo que generalmente se denomina «bien común» o «interés público en general». La investigación, acerca de cuáles son las opiniones de la ciudadanía, tiene importancia en relación al contraste de la opiniones de grupo de presión y de lo que debería hacer la opinión pública en general.

Un cuarto impacto de la participación ciudadana se relaciona con la aceptación que la ciudadanía tiene o no de determinadas decisiones públicas y la construcción de consensos o no. Esto tiene que ver, particularmente con las posibilidades de la administración de minimizar oposiciones «irracionales», a sus políticas públicas por la vía de permitir la participación previa a la implementación.

Una quinta área dice relación, ya no con una situación de conflicto sino de colaboración entre la ciudadanía y el Estado, por la vía de suplementación de la acción pública desde la ciudadanía. Por ejemplo, el voluntariado en el staff público, o los casos en que a los ciudadanos se le asignan roles para participar en la preparación de políticas públicas.

Una sexta área atañe, no en una dinámica de colaboración sino más bien de conflicto, al control que puede ejercer la ciudadanía respecto de las políticas públicas y la oposición a ellas.

Una séptima área, que fundamenta la anterior, es la que hace referencia a la participación ciudadana en cuanto ésta busca proteger intereses individuales o intereses de grupos minoritarios. Son ciertos intereses específicos de la sociedad que buscan ser salvaguardados por la vía de participación ciudadana. Generalmente este interés ha buscado salvaguardarse principalmente a través del acceso a la judicatura y de apelaciones administrativas.

Una última área de participación ciudadana busca, particularmente, dificultar o poner obstáculos a decisiones públicas en determinadas materias, también tiene una incidencia a lo que es el acceso de la judicatura. Ya no es la búsqueda de la protección de determinados derechos de intereses, sino simplemente, la obstaculización de una determinada política y que también puede ocupar las mismas vías, la judicatura o la vía hecha.

Estas últimas modalidades, especialmente las que dicen relación con acceso a la judicatura, son las especiales formas en la cual la participación puede darse, o en la cual la participación puede encontrar un lugar propicio para la resolución de sus intereses. Alguien dijo una frase que tiene mucho que ver con este estado de las cosas, en sentido de que dentro de la caída de la ideología, hay una que no ha caído aún, es la jurídica; en el sentido que los abogados creemos aún que el derecho se conoce, que el derecho se aplica, que la justicia es posible, que las acciones judiciales establecidas en las leyes van a ser aplicadas, que las reglas están en ejecución, etc. Pero esta es una suerte de ideología, en ese sentido.

El proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, que está actualmente en discusión, obliga a tratar el tema del acceso a la judicatura, particularmente, en relación con su aspecto normativo.

La participación ciudadana, de una manera u otra, aparece ya en el mensaje del Ejecutivo contemplada con algún grado de reservas, bajo la figura de la participación responsable, al señalar que ella se permite sólo a las personas jurídicas, pues se estima que la presentación de observaciones por parte de cualquier persona pudiera obstaculizar el proceso de evaluación del impacto ambiental. Este argumento al parecer ha tenido bastante fuerza porque no se ha cuestionado grandemente, tanto en el primer trámite constitucional como en las observaciones, que hasta ahora, se han hecho dentro del primer informe de la Cámara de Diputados. Creo que hay un error en confundir los medios con los cuales uno alcanza los objetivos.

No me cabe la menor duda de que hay observaciones, de personas naturales, en Chile, cuya opinión fue, probablemente, mucho más fundada y respetable que la de varias personas jurídicas. Es decir, si lo que se busca es la responsabilidad en la opinión, no creo que la manera de obtener esa responsabilidad o ese grado de fundamentación pase por excluir a las personas naturales en su capacidad de opinar. Además, estamos hablando de casi un derecho constitucional.

Lo otro dice relación con la posibilidad de reclamación judicial, en cuanto a, que a los titulares de los proyectos de actividades se les entrega una serie de instancias tanto administrativas como judiciales para reclamar

de la decisión que rechaza o aprueba la evaluación de impacto ambiental. En tanto, la comunidad a la cual aparece naturalmente destinada el proceso natural, por algo estamos evaluando el impacto que va a tener en el medio ambiente, en la comunidad, la cual es la principal interesada en este punto, no tiene las mismas vías.

Lo mismo sucede en cuanto a responsabilidad ambiental, en que las morigeradas acciones de restauración han sido limitadas de tal manera que, hoy día, los ciudadanos sólo pueden acceder a la municipalidad a pedir, por favor, que se ejerza una acción, cuestión que se puede aceptar o rechazar.

