



II FORO INTERNACIONAL DE JUSTICIA AMBIENTAL

10 y 11 DE NOVIEMBRE DE 2016
SANTIAGO - CHILE

II FORO INTERNACIONAL DE JUSTICIA AMBIENTAL

EXPOSICIONES
Y DEBATE 2016



**Tribunal
Ambiental
Santiago**



**Tribunal
Ambiental
Santiago**

Publicación del Tribunal Ambiental de Santiago

El presente libro compila las ponencias de los expositores del II Foro Internacional de Justicia Ambiental realizado en Santiago de Chile en el mes de noviembre de 2016. Las exposiciones fueron transcritas y posteriormente revisadas por sus autores quienes entregaron su consentimiento para esta publicación.

Todas las fotografías son propiedad del Tribunal Ambiental de Santiago.

Fotografías de portada: Jesús Inostroza/
GeoturismoAtacama.com, Operador Turístico- Bahía
Inglesa/Atacama.

Fotografías del Foro: Jesús Inostroza.

ISBN: 978-956-9503-04-7

El diseño de portada e interiores y fotografías no pueden ser reproducidos de manera alguna ni por ningún medio sin permiso previo del editor.

Imprenta: Editora e imprenta Maval SpA

Santiago de Chile 2017



**II FORO INTERNACIONAL
DE JUSTICIA AMBIENTAL**

10 y 11 DE NOVIEMBRE DE 2016
SANTIAGO - CHILE

II FORO INTERNACIONAL DE JUSTICIA AMBIENTAL

EXPOSICIONES Y DEBATE 2016



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
SESIÓN INAUGURAL	
Palabras de bienvenida, Hugo Dolmestch. Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Chile.	12
Palabras de bienvenida, Rafael Asenjo. Ministro Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago.	15
Conferencia Magistral: “Control administrativo y sus desafíos frente al conflicto ambiental”. Dr. Jorge Bermúdez, Contralor General de la República de Chile.	18
PRIMER PANEL	
“Modelos de jurisdicción en materia ambiental”	26
Presentación del panel.	27
Ximena Insunza, Ministra Suplente Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago.	
“Modelo de Justicia Ambiental en Chile”.	28
Rafael Asenjo, Ministro Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago.	
“The New Zealand Model of Environmental Justice”.	42
Laurence Newhook, President of Environment Tribunal. New Zealand.	
“The Model of Environmental Justice in New South Wales, Australia”.	47
Dr. Nicola Pain, Judge of the Land and Environment Court of New South Wales, Australia.	
“The Hawaii Model of Environmental Justice”.	53
Michael D. Wilson, Associate Justice at Supreme Court of Hawaii, USA.	
BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS	58
SEGUNDO PANEL	62
“Promoción de la Justicia Ambiental”	
Presentación del panel.	63
Sebastián Valdés, Ministro Titular Científico del Tribunal Ambiental de Santiago.	
“El rol del Estado en la promoción de la Justicia Ambiental”.	64
Carlos Carmona, Presidente del Tribunal Constitucional de Chile.	
“Science’s role in Environmental Justice”.	69
Dr. Volker Mauerhofer, University of Vienna, Austria.	
“The Urgenda case: A successful example of public interest litigation for the protection of the environment?”.	81
Dr. Otto Spijkers, Lecturer in public international law at Utrecht University, Holland.	

“Minería ilegal en el Perú y la acción integral del Estado”. Manuel Pulgar-Vidal, ex Ministro del Medio Ambiente de Perú.	101
--	-----

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS	108
--	------------

TERCER PANEL	114
“Desafíos y respuestas del Derecho Civil, Administrativo y Procesal frente al conflicto ambiental”.	

Conferencia Magistral: “Fundamentos y perspectivas de la Justicia Ambiental”. Profesor Antonio Benjamin, Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil y Presidente de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN (WCEL)	115
---	-----

Presentación del panel. Alejandro Ruiz, Ministro Titular Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago.	118
---	-----

“Aplicación de las instituciones del Derecho Administrativo en la resolución del conflicto ambiental”. Dr. Ángel Ruiz de Apodaca, Universidad de Navarra, España.	119
--	-----

“Responsabilidad Ambiental antes y después de la reforma del CCYC (Ley 26.994)”. Juan Sebastián Lloret, Universidad Nacional de Salta, Argentina.	126
--	-----

“Medios alternativos de resolución de conflictos en materia ambiental”. Dra. Soraya Amrani, Universidad Paris Ouest-Nanterre La Défense, Francia.	134
--	-----

“El procedimiento ante los Tribunales Ambientales de Chile”. Matías Insunza, Universidad de Chile.	146
---	-----

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS	154
--	------------

CUARTO PANEL	162
“Tipos de responsabilidad en materia ambiental”	

Presentación del panel. Juan Escudero, Ministro Suplente Científico del Tribunal Ambiental de Santiago.	163
--	-----

“Responsabilidad por daño ambiental”. Dr. Iván Hunter, Universidad Austral de Chile.	164
---	-----

“Falta de servicio y responsabilidad ambiental”. Dr. Pedro Pierry, ex Ministro de la Corte Suprema de Chile.	170
---	-----

“Fundamentos y propuesta legislativa para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile, elaborada por la Comisión Foro Penal”. Dr. Jean Pierre Matus, Universidad de Chile.	176
--	-----

“Las sanciones administrativas ambientales”. Dra. Dominique Hervé, Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente, Chile.	204
BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS	210
SESIÓN DE CLAUSURA	220
“Lecciones y desafíos pendientes: el Derecho del Antropoceno”. Dr. Jordi Jaria, Centro de Derecho Ambiental de Tarragona, España	221
Palabras de despedida. Rafael Asenjo, Ministro Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago.	241

INTRODUCCIÓN

La Justicia Ambiental se está desarrollando crecientemente en todo el mundo, con desafíos comunes y a través de diversos modelos. Actualmente existen alrededor de 1.200 instancias jurisdiccionales de distintos niveles, locales, regionales y nacionales, en más de 40 países, lo que significa una verdadera y, relativamente reciente, explosión en la creación de este tipo de instrumentos de definición jurisdiccional especializada.

El presente texto, compila los contenidos del II Foro Internacional de Justicia Ambiental, realizado en la ciudad de Santiago de Chile en noviembre de 2016, organizado, al igual que el anterior, por el Tribunal Ambiental de Santiago.

Estos Foros, iniciados con su primera versión del año 2014, se han organizado con la intención de plantearse y consolidarse como una instancia bianual que permita intercambiar ideas y experiencias en diversas materias relativas a esta nueva expresión de la Justicia Ambiental. Están orientados a magistrados de tribunales superiores, constitucionales y ambientales, y también a académicos y especialistas en materias vinculadas tanto a la Justicia Ambiental como a las distintas expresiones del Derecho Ambiental y de otras ramas del Derecho vinculadas a él, a nivel nacional como internacional.

Este II Foro profundizó en las principales preguntas a las que se enfrenta en el día de hoy cualquier judicatura ambiental en el mundo. Dedicó especial atención a revisar los distintos modelos de jurisdicción especializada en la temática ambiental que han estado funcionando desde hace varios años, la forma en que se aplican los diferentes marcos de competencias asignadas, el rol que juegan los Estados y la ciencia en la aplicación de la Justicia Ambiental y, por último, algunos temas puntualmente jurídicos como el desafío que está implicando el desarrollo de la Justicia Ambiental para las otras expresiones del Derecho, particularmente el Administrativo y el Procesal.

El encuentro contó con la presencia de destacados jueces a nivel mundial, tales como el Ministro de la Suprema Corte de Brasil, Antonio Benjamin; el Ministro de la Corte Suprema de Hawái, Michael D. Wilson; el Presidente del Tribunal Ambiental de Nueva Zelanda, Laurence Newhook; la Jueza del Tribunal Ambiental de Nueva Gales del Sur Nicola Pain; de destacados académicos y especialistas tales como los profesores universitarios Dr. Volker Mauerhofer, de la Universidad de Viena; Otto Spijkers, de la Universidad de Utrecht, Holanda; la Dra. Soraya Amrani Mekki de la Universidad de París; el Dr. Ángel Ruiz de Apodaca de la Universidad de Navarra; Juan Sebastián Lloret, de la Universidad Nacional de Salta; el Dr. Jordi Jaria del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Tarragona y el ex Ministro de Medio Ambiente de Perú, abogado Manuel Pulgar-Vidal.

A nivel nacional, contó con la participación del Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Chile, Ministro Hugo Dolmestch; el Presidente del Tribunal Constitucional, Carlos Carmona; el Contralor General de la República, Jorge Bermúdez; el ex Ministro de la Corte Suprema Pedro Pierry, el profesor de la Universidad de Chile, Matías Insunza y el Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago que suscribe esta introducción.

Además de las presentaciones de todos los participantes, ligeramente editadas por ellos mismos, nos ha parecido muy útil para el objeto de difusión del Foro mismo incluir la transcripción completa, sin edición, de todas las sesiones de preguntas y respuestas desarrolladas entre los expositores y el público participante, las que, sin duda, aportan diversas miradas e inquietudes a partir de las presentaciones, enriqueciendo aún más el contenido de esta publicación.

Este II Foro Internacional de Justicia Ambiental fue transmitido en vivo por streaming a través del sitio web del Tribunal Ambiental (www.tribunalambiental.cl) donde se mantienen permanentemente disponibles las dos jornadas del encuentro.

Para el Tribunal Ambiental de Santiago esta segunda instancia de intercambio de experiencias confirma la idea de crear y mantener una relación estrecha entre las instituciones dedicadas a la jurisdicción especializada ambiental. Aunque estos tribunales sean independientes entre sí, los principios de Justicia Ambiental son virtualmente los mismos en prácticamente todo el mundo, ya sea que sigan un sistema de “common law”, o uno continental o de Código Civil, como ocurre en Chile. Fue, sin lugar a dudas, la principal apreciación común de los asistentes



al II Foro Internacional de Justicia Ambiental, la necesidad de profundizar en este diálogo y generar y mantener mecanismos de intercambio del conocimiento y la experiencia relevante que provenga de los organismos jurisdiccionales y de sus integrantes.

Confiamos en que la difusión de estas deliberaciones especializadas sea de utilidad tanto para quienes aplican en la actualidad competencias jurisdiccionales ambientales, como para quienes siguen sus decisiones desde la academia o las instituciones profesionales o de la sociedad civil. E igualmente, pueda orientar las reflexiones preparatorias de muchos países hermanos que están interesados en constituir, bajo sus propios sistemas jurídicos, mecanismos jurisdiccionales que se hagan cargo progresivamente de los conflictos y desafíos ambientales que todas nuestras sociedades deben enfrentar en forma independiente de presiones sectoriales y sin otro objetivo que aplicar la Justicia Ambiental para el bienestar pleno y equitativo, presente y futuro de nuestras sociedades.

Santiago de Chile, diciembre de 2016
 Rafael Asenjo
 Presidente
 Tribunal Ambiental de Santiago



■ ■
INVITADOS AL FORO, MINISTROS Y PROFESIONALES DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO.

SESIÓN INAUGURAL PALABRAS DE BIENVENIDA

HUGO DOLMESTCH, PRESIDENTE DE LA
EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE CHILE

Buenos días a todos, me sumo a los vocativos que nos ha expresado el maestro de ceremonias, los cuales, como es mi costumbre quiero resumir en una sola expresión, muy sincera, cual es, queridas amigas y amigos todos.

Para mí es un agrado y un honor el poder compartir con ustedes este acto de inauguración de este II Foro Internacional de Justicia Ambiental, un evento de gran relevancia no solo por las temáticas que se abordarán y por la relevancia nacional e internacional de los expositores, sino que también y especialmente por la trascendencia que la justicia en temas ambientales constituye para nuestro país.

En Chile, al igual que en muchos otros países se ha sometido a profundas reflexiones e inquietudes, no solo la adecuada protección del medio ambiente, sino también, el rol que cabe a los diferentes actores de la sociedad en su efectiva materialización.

Durante los últimos años, el derecho ambiental chileno ha experimentado un importante desarrollo, especialmente luego del ingreso de nuestro país a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que elevó el estándar en materia ambiental exigido a nuestro país, e impuso importantes desafíos en relación a la integración de consideraciones ambientales en las decisiones económicas, sociales y sectoriales y al fortalecimiento de la cooperación ambiental internacional. Lo anterior fue sin duda el punto de partida para la instalación de una nueva institucionalidad ambiental para Chile, la que luego de un periodo de implementación, culminó en el año 2012 con la creación de los Tribunales Ambientales, órganos jurisdiccionales especializados que han sido de gran importancia para llevar adelante este cometido.

De esta forma, la necesidad de trabajar en el perfeccionamiento de la resolución de los conflictos ambientales, ha surgido en nuestro país, sobre la base de una adecuada proyección de las características propias del Derecho Ambiental, donde la especificidad y la concurrencia de variables técnicas y científicas en la configuración de las controversias de esta índole, ha sido especialmente relevante y representan importantes desafíos para todos quienes aplicamos la justicia.

Bajo este prisma, el reconocimiento del derecho que nuestra constitución le ha otorgado a toda persona, a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, ha determinado, que se propenda a su protección, tanto mediante la generación de normas específicas que reflejen el desarrollo social en relación con el modelo productivo, como con la asunción de riesgos y el reparto de responsabilidades entre los diferentes actores estatales quienes, tal como ha señalado la doctrina deberán velar por la interdisciplinariedad en la toma de decisiones, además de asegurar los principios básicos en la materia, como son el acceso a la información pública ambiental, la participación en la toma de decisiones como reflejo de la democracia participativa, y la posibilidad de accionar la revisión de la decisión ambiental ante un órgano imparcial e independiente establecido por la Ley.

En este sentido, el acceso a la justicia ambiental ha adquirido características particulares en razón de la naturaleza de los derechos que se pretende proteger, pues en este caso se trata de derechos colectivos o difusos que, en oposición a los derechos puramente individuales, se configuran como derechos de tercera generación. En este sentido, la adecuada protección del medio ambiente no se configura como una cuestión opcional, sino como un asunto básico y primordial de justicia. Resulta interesante en virtud de lo anterior, observar la conceptualización que el jurista Robert Alexi en su Teoría de los Derechos fundamentales realiza sobre el derecho de acceso a la justicia ambiental, señalando que este constituye “un derecho subjetivo que tienen las personas, dirigido a poner en marcha un conjunto de procedimientos, tanto administrativos como judiciales para la defensa de la protección de los derechos ambientales”.

De lo señalado, es posible concluir entonces, que la justicia ambiental no constituye un fin en sí misma, sino un medio puesto al servicio de objetivos que trascienden donde los mecanismos de tutela efectiva de derechos y de resolución de conflictos de relevancia jurídica ambiental, exige de quienes ejercemos roles jurisdiccionales, una correcta actitud como coadyuvantes del interés colectivo. De esta manera, el rol de la judicatura es relevar la protección de los derechos ambientales de las personas a partir de una interpretación reflexiva, ingeniosa y responsable que comprenda no solo el reconocimiento de las normas constitucionales y legales, sino también el espíritu de la más avanzada normativa internacional.

El adecuado uso de los procedimientos de acceso a la justicia ambiental, favorecerá entonces el avance de la jurisprudencia ambiental y el desarrollo de una adecuada interpretación jurídica que se manifieste como coherente y funcional. En virtud de lo anterior, no podemos desconocer que los tribunales especializados cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático y también un rol fundamental e insustituible en la protección de los derechos de las personas, específicamente donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable. Esto explica la importancia de la labor de los Tribunales Ambientales chilenos, que han favorecido el acervo jurisprudencial en la materia, han permitido enriquecer la discusión jurídica en la solución de importantes conflictos ambientales y por sobre todo han sabido responder en el avance relativo al desafío de acercar la justicia a la ciudadanía, en temas tan sensibles como lo es la temática ambiental. Lo anterior si bien es un reconocimiento, constituye también una invitación a seguir trabajando en pos de la protección de los derechos de todas las personas y de la naturaleza en su conjunto, así como en la consolidación de una institución al alcance de la ciudadanía, lo que implica el desafío constante de abrir espacios y canales para que todas las personas tengan un acceso libre e igualitario, sin importar el lugar en el que se encuentren.

Los invito a contemplar el desafío que nos ha planteado el derecho ambiental, pero apreciándolo no únicamente como un tema de protección al medio ambiente, sino también como garantía de una justicia con el más amplio acceso, donde el rol del juez sea activo y de fuerte compromiso social y donde podamos superar las actuales barreras de la lógica jurídica clásica para avanzar hacia la consolidación de una justicia ambiental con una amplia validez universal.

Creemos en relación a todo lo antes dicho, sobre la necesidad imperiosa de comprender el valor y la importancia de la jurisdicción ambiental, que pese a los notales impedimentos para su instalación y funcionamiento, que ciertamente, en gran medida se mantienen, los cuales son producto, creo yo, por una parte del desconocimiento generalizado sobre el tema ambiental y la natural falta de concientización colectiva sobre su importancia, seguidamente por la antigua concepción clásica del derecho y su fin en que se invoca la llamada unidad jurisdiccional como una traba, situación o interpretación felizmente hoy aparentemente superada y finalmente, ayudan a este retraso, a esta pared o muralla, los intereses económicos en juego que asocian todo control y preocupación a una inexistente burocracia institucional, ha habido un evidente progreso respecto de estos tres tópicos fundamentales.

En consecuencia, cada día, felizmente, se empodera más un tribunal esencialmente técnico-especializado, dada su composición, sin embargo continúa siendo una lucha permanente del día a día por imponerlos, más desde que el país y la humanidad lo requieren para su propia feliz sobrevivencia, lamentablemente, pero vuestro honor –me dirijo al Tribunal– y satisfacción futura, de aquellos que entregan a diario su fuerza y su talento, es que deberán persistir por tiempo indeterminado en lo que, aún, es una misión quijotesca.

En tales condiciones solo me resta celebrar instancias como estas, donde junto con analizar el quehacer judicial se hace posible reconocer destacados trabajos académicos con la finalidad de nutrirnos de experiencias y desafíos que contribuyan al avance de nuestra doctrina, legislación, jurisprudencia y prácticas de actuación judicial en materia ambiental.

No me queda más que agradecer de nuevo enormemente la invitación que se me ha efectuado, estar hoy junto a tan destacados ministros, académicos y autoridades aquí presentes, me llena de orgullo y satisfacción ya que tengo la convicción de que materias tan importantes como las que hoy nos reúnen, nos ayudarán a actuar de forma conjunta para superar conflictos y vencer las amenazas que puedan poner en peligro al medio ambiente y el derecho de todas las personas a disfrutarlo saludablemente.

Concluyo pues estas palabras recordando lo que tan acertadamente establece el Principio 10 de la Declaración de Río que todos ustedes ciertamente conocen más que yo y que señala que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos en el nivel que corresponde”. Los invito entonces a hacer de este encuentro un efectivo canal de participación y conjunción de intereses comunes donde la certeza de la búsqueda del bien común sea un aliciente para todos quienes miramos el futuro de la Tierra que compartimos, con racional y genuino optimismo.

Muchas gracias

PALABRAS DE BIENVENIDA

RAFAEL ASENJO, MINISTRO PRESIDENTE
DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Estimadas amigas y amigos:

Durante el Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental celebrado en este mismo lugar en 2014, organizado por nuestro Tribunal Ambiental de Santiago, una de las conclusiones incorporó una idea que, como una manera muy apropiada de dar inicio a este segundo Foro Internacional, me gustaría reiterar y compartir con ustedes. Y es apropiada, particularmente después de las inspiradoras palabras del Sr. Presidente de la Excelentísima Corte Suprema, nuestro estimado Ministro Hugo Dolmestch.

Esa idea decía textualmente “[...] hemos perdido el sentido de orfandad, nos hemos dado cuenta que no éramos los únicos que estábamos intentando aplicar la normativa ambiental en forma rigurosa. Que había otros, en muchos sitios haciendo lo mismo que nosotros. Ese sentimiento de hermandad, nos obliga como hermanos que se encuentran, a seguir trabajando, en conjunto ahora y ese paso es ya irreversible”.

Este encuentro es testimonio palmario y reafirmación de aquello: ya no estamos solos, y es importante reforzar la unión, porque la conciencia preventiva que inspira al Derecho Ambiental no se alcanza solo pensando globalmente sino también actuando localmente. De ahí la importancia de compartir experiencias en temas tan diversos como los diferentes arreglos institucionales en materia ambiental, los mecanismos orientados al desarrollo y fortalecimiento de la Justicia Ambiental, los desafíos y respuestas que ofrecen las distintas ramas del Derecho ante el conflicto ambiental, y los tipos o clases de responsabilidad ambiental.

En términos muy simples cabe señalar que porque realmente en general la tutela judicial ha de ser efectiva, la tutela ambiental también debe ser igualmente efectiva. Aquí están incluidas cuestiones fundamentales como son la información y la participación ciudadana, que ya citaba el Sr. Presidente de la Corte Suprema, el acceso a la justicia y el fortalecimiento institucional.