2. Santiago Torres

Quisiera reflexionar sobre el tema de la participación a partir de que ella se concibe en torno a la temática ambiental como una actividad adicional, la gente tiene que esforzarse para poder proteger el medio ambiente, en definitiva constituye un elemento extra a la vida cotidiana. Ahora bien, yo tengo la impresión de que el mundo moderno con la cantidad de estímulos existentes le deja muy poco tiempo a la gente para hacer otras cosas, las que además exigen un esfuerzo. Es por ello que el Estado y la sociedad tienen que entregar vías y mecanismos a la gente, que lo desea, por supuesto, para participar activa y efectivamente en la protección del medio ambiente.

Desde el punto de vista de su participación en la política legislativa, existirían dos modos adicionales de participación. En primer lugar, a través del acto cotidiano de comprar y consumir se pueden generar las condiciones para que en tales actos cada ciudadano no sólo decida en cuanto a la satisfacción directa de su necesidad primarla, sino que también contribuya a una mejor gestión o a un mejor tratamiento del medio ambiente. Toda línea de etiquetas verdes, por ejemplo, es un instrumento concreto que se puede usar para hacer participar a la gente sin un esfuerzo extra.

En segundo lugar, a través de la participación política se puede incentivar a que los partidos incorporen la temática ambiental en sus programas, antes que la comunidad empiece a rechazarlos.

3. Rafael Asenjo

Hay un elemento que no necesariamente tiene que ser una obligación jurídica en esta vuelta, creo que en muy poco tiempo más, si resultan las cosas que se están programando, es muy posible que una iniciativa privada de organismos de la comunidad, privados, de organizaciones no gubernamentales, vinculados a organismos empresariales y también organismos públicos, puedan dar origen en Chile a un sistema de sello de calidad ambiental que impulse por el lado de la demanda del consumidor, una participación más directa en el tema de la protección ambiental y al mismo tiempo impulse, por el lado de la oferta, a una mayor protección ambiental, en el sentido del proceso. Hay una iniciativa, que creo que es posible que muy pronto la tengamos caminando, el programa de ozono, que contempla actividades dirigidas exclusivamente a los productos que tienen que ver con la sustancia agotadora de la capa de ozono.

La participación ciudadana, entendida en un concepto amplio, es un complemento y no un elemento que excluya la participación democrática. Es una de las herramientas centrales que hay que reforzar en los mecanismos de participación política democrática.

4. Fernando Toledo

Buena parte de la descentralización pasa también por una suerte de segregación de la capacidad del Estado y una suerte de delegación de éste de su función pública. Una alternativa es que se descansa en los propios privados, en los cuales en buena parte se basa el proceso de evaluación del impacto ambiental, consiguiendo de esa manera no recargar al Estado, cuya capacidad administrativa es débil. Descansar en el sector privado tiene ventajas que no deben soslayarse, como, por ejemplo, en materia de corrupción o en materia de fiscalización.

Por otra parte, el Estado no debe dejar de lado la manera de relacionarse que existe entre él y la ciudadanía, mediante la cual se le permite a ésta fiscalizar determinados reglamentos o leyes.

5. Gonzalo Biggs

La experiencia que se ha observado en el último año de la negociación del Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos, ha traído a la discusión pública, prácticamente todos los temas que se han estado examinando hoy día. Y en la medida en que Chile piensa firmar un Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos, en el futuro, creo que toda esta temática va a recibir una actualización.

6. Javier Vergara

Hay un problema muy central sobre la participación ciudadana, cual es el «derecho a saber». Al respecto, nosotros tenemos dos grandes falencias en la promoción de este derecho. La primera es una falta de información, por lo que la gente no sabe adonde debe recurrir, y tampoco lo saben los jueces ni los abogados, sin perjuicio de los actuales esfuerzos en medios informativos y de las políticas educacionales.

Lo segundo es respecto a la fiscalización. El problema de acceso a la justicia no estriba en que no exista acceso a ella, ya que hay múltiples entidades fiscalizadoras respecto a las cuales hay acceso. Sin embargo, tales entidades son de una precariedad tremenda, sus capacidades institucionales no dicen relación con la magnitud del problema o la magnitud de la normativa, por eso los esfuerzos deberían ir encaminados a reforzar nuestras capacidades fiscalizadoras, sobre todo, en tecnificarla, en modernizarla, de modo que ante ella también puedan recurrir los particulares.

En consecuencia, los esfuerzos deben ir en esas dos direcciones. Estimular el manejo de información por la ciudadanía, de modo que tenga mucha claridad respecto a su derecho y de la forma en que puede recurrir ante autoridades competentes. Y por otro lado, que esas autoridades tengan las posibilidades de hacer frente a esas demandas de la ciudadanía por la protección de sus derechos.

7. Eduardo Astorga

La Procuraduría del Ambiente puede ser una instancia de carácter público, estatal o privada. Lo planteo por un problema de relevación del tema. Cuando el gobierno democrático quiso enfrentar el tema indígena en Chile, y encauzar los conflictos de tomas de tierra por la vía democrática, y en un esquema de Estado de Derecho, precisamente una de las cosas básicas que realizó, fue establecer un equipo de abogados capaz de absorber esa demanda.