En esta perspectiva, quisiera solamente enunciar, para iniciar nuestro dialogo, algunos pocos temas a los que el Tribunal Ambiental de Santiago ha prestado permanente atención durante sus casi cuatro años de existencia:

1. En primer lugar, la fuerza expansiva que entrega la judicatura ambiental tanto a los principios del derecho administrativo como a los del derecho ambiental propiamente tales.

En cuanto a aquellos, se puede afirmar sin temor que el contenido de los principios clásicos del derecho administrativo, y del derecho en general, se han visto enriquecidos y llenados de nuevos contenidos con motivo de la resolución de los conflictos ambientales, desde la preciada seguridad jurídica para todos, hasta cuestiones no menores como el silencio administrativo. Y en cuanto a aquellos propios del derecho ambiental, es necesario rendir honor a la consolidación del principio preventivo, reiterar la importancia del esquivo y a veces mal entendido principio precautorio, y prestar atención a aquellos otros en etapa de formación o desarrollo, como el “indubio pro natura”, el de la progresión continua y la función ambiental de la propiedad, del que nos hablara nuestro amigo Benjamín, Ministro del Tribunal Supremo de Brasil, durante el Foro pasado.

En el quehacer del Tribunal Ambiental de Santiago, podrán ustedes comprobar que los principios han tenido un papel relevante a la hora de resolver las controversias ambientales, así como la necesidad de exigir un mayor estándar de motivación de los actos administrativos, en particular cuando se refieren a actos que derogan normas o modifican los consensos sociales del riesgo previamente establecido. Este fue particularmente el caso en la sentencia que este Tribunal dictó el 2015 sobre la modificación de la norma de material particulado MP 10.



2. En segundo lugar, muy importante en el quehacer del Tribunal ha sido reforzar el pilar del derecho ambiental relativo a la participación ciudadana, íntimamente vinculado al del acceso a la información, finalmente garantizado a través de una justicia ambiental especializada e independiente.

Recientes dictámenes del Tribunal son prueba de lo anterior. En casos emblemáticos como el del Tren Rancagua Express (Región Metropolitana), o el del proyecto inmobiliario Punta Piqueros (Región de Valparaíso), el Tribunal, con meridiana claridad, ha intentado dejar establecida la necesidad de una participación ciudadana integral y plenamente informada, que dote de contenido real a una garantía que en su oportunidad el ex Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, denominara “democracia ambiental” y que otros, a partir del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, han desarrollado bajo el concepto del “Estado de Derecho en materia Ambiental”.

3. En tercer lugar, es necesario mencionar, en el diálogo interinstitucional que generan las sentencias del Tribunal, el reforzamiento que moderadamente se ha entregado a la labor de fiscalización pública y a la correspondiente sanción ambiental.

Tendremos más adelante la oportunidad de revisar el modelo fiscalizador chileno, a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), que se erige como la institución encargada de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental, basada en instrumentos de gestión ambiental, y en particular aquel más relevante, conocido como Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o SEIA. Su labor, a través de la fiscalización, los procedimientos sancionatorios, las sanciones administrativas y las medidas provisionales cuando corresponde, ocupan, hay que reconocerlo, parte importante de la labor del Tribunal. Y ha sido en el contexto del contencioso administrativo donde el Tribunal ha tenido oportunidad de delinear, a través del pronunciamiento jurídico, las competencias, los límites y los requerimientos de la actividad fiscalizadora y sancionadora del Estado, en este caso, en la temática ambiental. Atendido el bien jurídico protegido, las sentencias de esta judicatura han podido ponderar las facultades de la SMA y los derechos de los titulares de proyectos de inversión, así también como los de la ciudadanía preocupada por su entorno. Lo anterior ha quedado, estimamos nosotros, bien

MINISTRO RAFAEL ASENJO, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL
AMBIENTAL DE SANTIAGO INAUGURA EL II FORO
INTERNACIONAL DE JUSTICIA AMBIENTAL.



expresado en las sentencias de Porkland (Región Metropolitana) y Pampa Camarones (Región de Arica y Parinacota), de 2015 y 2016, respectivamente.

4. En último lugar, pero no por ello menos importante, cabe destacar la competencia del Tribunal en materia de demandas para obtener la reparación del daño ambiental. Es este un desafío que ha revelado las mayores complejidades, tanto a nivel procedimental como de derecho sustantivo, cuestión que se hizo patente en la reciente sentencia del caso Tambillo (Región del Maule) de 2016, relativo al daño ambiental causado a partir del derrumbe de un tranque de relave minero.

El daño ambiental es fundamentalmente diferente del contencioso administrativo, encargado de velar por la legalidad de los actos administrativos. En sede de daño, el mal por regla general se encuentra ya consolidado, y las herramientas clásicas de la responsabilidad extracontractual han demostrado la necesidad de reforzar cuestiones como la legitimación activa, la aplicación de los principios ya mencionados, los métodos alternativos de resolución de controversias, la apreciación de la prueba, entre otros, representando un desafío en constante desarrollo. Y todo eso, sin mencionar siquiera a la indemnización de perjuicios que el legislador ha decidido dejar en manos de la justicia ordinaria, atomizando de esa forma una cuestión que tal vez en el futuro deberá revisarse, como muchas otras contenidas en la Ley N° 20.600 de 2012 que crea los Tribunales Ambientales.

Amigas y amigos: con temas tan relevantes como los mencionados brevemente, los invito a sumergirse, con altura de miras y franqueza, en esta jornada de reflexión. Con confianza en nosotros mismos para volver a reencantarnos con esta disciplina en plena expansión, que debe lidiar como pocas otras con la temática del riesgo, para honrar nuevamente el desafío que implica una sociedad preocupada y ocupada de los problemas que atañen a nuestros hijos y a los hijos de nuestros hijos.

Sin más palabras y con mucho orgullo y alegría, agradeciendo muy sinceramente la presencia de todos ustedes, y en representación del Tribunal Ambiental de Santiago, declaro formalmente inaugurado el II Foro Internacional de Justicia Ambiental.

CONFERENCIA MAGISTRAL

“CONTROL ADMINISTRATIVO Y SUS DESAFÍOS
FRENTA AL CONFLICTO AMBIENTAL”

DR. JORGE BERMÚDEZ,
CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE



Buenos días, muchas gracias por la invitación.

Para comenzar quisiera tomarme de algo que se dijo en el discurso inaugural del Excelentísimo Presidente de la Corte Suprema, que dice, debemos avanzar desde la lógica jurídica clásica hacia una lógica de justicia ambiental. Y eso es lo que creo que nosotros tenemos que hacer desde los distintos lugares desde donde ejercemos nuestra profesión y eso es lo que también estamos haciendo en la Contraloría. A eso nosotros le llamamos interpretación progresiva. ¿Qué quiere decir eso? Que no es lo mismo que interpretación progresista, que sería desde una perspectiva ideológica. Interpretación progresiva quiere decir aplicar la normativa a la realidad social actual, a la realidad que hoy día tenemos.

En el derecho administrativo y en el derecho administrativo ambiental eso es especialmente válido ya que tenemos normas que están desperdigadas, normas que están obsoletas, normas que parece que estuvieron pensadas para otro momento, pero el derecho cumple un rol que es, no solo de dar a cada uno lo suyo, no solo de administrar justicia, sino que también cumple un rol pacificador. El segundo fin del derecho es la paz social, es evitar que exista el conflicto o que el conflicto no escale y en ese sentido, una manera de lograrlo es efectivamente dando aplicación a esas normas a la realidad actual, como decía, normas que a veces están pensadas, tal vez originariamente para otras circunstancias pero que nos dan referencia para poder solucionar problemas actuales.

Voy a hacer una exposición para lo que se me encargó, que es poner en relación la función administrativa, en particular de la Contraloría en materias de conflictos ambientales. Uno podría pensar tal vez, sobre todo los invitados extranjeros podrían pensar ¿qué tiene que ver la Contraloría General de la República -que es un órgano superior de control- en materia ambiental? Y tal vez eso es así porque en nuestro caso la Contraloría General tiene un rol importantísimo en la interpretación y en la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo que es el que corresponde aplicar a los servicios públicos. Entonces, como lo vamos a ver en los casos concretos que se van a presentar, la Contraloría sí ha tenido algo que decir en esta materia.

Para comenzar hay que señalar un breve contexto. En primer lugar, esto es algo que todos saben y aquí lo voy a decir muy rápidamente, ya no es ningún misterio que estamos ante una situación en la que hay escasez de bienes y servicios ambientales. Esos bienes y servicios ambientales no solo son escasos, frente a una población que aumenta y aumenta, sino que además cada vez se distribuyen aparentemente de una manera más desigual y eso evidentemente genera una tensión y un conflicto potencial, por lo menos.

En segundo lugar, nuestra civilización ha ocasionado una gran degradación del medio ambiente. Nosotros como nunca antes, vivimos en una sociedad que, como he denominado en un libro que a lo mejor ustedes conocen, “Fundamentos del derecho ambiental”, pasa por una situación de desaprensión ambiental. Pensamos que lo que hacemos en nuestro día a día no produce un efecto al medio ambiente y hay una serie de servicios ambientales que damos por supuesto que van a ser así. Damos por supuesto que en la mañana cuando abrimos la llave del agua va a salir agua potable, esa agua uno la puede beber y no se va a enfermar y eso que parece tan evidente aquí, no es evidente para la mayoría de la población del mundo. En alguna parte del mundo si lo es, pero ni siquiera es así en todas partes del mundo desarrollado, por lo tanto uno debiera sentirse privilegiado de esa sola circunstancia. De hecho en Chile hay ciudades donde, ustedes saben, tomar agua del grifo, agua de la llave, no es recomendable y eso da cuenta de que en realidad no somos conscientes de esa desaprensión ambiental, no somos conscientes de que hay un servicio ambiental atrás, hay un ciclo hidrológico que cambia y que cuando hay una situación de sequía como la que estamos sufriendo no va a ser tan evidente que se produzca. Nuestros antepasados no vivían así, hace 500 años acá, los aborígenes que vivían en esta zona, en la zona central, sabían perfectamente cómo se comportaba la naturaleza. Nosotros en general no tenemos idea de cómo se comporta la naturaleza.

Aquí hay algo que yo creo que es evidente y que son los efectos del cambio climático. Cualquiera que está viviendo esta semana en Santiago se dará cuenta de que estamos en una semana extremadamente calurosa. A mí, que es la primera vez que estoy tanto tiempo seguido en esta ciudad, me parece algo sorprendente, pero alguien que, por ejemplo, vive en la costa de Chile también se da cuenta que hay efectos del cambio climático: un fenómeno que antes ocurría cada

cierto tiempo, que eran las marejadas, y que hoy en día ocurren todos los años pero varias veces en el año, están contabilizados los eventos de marejadas en el litoral central de Chile, y yo creo que son manifestación también de este cambio climático. Creo que eso es evidente y podríamos dar cientos de ejemplos sobre lo mismo.

¿Cómo se inserta en este contexto el conflicto ambiental? Para pasar al segundo tema. En primer lugar cuando hablamos de conflicto ambiental no solo tenemos que hablar del juicio o del litigio que se produce ante un tribunal, no solo son conflictos ambientales los conflictos judiciales que vemos ante el Tribunal Ambiental de Santiago o que luego están en la Corte Suprema. Los conflictos ambientales conllevan un conflicto social relevante, porque estamos hablando de bienes comunes, aquí se pone en juego ese concepto. Cuando hablamos de bienes comunes, de elementos que son colectivos, de elementos ambientales, de bienes públicos, es porque hay un componente social también atrás, que no afecta solo a las partes sino que —esta es una de las cosas que tenemos que ponernos en la mente como juristas formados de una manera tradicional— en esa sentencia ya no va a tener solo el efecto relativo, sino que va a tener un efecto que va mucho más allá de quienes estaban litigando en ese momento. Y para qué hablar del efecto de precedente que esta sentencia puede tener.

Ahí tenemos un ejemplo del elemento social, todas las fotos expuestas en la presentación dan cuenta de conflictos sociales que estaban detrás de cada uno de esos conflictos que en principio uno podría decir que solo son de carácter jurídico. Evidentemente todo esto tiene un elemento jurídico y va a terminar también con una decisión de algún órgano que tenga competencia en materia ambiental. Por eso ahí aparece el Comité de Ministros, desde el punto de vista de las reclamaciones administrativas, o el Tribunal Ambiental, la Corte Suprema y también el rol que cumple la Contraloría, a lo que me voy a referir más adelante.

Entonces, qué implican los conflictos ambientales: en primer lugar, un conflicto significa que hay dos intereses que están contrapuestos, intereses que pueden ser ambos legítimos y por eso se necesita de un tercero que pueda resolverlo de una manera jurídica, que atienda al derecho vigente. Estos dos intereses contrapuestos pueden ser representativos de la posición de dos grupos de interés, dos particulares, un particular y el Estado, pero también entre Estados: si uno lo mira un poco más desde lejos se puede ver claramente cómo los conflictos que Chile ha tenido y que va a tener probablemente, dicen relación y en el trasfondo está el elemento ambiental. Si ustedes piensan simplemente en el caso de la delimitación marítima entre Chile y Perú, ahí hay un elemento ambiental fundamental que era, y sigue siendo, el acceso a las pesquerías del norte, el acceso a la pesquería más importante de nuestro país que es la pesquería del jurel, y ahí hay claramente un elemento ambiental. El caso del río Silala también es un conflicto por un elemento ambiental, el acceso al agua.

Entonces en realidad el conflicto ambiental no solo debe pensarse en términos de dos particulares que litigan como si litigasen por el alcance de un contrato de arriendo, sino en realidad por el alcance y por la distribución que tienen esos bienes públicos. Y la resolución de ese conflicto ambiental debería dar lugar a la aplicación de un principio que en el derecho comparado se denomina como justicia ambiental, pero que en Chile se entiende mejor como equidad ambiental, es decir, de qué manera se distribuyen esas cargas y esos servicios ambientales.

¿Cuáles son las causas de estos conflictos ambientales? En primer lugar la forma en que están asignados esos recursos, la forma en que se accede, se asignan y se distribuyen los recursos ambientales, que muchas veces son recursos naturales que en nuestra legislación están definidos como bienes públicos o bienes nacionales de uso público.

No existen de una manera sistemática criterios de justicia ambiental o de equidad ambiental para el acceso de los bienes y servicios ambientales, de los bienes públicos ambientales y eso en la práctica genera una serie de problemas y de conflictos.

En segundo lugar, si los servicios ambientales están mal distribuidos, también hay que decir que las cargas ambientales, los efectos de la degradación ambiental también están mal distribuidos. Al revés, en el sentido de que muchas veces las personas que tienen menos posibilidad de ejercer sus derechos ven cómo los efectos de la contaminación, los efectos de la degradación se producen de manera más intensa en esas comunidades. Nosotros en nuestro país tenemos muchos ejemplos

al respecto, pensemos solamente en la situación de Quintero y Puchuncaví, ahí hay una zona industrial muy impactada donde esas comunidades han sido históricamente afectadas por los efectos negativos de la actividad industrial. Eso se traduce en esta inequitativa distribución de las externalidades ambientales negativas y de los servicios ambientales y también agrava el conflicto ambiental. Acá hay algo que nos interesa mucho a nosotros como abogados, que es la acción u omisión, y muchas veces esta última, la omisión de la actuación de la Administración en materia ambiental que se traduce eventualmente en un conflicto ambiental. Incluso la omisión que dice relación con la falta de regulación: no regular una materia ambiental es también una forma de regular, en el sentido de evitar que una determinada actividad esté sometida a unas ciertas restricciones.

Creo que todo este caldo de cultivo se ve afectado mayormente cuando nuevamente consideramos los efectos del cambio climático. El problema del cambio climático es que es gradual, el problema del cambio climático es que nosotros pensamos que nos está afectando pero que aún podemos vivir con él y que en realidad va a afectar más intensamente a personas que no conocemos, aunque sean nuestros hijos o nuestros nietos o nuestros bisnietos. Y eso da cuenta en realidad del egoísmo en que vivimos, simplemente, de la falta de generosidad intergeneracional: ese es el drama del cambio climático, total le va a afectar a otros, es una forma muy cínica de verlo, pero yo creo que es una forma real.

¿Por qué interviene la administración? Una norma que yo siempre cito y no me canso de citar, porque lo digo derechamente, nuestra Constitución, a pesar de todo lo vapuleada que puede ser, es una Constitución muy ambientalista si es que uno la toma en serio, no hay ninguna Constitución seria que tenga un artículo como el artículo 19 número 8 que regula fundamentalmente esta materia.

Art. 19 N°8, inc. 1°, CPR:

La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

Si ustedes se fijan en la segunda frase del 19 N°8, inciso primero, luego de señalar el derecho, dice que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado, lo cual impone una actuación de manera activa al Estado, a la Administración, que es tutelar la preservación de la naturaleza. ¿Por qué? Porque es el fundamento básico de la existencia humana. Y ¿Para qué? Para mantener, si no ya la justicia, por lo menos la paz social en esta materia.

¿Cómo interviene la Administración? Aquí no les voy a contar tal vez nada nuevo, interviene por dos vías: por la vía de la existencia de órganos, que es lo que nosotros hemos denominado como la institucionalidad ambiental, la institucionalidad administrativa ambiental o el sector ambiental; y los instrumentos de gestión ambiental: el Ministerio, del punto de vista de la formulación de las políticas y de la expedición de las normas, el Servicio de Evaluación Ambiental, a través de la administración del sistema de evaluación de los proyectos y actividades que puedan ocasionar un impacto ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, que básicamente lo que debe hacer es fiscalizar y controlar el cumplimiento tanto de las normas como de los permisos. También tenemos al lado órganos jurisdiccionales ¿y por qué aparece ahí el Tribunal Ambiental? Evidentemente ese es el control judicial en esta materia, control administrativo ambiental que dispuso la Ley 20.600, pero también sigo mencionando el recurso de protección en materia ambiental. Como acción de amparo sigue vigente en esta materia, porque desgraciadamente la Ley 20.600 ha hecho una aplicación acotada de la materia ambiental. Si bien el Tribunal Ambiental se define como un Tribunal de las materias ambientales, luego las acciones acotan en cierto sentido esa declaración que está en el primer artículo de la Ley 20.600. Por eso entonces, en otras materias que no estén expresamente previstas o en que no se pueda hacer interpretación progresiva, el recurso de protección ambiental sigue vigente.

Pero no hay que olvidar el papel que puede cumplir la Contraloría General de la República como órgano administrativo, porque el artículo 98 de la Constitución dispone: “*un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República*” hasta ahí no solo se ha dicho el nombre del órgano Contraloría, sino también que es autónomo y eso es muy relevante, autónomo y yo

agregaría una cosa, con una legitimación democrática indirecta. Y sigue diciendo: “*ejercerá el control de la legalidad de los actos de la administración*”. No hay ninguna norma en la Constitución que disponga algo así tan tajante. Ni siquiera respecto de los tribunales. “*Ejercerá el control de la legalidad de los actos de la administración*”. Ese es el ámbito de competencia de la Contraloría y eso es lo que estamos tratando de hacer. Para eso la Contraloría tiene algunas herramientas, algunos instrumentos de gestión de la legalidad. En primer lugar la toma de razón, que quiere decir, un control preventivo de la legalidad de los actos administrativos, por lo tanto antes de ser eficaces esos actos, deben pasar por este control de legalidad que ejerce la Contraloría General de la República.

En segundo lugar, a través de la expedición o la emisión de informes jurídicos que son los dictámenes, que tienen una virtualidad, ya que no solo constituyen la jurisprudencia administrativa y son obligatorios para la Administración, sino que además producen un efecto general y eso tiene mucha relevancia. Un dictamen que se expide a propósito de la Superintendencia del Medio Ambiente, cuando señala que ésta debe que ejercer sus facultades fiscalizadoras de manera más oportuna, se lo está diciendo no solo a la Superintendencia del Medio Ambiente, sino que a toda la Administración del Estado, imponiendo o actualizando para toda la Administración los principios de eficacia y eficiencia.

En tercer lugar, la Contraloría ejecuta la fiscalización, que se traduce normalmente en un informe de auditoría que da cuenta básicamente de dos cosas: por un lado del cumplimiento normativo, es decir de cómo está haciendo eficaz el derecho administrativo ese órgano de la Administración, es decir, si está cumpliendo o no con la normativa. Pero también de algo que nosotros hemos denominado las tres E, eficacia, eficiencia y economicidad. Es decir, que la Administración logre el objetivo, que lo logre de una manera eficiente, aplicando bien los recursos, y de una manera económica, cuidando los recursos públicos.

Por otra parte, a la Contraloría le corresponde disponer la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo por medio de resoluciones en los asuntos que son de su competencia, esto es, los que dicen relación con el control de la legalidad. Por lo tanto, la Contraloría puede no solo expedir dictámenes, que son generales, sino que también puede resolver, por ejemplo, respecto de la legalidad de una actuación administrativa. Esa es una facultad que estamos comenzando a ejercer, sobre todo para que no ocurra, por ejemplo, que la Administración se excuse de dejar sin efecto un acto administrativo ilegal por haber pasado el plazo de dos años para invalidar. Por esta vía se controla la legalidad disponiendo entonces esa declaración de ilegalidad de una actuación de un órgano administrativo.

Vamos a algunos casos en materia del rol que cumple la Contraloría: en primer lugar, en materia del sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de las áreas sometidas a protección oficial, es decir en relación al artículo 10 letra p) de la Ley 19.300. En este punto destacan dos dictámenes, en primer lugar el dictamen 4.000, que señala que cuando un instrumento de planificación define sitios de valor patrimonial, define inmuebles de conservación histórica o reconoce monumentos nacionales, esas áreas están dentro del concepto de protección oficial, por lo tanto si se van a afectar, si se va a realizar una actividad que cause impacto sobre ellos debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

La importancia práctica de esto es que se acota el alcance de una norma de “congelamiento del ordenamiento jurídico urbanístico” que se producía a propósito de la presentación de anteproyectos de construcción. Lo que pasaba es que se presentaba el anteproyecto y con eso se producía inmediatamente el efecto que dispone la Ley General de Urbanismo y Construcción, por lo tanto, se congela el ordenamiento urbanístico, no se pueden cambiar las condiciones urbanísticas. En consecuencia, si el Plan Regulador disponía que en cierta área se podía construir un edificio de 20 pisos, puede construirse a pesar de que después se haya delimitado la altura. Por lo tanto, se entendía que una declaración posterior de un inmueble de conservación histórica o monumento histórico no producía ninguna eficacia porque se tenía esta especie de patente previa, toda vez que se había congelado el ordenamiento.

De acuerdo con este dictamen se congela el ordenamiento jurídico pero el urbanístico, no el ambiental. Y atendido que el concepto de medio ambiente en el caso chileno es un concepto amplio, que incluye el medio ambiente artificial y por lo tanto incluye los bienes históricos

patrimoniales, no queda congelado. Aquí hay un aspecto que tenemos que tener en cuenta como sociedad chilena y es que no tenemos derecho al ordenamiento jurídico, el ordenamiento jurídico tiene que cambiar porque son las normas que se da la sociedad. Obviamente que el IVA puede cambiar, las normas de impuestos pueden cambiar, las normas de emisión también pueden cambiar y eso no significa que se estén cambiando las reglas del juego, lo importante es que cambien para todos y eso hay que tenerlo muy en cuenta.

El segundo dictamen es más progresivo todavía, y es el relativo a los humedales. Los humedales y los sitios RAMSAR y los sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad siempre habían quedado como una especie de tierra de nadie y nadie tenía muy claro si se podían considerar efectivamente como áreas sometidas a la protección oficial o no. Con este dictamen, el 48.164, dijimos que sí, que esos sitios sí están sometidos a una protección oficial, a partir del artículo 17 de la Ley de Bosque Nativo. Eso a mí me parece algo muy relevante, los humedales son áreas muy sensibles, en peligro de extinción total.

En materia de fiscalización también tenemos algunos ejemplos a propósito de las competencias que tiene la Contraloría. En primer lugar, respecto del ejercicio de las facultades de fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente. Creo que en el dictamen 75.745/2016 se hace un buen equilibrio entre dos elementos: por un lado en una suerte de discrecionalidad que debería tener el organismo fiscalizador respecto de cuándo va a priorizar y cuándo va a realizar o no la acción de fiscalización, porque los recursos son acotados y no se puede fiscalizar todo en todo momento, pero eso sí, teniendo en cuenta que hay ciertos principios que inspiran la acción administrativa, que son los principios de economía procedimental, de celeridad, de eficacia y eficiencia. Es decir, el hecho de que se pueda diferir una fiscalización no quiere decir que el órgano fiscalizador pueda demorar dos o tres años en hacerla, sobre todo si está obligado a ello y especialmente si ha habido alguna sentencia de un tribunal.

También, muy relevante ha sido el caso del relleno Santa Marta. Ahí básicamente la fiscalización se refirió a la actuación de la autoridad sanitaria, de la Seremi de Salud, que no había cumplido su rol de fiscalización y por lo tanto está sometida a una auditoría posterior; y también a que la Superintendencia debía hacer el seguimiento ambiental de los informes que se habían remitido por los titulares. Esto da cuenta de una forma de actuación que tenemos en el derecho ambiental chileno y es que mucha de la información ambiental proviene de los titulares de los proyectos, pero si esa información que ya uno podría tomarla con pinzas, además la guardamos o la archivamos y no hacemos nada con ella, en realidad es simplemente un papel mojado. Entonces, si el ordenamiento establece que la información venga del particular, por lo menos debe tomarse esa información y hacer algo con ella.

También en materia de fiscalización, en materia pesquera, el informe 368 de 2016, simplemente debería decir en Chile no se fiscaliza la pesca extractiva. Por ejemplo, se otorgan autorizaciones a plantas procesadoras de algas sin que éstas hayan informado su abastecimiento. ¿Qué quiere decir eso? Que la planta procesadora recibe el insumo, un recurso hidrobiológico, y tiene que dar cuenta de cuál es el origen, lo que se hace con un certificado y eso no se hacía. O, por ejemplo, se imputaba una cuota de desembarque de un producto a embarcaciones que no habían salido a pescar o no habían salido a pescar un recurso en particular. Otro ejemplo ahí, de 1.040 inspecciones de embarques, en 903 casos se presentaron documentaciones que no correspondían a los recursos que se indicaban, lo cual tiene mucha incidencia si se piensa que el sistema de administración pesquera en Chile se basa en la fiabilidad de la información que se pueda atribuir a una determinada cuota pesquera. Si a eso agregamos por ejemplo que las empresas certificadoras –porque en realidad quien certifica no es el SERNAPESCA sino que es una empresa certificadora o varias que licitan el servicio– nunca estuvieron en el punto de desembarque, entonces en realidad nos damos cuenta que el sistema es falible.

Por otra parte, un caso que al Tribunal le es muy conocido es el del Hotel Punta Piqueros. Este caso grafica el drama del derecho, cuando las decisiones dependen de muchas autoridades y al final nadie se hace responsable. Si esto dependiera solo de una persona, si se pudiera identificar en una persona a quien lo autorizó y quedara para la posteridad, no por el nombre sino por quién es el responsable, probablemente esa persona tendría mucho cuidado en autorizarlo, porque si alguien pasa una noche ahí y viene una marejada, ahí va a haber una responsabilidad, por último una responsabilidad que afecte al nombre de esa persona. Nosotros a través de la

Contraloría Regional de Valparaíso indicamos que el hotel no contaba con un permiso válido vigente, porque la Corte Suprema había dejado sin efecto el permiso de construcción mientras no se tenga el permiso ambiental. Entonces señalamos que ello no quiere decir que una vez que haya obtenido el permiso ambiental revive el permiso de construcción, que fue declarado nulo producto de una acción de ilegalidad municipal. Ese fue el reclamo que se había interpuesto y por lo tanto no es que esté condicionadamente nulo, fue nulo y por ende debe obtenerse nuevamente. Por lo tanto después, dado que es nulo, la Municipalidad debe invalidar el decreto alcaldicio que lo había restablecido en sus efectos, como si hubiese estado en suspenso. Entonces, y esto lo celebró mucho la inmobiliaria, la Corte Suprema acogió el recurso de protección y efectivamente señaló que la Contraloría había actuado de manera ilegal. Hasta el año 2015 la Contraloría no había perdido prácticamente recursos de protección, el año pasado de hecho la Contraloría no perdió ningún recurso de protección y este año llevamos perdidos varios, pero yo creo que no es porque estemos haciéndolo peor, sino simplemente porque hemos movido el cerco. Es fácil acomodarse, si uno quiere avanzar tiene que correr este tipo de riesgos y eso es lo que nosotros hicimos, le ordenamos a la Municipalidad invalidar, y la Corte Suprema por su parte, señaló que la Contraloría actúa dentro de sus competencias y podría entenderse que el acto administrativo que está ordenando invalidar sea ilegal, pero la instrucción perentoria de invalidar es claramente ilegal porque afecta el principio de imparcialidad. Esto es discutible, porque la Administración no es imparcial. Los tribunales son imparciales, mientras que la Administración tiene un fin y ese fin es el interés público. Pero más adelante señala la Corte —y aquí podría decirse que fue una victoria pírrica— que la municipalidad lo que tiene que hacer es iniciar el procedimiento administrativo de invalidación. No lo puede invalidar directamente pero debe iniciar el procedimiento administrativo de anulación administrativa o de invalidación, procedimiento que obviamente la Contraloría a través de esa facultad que tiene de resolver y aplicar específicamente su competencia de control de la ilegalidad va a considerar u observar de una manera muy intensa.

Bien cuáles son las conclusiones: creo que se debe ir avanzando, considerando los principios del derecho ambiental y utilizándolos también como parámetros del control administrativo. Eso creo que vale para toda administración y sobre todo para una que debe aplicar el control de la legalidad, dentro de la cual están ciertos principios que son del derecho ambiental.

Hay principios que son generales y que también se actualizan en el ámbito ambiental de manera muy intensa: los principios de eficacia, de eficiencia, tienen relevancia cuando se trata de ejercer la fiscalización en materia ambiental. Es necesario también que seamos capaces de determinar cuáles son los interlocutores válidos en el conflicto ambiental. Se podría dedicar toda una clase a esto porque en realidad aquí no hay interventores neutros, aquí todos representan un determinado interés: el titular del proyecto tiene un interés económico que es desarrollar el proyecto, los trabajadores también tienen un interés que no necesariamente es ambiental, los pescadores artesanales tienen interés en tener más cuotas de pesca para poder seguir extrayendo y eso no es un interés ambiental, y las organizaciones ambientalistas y las organizaciones ciudadanas también tienen un interés. Eso no tiene nada de malo, lo que pasa es que tenemos que saber lidiar y convivir con esos intereses que están en conflicto y para eso están esta clase de órganos, como los órganos jurisdiccionales o incluso la Contraloría.

Sería muy importante que nosotros tuviéramos información de buena calidad, si ya la información en buena parte la entrega el privado, el particular, nosotros desde la perspectiva pública deberíamos ser capaces también de elaborar nuestra propia información para poder contrastarlo.

Hay que controlar de manera rigurosa las actividades que son riesgosas, muchas de las actividades que afectan o que impactan y que producen conflicto ambiental son actividades de riesgo. El establecimiento de un vertedero, de un relleno sanitario obviamente que es una actividad riesgosa que debería ser intensamente fiscalizada.

Yo tengo una duda respecto de la externalización de las funciones de control, creo que eso no ha dado buenos resultados en nuestro país, creo que se debe ser crítico aquí y la prueba está en materia pesquera. La certificación pesquera es muy deficiente y los informes de auditoría de nuestra Contraloría dan cuenta de ello.

El cambio climático está ahí, debemos asignar más recursos al control, y esto es un reclamo que se podría hacer en cualquier sector, pero dado que estamos hablando de bienes comunes esto debería ser algo que se tomase en serio respecto del sector medioambiental.

Y finalmente una frase, nosotros en la Contraloría estamos trabajando con un fin, y este es velar por el buen uso y cuidado de los recursos públicos. Ese fin, cuando hablamos de bienes públicos, o recursos públicos, incluye a mí entender bienes comunes, que son los bienes y servicios ambientales.

Muchas Gracias.

PRIMER PANEL

“MODELOS DE JURISDICCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL”

EXPOSITORES

RAFAEL ASENJO

MINISTRO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

LAURENCE NEWHOOK

PRESIDENT OF ENVIROMENT TRIBUNAL. NEW ZEALAND

DR. NICOLA PAIN

JUDGE OF THE LAND AND ENVIRONMENT COURT OF NEW SOUTH WALES, AUSTRALIA

MICHAEL D. WILSON

ASSOCIATE JUSTICE AT SUPREME COURT OF HAWAII, USA

MODERADORA

NATALIA ALFIERI

RELATORA ABOGADA DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

PRESENTACIÓN DEL PANEL

XIMENA INSUNZA, MINISTRA SUPLENTE ABOGADO

DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Muy buenos días a todos y a todas:

Iniciamos el primer panel de este II Foro de Justicia Ambiental denominado “Modelos de Jurisdicción Ambiental”. Para ello, hemos invitado a 4 jueces de diferentes países que integran tribunales con jurisdicción en asuntos ambientales y quienes nos ilustrarán sobre aspectos normativos y jurisprudenciales de sus propios quehaceres.

La finalidad de este panel es dar cuenta de las diversas fisonomías que ha tomado la jurisdicción en materia ambiental y, en resumidas cuentas, conocer la forma en que estos distintos países, con distintas culturas jurídicas, solucionan y resuelven el conflicto ambiental. Los modelos de jurisdicción hacen referencia a los distintos modos de organización, de sus correspondientes estatutos jurídicos en estos diversos países, contemplando diversos tipos que pueden ser tribunales especiales, o salas especializadas, o jueces con competencia común y en otros casos con competencia especial. Así nuestros invitados nos ilustrarán y nos podrán dar detalles de cómo abordan sus distintos quehaceres.

También los jueces de estos distintos países nos señalarán aspectos procesales de gran relevancia para la resolución de los conflictos ambientales, nos señalarán las distintas materias que son propias de su conocimiento, las distintas acciones que pueden impetrarse en los distintos tribunales, así como el régimen recursivo, esto es los distintos métodos de impugnación en contra de las sentencias de estos diversos órganos jurisdiccionales. Conoceremos entonces las ventajas y desventajas de su funcionamiento, en miras a conocer cómo se materializan en estos distintos países la protección del medio ambiente y el acceso a la justicia ambiental.

Es de nuestro interés explorar y exponer el modelo de los Tribunales Ambientales chilenos, que como todos ustedes sabrán tienen un carácter mixto, pues están conformados por jueces abogados y por jueces técnicos. También conocer el Tribunal Ambiental de Nueva Zelanda, órgano jurisdiccional con carácter nacional, compuesto de nueve jueces, quienes cuentan con el apoyo de los denominados non-judicial Environment Commissioners, que poseen conocimientos científicos, económicos e indígenas; también conoceremos el Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur, Australia, compuesto de 6 jueces y de personas especializadas en ciertas y determinadas materias que nos asisten; y por último conoceremos la Corte Suprema de Hawaïi, Estados Unidos, que tiene competencia en diversas materias ambientales.

Esperamos que estas presentaciones sean oportunas y enriquecedoras dado el reciente reconocimiento a nivel internacional de la necesidad de generar mecanismos de solución de conflictos ambientales por vía jurisdiccionales especializadas.

Muchas gracias



“MODELO DE JUSTICIA AMBIENTAL EN CHILE”

RAFAEL ASENJO

MINISTRO PRESIDENTE, TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Me ha correspondido exponer sobre el Modelo Chileno de Justicia Ambiental en este panel del Segundo Foro Internacional. Después de presentar una breve cronología del origen de este organismo jurisdiccional, daré a conocer sus principales características y su funcionamiento durante este último periodo para finalmente, concentrarme en algunos aportes sustantivos que consideramos que hemos hecho a la justicia ambiental especializada, desde marzo de 2013, cuando se inicia la actividad propiamente jurisprudencial de este Tribunal Ambiental de Santiago, el primero en ser creado en la historia judicial de nuestro país.

BREVE CRONOLOGÍA DEL ORIGEN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES EN CHILE

La gestión pública ambiental en Chile tiene un origen relativamente reciente. Es solo en 1990, al reiniciarse, después de 17 años de dictadura, un régimen democrático de gobierno, que el Presidente Patricio Aylwin crea dos organismos para que asuman la transversalidad de los requerimientos de una gestión ambiental moderna, superando la fragmentación y sectorialización bastante común en nuestra institucionalidad pública. Estos organismos fueron, para la Región Metropolitana de Santiago, la Comisión Especial de Descontaminación Atmosférica (CDRM) y, para el país en su conjunto, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).

El mandato entregado a la CONAMA, organismo intersectorial, con un Consejo Directivo integrado por 12 Ministros presidido por el Ministro de Bienes Nacionales y una Secretaría Ejecutiva, consistía, además de desarrollar y aplicar en el sector público, una visión integradora de lo ambiental, como un requerimiento central para el futuro desarrollo del país, preparar un proyecto de ley que estableciera las condiciones básicas, jurídicas, instrumentales e institucionales para instalar propiamente una gestión ambiental nacional.

En septiembre de 1992, el Presidente de la República envió al Congreso Nacional un Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente. Se han descrito así las carencias de gestión ambiental que se pretendían superar mediante dicho proyecto:

“...El país no dispone de a).- un conjunto de principios orientadores de gestión ambiental; b).- un marco de referencia común para la revisión de la legislación actual y la dictación de la futura; c).- un conjunto de instrumentos específicos de gestión ambiental; d).- normas de responsabilidad frente al daño ambiental; y e).- una institucionalidad integradora que coordinara, y no sectorializara, la explicitación de la dimensión ambiental de la política pública”¹

La tramitación de dicho proyecto dio origen, en marzo de 1994, a la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente la que fue promulgada en los últimos días de su mandato por el mismo Presidente Aylwin. Esta Ley formalizó la CONAMA, ahora presidida por el Ministro Secretario General de la Presidencia, con un Consejo Directivo de 13 Ministros sectoriales, encargada de definir y promover el desarrollo y la aplicación de una Política Pública Nacional Ambiental.²

La Ley N° 19.300, entre otros contenidos, generó varios Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA), entre los cuales el más relevante fue la creación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) aplicable a proyectos o actividades iniciados a partir de marzo de 1997³. Este SEIA, en sus casi 20 años de funcionamiento, tanto en número de proyectos evaluados, como en los montos de inversiones realizadas, ha generado indiscutiblemente un impacto muy positivo de las condiciones ambientales de dichos proyectos o actividades, a pesar de críticas, dificultades y errores, sin duda menores en relación a lo realizado.

A partir aproximadamente de los 10 años de vigencia de la Ley N° 19.300, se hizo evidente que el modelo integrador y trans-sectorial de CONAMA, no había estado funcionando como se

1 ASENJO, Rafael (1994), Intervención del Secretario Ejecutivo de CONAMA en Promulgación de la Ley N° 19.300, CONAMA, pg. 7

2 Ley N° 19.300, arts. 69 y sgtes.

3 27 de marzo de 1997, publicación en el Diario Oficial del D.S. N 30 de 1997 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento del S.E.I.A.

había desarrollado en la ley. Nunca se avanzó mucho hacia la construcción, ni mucho menos a la implementación, de una visión política estratégica de la gestión ambiental nacional. Al utilizarse el SEIA como el instrumento predominante de gestión ambiental, se terminó por requerirle como resultado, objetivos que, por definición, no estaba en condiciones de alcanzar como, por ejemplo, procurar un ordenamiento territorial, más allá de los límites de los proyectos evaluados. Tampoco se avanzó mucho en la sistematización de la abundante normativa ambiental sectorial vigente ni en la dictación de normas urgentemente requeridas sobre temas tan importantes como biodiversidad, suelos y ordenamiento territorial, manteniéndose masivos incumplimientos y una gran debilidad en la fiscalización de la legislación ambiental vigente.

El año 2005, y mientras Chile hacía gestiones para incorporarse como país miembro a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), profesionales especialistas de esa institución prepararon y publicaron el informe “Chile: Evaluación de desempeño ambiental”⁴. Dentro de las 52 recomendaciones formuladas al gobierno de Chile, debe, para estos efectos cronológicos, destacarse la que insta a “desarrollar y fortalecer las instituciones ambientales en los ámbitos nacional y regional”⁵ y la que promueve la “revisión de los acuerdos institucionales y legislativos para el manejo de la naturaleza y la diversidad biológica”⁶

Nunca se conoció públicamente un diagnóstico formal de evaluación integral de los diez años de aplicación de la Ley N° 19.300 que hubiera sido de gran utilidad, particularmente para completar la visión externa aportada por el informe OCDE ya mencionado. Sin embargo, la percepción de ciertos actores del gobierno y de algunas organizaciones de la sociedad civil sobre las carencias de la implementación del modelo de gestión coordinador-integrador de CONAMA junto a una interpretación, en mi opinión personal, “parcialmente voluntarista” de las dos recomendaciones de la OCDE ya citadas, crearon las condiciones para que el Gobierno preparara, y enviara al Congreso Nacional en julio de 2008, un Proyecto de Ley⁷ que reemplazaba totalmente el sistema institucional vigente por un sistema clásico, eminentemente sectorializador, muy común en América Latina, que creaba, a partir de CONAMA, las siguientes tres nuevas instituciones públicas:

- A. Un Ministerio del Medio Ambiente (MMA), responsable de la dirección político-estratégica de la gestión ambiental, de la regulación normativa y legislativa sectorial y de la supervisión de los organismos sectoriales correspondientes;
- B. un Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), responsable exclusivo de la gestión, nacional y regional, del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y
- C. una Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), responsable del cumplimiento de la normativa ambiental originada en los IGA de la Ley N° 19.300, de su fiscalización y sanción, si correspondiere. Énfasis especial se le ha asignado a la fiscalización del cumplimiento de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) con las que concluye el proceso de evaluación de impacto ambiental de responsabilidad del SEA.