Otro mecanismo de participación que se ha dado en Chile lo constituyen los plebiscitos comunales. Se trata de una instancia de participación de la ciudadanía en las decisiones de relevancia ambiental, como por ejemplo sucedió para resolver el problema de la fábrica de cemento del Cajón del Maipo. La población de esa zona ha planteado hacer un plebiscito comunal y así determinar si se quiere esa fábrica ahí o no.



Clausura





PALABRAS DE CLAUSURA

Heinrich Sassenfeld

Estimados amigos y participantes de este Seminario Nacional de Derecho Ambiental.

Hemos tocado en estos días sólo aspectos parciales de lo que es el medio ambiente, es decir aspectos jurídicos de la gestión ambiental.

No obstante hay, por lo menos, cinco áreas en las cuales me parece observar avances en soluciones para el medio ambiente: asentamientos humanos, tecnología, economía, educación y también legislación. Hay que tener en mente las relaciones poligonales entre estas materias, sin embargo, creo en la utilidad de los análisis parciales y hay que ir avanzando en soluciones concretas. Para estos efectos ha sido bueno juntar especialistas, para abordar un solo caso, un solo país, como es el caso chileno y avanzar en lo que son sus realidades. Creo que gracias a la CEPAL, siempre hemos tenido las posibilidades de contar con insumos adicionales de la experiencia internacional para ir sacando las conclusiones correspondientes para Chile.

Quisiera decir, que ha sido un buen momento para hacer este seminario. Creo que el texto de la misma Ley de Bases del Medio Ambiente es un buen fundamento para discutir y, desde luego, es importante tener la perspectiva de un nuevo Gobierno y su tratamiento del tema. Después de marzo, el problema del medio ambiente, aquí en Chile, tiene buenas perspectivas de ser trabajado en forma técnicamente seria como ha sido hasta ahora.

Hoy día, realmente, todo el mundo está buscando soluciones viables en lo que es el aporte de los juristas y de lo legal.

Me permito tocar un aspecto que desde el punto de vista de la experiencia alemana, vale la pena destacarlo más. En la mañana hemos visto el famoso triángulo entre población, gobierno y empresarios y esas

sobreposiciones e influencias mutuas. Creo que le agregaría muy fuertemente un cuarto elemento, que son los medios de comunicación, considerados en mi país como el cuarto poder. Los medios sirven para facilitar la comunicación y la expresión de estas tres partes: población, gobierno y empresas. Pero a la vez sirven para agudizar un poco el principio «el que contamina, paga». Yo diría, se puede nominar el principio, el que contamina no vende, porque estas empresas pueden perder mucha imagen con una mala prensa.

En torno a las otras partes del triángulo, se tocó ya, y quisiera, reforzar la idea de entender la parte de Gobierno bastante descentralizada. Es decir considerar los gobiernos regionales y locales y tener ahí una contraparte importante que tome nota y se haga cargo de las quejas o las propuestas de las instituciones y las personas involucradas. Desde luego, la participación, para mí, incluye un factor fundamental, que es el ángulo sindical.

No soy jurista, por lo tanto, creo que no todo se soluciona mediante legislación. Sin embargo lo que se propuso en cuanto a la legislación me parece bastante importante. A veces, uno sospecha que la legislación, se hace justamente para que puedan vivir abogados que encuentren el camino de no acatar las leyes. Ahora creo, más en serio que sí es importante decir, que a menudo las soluciones se logran con negociaciones políticas bastante serias. Cuando hablamos en Alemania de una fase de cooperación entre los tres polos del triángulo, esto tiene mucho que ver con soluciones negociadas. A veces, se hace individualmente entre varias de las partes involucradas y no todo funciona a través de la legislación.

Lo que se trató en torno a la participación, a la parte política, a la democratización, es una línea de trabajo que a nosotros como Fundación Ebert, nos interesa mucho en ésta y en otras áreas temáticas, en las cuales trabajamos. Hemos participado en este evento, con mucho gusto, porque es justamente un enfoque muy adecuado, para abordar el tema, incorporando los aspectos de participación y de reforzamiento democrático, en este proceso político chileno de apertura.

Por último, quiero felicitarles a todos por los resultados logrados hoy día. Especialmente, quisiera agradecer a la Unidad Conjunta CEPAL/PNUMA de Desarrollo y Medio Ambiente, de la División de Medio Ambiente

y de Asentamientos Humanos de la CEPAL, que en este caso ha sido la contraparte y ha puesto la casa y una gran parte de los esfuerzos organizativos y de contenido. Pretendemos hacer una pequeña publicación en conjunto, que refleje el carácter del trabajo de toda esta jornada. En lo personal, para mí es muy satisfactorio estar nuevamente en esta casa.