Al discutirse en el Congreso Nacional la creación de la SMA, modelo tradicional en Chile de asignación de competencias de fiscalización sectorial particularmente relevantes, y al detallarse sus fuertes atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias, se levantaron observaciones tanto por parte del sector empresarial, como de las Organizaciones No Gubernamentales. Los primeros insistieron en la necesidad de generar un control jurisdiccional de sus facultades sancionatorias independiente del gobierno y que no formara parte del Poder Judicial, y las segundas procuraron facilitar, al máximo posible, el acceso de la comunidad al proceso de fiscalización y sanción ambiental.

Estos planteamientos, compartidos por el Senado y el Poder Ejecutivo, fueron expresados, en octubre del 2009, en un Protocolo de Acuerdo, por medio del cual el Gobierno se comprometió a enviar al Congreso Nacional, antes de cumplirse un año de vigencia de la Ley que modificaba

4 OCDE (2005) Evaluaciones del desempeño ambiental: CHILE.

5 OCDE (2005) pg. 18.

6 OCDE (2005) pg.100.

7 Proyecto de Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Mensaje N° 352-356 de 5 de junio de 2008.

la Ley N° 19.300 dando origen a los organismos públicos ya mencionados⁸, un Proyecto de Ley de creación de un Tribunal Ambiental independiente. Cumpliendo lo pactado, la Presidenta Michelle Bachelet envió, el 28 de Octubre de 2009, el Proyecto de Ley que Crea el Tribunal Ambiental, el que fue promulgado, el 18 de junio de 2012 como Ley N° 20.600.⁹

CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

1. Numero y asignación de competencia territorial

El proyecto de ley original, enviado por el Ejecutivo, incluía la creación de un Tribunal Ambiental (TA) con sede en Santiago, capital del país, con competencia nacional e integrado por cinco Ministros, tres abogados y dos “profesionales de las ciencias y la economía”¹⁰. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se crearon tres Tribunales, integrados por tres Ministros cada uno, dos abogados y un científico o técnico, definiendo sus respectivas competencias según la mera distribución geográfica del territorio, a pesar de no haberse realizado un detallado análisis de los posibles requerimientos de cada una de las llamadas “macro zonas territoriales”. De esa manera, se creó, con la misma dotación y originalmente de igual presupuesto, uno con sede en Antofagasta para la macro zona norte, constituida por cinco regiones (2.3 millones de habitantes y 300.9 mil km² de territorio), uno con sede en Santiago para la macro zona central, constituida por cuatro regiones (11.2 millones de habitantes y 78.5 mil km² de territorio) y uno con sede en Valdivia para la macro zona sur, constituida por seis regiones (4.6 millones de habitantes y 376.7 mil km² de territorio).

Al día de hoy, se encuentran instalados y funcionando jurisdiccionalmente el Tribunal con sede en Santiago, desde marzo de 2013 y el con sede en Valdivia, desde diciembre del mismo año. El carácter de independientes y autónomos entre sí de estos organismos jurisdiccionales especiales y la enorme desproporción entre los números de causas ingresadas a cada uno de ellos han sido factores que no han facilitado o incentivado hacer “sus decisiones esencialmente predecibles en relación a sus precedentes, contribuyendo por esa vía también a la seguridad jurídica”¹¹.

2. Competencia jurisdiccional

Estos nuevos Tribunales, tienen dos tipos de competencia jurisdiccional: contenciosa administrativa y de reparación del daño ambiental.

En efecto, por una parte, la que compone la gran mayoría de su actividad jurisdiccional propiamente tal, se le ha asignado competencia contenciosa administrativa vinculada, en este caso, a la revisión de legalidad específicamente de los instrumentos de gestión ambiental (IGA) establecidos en la Ley N° 19.300. Esta asignación ha sido una demanda jurídica histórica muy reclamada por los especialistas ya que, desde su referencia en la Constitución de la Republica del año 1925, no se habían creado en el país, salvo excepcional y parcialmente, tribunales contencioso administrativos, manteniendo a los regulados en condiciones de precariedad en su relación con los entes reguladores del Estado que cuentan con amplias facultades contra las que solo podía reclamarse por medio de las acciones propias de los procedimientos judiciales ordinarios, no logrando muchas veces superar la “desigualdad” alegada.

La Ley N° 20.600 indica con claridad, en su artículo 17, las materias contencioso administrativas que puede conocer el Tribunal Ambiental. A vía de ilustración, podemos mencionar que es competente para conocer de las reclamaciones contra los decretos supremos del Ministerio de Medio Ambiente (MMA) en relación a Instrumentos de Gestión Ambiental tales como normas primarias o secundarias de calidad ambiental y normas de emisión, que declaren zonas del territorio como

⁸ Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia d Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial de 26 de enero de 2010.

⁹ Ley N° 20.600, Crea los Tribunales Ambientales, publicada en el Diario Oficial de 28 de junio de 2012.

¹⁰ Mensaje de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental, Historia de la Ley N° 20.600, Biblioteca del Congreso Nacional, pg. 11.

¹¹ Ver nota anterior.

latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación (numero 1); en contra de las resoluciones de la SMA (número 3); contra resoluciones del Comité de Ministros (CM) o del Director Ejecutivo del SEA según lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la Ley N 19.300 (número 5); contra estos mismos organismos cuando un observante en el proceso de participación ciudadana considera que “sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental” (número 6); contra actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de ciertos IGA (número 7) y contra “la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental (número 8). Además, el mismo artículo del TA excluye la fijación de indemnización, si correspondiere, la que se mantiene en sede de los tribunales civiles ordinarios.

Por otra parte, el TA es competente “para conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado” (número 2) lo que, en la práctica implica determinar que se trata de un caso en que efectivamente se ha generado daño ambiental, ordenando al responsable repararlo mediante el Plan de Reparación o las medidas que el TA señale. Esta resolución del TA excluye la fijación de indemnización, si correspondiere, la que se mantiene en sede de los tribunales civiles ordinarios.

No cabe duda que la competencia especializada asignada al TA, implica un paso adelante en materia de justicia ambiental nacional. Pero debe tenerse presente que, a la fecha, continúan plenamente vigentes un número muy importante de normas jurídicas ambientales, la gran mayoría de alcances ambientales sectoriales, que no han sido incluidas, por ahora, en las competencias de estos tribunales recientemente creados. Menciono sólo a modo de ejemplo, la legislación agrícola y forestal, la de pesca y acuicultura, de biodiversidad y áreas protegidas, de aguas, suelos y ordenamiento territorial, rural y urbano, de aire y caza, más los Tratados y Convenios internacionales ambientales. Todo esto, sin considerar que por ser este Tribunal de carácter civil, obviamente no incluye competencia penal ambiental, área que por lo demás, es aun prácticamente inexistente en nuestro país.

3. Selección y duración de Ministros

La Ley, sin mayor fundamentación o explicación, definió un muy complejo y engorroso procedimiento para la selección y el nombramiento de los Ministros, tanto Titulares como Suplentes, inédito en la historia de la creación de otros tribunales. De hecho, es un proceso único de designación de un funcionario público en el cual participan sucesivamente los tres poderes del Estado: el Ejecutivo, a través del Consejo de Alta Dirección Pública en la primera y de la Presidencia de la Republica en la tercera etapa, el Judicial a través del Pleno de la Corte Suprema, en la segunda y el Legislativo por medio de la Sala del Senado en la cuarta etapa, lo que implica que integrantes de los tres poderes del Estado deben ir cumpliendo sucesivamente distintas etapas para las que no hay plazos obligatorios y en el caso del Poder Legislativo lo debe hacer con un quorum altísimo de tres quintos de los senadores en ejercicio, similar al requerido para aprobar una reforma constitucional. Esto ha implicado, en la práctica, un lento, engorroso y casi permanente proceso de nombramiento, que se lleva a cabo cada dos años ya que, si bien los mandatos en régimen de los Ministros tienen una duración de seis años, la ley exige una renovación parcial cada dos años. La complejidad de su nombramiento, la relativamente corta duración del mandato de los ministros y su rotación continua, pudiera implicar lamentablemente una frecuente incidencia de factores extra jurisdiccionales en la integración del Tribunal, pudiendo eventualmente afectar su independencia e incluso la idoneidad de sus integrantes.

4. Características del Tribunal Ambiental

Según el Mensaje del proyecto, sus cuatro ideas básicas eran:

- a. disponer de un control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad administrativa ambiental;
- b. que este control esté a cargo de jueces especializados y no generalistas;
- c. que el Tribunal sea un organismo de integración mixta; y
- d. que, dada su especialización y carácter único, provea de decisiones predecibles, permitiendo certeza jurídica para todos los interesados”.¹²

¹² Ver nota anterior.

Las características definitivas del Tribunal, después de su tramitación parlamentaria, son las siguientes;

4.1. Tribunal Especial

Al no formar parte del escalafón jerárquico ni de la estructura administrativa y financiera del Poder Judicial que integra a los tribunales ordinarios, tanto civiles como penales, se trata de un órgano jurisdiccional especial, siguiendo el modelo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹³. Sin perjuicio de su carácter de especial, está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema como todos los tribunales del país.

4.2. Tribunal Autónomo

No tiene dependencia jerárquica ni relación especial con las instituciones públicas ambientales que forman parte del Poder Ejecutivo sobre cuyas resoluciones es llamado a pronunciarse en los casos de reclamaciones de legalidad;

4.3. Tribunal Independiente

En general, sus resoluciones finales o sentencias son de única instancia ya que sólo pueden ser sujetas a revisión mediante la interposición de un recurso de casación, de forma o fondo, ante la Corte Suprema. Solo tres de sus resoluciones procedimentales –inadmisibilidad de la demanda, auto de prueba y las que pongan término al proceso– pueden ser apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva;

4.4. Tribunal de integración mixta

Está integrado como Titulares, por tres ministros, dos abogados, que deben haberse destacado en la actividad profesional o académica especializada en Derecho Administrativo o Ambiental y un licenciado en ciencias, con especialización en materias medioambientales, con dedicación exclusiva. Como Suplentes, el Tribunal cuenta con un ministro abogado y un ministro licenciado en ciencias, ambos con similares requerimientos de especialización y sujetos a las mismas incompatibilidades, prohibiciones, obligaciones e inhabilidades que rigen para los Ministros Titulares;

4.5. Tribunal especializado

Su integración mixta de abogados y científicos o técnicos y el personal profesional técnico contratado por el Tribunal le permite tomar decisiones considerando el razonamiento propiamente jurídico combinado con una capacidad técnico-científica de análisis tanto de las argumentaciones como de las pruebas aportadas por las partes.

Debe hacerse presente que, durante la tramitación del proyecto, el lenguaje de las sucesivas versiones del texto sobre algunas de estas características, generó importantes observaciones del Pleno de la Corte Suprema en respuesta a los requerimientos de informe provenientes de ambas Cámaras.

En el primer informe, requerido por el Senado, la Corte Suprema informó el proyecto favorablemente, concluyendo que “procede considerar como un aporte positivo la incorporación a nuestro sistema jurídico de un órgano jurisdiccional especializado en materias ambientales como aquel cuya creación se propone, por lo que, con las salvedades señaladas, se informa favorablemente el proyecto sometido a consideración de esta Corte”¹⁴

Posteriormente, a propósito de modificaciones y precisiones efectuadas al proyecto, la Corte Suprema fue consultada por oficio de la Senadora Presidente de las Comisiones Unidas de Constitución y Medio Ambiente. La Corte respondió esta vez con un énfasis diferente. En efecto,

13 Ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003.

14 Oficio N 274 de CORTE SUPREMA A CÁMARA DE ORIGEN de 10 de diciembre de 2009, Historia de la Ley N° 20.600, Biblioteca del Congreso Nacional, pg. 31 y sgtes.

el Pleno estimó que “en las condiciones en que el proyecto se propone, éste no responde a los estándares mínimos para denominar tribunales a los órganos que se pretende crear. Se trata, en opinión de este Tribunal, de órganos administrativos y no jurisdiccionales, motivo por el cual se sugiere eliminar la expresión “tribunal” de los preceptos que la emplean, precisándose además, que la superintendencia directiva, correccional y económica que se entrega a la Corte Suprema en el artículo primero nacerá únicamente cuando el asunto llegue a conocimiento de la Corte de Apelaciones que corresponda, pues la regulación que se presenta no está acorde con las disposiciones elementales de la Constitución Política de la República, de acuerdo a las cuales las referidas superintendencias suponen el ejercicio de atribuciones que exceden a una mera supervisión o tuición de superior a inferior... (..) por lo que se acuerda informar desfavorablemente el referido proyecto de ley”¹⁵.

En agosto de 2011, y ante un nuevo requerimiento de informe, esta vez de la Cámara de Diputados, la Corte Suprema, advirtiendo que no se habían superado las críticas de fondo mencionadas en el oficio anterior, reiteró los conceptos emitidos, insistiendo que “el artículo primero del proyecto le asigna a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica sobre los tribunales ambientales que se crean. Sin embargo, el hecho de tratarse de tribunales que no integran o forman parte del Poder Judicial –de aquellos a que se refiere el artículo 5 del C.O.T– transforma ese control que se pretende con la norma en algo más efectista que real y, en la práctica, dota a estos tribunales de una autonomía que produce como resultado último únicamente un debilitamiento de la judicatura y en la que a esta Corte se le priva de toda injerencia en la selección de los candidatos a dicho tribunal”¹⁶.

Por último, y a menos de seis meses de la finalización de la tramitación parlamentaria del proyecto y ante requerimiento de la Senadora Presidente de la Comisión Mixta, sobre el nuevo artículo segundo sobre Integración y Nombramiento de los Ministros, el Pleno de la Corte Suprema acordó informarlo desfavorablemente atendido que “el proyecto, en su actual versión, hace concurrir al Consejo de Alta Dirección Pública en el proceso de formación de la nómina que presentará la Corte Suprema al Presidente de la República para designar al Ministro que corresponda y contempla que dicho Consejo elaborará la lista de los candidatos idóneos a través de concurso público de acuerdo a las normas de la Ley N 19.882.(...). En definitiva, el proyecto en análisis en último término prácticamente priva al Poder Judicial de la potestad de proponer a las personas que integrarán tribunales de justicia, prerrogativa que es en esencia constitucional y que constituye sin duda una de las bases de la separación de los poderes del Estado, razón por la cual no es posible otorgarle a esos órganos tal calidad. (...) En éstas, el denominado Tribunal Ambiental, pasa a ser un órgano que integra la Administración Central del Estado... (..).”. Por último, el Pleno señala que “Atendido el tenor y la naturaleza de la modificación que se propone, la Corte Suprema estima pertinente, en esta oportunidad, plantear derechamente una objeción de constitucionalidad al proyecto”¹⁷.

5. Procedimiento

La Ley 20.600 contempla fundamentalmente dos tipos de procedimientos: uno para el control de la legalidad de los actos de la administración de reclamación, informe, vista de la causa, discusión y sentencia y otro para conocer de las demandas de reparación del daño ambiental de demanda, informe, auto de prueba y periodo probatorio, alegatos finales, discusión y análisis de la prueba y citación para oír sentencia. Hay algunas disposiciones comunes muy relevantes aplicables a ambos procedimientos, como aquellas relativas al *amicus curiae* (artículo 19) y a las medidas cautelares, conservativas o innovativas que el Tribunal puede decretar de oficio o a petición de partes en cualquier estado del proceso (artículo 24). El carácter supletorio dado por la Ley al Código de Procedimiento Civil de 1893, genera dificultades procedimentales por falta de sintonía entre ambas legislaciones lo que hace suponer que deberá llevarse a cabo una revisión de este último, particularmente en materia de daño, con el fin de contar con un procedimiento moderno, que

15 Oficio N° 133 de CORTE SUPREMA A COMISIONES UNIDAS de 10 de septiembre de 2010, Historia de la Ley N° 20.600, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 630 y sgtes.

16 Oficio N° 130-2011 DE CORTE SUPREMA A CÁMARA REVISORA de 5 de agosto de 2011, Historia de la Ley N° 20.600, Biblioteca del Congreso Nacional, pg.1181 y sgtes.

17 Oficio N° 10-2012 DE CORTE SUPREMA A COMISION MIXTA de 18 de enero de 2012, Historia de la Ley N° 20.600, Biblioteca del Congreso Nacional, pg. 1328 y sgtes.

entregue más herramientas al Tribunal, a la hora de resolver las complejas controversias relativas a la reparación del daño al medio ambiente.

LOGROS DE 46 MESES DE ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Desde el inicio de su actividad jurisdiccional el 4 de marzo de 2013, se ha mantenido una tendencia de permanente incremento en el número de causas conocidas cada año, tanto en Reclamaciones en contra de resoluciones o actos administrativos del MMA, del CM, de la SMA y del SEA como en Demandas para la reparación del daño ambiental. De hecho, a esta fecha, han ingresado al Tribunal un total de 134 Reclamaciones y 31 Demandas. Deben agregarse 42 Solicitudes de Autorizaciones a ciertas medidas provisionales o suspensiones adoptadas por la SMA y 6 Consultas de la misma para imponer sanciones particularmente gravosas, lo que lleva el total de causas ingresadas al Tribunal a 223, en su conjunto.

De las 134 reclamaciones ingresadas, 37 han sido resueltas por sentencia, más 18 acumuladas y 26 por otro tipo de resoluciones de término (inadmisibilidad, desistimiento, incompetencia, acumulación o archivo), habiendo en la actualidad 48 reclamaciones en tramitación y 5 en examen de admisibilidad.

De las 31 demandas para la reparación de daño ambiental ingresadas, 5 han sido resueltas por sentencia, 2 por conciliación y 11 por otro tipo de resoluciones de término, encontrándose en la actualidad 13 en etapa de tramitación.

Las sentencias dictadas por el Tribunal Ambiental son resoluciones de única instancia, salvo que alguna de las partes decida impugnarla por la vía del recurso de casación de forma o fondo ante la Corte Suprema. De las 42 sentencias dictadas, 23 han sido objeto de casación, de las cuales 15 han sido resueltas por la Corte Suprema y 8 se encuentran pendientes en trámite.

De las 15 resoluciones de la Corte Suprema, 7 han rechazado la casación y 4 la han declarado desierta, implicando que en 11 casos la decisión del Tribunal Ambiental ha sido confirmada por la Corte Suprema. En 4 casos se ha acogido la casación, modificando la decisión del Tribunal.

Destaco estos últimos números pues, dada la novedad que ha implicado en el sistema jurisdiccional chileno la creación de Tribunales Ambientales con competencia contencioso administrativa y el origen y la composición de sus Ministros, considero que es un logro significativo que en tan corto tiempo un porcentaje importante de las decisiones finales de este Tribunal queden ejecutoriadas de inmediato o sean confirmadas posteriormente por la Corte Suprema, lo que afirma no solo la legitimidad, sino que también la idoneidad del trabajo jurisdiccional especializado que realiza el Tribunal Ambiental en un área nueva y compleja de importantes proyecciones para el crecimiento del país y la construcción de un desarrollo sustentable para todos sus habitantes.

Por lo mismo, es importante señalar como, desde que iniciaron su funcionamiento jurisdiccional los Tribunales Ambientales, la Corte Suprema así como varias Cortes de Apelaciones, en sede de Recurso de Protección Ambiental, muy utilizado, desde su creación por la Constitución Política de la República de 1980¹⁸, para enfrentar todo tipo de causas ambientales, han ido progresivamente desarrollando una jurisprudencia de alto interés, distinguiendo como de su competencia, en dicha sede, las materias directamente vinculadas a la cautela directa de la garantía constitucional ambiental¹⁹, reconociendo expresamente como de competencia de los Tribunales Ambientales aquellas que digan relación con la resolución de los procedimientos administrativos de evaluación o de gestión ambiental llevados a cabo por los organismos públicos competentes.

Es posible que el primer pronunciamiento al respecto corresponda a la Corte Suprema cuando revocando un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y con fecha 20 de abril de 2014, en Rol 2892-2014 caratulado Junta de Vecinos Norte contra CEA de la Región de Valparaíso señaló lo siguiente:

¹⁸ Constitución Política de la República, artículo 20 inciso 2°, Editorial Jurídica de Chile.

¹⁹ Constitución Política de la República, artículo 19 n° 8, Editorial Jurídica de Chile.

Segundo: Que atendida la solicitud planteada, la que se aparta de la naturaleza de esta acción constitucional, toda vez que determinar si respecto del proyecto procede conocerlo a través de una declaración de impacto ambiental o a través de la evaluación de impacto ambiental es una materia que está determinada por el art. 10 de la Ley 19.300.

Tercero: Que además la situación planteada no es de aquellas que por su urgencia requiera de éste remedio, el que como se desprende del art. 20 de la Constitución Política de la República, tiene por objeto reaccionar contra una situación de acto anormal que de manera evidente vulnere una garantía constitucional de manera que no está destinada a resolver conflictos relacionados con la interpretación de una norma legal, cuyo es el caso de autos.

Cuarto: Que a mayor abundamiento el presente recurso no es el mecanismo idóneo para conocer del reclamo a los que hace referencia el recurrente, puesto que para ello se ha establecido un procedimiento especial conforme lo dispone el art. 20 de la Ley 19.300 en relación con el art. 60 de la misma ley.

Poco más tarde, con fecha doce de agosto de 2014, la Corte Suprema en Rol 17.120-2013 caratulado Orlando Severo Vargas contra SEA e Intendente de Arica, señala en los siguientes Considerandos:

Cuarto: Que sobre el particular resulta relevante sostener que no obstante establecerse en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los Tribunales Ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia, dentro de las cuales se encuentra –por cierto– la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental (...)

Quinto: Que de lo razonado se sigue que si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección cautelar urgente que ha sido intentada.

Igualmente, con fecha 30 de enero de 2015, la Corte Suprema en Rol 28.745-2014 caratulado Leopoldo Muñoz de la Parra y Otros contra R. Ex. N° 128 de la CEA de la Región de Los Lagos y otros, después de transcribir los argumentos señalados en los considerandos anteriormente citados, agrega lo siguiente:

Sexto: Que tanto por encontrarse pendientes de decisión ante la autoridad administrativa correspondiente reclamaciones formuladas y no resueltas, deducidas en contra de la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, cuanto porque en general la decisión misma de una solicitud que tenga por objeto dejar sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental debe ser resuelta en el procedimiento jurisdiccional ambiental pertinente, no cabe sino concluir que las pretensiones hechas valer en esta sede por parte de los recurrentes –que suponen declaraciones, valoraciones y decisiones técnicas– escapan de los márgenes de las acciones cautelares de urgencia intentadas, (...).

Similares consideraciones fueron desarrolladas por la Corte Suprema con fecha 10 de noviembre de 2015 en Rol 10.640.2015 caratulado Comunidad Indígena Tralcao Mapu y otros contra CEA Región de Los Ríos.

Asimismo, la Corte de Apelaciones de San Miguel en Rol 512.2016, caratulado Macarena Soler en representación de Marcela Mella Ortiz y otros contra Sociedad Alto Maipo SPA y CEA de la Región Metropolitana, con fecha 12 de mayo de 2016, destaca lo siguiente citando otro pronunciamiento de la Corte Suprema:

Decimotercero: Que de ello se sigue que, habiéndose ya pronunciado en su oportunidad la autoridad técnica con conocimientos en esta materia al respecto, resulta en principio, del todo ajeno a la presente acción cautelar la labor de dejar sin efecto dicho acto administrativo y ordenar un complemento al Estudio de Impacto Ambiental. Ello por cuanto, si bien la Carta Fundamental permite revisar una manifiesta ilegalidad, cuyo no es el caso, existe un nuevo ordenamiento jurídico a través de la Ley N°20.600 de 28 de junio 2012 cuando se crearon los tribunales ambientales. En efecto, desde que estos se instalaron, necesariamente constituyen la sede natural para deliberar acerca de lo que ahora se solicita. Entonces, “...la ley que creó los Tribunales Ambientales no sólo trasladó a éstos todos los asuntos contenciosos administrativos en materia ambiental que se encontraban en la Ley N° 19.300, sino que además aprobó una norma –artículo 17 N° 8- que les permite conocer de acciones de impugnación en contra de un acto administrativo ambiental, entre ellos la resolución de calificación ambiental que apruebe un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, previo agotamiento de la vía administrativa.(...)” (Excma. C. Suprema Rol N°2892-2014).

Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 17 de junio de 2013 en Rol 32698-2013, caratulado Fundación Greenpeace Pacífico Sur contra Dirección Ejecutiva SEA, había destacado, en análisis de admisibilidad, lo siguiente:

Vistos y teniendo presente,

1°) Que el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

2°) Que los hechos descritos a fojas 1, sobrepasan los márgenes del recurso interpuesto, toda vez que aquéllos deben ser discutidos y probados por los Tribunales Ambientales, lo que se contrapone con la naturaleza cautelar de la acción de protección, condiciones en las que tiene aplicación la norma de inadmisibilidad establecida en el N° 2° del auto acordado respectivo, por lo que no será admitido a tramitación.

Por último, también se pueden señalar otras sentencias de la Corte Suprema en las cuales ha utilizado similar argumentación para rechazar recursos de protección de carácter ambiental, tales como las contenidas en los Roles 14.263-2014, 21.973-2014, 27.923-2014, 33.154-2015 y 27.525-2016, permitiéndose que se considere como un razonamiento jurisprudencial ya relativamente consolidado.

LOGROS INSTITUCIONALES

1. Ampliar el acceso a la justicia ambiental

Como es sabido el acceso a la justicia ambiental ha sido una aspiración nacional e internacional desde hace décadas. Su expresión política más conocida la encontramos en, el tantas veces citado Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, que mencionara esta mañana el Presidente de la Corte Suprema. Ese principio fue materializado en el denominado Convenio de Aarhus en vigor desde 2001. En nuestra región, sin embargo, esa aspiración de acceso ha debido esperar más tiempo, hoy luego de casi cuatro años de actividad jurisdiccional, los Tribunales Ambientales de Chile constituyen una nueva expresión, no solo en el contexto latinoamericano, sino que me atrevería a decir también a nivel mundial.

La instalación en el 2013 del Tribunal Ambiental de Santiago, es sin duda un avance para todos los sectores involucrados en las cuestiones ambientales y una garantía de que las controversias que surjan, cada vez más frecuentes, más intensas y más complejas, encontrarán una jurisdicción especializada, animada por resolver los conflictos sometidos a su conocimiento como tarea exclusiva.

Quienes han seguido las decisiones del Tribunal, que están todas disponibles en nuestra página web, podrán advertir que una de las expresiones a través de las cuales se ha ampliado el acceso

a la justicia, ha sido la interpretación extensiva y finalista de la legitimación activa que ha hecho esta judicatura, tanto en sede de daño ambiental, como en el contencioso administrativo de las reclamaciones.

En la actualidad los límites y trabas para demandar la reparación del daño ambiental o para exigir el cabal cumplimiento de la legislación ambiental por parte de los titulares de proyectos, así como por los posibles afectados por el mismo, encuentran una respuesta más clara, tanto en lo que se refiere a legitimación para acceder al Tribunal, como en lo relativo a la admisibilidad y a los regímenes recursivos creados por nuestra legislación. En este sentido, el “orden” que ha impuesto el Tribunal en sus sentencias, es también una expresión de seguridad en el acceso a la justicia que imparte.

2. El aporte técnico científico a la resolución jurisdiccional de conflictos ambientales

La incorporación de aporte técnico científico a la resolución de conflictos ambientales sin duda es un aspecto particularmente interesante que debemos resaltar. El Tribunal no sólo tiene una composición que le permite integrar a profesionales venidos desde las ciencias naturales hasta las ciencias económicas, sino que cuenta con ministros especialistas, uno titular y uno suplente, que tienen la más alta calificación en diversos temas técnico ambientales. En estos años ministros abogados y relatores hemos podido aprender y ser testigos del análisis de cuestiones complejas tales como la existencia de concentraciones de minerales y su biodisponibilidad a propósito de efectos significativos en la calidad de los suelos. Estos ejemplos se repiten a diario, admitiendo los letrados del tribunal las dificultades epistemológicas presentes para discutir muchas veces sobre aspectos técnicos sin desconocer que ellos se insertan en un contexto que es esencialmente jurídico y no pura o simplemente científico.

3. Uniformar criterios y exigir debida fundamentación a la administración

Cabe destacar que el tribunal a través de sus sentencias ha hecho un esfuerzo sistemático por ir uniformando criterios en relación a diversas instituciones del derecho tales como la invalidación en materia ambiental y su relación con el régimen recursivo especial de la Ley 19.300, las medidas provisionales de la SMA, herramienta clave para su actuar y la protección del medio ambiente y la salud de las personas y la debida consideración de las observaciones ciudadanas, llenando de contenido el significado práctico y jurídico del derecho a la participación informada.

Por su parte, hemos exigido debida fundamentación a los órganos públicos encargados de sancionar los incumplimientos a la normativa ambiental, velando por el debido proceso y la adecuada justificación del ejercicio de la potestad sancionatoria. En general, el Tribunal ha requerido elevar el estándar de motivación a la administración en todo orden de materias, tanto en la evaluación de proyectos como en el ejercicio de la potestad sancionatoria, e incluso más cuando se trata de modificar normas ambientales de carácter general como ocurrió con el intento de derogación de la norma sobre MP10, decisión que, si bien fue casada ante la Corte Suprema, fue fuertemente respaldada por dicha Excelentísima Corte.

Creemos que el Tribunal Ambiental de Santiago y los tribunales ambientales del país están marcando una ruta bastante interesante y novedosa particularmente para nuestra región, donde si bien existen algunos otros modelos, modelos como el nuestro, de tribunales autónomos e independientes de la administración y el poder judicial, no son frecuentes. La experiencia de este tribunal queremos compartirla con ustedes y nos llena de gozo que ustedes la compartan con nosotros.

Jurisprudencia relevante del Tribunal Ambiental

Permítanme concluir con unas breves referencias a algunas instituciones jurídicas, que nos parecen particularmente relevantes y que han sido desarrolladas recientemente en las sentencias del Tribunal, las que pueden ser revisadas en www.tribunalambiental.cl

INVALIDACIÓN

El Tribunal ha ampliado la posibilidad de impugnar RCAs, permitiendo a terceros que no formaron parte del proceso de evaluación, solicitar el ejercicio de la potestad invalidatoria de la Administración. Lo anterior, con ciertos límites. Primero, que lo reclamado no haya sido resuelto a través de las vías especiales que tienen aquellos que sí han sido parte del procedimiento de evaluación. Segundo, que la solicitud haya sido realizada antes de los dos años desde publicada la RCA y dentro de un plazo razonable que permita a la Administración analizar dicha solicitud, de no ser así, caduca la potestad invalidatoria de la Administración.

Ver sentencias: R N°53-2014, R N°63-2015 y R N° 87-2015

PARTICIPACIÓN CIUDADANA

El Tribunal, con la finalidad de ampliar el control de legalidad del proceso de evaluación ambiental, ha interpretado ampliamente la posibilidad de impugnar la RCA por quienes hayan formado parte de dicho procedimiento presentando observaciones ciudadanas oportunamente. Por una parte, ha interpretado que, para determinar que una observación ha sido debidamente considerada, el análisis no sólo debe ceñirse al contenido de la RCA, sino que a todo el procedimiento de evaluación ambiental. Por otra parte, la debida consideración no se circunscribe únicamente al contenido de la observación, sino que a la materia observada, lo que permite hacer una revisión integral de la materia discutida.

Ver sentencias: R N°35-2014 (Ac. R N°37-2014 y R N°60-2015) y R N°86-2015

PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Uno de los casos en que la Ley permite terminar anticipadamente un procedimiento sancionatorio, es aquel en que se aprueba un programa de cumplimiento presentado por el infractor, que lo obliga a hacerse cargo de los incumplimientos imputados, así como también de los efectos asociados a dicho incumplimiento. En este contexto, el Tribunal ha determinado que el programa de cumplimiento tiene como objetivo principal e ineludible la protección del medio ambiente. Por lo tanto, las otras finalidades, como son, no verse expuesto a una sanción –en el caso de un infractor– o el ahorrarse recurso por terminar anticipadamente un procedimiento sancionatorio –en el caso de la Administración– están supeditados a que el programa aprobado cumpla efectivamente su función de proteger el medio ambiente.

Ver sentencia: R N°75-2015

PRESUNCIÓN DE CAUSALIDAD EN MATERIA DE DAÑO AMBIENTAL

Dentro del ámbito de los criterios de imputación de la responsabilidad por daño ambiental, y específicamente respecto a la carga de la prueba, el Tribunal ha señalado que el incumplimiento de una norma de carácter ambiental destinada a impedir que se produzca el daño que se alega, es una presunción no sólo de culpabilidad sino que también de causalidad. Lo novedoso de esta interpretación, al extender dicha presunción a la causalidad, el elemento más difícil de probar en el ámbito de la responsabilidad ambiental, transfiere el peso de la prueba sobre el demandado.

Ver sentencias: D N°14-2014 y D N°6-2013

PLAN DE REPARACIÓN AMBIENTAL

Una vez determinada la responsabilidad del demandado como consecuencia de una demanda por daño ambiental, el Tribunal debe ordenar la reparación del medio ambiente dañado. Con este objetivo, ha elaborado el denominado Plan de Reparación Ambiental, que se caracteriza porque las acciones de reparación contenidas en él, no sólo se restringen al componente del medio ambiente afectado, respecto del cual se constató la existencia de daño ambiental, sino que, basado en la interrelación que existe entre los distintos elementos del medio ambiente, dicho plan establece medidas vinculadas a otros componentes, sin que ello implique que el Tribunal incurra en ultra petita.

Ver sentencia: D N°14-2014

POTESTADES IMPLÍCITAS

En el ámbito sancionatorio y con la idea de permitir que, al momento de sancionar un incumplimiento, el infractor se haga cargo de los efectos ambientales de los mismos, el Tribunal le ha reconocido a la Superintendencia del Medio Ambiente la facultad de imponer, junto a la sanción correspondiente, medidas de carácter correctivas que se derivan implícitamente de la potestad sancionadora de la Administración.

Ver sentencia: R N°76-2015

Muchas gracias



“THE NEW ZEALAND MODEL OF ENVIRONMENTAL JUSTICE”

LAURENCE NEWHOOK

PRESIDENT OF ENVIRONMENT TRIBUNAL, NEW ZEALAND

Good morning everybody, I am from New Zealand which is west from here and about twelve hours away in an airplane. I have thoroughly enjoyed being in this country with my wife for the last few days, exploring some areas near Santiago and Valparaíso.

I want to talk to you about environmental justice in New Zealand, with a particular focus on the Environment Court of New Zealand, which is the court that I lead. I've been asked by the members of the forum to address some particular topics about the New Zealand model of environmental justice and particularly relevant procedural aspects, statistics about cases, process in the court, competencies of the court, meta-sections and standing, some leading cases, positive and negative aspects of the way we regulate environmental law throughout our system and the jurisdiction for appeals in the decisions of my court to higher courts. So the first four of those topics, I will be discussing in the main section of my paper which is called "Structure and jurisdiction of the Environment Court of New Zealand" and topics "b" and "e" I will be addressing in a separate section of this paper.

Now, I need to tell you first about environmental regulation in New Zealand to set the context for the work of my court. The strict background to it is an act called "The Resource Management Act" passed in 1991, directed as the court of planning and environmental regulation in New Zealand. So the court was set up within the package, within the overall jurisdiction and the court operates as an integrated part of the whole system. As a New Zealand court we are an independent body, we are independent of any branches of government and agencies but we are supporting administratively by the Ministry of Justice. At the same time, we confer with the Ministry for the Environment which administers government policy in this resource management area. So, a little bit about the New Zealand's "Resource Management Act".

The act was passed into law in 1991. It took the place of long standing environmental legislation or planning legislation. It works in a broader way than planning undertaken in many countries, such as Britain and parts of Australia. The act is for the purpose of governing the environmental management of land, air, water, soil and ecosystems throughout New Zealand's main and end territorial sea up to twelve miles from the coast and it applies the concept of sustainable management of natural and physical resources to planning and decision making. It represents a very significant change from earlier legislation because it provides for more than just the control and jurisdiction of development. Instead it is a more permissive system. It includes human activities and it's focused on the control of adverse effect activities on the environment so it's quite a complex piece of legislation with strong, holistic, environmental emphasis. It is unusual in the world. This act replaced about fifty older pieces of legislation. There are still some other pieces of legislation that I will tell you about later, which will probably be brought within the jurisdiction of the Environment Court quite soon, as a further tidying exercise.

So, sustainable management, by definition, is to provide for a balance between environmental protection and development of human use of land, air, water and soil. The environment is defined in the Act in a very broad way to include things natural, physical and people, and it includes ecosystems, all natural and physical resources, amenity values like landscapes, and the social, economic and cultural conditions surrounding them. The Act takes a very enabling approach for activities like developments and it calls for intervention only when environmental impact reaches an unacceptable level, so this is quite an innovative approach to the controlling of the environment. The Act is administered by central government and by councils. Councils are units of local government.

I wish to tell you briefly about an overview of New Zealand's environmental management mechanisms and there are three: forward planning, applications for consent and enforcement. And it is in those three areas that the work of my court comes. In forward planning terms in New Zealand, there are national policy statements, national environmental standards, regional policy statements, regional plans and district plans. My court engages in activity concerning the regional and district instruments. It doesn't have a role in setting up the national instruments. The second area is the application for what we call resource consents. You may call it planning permissions in other countries of the world. Each resource consent application, must include an assessment of the effect of the proposal on the environment. Decisions of councils about resource consent applications can be appealed to my court, the Environment Court. And finally, there is the role of enforcement of plans and of environmental standards more generally, by way of proceedings in the Environment Court.

Now, to talk to you about the structure and jurisdiction of the Environment Court of New Zealand, there is one court only for the whole of New Zealand. We have now provinces or states. We are a court of record, that is, everything that is written and said is recorded permanently for future reference. The court is a successor, it took over from several tribunals and in fact, it goes back many, many decades to constitute one of the oldest environment courts or tribunals in the world. It has an extremely broad jurisdiction. It doesn't hold a power of judicial review, although that might be brought to us shortly.

Environment judges - the Environment Court has provision for 10 environment judges in New Zealand. Presently there are 9 and we can have some other part time or alternate environment judges who sit with us occasionally and come from other courts, like the indigenous court in New Zealand, the Maori Land Court. All judges have previously been trained and practised as lawyers in New Zealand. We also have Environment Commissioners. These are non-lawyers, that is, they are drawn from other professions. And they have a mix of knowledge and experience in environmental matters that include economic, commercial and business, planning, heritage, science, social sciences, agriculture, engineering, surveying, alternative dispute resolution that I'm going to talk about, and indigenous Maori cultural matters. We presently have 12 environment commissioners and 5 part-timers, and an interesting feature of the work of the commissioners is that when they sit with a judge to constitute a panel of 3 people, usually – a judge and two commissioners –, the commissioners have an equal say in the outcome. It's not common that a judge is overruled in coming to a decision of the court, but it's happened to me once in my 15 years of the Environment Court. We can also appoint special advisers to assist us with difficult technical issues.

Now, the locations of our court. We have three cities where the court is based: Auckland, Wellington and Christchurch; we have a National Registrar and we have Deputy Registrar in each of the three cities. Staff are mainly law graduates, with special knowledge on environmental law which helps us, very considerably, in our work, and also helps the commissioners. The court's staff are required to refrain from offering substantive advice to the parties but they do offer considerable process assistance. We conduct court sittings in each of the three main cities but we also conduct them outside of those cities. Sometimes in court houses of the District Court, or the Maori Land Court, and sometimes even outside the court, in places like this, hotel conference rooms and the like. The Act requires us to go to the location of the case. So we travel extensively for work in New Zealand. I live in a beautiful country I think. And I like travelling to hear the cases throughout New Zealand. Only about 5% of the cases in our court actually come to a hearing because of most are resolved by mediation or alternative dispute resolution, prior to the need for a hearing. And I'll talk some more about mediation soon.

There is my courtroom in Auckland. Rather too many male persons I think. It looks a little bit outside of the ordinary. This was a special sitting for the retirement of a renowned professor who was sitting closer to us at the main, at the table, facing the bench. I'm in the middle of the line-up on the bench.

So I'm going to talk to you now about the prehearing and hearing processes of the court. Most cases in my court are appeals against decisions of councils. But there are some cases that are originating, for instance seeking interpretation of the Act or national, regional or local plans. So we have wide cause to review decisions of councils and to interpret government and subordinate legislation. In recent years, we've acquired a new type of case. Some large cases come directly to us without first being heard by a panel in a council. And those can result in many parties being involved in cases before us. For instance, I recently heard a case about a proposal, an application for a boat marina on an island near Auckland, where there were 310 parties, which is I think more than the number of people in this room, but they didn't all come to the hearing fortunately. We didn't have big enough space, and we developed techniques to manage that large number of parties, one of which was to appoint process advisers to



assist those people, and one of the things they did was to group together and form a body or society that was opposing the application for marina. At the bottom of the slide I talk about the key, with an exclamation mark after it. Section 269 of the Resource Management Act gives us extremely wide powers of procedure, so that unless stated otherwise in the Act or regulations, we can regulate our own proceedings in such manner we see fit. And the judges of the Environment Court have interpreted s 269 as meaning the Court is considered to be publicly accessible, or “user friendly”, commensurate nevertheless with efficiency, and fairness to everybody and with due respect for the institution. So our proceedings are conducted with less formality than the civil and criminal courts in New Zealand. We are a specialist court and we have developed our own procedures which I’ll talk about a little bit more. We require a reasonable decorum, but there is often less formality and legalism that can be found in other courts. And we think that this assists self-represented parties, those who don’t have lawyers, for instance, to participate in the cases in our court.

Who may become a party to proceedings in the court? This is quite broad, but it has become somewhat restricted by legislation in recent years. I’m a little nervous about that. But largely, parties who are involved in the prior proceeding before councils, who come to appeal to the court, can also participate before us, and then other persons who have an interest, wider than the general public, can also join into the proceedings, but that’s quite rare. It’s part of the broad powers in the Practice Note. There have been a number of Practice Notes issued by the court, we issued the latest one at the end of 2014, after public consultation, and I can give you the website address for that document if you are interested, it’s also to be found on the website of the New Zealand Environment Court, which you can Google up, it is an easy way to find it. The Practice Note is not a set of inflexible rules; it’s a guide to the practice of the court to be followed unless there is good reason to do otherwise. And it’s comprehensive in setting out communication, law documents, case management, alternative dispute resolution like mediation, procedure at hearings, the work of expert witnesses, professional witnesses, access to court records. It has three appendices. One concerning the use of electronic documents, and I’ll tell you more about that in a moment. And a protocol for the court’s system of mediation and another protocol for expert witness conferences. We engage in rigid case management, in the interest of resolving cases promptly and efficiently and cost-effectively, so their function is carried out by the judges. Each of the nine judges has his or her area to administer for case management. The judges conduct judicial conferences, and these are often conducted by telephone or if there are too many parties or issues that are very complex then they will be conducted in a courtroom. So the whole purpose of the judicial conferences is to keep proceedings moving fairly and efficiently. The alternative dispute resolution, mainly mediation, conducted by my court, is conducted by the commissioners that are the non-judge members of the court; it’s a free service of the court. The commissioners are fully trained and are very experienced, and they resolve about 75% of all the cases that come to the court, with agreement reached among the parties at mediation. Not all cases settle fully, some will settle in part, some issues will be settled, and others left for hearing. But even that process will cut down the length and complexity of the hearing to follow. Mediation is not compulsory but the judges strongly encourage it to occur. It can produce wider results, broader results than hearings can,

because it can produce side agreements on related topics that are actually not within the papers on the case. And as, many people know who are familiar with alternative dispute resolution procedures, mediation is generally very much less expensive than conducting a full hearing. So we’re proud of the system that about 75% of the cases actually settle, cost-effectively in that way.

Parties in court can represent themselves in the mediation, as they can in court, they don’t have to have a lawyer, they can bring expert witnesses if they’d like, they can be legally represented if they’d like.

This is my city, Auckland. I’ll tell you more about my city when I talk about a forum that I’m proposing to hold in April next year.

The role of expert witnesses is one in which they must assist the court independently and objectively and free of the



Auckland, New Zealand

influence of the party that pays them or calls them to participate in the case. These expert witnesses will usually be involved in mediation and they also undertake what we call expert conferencing, that is groups of experts, for instance engineers, traffic engineers, economists, ecologists who get together, and conduct a conference facilitated by one of the commissioners of the court, to produce scientifically correct or technically correct agreements amongst them. It's not about the compromise it's about reaching technically accurate agreements. Now, I have some material for you about the statistics for the resolution of the cases, and we have a very successful clearance rate of our cases. There are some detailed tables that I can show anybody in some detail later if they wish to analyse them. What we are finding is that there are fewer cases coming to the court in recent times, but they are more complex and require more activity in mediation and in hearing. So we had a clearance rate at around 100% last year, same number of cases being resolved as came in, and in the previous two years the clearance rate was higher. Last year's, 100% clearance figure was generated largely by the fact that some of the cases were particularly complex and required a lot of work. There is a photo of a rather beautiful location on the south of New Zealand, near the town of Queenstown, which I urge you to visit. Some of the scenery is rather like the beautiful country of Chile. But never mind, come and have a look and compare, and see what you like.

I wish to talk very quickly about progress and innovation of the court in recent years, the process advisers to self-represent submitters I have already talked to you about their very successful assistance to the parties to participate efficiently and well. We have electronic systems in use in the court; we're using iPads, where the judges and the staff, and the parties, and the lawyers, come to court with an iPad with an app downloaded called "Goodreader", which is a document management tool, and the use of these facilities, instead of mountains and mountains of paper, makes faster and more efficient hearings. We have a certain amount of encryption available through another app called "Box". But the cases in the Environment Court are more about public issues than private litigation as it is in criminal courts and the family courts and so there's less need of reliance on encryption. We interactively use our website to allow people to exchange information instead of sending each other massive volumes of paper.

There are appeals above my court but not on the merits. We're the final place for consideration of the merits. Appeals can go to the High Court on points of law, with leave they can go above to the Court of Appeal and with further leave ultimately to the Supreme Court.

We're only a little country with only 4.500.000 people. I think there are too many layers of appeal, but that's something for other people to decide.

Positive and negative aspects of the New Zealand's model of Environmental Justice are detailed in my paper. Positive includes accessibility, efficiency and promptness of case clearance. There is a current negative of some interference, as I see it, by the administration in the Ministry of Justice, they're trying to change support staff, support processes, to make them less efficient and less relevant to us and there is something that I've been delivering to government and I won't know until next year whether I've been successful. There have been a number of amendments to the Resource Management Act to cut down the cases, the type of cases that can have access to our court. Again, I'm worried a little bit about the amendments.

So, thank you for hearing me out. I believe we're an old and respected body, with a long record of service in the New Zealand public providing environmental access in an efficient way, and I'm very keen to hear from others about the work of their jurisdictions in Chile, elsewhere in South America and in other parts of the world.

I'm very excited about the conference and thank you for inviting me to participate.



“THE MODEL OF ENVIRONMENTAL JUSTICE IN NEW SOUTH WALES, AUSTRALIA”

DR. NICOLA PAIN

JUDGE OF THE LAND AND ENVIRONMENT COURT OF NEW SOUTH WALES, AUSTRALIA

Good morning and thank you very much to Chief Justice Rafael Asenjo for the opportunity to visit Santiago, Chile for the first time. It is quite a long way from Australia and I am afraid I arrived yesterday so I am still a bit jet-lagged and I apologise in advance if I seem to be faltering.

I am here to talk about the New South Wales model of a Specialist Environmental Court. I am a judge of the Land and Environment Court of New South Wales which is a Specialist Environmental Court established some 36 years ago. The Land and Environment Court Act was passed in 1979 and the Court was established in 1980. It is broadly similar today to the way it was set up. That says something about the vision of the people who conceived it, the politicians and their advisers at the time. We are a superior court of record. We have limited statutory jurisdiction. That jurisdiction is within a broadly common law based system. In some areas, common law remains important.

In terms of where the Court sits in the New South Wales civil court hierarchy, as you can see from the powerpoint, we are on the same level as the Supreme Court of New South Wales. Appeals from us, limited to questions of law in civil matters, are to the New South Wales

Court of Appeal. Most matters stop there. Very few matters obtain leave to appear to the High Court of Australia, the highest court of appeal in Australia. State courts deal with most environmental matters. We also have a criminal jurisdiction, which makes us unusual as an environmental court. We often describe ourselves as essentially a “one-stop shop” because we combine that civil and criminal jurisdiction in environmental matters. In the New South Wales criminal court hierarchy we sit under the New South Wales Court of Criminal Appeal and next to the Supreme Court of New South Wales. There have been very few appeals to the High Court of Australia in criminal matters. One change you will see on that diagram is that we also hear appeals on convictions and sentencing matters from Local Courts who deal with minor environmental crimes.

JUDGES OF THE LAND AND ENVIRONMENT COURT

Who are we? There are six judges of the Court including the Chief Judge who is currently Justice Preston, nine full-time commissioners, 13 acting commissioners and of course registry staff and chamber staff.

I was asked to address the appointment and retirement rules relating to judges of the Land and Environment Court. If you are under 70 years, have held a judicial office or have seven years' standing as a lawyer in Australia you can be appointed as a judge. In practice all the people appointed have much more than seven years' standing. Judges are appointed by the Governor of New South Wales on the Attorney-General's recommendation. Judges must retire at 72 years. This key aspect guarantees independence of the judiciary. It is very difficult to disqualify a judge in New South Wales. Only through a procedure whereby both houses of the Parliament of New South Wales, on proof of misbehaviour or incapacity, recommend disqualification to the Governor, a further fundamental guarantee of judicial independence.

COMMISSIONERS OF THE LAND AND ENVIRONMENT COURT

Commissioners of the Court are in a different category. They are persons who have special knowledge, experience and qualifications in various disciplines such as town planning, environmental science and land valuation relevant to the Court's work. They are appointed for a term of seven years and we also have acting commissioners who can be appointed for five years. They are only able to be removed in unusual circumstances such as misbehaviour or incompetence and I am pleased to say no Commissioner has ever been removed. It is unlikely anybody will ever need to be.

The important point about the terms of office and guarantees of judicial independence is that the Court at times sits on very controversial government and private projects. The independence of the Court is absolutely paramount in achieving the independence that is necessary.

I want to make absolutely clear that one of the strengths of the Court is the expertise of the commissioners, both the permanent and the acting commissioners. Section 12 of the Land and Environment Court Act 1979 (Court Act) identifies specific areas of expertise such as town and country planning, environmental science in all aspects, law practice and land valuation, architecture, engineering, urban design and heritage to name a few.

JURISDICTION OF THE LAND AND ENVIRONMENT COURT

In terms of the work of the Court, we have jurisdiction conferred under the Land and Court Act. The work of the Court is divided into eight classes, which I am going to deal with very briefly because of time limits. In Classes 1, 2, 3 and 4 the Court has essentially civil jurisdiction; Classes 5, 6 and 7 deal with criminal matters. Class 8 is a relatively recent expansion of our jurisdiction into mining matters that occurred in 2009.

Most of our work tends to be in Class 1 which we call merits review. Usually a commissioner of the Court sits in the shoes of the local or state government authorities which make decisions

about various development and environmental matters. Applicants for development consent can appeal to the Court if refused. The Court determines whether or not, for example, development consent should be granted and if so, on what conditions. There are limited third party appeal rights for objectors to development in relation to designated development, usually more environmentally harmful developments. A particular sub-class of appeals is called residential development appeals. I specifically mention this because they are required to have mandatory conciliation. That is an example of the Court ensuring that matters that come before it are dealt with as efficiently and practically as possible. That often involves encouraging the parties to reach a settlement and I will talk more about that.

In Class 2, a large part of the commissioners' work concerns tree disputes between neighbours. This generates a lot of disputes in and around the Sydney area. In Class 3 we deal with a wide range of matters, not all of which could be described as environmental. Most involve issues relating to land. We also hear Aboriginal land rights claims. Under the Aboriginal Land Rights Act 1983 in New South Wales vacant Crown land can be claimed by indigenous groups in specified circumstances. If the relevant minister administering that legislation refuses the claim an appeal can be made to the Court.

We also deal with land valuation in the context of compulsory acquisition of private land for public purposes by the State of New South Wales. As you can imagine compensation paid can be contentious. In those appeals the Court sits as the judicial valuer. We also deal with land tax, boundary determinations and encroachment of buildings. Overall we have quite a wide jurisdiction beyond environmental matters for a specialist court.

In terms of the work that judges do particularly in the civil jurisdiction in Class 4 we are engaged heavily in civil enforcement. Any person can come to the Court to seek to remedy or restrain a breach of any of the statutes in relation to which we have jurisdiction. Judicial review proceedings are available in relation to all 28 acts where we have exclusive jurisdiction. One I mention particularly is the Environmental Planning and Assessment Act 1979, passed in the same year as the Court Act, the main planning act in New South Wales. That is the statute under which environmental impact assessment of proposed projects takes place.

As mentioned already we have a criminal jurisdiction. The Protection of the Environment Operations Act 1997 deals with water, land, air and noise pollution, waste and dumping offences. Offences are also specified under the Environmental Planning and Assessment Act. There are 18 acts under which we have jurisdiction in criminal matters. Defendants can appeal against conviction and sentence from the Local Court, and prosecutors can also appeal.

The statistics tell us how many matters and of what type we hear. All information I am providing today is available on the Court website including this table in the powerpoint from the 2014 annual report. Very briefly, you can see we have roughly 1100 to 1200 matters a year. One important matter to note is that Class 1 registrations are about half the work of the Court. Those are the merits review cases heard largely by commissioners. That in large part explains why there are more commissioners than judges on the Court. In terms of the work the judges do, Class 4 registrations are about 100 matters a year, that is, civil enforcement and judicial review work. Recently there have been approximately 70 or so criminal matters filed in each year.

I did not want to bombard you with statistics so I did not provide the clearance rates for cases finalised but if you are interested that is certainly available on the Court website. Who, where and how does the Land and Environment Court sit?

Who sits when the Court is in session? In Classes 1, 2 and 3 it can be a judge, commissioner or two or more commissioners. Generally matters are heard by a commissioner or two commissioners who have the relevant technical expertise to decide merits reviews. Judges can sit in any of the civil jurisdiction classes with a commissioner acting in an advisory capacity. That is extremely useful for a judge, particularly where there is a lot of technical evidence to be heard. A judge sitting in Aboriginal land rights matters sits with a commissioner appointed for that purpose. The Court is located in Sydney so that is the head office, so to speak, but judges and commissioners travel around the state looking at specific development projects and sit regularly throughout all of New South Wales. We are trying to be as accessible as we can across the whole state.

In Classes 1, 2 and 3, s 38 of the Court Act emphasises that the proceedings should be conducted with as little formality and technicality as possible. The formal rules of evidence do not apply. Essentially the Court can inform itself as it sees fit. The Court does try to have flexible procedures in these classes to enable it to deal with the particular matters that come before it. This is confirmed by various practice notes that the Court has for all classes of cases. One example of these procedures is that in very contentious matters we do get a large number of objectors who wish to come to court to give evidence. The Court generally hears evidence from those who wish to come before it. Unlike New Zealand where it sounds like they can become a party to proceedings, objectors are not usually admitted as a party but the Court certainly wishes to hear from them and we have procedures to ensure that occurs.

DISPUTE RESOLUTION

Dispute resolution is of course a very fundamental aspect of the work of all courts. Like many courts around the world now we have very active dispute resolution in various forms: conciliation, mediation, neutral evaluation and adjudication (or final determination). In merits review, all parties are actively encouraged to engage in conciliation. All the commissioners of the Court are technical experts, have expertise in conciliation and are also trained as mediators.

In some cases neutral evaluation is sought by the parties. A commissioner of the Court who does not ultimately hear the matter provides them with an impartial evaluation on the actual merits of their case, a very useful mechanism. Ultimately if there is no settlement the parties do proceed to adjudication and a final determination.

Increasingly now, even in judicial review matters in Class 4, we are finding we have high settlement rates where these processes occur. I have to say that the consequence is that as a judge of many years I find that matters are getting more complicated. The easy ones tend to settle and the ones left tend to be far more complicated.

ENVIRONMENTAL LEGISLATION IN NEW SOUTH WALES

Of course the Court cannot exist in a vacuum. The type of legislation that it administers is key in many ways to the kinds of decisions that it makes. To that end I want to provide a bit of background about Australian environmental law and policy, particularly in the area of ecologically sustainable development. This policy area really developed after a lengthy period in the 1970's when there was a lot of conflict between the national government and state governments over who controlled environmental management in Australia. Ultimately that led to a number of High Court challenges by state governments of Commonwealth government legislation that were unsuccessful. That led in the 1980's and the 1990's to a far more cooperative approach between the different levels of government, that is Commonwealth, state and local governments. At the same time, there were international developments with preparation of the Rio Declaration at the Rio Conference in 1992 that informed Australian environmental law and policy. In 1992 the National Strategy for Ecologically Sustainable Development was agreed between various levels of government and led to the Intergovernmental Agreement on the Environment 1992.

Key for the legislation administered by the Court is that many of the statutes have included in their objects principles related to achieving ecologically sustainable development. That has been very important for the development of jurisprudence by the Court. For example, the Protection of the Environment Administration Act 1991 in the objects section refers to the effective integration of economic and environmental considerations in decision-making. Particular principles expressly referred to are the precautionary principle, the need to respect inter-generational equity in decision-making, the need to ensure the conservation of biological diversity and ecological integrity and the inclusion of environmental factors in the valuation of assets and services. These principles have been incorporated into many environmental acts, such as the one I mentioned earlier, the Environmental Planning and Assessment Act.

The Court has considered such principles in a number of cases. I am going to mention a couple briefly to give you a flavour of the kinds of cases where these have come up. In a merits review

matter (*Telstra Corporation Ltd v Hornsby Shire Council* (2006) 67 NSWLR 256) the Chief Judge had to decide a merits review argument about whether or not a telephone base station could be established. At issue was whether there was a risk to human health from electromagnetic energy. In that context he considered the precautionary principle which was the principle relied on by the party opposing the development. It was the first time that the precautionary principle and the preconditions to the precautionary principle operating were considered substantially by the Court. Ultimately on the evidence before him, the Chief Judge did not consider the principle was triggered and that particular development was approved.

In judicial review proceedings the Court is not undertaking a merits review it is looking at a particular administrative decision to determine if it was made legally. In one matter Mr Gray, an environmental activist, challenged the approval process for a large coal mine (*Gray v Minister for Planning* (2006) 152 LGERA 258). At issue was whether the assessment of the coal mine required the emissions of greenhouse gases when the coal was burned for power generation to be taken into account in the environmental impact assessment. At that point the Director-General of Planning had not required it. The Judge had to consider whether or not the Director-General had complied with the objects in the Environmental Planning and Assessment Act in not requiring that assessment and whether ecologically sustainable development principles had been applied. Relying in part on the inter-generational equity principle and the precautionary principle, the environmental assessment was found to be deficient.

I cannot inform you in the time available of all the jurisprudence in this area in the Court. It is an area where the Court has made some landmark decisions.

ACCESS TO JUSTICE

Broadly, access to justice requires access to information, participation in government processes and access to a court to review government decisions. Access to justice is, of course, a very important part of any courts' operation.

The Court recognises the importance of public interest litigation in New South Wales where individuals or community groups can take proceedings in the Court challenging various decisions by different levels of government. Standing rarely arises as an issue because all major environmental legislation states that any person can take action to remedy or restrain a breach of an act. This applies to civil enforcement and judicial review proceedings.

We have an adversarial system of litigation in Australia and costs are a big issue. If you are a losing party you are likely to have a costs order made against you. We have court rules in public interest cases which ensure that a meritorious case, if lost, does not necessarily result in a costs order against an applicant acting in the public interest. Similarly, for security for costs orders, an order sought early in proceedings by a respondent who is concerned that an applicant cannot pay for any costs order made if unsuccessful, we are reluctant to make those kinds of orders in meritorious public interest cases.

EXPERT EVIDENCE

I am not going to have time to deal with evidence in the way that I was hoping to. I will say that over my time as a judge on the Court one of the biggest procedural changes is how we handle expert evidence. This evidence can be challenging for environmental courts and tribunals even with specialist expertise given the complexity of the issues that come before us. In all classes of cases the Court deals with expert reports.

Procedural rules have been implemented in New South Wales generally to deal with experts. Basically the aim is to give courts greater control over such evidence, to avoid unnecessary costs associated with expert evidence and to ensure there is a duty placed on an expert witness to assist a court. One mechanism employed is that all expert witnesses now are required to comply with an Expert Witness Code of Conduct. That makes clear that the overriding duty of an expert is to assist the court. He or she must not act as an advocate for a party. In preparing a report

they must set out all their reasoning and the basis of their expertise. To manage expert evidence in the Court we have a suite of measures including these rules. We have our own practice directions to ensure the efficient conduct of proceedings before us. We have requirements for written expert evidence such as acknowledging expressly the Witness Code of Conduct. All experts must have joint conferencing without lawyers present to try to narrow and resolve expert issues. We now always hear evidence through a concurrent evidence model. All expert witnesses in a particular discipline are sworn together at the same time. They give their evidence together and are questioned by the Court and the parties' lawyers at the same time. That has been a very good way of harnessing expert evidence in the Court. One of the benefits of the specialist tribunal is certainly the ability to test expert evidence by the Court.

ENVIRONMENTAL OFFENCES

I am very short of time so I am going to mention briefly environmental offences in the Court. We have an extensive criminal jurisdiction and exclusive jurisdiction in relation to serious environmental criminal offences. Judges sit alone in criminal trials in Class 5. Classes 6 and 7 are appeals from local courts which I will not spend time on.

Interestingly for civil system lawyers perhaps, many of our statutory environmental offences are strict liability. Mens rea is not an element of the offence. The Court has jurisdiction in relation to a number of acts I have already mentioned that specify offences. I am going to mention two. The Environmental Planning Assessment Act specifies a number of offences. Most common would be carrying out development without the relevant development consent. As you can see from the powerpoint there are three tiers of seriousness of offence with Tier 1 being the most serious. Those offences do have an intentional element so there is a mental element. The bulk of offences are Tier 2 which are strict liability offences. Tier 3 minor offences tend to be prosecuted in the Local Court. Interestingly maximum penalties were increased last year for all three tiers. As you can see there are more substantial penalties in Tiers 1, 2 and even 3 for companies, with multimillion dollar fines potentially possible. Individuals also have substantial penalties potentially. A similar regime exists in the pollution control area. The Protection of the Environment Operations Act also specifies Tiers 1, 2 and 3 offences. Tier 1, being the most serious, specifies the wilful or negligent commission of an offence with correspondingly serious penalties including imprisonment. Penalties were also increased last year. I cannot give you particular cases where the new penalties have been applied as the judges have not had any cases yet where we have to consider these new penalties.

In terms of parties in criminal cases before the Court, the prosecutor tends to be a specialist prosecutor whether the Environment Protection Authority or the Department of Planning and in some cases may be a local council which is likely to have expertise in prosecuting offending actions.

Defendants can be individuals, companies or government entities. Increasingly it is the case that if a company is charged a company's director, as the directing mind of the company, is also held responsible. There is individual liability for the company director specified in many pollution offences.

Very briefly, because of the large number of strict liabilities offences there are also a high number of guilty pleas. In 2014, 75 percent of criminal cases were dealt with by a guilty plea.

COURT ORDERS IN SENTENCING

I want to mention briefly the kinds of orders the Court can make in sentencing. As well as imposing penalties the Court can make orders for restoration of the environment and prevention of further harm, publication orders requiring the parties to publish in the newspaper the fact that they have been prosecuted for an offence and orders requiring money to be paid for a specific project, for example.

There are a number of other observations that I was going to make about positives and negatives for the Court. I am out of time so I can explore all that in questions.

Thank you very much for your attention.

"THE HAWAII MODEL OF ENVIRONMENTAL JUSTICE"

MICHAEL D. WILSON

ASSOCIATE JUSTICE AT SUPREME COURT OF HAWAII, USA



Aloha. Interesting that you all said *aloha*, that's what we do in Hawaii and I should say *Buenos días*. I'm very excited to be here and I must say that the experience of being in Chile is everything that I heard it would be. I had a great time last night. I had the opportunity to have great Chilean wine, that was exciting but in many ways the most exciting thing is to be with all of you and to speak about the importance of Chile and your court to Hawaii. Your Chief Justice Rafael Asenjo, you don't know this because you see him in Chile, but when we see him in Hawaii it is a wonderful thing. He is a friend of Hawaii. When he is with us he is to our lawyers and judges an icon –an internationally recognized example– of a judge who devised and implemented a new judicial institution that is critical to the application of the environmental law. Chief Justice Asenjo and the judiciary of Chile have pioneered the development of an independent, informed and productive environmental court that is a model for the rest of the world.

Let me speak a bit about what environmental courts try to accomplish because that's why I'm here today: to speak about Hawaii's Environmental Court and the Global Judicial Institute for the Environment with this broad maybe presumptuous idea of a judicial response to a dying planet. In his remarks today, the chief justice of the Supreme Court of Chile put this in context with a very powerful statement that he gave. He said that the survival of the world depends on specialized environmental courts. He said it was a magnificent mission (I think this is what he said, because the translator was translating for me, he was speaking in Spanish). I only hope some of the language I am using can be translated in a way that could be equally as stirring and equally as inspiring as words of the chief justice of Chile. I have an astronaut here who put in perspective the idea of Hawaii and its relationship to this international concern about a dying planet and climate change. His name is Chuck Brady and he saw from his position above the earth in space what he believed to be the most beautiful place on earth--Hawaii. We are a little place, we are 1.4 million people. I have the privilege of being on the Supreme Court of Hawaii, which may sound rather grand or magnificent as your chief justice might say but, you know, you are a country– a vast country compared to us. I know that the country of Chile is

approximately 17 million people but we do make a difference with our little state because we are seen as perhaps the most powerful vision of an ideal environment on earth. We have the most powerful cleansing agents on earth purifying Hawaii all the time. The cleanest air that comes across the earth's largest wilderness, the Pacific Ocean, and the cleanest ocean. We are the most remote land mass on earth. However we have great challenges I will be speaking about; challenges that have a lot to do with climate change. Chuck Brady came back to earth with the idea of thanking those who take care of Hawaii's environment because he saw the earth deteriorating and he wanted to thank the group that had done the most, he felt, to protect the most beautiful place on earth that he saw from space. He had a sense of anxiety that he wanted to address by helping Hawaii. So when he came back from space and traveled to Hawaii I think he was startled to learn that we have one of the weaker resource management programs in the United States and that's why now we have an environmental court. This is Hawaii. Please come. Really, all of you have the financial ability to travel at some point of your life to Hawaii and as individuals and human spirits committed to protecting Chile and the planet, you need to see what might be the most extraordinary example of God's nature on Earth. That's our volcano; this is an amazing beach that was recently addressed by our environmental court. These are incredible endangered species; we are the capital of the endangered species in the United States.

And the future of Hawaii depends on an international cooperation. This is the International Union for the Conservation of Nature that came to Hawaii in September. It is composed of 1.600 NGO, Non Governmental Organizations and over a 100 country members. Why was it in Hawaii? What was the reason that individuals such as your chief justice Asenjo converged on our little state? Because of a nature driven, a nature driven commitment. Not a commitment that comes from pursuit of personal profit or personal prestige. But a commitment based on internal values of protecting our common heritage in nature. The core reason why the International Union for the Conservation of Nature, the oldest conservation organization, came to Hawaii, was to address the most important issue facing humanity: Climate change. The word "Climate Change" appears in this slide on top of a book called "A story like the wind". "A story like the wind" is a powerful, internationally renowned novel written by Laurence Van der Post about changes in society that are so profound that they are propitious, there is a meaning that proceeds them. Climate change I would submit reflects that idea of "A story like the wind" because something is coming. Something extraordinary is about to happen. Either people will reduce carbon emission in the next 50 years or the planet will be damaged so that it will grow less agriculture, provide less fresh water, produce vastly more diseases and kill unprecedented millions of people with waves of heat and storms. This is so as we head towards a world population projected to grow from 7.4 billion to 11.2 billion by year 2100. I will speak today about part of the solution promoted by the people of Hawaii, the International Union for the Conservation of Nature, the United Nations Environmental Program, and the Organization of American States who have joined behind the concept of environmental courts as well a global judicial institute for the environment. Through the empowering framework of environmental courts and the judicial institute for the environment, men and women will be trained as judges to apply the environmental rule of law in the anthropocene era of climate change. Anthropocene being the modern word to describe a new era that we are in defined by the fact that human kind's release of carbon emissions is causing a change to Earth's environment.

Climate change. I assume when I said "*Something extraordinary is about to happen*" you probably, immediately thought, since I am from the United States, I was talking about Donald Trump. But no. Although that could be an extraordinary thing, we presently have an extraordinary President, who will continue to be president until January. What does Barak Obama identify as the most important issue facing humanity? Is it war, social injustice human traffic or illegal arms sales? The number one issue facing humanity that will define the contours of this century is the the urgent and growing threat of climate change. This is a position that is shared by the United Nations that has formalized it in the sustainable development goals and it is a position that was, as you know, enshrined in the agreement in Paris. An agreement between 190 countries about reducing climate change.

What specifically does the agreement purport to do? The scientific community has identified the need to ensure that the planet does not heat up more than 2 degrees from the pre-industrial era. The severe consequences of a two degree increase in global temperature have resulted in climate change being identified as the most important issue facing humanity by the former

president of the United Nations as well as the President of the World Bank. But perhaps more importantly, China has pivoted and focused on this issue. Why China? The carbon footprint of China is the largest in the world. To give you some perspective, compared to the United States, the United States' carbon footprint is half of China's. The president of China is now committed to an eco-civilization; in July, 2016 the government of China sponsored its "ecocivilization conference". The statement of President Xi Jinping echoed by the assembled party officials to an international audience of 4000 people was that China shall reduce its carbon footprint in accordance with its COP 21 carbon mitigation commitments (Intended Nationally Determined Contributions) This impending two-degree threshold of potential ecological collapse was on the mind of the President of China and the President of United States when they met before and after the Cop 21 agreement in April to put a bilateral agreement together that would encourage the rest of the world. As a result, an extraordinary agreement was achieved with specific commitments by the countries of the world to reduce human-caused carbon emissions.

It is a challenge to try to explain why it is important to not have the earth heat up more than two degrees from preindustrial levels. A 1 to 2% drop in Celsius caused a little ice age. A 5% drop caused most of the earth to be covered by ice. What will happen when global warming reaches two degrees? It is so epic that it brings me back to the chief justice of Chile's statement about the importance of environmental courts being a necessary path to protect earth. Application of the environmental rule of law to enforce carbon-reducing laws could mitigate the increase in Malaria, Dengue fever, Lyme disease, bird flu and Ebola that are expected as the earth warms to two degrees. The impact of climate change is described in charts created by the Center for Disease Control and Prevention in the United States. The charts show a radiating combination of health emergencies that will have international impact, particularly on people in this audience who are 30 years old or younger. In addition to the increase in disease epidemics, the health of ecosystems will plummet. It is exciting to be with very well know judges of environmental law, judges Pain and judge Newhook of Australia. Global warming in their part of the world has caused kelp forest to disappear from over 100 miles of coastline. The world's leading scientists speak in terms that are very important to alerting judges to the impending social issues arising from climate change. Perhaps, the most renowned scientist, E.O. Wilson, has said we will be down to half the species of plants and animals by the end of the century. This is Stephen Hawking. I'm sure you recognize him, he's the most famous physicist in the world, who says: *"A rise in ocean temperature would melt the ice-caps and cause a release of large amounts of carbon dioxide from the ocean floor. Both effects could make our climate like that of Venus, with a temperature of 250 degrees"* If we reach 3°C of warming from preindustrial temperatures, the tipping point described by Professor Hawking might occur.

The effects of climate change in our state of Hawaii will be devastating at 2 degrees centigrade., Our mountain watersheds, the source of our water are already being diminished. Sea level rise threatens our fresh water aquifers with salt water intrusion. In addition to losing drinking water, Waikiki beach, our major economic engine, is threatened with flooding if sea level rise from global warming continues.

The future effects of unmitigated climate change will be extraordinary. The younger generations, the millennials, are becoming focused on climate change as a threat to their future. That is why they are organizing to take over the traditional Democratic Party in Hawaii; that is why in the last 6 months there have been 6 international conferences on the issue of climate change and the environmental rule of law. In China, in Korea, in Brazil, in Norway, in India and in Chile conferences have addressed the application of the environmental rule of law in the time of climate change, Young people are about to inherit an Earth that, no doubt, will be more damaged than it is right now. When you consider the reality of today where young people are surfing surrounded by garbage or, in Korea where a young professional or a professor, a young judge looks up and faces a life amidst contamination of the earth is so serious that he or she must put a mask on children in the morning —when you consider the present reality of poison and contamination that is the inheritance of the young people of earth— the idea of reducing carbon emissions is as serious to the young as it is to the President of China and the former President of the United States. In Hawaii, we have letters to the editor of our newspaper that complain of the amount of garbage coming from the erosion that takes place in Hawaii as a result of sea level rise. And when global warming reaches 2°- 3° we will no longer have coral. Coral is the most prolific ecosystem on earth. It has more plants and animals per square foot

than any other ecosystem. Coral provides food and shelter for fish production and it is the source of sand for our beaches. Coral is our greatest protection from storms that strike our shores.

The world community has come forth to help Hawaii mitigate the effects of climate change. With the inspiration of judges such as your chief environmental court Judge Rafael Asenjo Zegers, our community has organized to overcome the executive and legislative branches of government that have resisted for years treatment of natural resources issues as required by law. That is why our environmental court was created.

The importance of climate change and its attendant legal issues faced by environmental courts are unprecedented in human history. If you consider that in the United States our legal system has addressed profound social issues such as slavery, factory working conditions for children, gender equity, control of monopolies, regulation of financial markets, pollution, and terrorism—it is sobering to note that each of these serious social issues had no solution horizon. Their solution was not limited by time; their resolution did not have a window of fifty years. But climate change is unlike any other social issue, in the sense that it does have an impending solution horizon. This solution needs to take place within 40 or 50 years. Environmental Courts are institutions equipped to address this preeminent social issue. Diminished resources, climate-caused migration, disease increase, vast population increase from 7 billion to 11 billion by the year 2100 are going to generate myriad legal issues of great social consequence. The men and women of the world's judiciary will be tasked with fair application of the environmental rule of law during the looming era of climate change impact. Mahatma Gandhi is famously quoted to have said a small group of people can create justice: *"We are a small determined group of people that work hard to create justice"*. Thurgood Marshall was one of our great Supreme Court Justices. His grandparents were slaves. He was among a small group of judges who applied the rule of law to social justice issues at a time when to do so was unpopular. Before becoming a judge, he created grass-root level justice as a community organizer and lawyer. In Hawaii, Jan Dapitan is the lady behind the Environmental Court. She overcame the governors and the legislators who continually resisted the idea of the environmental court.

The Environmental Court of Hawaii is required to apply an environmental rule of law based on an extraordinary provision of the Hawaii State Constitution. Article XI, Section 1, defines natural beauty as a natural resource:

For the benefit of present and future generations, the State and its political subdivisions shall conserve and protect Hawaii's natural beauty and all natural resources, including land, water, air, minerals and energy sources, and shall promote the development and utilization of these resources in a manner consistent with their conservation and in furtherance of the self-sufficiency of the State.

All public natural resources are held in trust by the State for the benefit of the people.

This is the only provision of all the Constitutions in the United States that designates natural beauty as a natural resource. Article 1 section 9 of the Hawaii Constitution declares the right of all citizens to a clean and healthful environment.

To enforce the principles contained in our Hawaii Constitution, Jan Dapitan convinced our Hawaii Legislature to pass legislation to create the environmental court—the only environmental court in the United States with criminal and civil jurisdiction. The court began in July, 2015. The purpose section of the statute states that because government has not been adequately protecting the environmental rights of the citizens, an environmental court must be created.

Our Environmental Court has exclusive jurisdiction over 60 chapters of our state statutes. There have been over 1600 cases in the last two years and the cases have been so significant that the executive branch and the legislative branch have passed legislation to reduce the jurisdiction of the environmental court. The concern judge Newhook expressed that the independence of environmental courts is at risk, refers to a trend taking place all around the world. That is why the judges of the environmental court of Chile and judge Asenjo stand out. As one of the world's great judges, Justice Asenjo has stood the test of time to remain independent and to stand for the values of the young people who will need the help of the judiciary in the future.

Justices from around the world such as Justice Asenjo have come to Hawaii to help us train our Environmental Court. Justice Satwanter Kumar from the Green Tribunal of India and Justice Thakur, the Chief Justice of India, came to Hawaii to support our environmental court. They have presided over more than 7,000 environmental cases applying the environmental rule of law to clean the Ganges and clean the air in New Delhi. Antonio Benjamin, justice of the Supreme Court of Brazil who helped create the Global Judicial Institute for the Environment and is Chair of the International Union for the Conservation of Nature, World Commission on Environmental Law, also came to Hawaii to assist our environmental court. Justice Bryan Preston from New South Wales, Judge Michal Rackemann from Australia participated in training our judges. This international community of judges committed to the environmental rule of law has joined together at the Global Judicial Institute for the Environment. They are men and women called upon to apply the environmental rule of law in the face of perhaps the most important issue to ever face humanity: global warming and climate change. The Global Judicial Institute for the Environment was formed by the United Nations Environmental Law Program, the Organization of American States, the International Union for the Conservation of Nature, and the Brazilian Judges Association. It's founding papers were finalized in Rio in April, 2016 and it was officially approved at the Congress of the International Union for the Conservation of Nature in Honolulu. The GJI will bring judges together from around the world with the support of academics to capacity-build and prepare judges for the pressing environmental issues that are now faced by the major industries of the world and the executive, legislative and judicial branches of government.

I have reached the end of my remarks. I would like again to thank Chief Justice Asenjo for his invitation. Thank you for the opportunity to come here in person to tell you how much we appreciate what is happening in Chile with your remarkable environmental court and its leadership. You have an extremely powerful court, you make a difference to us in Hawaii because we have only 20 environmental court judges who are just beginning to face challenges to judicial independence. In the United States, a country of 315 million people, there are only 2 environmental courts: one small municipal court in Vermont and our court in Hawaii. The world, needs the Environmental Court of Chile as an example. We will continue to benefit from your leadership in the future. So, in Hawaii we say "*Mahalo*" which in Hawaiian means thank you. It's been a great honor to be here among all of you. *Aloha*.

■ PARTICIPANTES PRIMER PANEL "MODELOS DE JURISDICCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL".



BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS

MODERADORA NATALIA ALFIERI

RELATORA ABOGADA, TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO



Agradecemos a los cuatro destacados expositores, sus ponencias y pasamos a continuación al bloque de preguntas y respuestas de 30 minutos.

Para comenzar leeré dos preguntas al Ministro Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago, Sr. Rafael Asenjo:

¿Cuáles han sido las mayores dificultades en términos amplios que ha tenido el Tribunal Ambiental de Santiago en esta etapa de nacimiento?

La siguiente es sobre las competencias del Tribunal, si las considera suficientes. Y si la respuesta es no, ¿en qué otras materias debiera tener competencia?

Sr. Rafael Asenjo

Iniciar un tribunal del cual no existe nada nos generó bastantes dificultades. Se aprobó la ley, juramos ante el Presidente de la Corte Suprema y el Ministerio de la época pretendía que el mismo día nosotros iniciáramos nuestra actividad jurisdiccional. Reconozco que era francamente una locura. No teníamos ni siquiera RUT. Los chilenos, saben que una institución que no tiene RUT no puede recibir financiamiento y no teníamos financiamiento porque estaba en el presupuesto del año siguiente, por lo tanto, cuando estábamos todavía en el 2012 no teníamos financiamiento hasta el 1° de enero de 2013 y para eso necesitábamos tener RUT, cuenta corriente en un banco, etc. Los ministros, que éramos los únicos que estábamos, recorriamos las filas de los organismos públicos para sacar el RUT.

Desde lo práctico, de no tener un lugar donde sesionar. Los primeros días nos juntábamos en las

oficinas de los ministros, particularmente uno que tenía una oficina un poco chica pero en la Corte Suprema, hasta que la Corte Suprema, entendiendo que no teníamos financiamiento nos prestó un local en el Centro de Justicia y pudimos físicamente empezar. Desde eso hasta instalar un tribunal, llamando a concurso y seleccionando al personal que nosotros consideramos de alta calidad para el Tribunal, ese proceso toma muchísimo tiempo. Y es una energía que uno diría que parece perdida pero que al final significa echar a andar una institución. Estoy absolutamente convencido que los ministros del Tribunal de Valdivia vivieron exactamente la misma experiencia, nosotros pudimos alojarlos algunos días en nuestras oficinas puesto que ya estábamos instalados cuando ellos se constituyeron.

Todo ha sido difícil. Es una institución nueva, que tiene sus ventajas al ser una institución autónoma e independiente, pero eso significa también que los padrinos son más o menos, no más. Por lo tanto, el esfuerzo ha estado concentrado en los hombros y en la energía de los ministros, de los profesionales, de los abogados, de los administrativos, de los encargados de los recursos financieros, de la Dirección de Presupuesto, etc.

Lo segundo es lo que ya mencioné, el proceso de nombramiento de los ministros toma muchísimo tiempo, es extraordinariamente complejo, participan instituciones que no tienen la más remota sospecha de lo que es un tribunal de justicia, instituciones como la Alta Dirección Pública, que selecciona especialistas en gestión pública y los jueces si hay algo en que no somos especialistas es en gestión pública porque no podemos hacerla. Por lo tanto, hay mucho problema y hay instancias que pueden hacer uso de materias no propiamente jurisdiccionales para alterar la composición del tribunal.

Sobre la competencia del Tribunal, quiero decir que todo lo que he dicho es absolutamente personal y obviamente no compromete al Tribunal. La competencia yo la considero, o me gustaría considerarla, una competencia inicial que está basada en exclusivamente aquellas materias, en el contexto administrativo (porque en daño ambiental es distinto), que dicen relación con las decisiones tomadas por los organismos públicos en relación a los instrumentos de gestión ambiental de la Ley 19.300. Y la Ley 19.300 con toda su amplitud no cubre la totalidad de la temática ambiental de ninguna manera. Hemos dicho que la gestión ambiental, está en el país muy fuertemente concentrada en el procedimiento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental y eso tampoco se hace cargo de la totalidad de la gestión ambiental. Ha habido y hay proyectos en tramitación en el Congreso que darían más competencias al Tribunal Ambiental, la puerta está abierta legalmente para nuevas leyes que le asignen competencias al tribunal. Mi opinión es que esto debiera ser un proceso gradual de incorporación de materias de competencias del tribunal, particularmente vinculadas al desarrollo, que desgraciadamente ha ido con una lentitud grave, en materia de biodiversidad y recursos naturales.

Moderadora Srta. Natalia Alfieri

Preguntas para el juez Laurence Newhook: *¿Puede dar ejemplos de aquellos poderes amplios procesales que tiene la corte ambiental que le permite eficacia y eficiencia y acceso a la justicia y a la resolución de conflictos? Es decir, la conducción de procesos sin formalidad. Si puede dar ejemplos sobre esa materia.*

Mr. Laurence Newhook

Thank you for the question. The basis upon which we are able to bring informality but efficiency at the same time, result I think in a combination of finest efficiency and access to justice all at the same time. And we are proud of way we are doing it now.

Those concepts do not have to be in competition with each other. If the court organized itself in a way that can provide really access to justice and then efficient determination of the cases are brought to it. The basis upon which we arrival to achieve this is a section a act in our statutes, section 269 it is and I mentioned it speaking before and it gives us the power to organized all procedures in any way that is efficient and leads to finest access to justice unless there is something else in the statutes that prevent us to doing so.

So, there is some procedures sitting out on the statutory but not too many. Largely the procedures that are left to us to organize which we have principally done through publishing practice notes, the current one issued after public consultation in 2014 and the procedures that we sit there are not firm there are guided. And we use them as a guide but we offer flexibility and so we

believe that we do assist parties who come to us that don't have a lawyer and who need access to environmental justice can be heard first in the mediation or alternative dispute resolution procedures that have resolved 75% of our cases, and then later if cases need to go on to hearing like New South Wales, this tend to be the more complex ones, we can organize ourselves to provide access for people to be heard through that principle in our statutes that provides access to justice. So we think we bring the things together and we get the case resolution, we are happy with the way is going. We can always do better and we are always looking for more efficient ways to assist parties and to provide them with access to justice.

Moderadora Srta. Natalia Alfieri

Para la jueza Nicola Pain: *¿qué factores explican el alto porcentaje de acuerdos que logra el tribunal? Y, por otra parte, si puede aclarar o explicar sus dichos sobre que la competencia en acciones de clase 1 de revisión de decisiones administrativas es de mérito. Es decir, se ven temas que van más allá de la legalidad y hasta qué punto se controla la discrecionalidad de la decisión administrativa, cómo se refleja eso en la prueba, por ejemplo.*

Mrs. Nicola Pain

Thank you for those questions. So in terms of why such a high settlement rate a bit like New Zealand we have extensive practice directions available, we try to provide as much information to the public about the court as possible. Many people do have lawyers but you don't have to have a lawyer to come to the court and we do try to assist any person to pursue their matter in the court because we have expert commissioners who can assist in conciliation as well as mediation and also mutual evaluation. It does mean that parties get a lot of opportunity to discuss with each other the issues in the case so, I think that is the way that we encourage parties, in some cases force them, but usually encourage parties to talk early. That means that they do actually genuinely discuss the issue, I think that is probably the case why we do have such a settlement rate. As I said we do travel around all of New South Wales. We have on-site hearings; is part of conciliation and mediation also so we do try reach out, sort of speak, we are not just stuck in head office in Sydney and I think that in part this relates to what the court to achieve within matters. So that would be my simple answer to why we have such high settlement rates.

In relation to the class one measures it might be my explanation inadequate but these are merit review matters. The court is the measure of fresh on evidence before us and the actual decision is frankly irrelevant. The evidence I have doesn't really matter, we must decide the matter anew and we have to do that in the bases of evidence before us, which maybe different to what was before in the original decision maker. So it might something different perhaps on civil system administration review, so what I'm trying to emphasize is the merit's review court is the decision maker and decides if a particular development will go ahead or not and if it does go ahead, on what conditions.

Moderadora Srta. Natalia Alfieri

Para el juez Michael Wilson: *¿cómo impulsar la mayor creación de tribunales ambientales en Estados Unidos? Y si el modelo de jurisdicción de Hawai ha aplicado la normativa ambiental con equidad y sin inclinarse, sea por las razones que sea, hacia quienes tienen poderes o privilegios.*

Mr. Michael D. Wilson

Thank you for that question. I think that the way environmental courts can become an accepted institution similar to Chile's is, as I mention the example of the International Community which allows our leadership in the different branches of government to understand that is useful. And the example of Hawaii, as you are very kind to say, result in just decision making. I think we'll become more of an important example as the underlying problem of inadequate decision-making on nature resource issues, becomes a greater problem and is recognized as a reason by the younger people and the grass-roots community to follow the lead of other parts of the world and allow for greater expertise with judges and of course greater access by the community to the courts. We have done that in the United States with social issues, I'll just mention one: but when slavery was part of our economy, the effort to stop slavery did required strong grass-roots efforts because agriculture was the main industry and it was supported by the executive and legislative branches initially.

Moderadora Srta. Natalia Alfieri

Agradecemos nuevamente las cuatro exposiciones y las respuestas a las diversas preguntas que hemos realizado y damos un cierre así, a este primer panel. Muchas gracias.

SEGUNDO PANEL

“PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA AMBIENTAL”

EXPOSITORES

CARLOS CARMONA

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

DR. VOLKER MAUERHOFER

UNIVERSITY OF VIENNA, AUSTRIA

DR. OTTO SPIJKERS

LECTURER IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW AT UTRECHT UNIVERSITY, HOLLAND

MANUEL PULGAR-VIDAL

EX MINISTRO DEL MEDIO AMBIENTE DE PERÚ

MODERADOR

JUAN PABLO ARÍSTEGUI

RELATOR ABOGADO. TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

PRESENTACIÓN DEL PANEL

SEBASTIÁN VALDÉS

MINISTRO TITULAR CIENTÍFICO DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Muchas gracias, muy buenas tardes y bienvenidos a este segundo Panel del día, denominado “Promoción de la Justicia Ambiental”. Iniciamos este segundo panel del II Foro de Justicia ambiental con exposiciones sobre la promoción de la justicia ambiental, para ello hemos invitado a cuatro distinguidos panelistas que nos darán a conocer aspectos relacionados con los roles que cumplen el Estado y la ciencia respecto a la promoción de la justicia ambiental, además de ilustrarnos de casos relacionados con dicha promoción.

La finalidad de este panel es dar cuenta, en primer lugar, sobre el rol de la ciencia en la promoción de la justicia ambiental y las oportunidades que existen para que la opinión científica haga una contribución real en procesos judiciales ambientales, la capacidad del conocimiento científico para impulsar la certeza jurídica y el aporte que puede hacer el Estado en propiciar la generación de buena ciencia, relevante para la generación de este tipo de casos.

En segundo lugar, se expondrá sobre el rol del Estado en la promoción de la justicia ambiental, mediante un análisis de la jurisdicción constitucional y de diversos mecanismos para la promoción, como la creación de recursos, procedimientos especiales, legislación de protección, fortalecimiento de fiscalización, creación de mecanismos técnicos de defensa de personas, defensoría penal ambiental y la institución del ombudsman.

En tercer lugar, en este panel se presentarán algunos casos que ilustran y permitirán debatir sobre el rol que han tenido, tanto el Estado como la ciencia, en la evolución y solución de conflictos ambientales. El primero de ellos es el caso Urgenda, en el cual un tribunal civil holandés llegó a la conclusión que el estado se encontraba actuando de forma ilegal al no tomar tomando las medidas necesarias o apropiadas para reducir la magnitud de las emisiones de gases de efecto invernadero en los Países Bajos. Por otro lado, se expondrá sobre la minería ilegal en el Perú y sus impactos ambientales derivados principalmente del uso indiscriminado de mercurio y cianuro en la minería del oro, los que han ido contaminando los ríos de la región de Madre de Dios y otras áreas ricas en biodiversidad, se analizará el rol que ha jugado el Estado sobre el particular, la normativa ambiental asociada, el rol de las comunidades y las respuestas de la industria minera, entre otras materias.

Esperamos que este panel sea del interés del público, dada la importancia que tanto el Estado como la ciencia tienen en la resolución de conflictos ambientales.

Muchas gracias.



“EL ROL DEL ESTADO EN LA PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA AMBIENTAL”

CARLOS CARMONA

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

I. Agradecimientos

En primer lugar, quiero agradecer a Rafael Asenjo invitarme a exponer a este Segundo Foro Internacional. El tema que me corresponde abordar es el rol del Estado en la promoción de la justicia ambiental.

En segundo lugar, quiero pedir disculpas, de partida, porque a lo mejor algunas de las cosas que voy a decir otros ya las abordaron y el tema que se me encargó es algo críptico.

En tercer lugar, quiero anunciar que mi exposición será breve. La traigo escrita. Y hay cosas que diré y otras que dejaré a la imaginación creadora de quienes escuchan estas palabras.

II. El origen del Tribunal Ambiental

Para partir, quiero señalar tres ideas fundamentales.

En primer lugar, los tribunales ambientales son parte de la nueva institucionalidad ambiental.

En efecto, cuando en 1994 se promulgó la Ley N° 19.300, no se contemplaba una institucionalidad como la de ahora. Ni en la administración ni en los tribunales. En este último caso, la sede de reclamación eran los tribunales ordinarios para las indemnizaciones por daño ambiental, y para ciertas reclamaciones. También existía el recurso de protección. Esta era la instancia normal de reclamación jurisdiccional para antes del año 1994.

La institucionalidad comenzó a cambiar cuando, en 2007, se dictó la Ley N° 20.773, que le dio al Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente el rango de Ministro de Estado. En las normas transitorias de esa ley, se encargó a dicho Ministro formular y presentar al entonces Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, una propuesta de rediseño de la institucionalidad ambiental.

En junio del 2008 se materializó ese compromiso, enviando el Mensaje que daría origen a la Ley N° 20.417, que cambió toda la institucionalidad ambiental, pues creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

En segundo lugar, el Congreso fue amarrando las decisiones futuras. La ley N° 20.417 alude a los tribunales medioambientales, pero estos aún no se creaban. El artículo 9° transitorio de la Ley N° 20.417, publicada en enero del 2010, establece que la vigencia del título II y III, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, iba a entrar en vigencia el día que comenzara el funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental.

Dos años después, por Ley N° 20.600, de junio del 2012, se reguló la creación de los tribunales ambientales. Ahí se estableció, en el artículo 1° transitorio, que el Segundo Tribunal Ambiental debía entrar en funcionamiento seis meses después de la publicación de esta ley. Los otros dos tribunales entrarían en vigencia 12 meses después de publicada la ley (artículo 2° transitorio). Mientras no entraran en vigencia estos, la competencia quedaba arraigada en el Segundo Tribunal.

Finalmente, quiero destacar que el medio ambiente debe ser uno de los pocos sectores en Chile que tiene tal grado de hermetismo, en el sentido de tener una institucionalidad administrativa y jurisdiccional propia.

El funcionamiento de los tribunales ambientales, además, llegó en un período en que la Corte Suprema, vía recursos de protección, había hecho un control jurisdiccional en una serie de proyectos. Sus sentencias habían generado mucho impacto.

III. Novedades de los Tribunales Ambientales

En Chile, no existe un contencioso administrativo general. Más bien, existen leyes que otorgan

competencia a distintos tribunales para conocer de actos contra la administración. Esos tribunales pueden ser ordinarios o especiales, integrantes o no del Poder Judicial, de primera o de segunda instancia.

Todas esas posibilidades las brinda el artículo 38 de la Constitución, reformado en 1989, que permite que las personas puedan reclamar contra los actos de la administración “ante los tribunales que determine la ley”.

El diseño abordado por el legislador en estos tribunales, es bien particular.

En primer lugar, tiene una integración mixta. Si bien dos de los Ministros deben ser abogados, el tercero debe ser licenciado en ciencias con especialización en materias ambientales (artículo 2°).

En segundo lugar, también es novedoso el procedimiento de designación. Este tiene cuatro etapas. La primera, es ante el Consejo de la Alta Dirección Pública; la segunda, ante la Corte Suprema, quien debe elaborar una quina; la tercera es ante el Ejecutivo; la última, es ante el Senado quien debe votar por la propuesta del Presidente por los tres quintos de sus miembros en ejercicio (artículo 2°).

En tercer lugar, el personal del Tribunal se rige por el Código del Trabajo (artículo 15).

En cuarto lugar, las resoluciones del Tribunal Ambiental son apelables ante la Corte de Apelaciones (artículo 26). Eso hace que la segunda instancia no sea especializada.

En quinto lugar, me gustaría resaltar dos características de su procedimiento. Por una parte, la posibilidad de que exista la institución de “los amigos del Tribunal” (artículo 19), si tienen reconocida idoneidad técnica y profesional. Por la otra, cuentan con potestad cautelar conservativa e innovativa (artículo 24); pero carecen de poder sustitutorio del acto cuestionado (artículo 30).

Lo más cercano a este modelo son los tribunales tributarios. Sin embargo, estos existen en cada una de las regiones; y en algunas hay más de uno. Además, el procedimiento de designación es distinto, pues comprende tres etapas: selección de la Alta Dirección, terna propuesta por la respectiva Corte de Apelaciones y designación por parte del Presidente de la República. No se contempla intervención de la Corte Suprema ni del Senado. También la unidad administrativa de estos tribunales es una unidad desconcentrada de la Subsecretaría de Hacienda. Finalmente, su personal se rige por una planta, y el juez es calificado por la Corte de Apelaciones.

Por lo demás, dicho procedimiento de designación de los tribunales ambientales se parece, por la intervención de los tres poderes del Estado, a la designación de un Ministro de la Corte Suprema.

Por lo mismo, podemos afirmar, los tribunales ambientales tienen un diseño especialísimo. Ningún otro tribunal es igual.

Pero eso no nos debe hacer perder de vista dos cosas.

Por una parte, ejercen un control jurisdiccional acotado respecto de ciertos aspectos de la actuación de la administración y también conocen del daño ambiental y de las medidas provisionales que pueda solicitar la Superintendencia del Medio Ambiente.

Por la otra, se trata de un control de jueces especializados, no generalistas. Los jueces abogados tienen que ser especialistas en derecho administrativo o ambiental; y los licenciados en ciencias tienen que tener especialización en materias medio ambientales.

IV. La complejidad de su labor

La labor de los tribunales ambientales tiene, a mi juicio, dos tipos de complejidades.

En primer lugar, está la complejidad jurídica de su labor. Esta se expresa de dos maneras. Por una

parte, en que le corresponde controlar decisiones técnicas, con altos niveles de discrecionalidad entregado por el legislador a la administración. Para ello, las escuelas de control son conocidas. Una implica fiscalizar los elementos objetivos y subjetivos del acto, a partir de los elementos reglados del mismo. Se traduce en controlar competencias, hechos, contenido, motivo, fin. Y, por tanto, es el control de los vicios del acto administrativo. La otra es el control de los elementos discrecionales del acto utilizando dos aproximaciones. De un lado, vía principios generales de derecho. Se controla aquí vía arbitrariedad, razonabilidad, proporcionalidad. Del otro, concentrarse en los trámites, en el expediente y en el proceso racional de decisión.

Por la otra, la complejidad del control jurídico se expresa en que su rol es de revisión de decisiones, pues interviene después de un procedimiento participativo de generación de los actos administrativos que le corresponde controlar.

En segundo lugar, está la complejidad “política”. En el sector medio ambiental se dan batallas que en otros campos no se dan. Quizás por la impugnabilidad variada y elegible por el reclamante (etapa administrativa, etapa contralora, etapa jurisdiccional). También, porque están en juego procesos de inversión que impactan directamente en la vida de las personas. Además, existe una abundante asesoría legal de cargo de distintas instituciones; las ONG, las clínicas jurídicas de las universidades, de abogados que están involucrados en estas materias.

V. La manera de que los Tribunales Ambientales promueven el rol del Estado

Ya estamos en condiciones de responder a la pregunta que se nos formula.

Como todos sabemos, el derecho a vivir en un medio libre de contaminación es un derecho constitucional.

Pero también dicho precepto constitucional (artículo 19 N° 8), establece como deber del Estado “velar para que este derecho no sea afectado”.

Los tribunales ambientales son parte de ese rol del Estado, porque les corresponde asumir una tarea esencial en el Estado de Derecho.

Por eso, creo que los tribunales ambientales promueven el rol del Estado de la siguiente forma.

En primer lugar, resolviendo los conflictos que se le presentan. Definiendo lo que puede o no hacerse, o el modo de hacerlo.

En segundo lugar, estableciendo criterios orientadores para casos futuros. Si bien hay un efecto relativo de las sentencias, todos aprenden de las resoluciones judiciales.

En tercer lugar, considerando que se trata de una justicia revisora, tiene que convivir con todo el procedimiento administrativo y participativo previo.

En cuarto lugar, evitando caer en la tentación de sustituir a la administración con sus sentencias. Como dice Luciano Parejo A.: administrar y juzgar son funciones distintas y diferenciadas.

Finalmente, los tribunales ambientales controlan la labor de la administración. Es un control externo a ella, independiente, jurídico, incisivo. Eso necesariamente obliga a que la administración actúe bien; le ayuda a administrar mejor. En ese sentido, no tiene que ser muy condescendiente ni particularmente hostil en el control de los actos administrativos.

El Tribunal que presido, también le corresponde aportar a este rol en el ámbito de sus competencias.

Así, en el último tiempo, le ha correspondido hacer controles de inaplicabilidad, donde, por una parte, se ha alegado vulneración del derecho de propiedad por la declaración de zona típica (STC 2299/2012), o por el traslado de industrias, por ser contaminantes (STC 2643/2014, 2644/2014, 2684/2014). Por la otra, le ha correspondido ejercer control de inaplicabilidad respecto de las garantías sancionadoras administrativas (STC 2666/2014).

Es, por tanto, ejerciendo su rol, que los tribunales contribuyen a promover el rol del Estado en materia ambiental.

VI. Los desafíos que vienen

Hacia el futuro, queda el desafío de la consolidación.

Quiero resaltar la calidad técnica de las sentencias de los tribunales ambientales. Están muy por sobre la media de nuestros tribunales en materias especializadas. Eso ayuda mucho a su consolidación. Los jueces están haciendo bien su trabajo. Utilizar estándares aceptados, que les permitan controlar con “mirada dura” el accionar de la administración, les da amplia legitimidad.

Para la consolidación de esta justicia, por otra parte, la intervención de la Corte Suprema es bien determinante. Ella es, al fin y al cabo, la última instancia.

La ciudadanía también tiene un rol que jugar en la profundización de la legitimidad de esta justicia, pues no le puede pedir algo más allá de lo que son sus competencias y atribuciones.

Por otra parte, el número de causas no ha tenido un crecimiento explosivo en los dos tribunales en funcionamiento.

Si se observa la cantidad de reclamos de ilegalidad, el Tribunal de Valdivia, en el 2014 tuvo 8 y en el 2015 tuvo 15. Por su parte, el de Santiago, tuvo 19 el 2013, 38 el 2014 y el 2015, 31. En materia de daño ambiental, hubo 4 acciones en 2014 y 10 en 2015 en el Tribunal de Valdivia y en Santiago 19 (7 el 2013, 7 el 2014 y 5 el 2015). En medidas provisionales, el de Valdivia tuvo 3 el 2014 y 6 el 2015; y en el de Santiago, 6 el 2013, 6 el 2014, 10 el 2015.

Este número les permite tener todo bajo control.

Los profesores, por su parte, pueden hacer mucho también, destacando sus sentencias y sus razonamientos. Incorporándolos a su acervo de conocimientos transmisibles.

La comunidad jurídica es otro actor relevante, pues debe sentir que estos tribunales son una instancia válida donde presentar sus pretensiones.

Se observan, sin embargo, algunas dificultades. Por ejemplo, un tribunal no ha entrado en funcionamiento; ha sido difícil el nombramiento de los Ministros que lo integran.

VII. Palabras finales

En suma, los tribunales ambientales constituyen una innovación en nuestro contencioso administrativo. Se encuentran en etapa de consolidación. Todos debemos ayudar para que sean una instancia potente y con mucha legitimidad jurídica, técnica y política.

¡Muchas gracias!

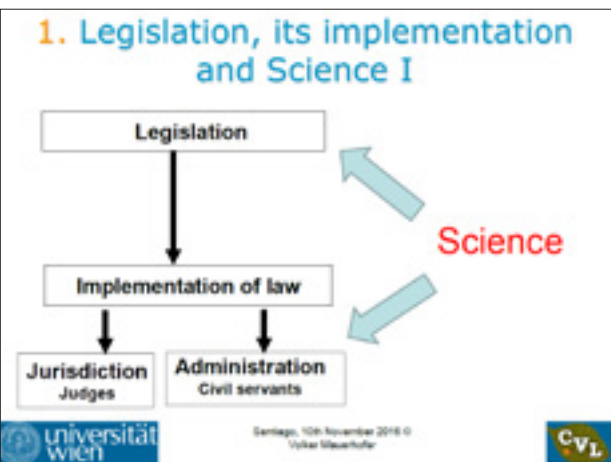
SCIENCE'S ROLE IN ENVIRONMENTAL JUSTICE

DR. VOLKER MAUERHOFER
UNIVERSITY OF VIENNA
AUSTRIA



Thank you for the kind introduction. First, I want to thank the organizers who invited me to this conference and I have brought a small gift with me. It is a book titled “Legal Aspects of Sustainable Development” and published by Springer publishers.. We published it just this year. We had a book launch at the Oslo, at the IUCN Academy of Environmental Law Colloquium 2016 and I would like to give this to Tribunal of *medio ambiente* here in Chile, in Santiago, for its use, I hope it's useful. It contains 29 contributions of 40 authors globally, from Europe, the Americas including South America Asia, Australia and New Zealand.

This is an overview of my presentation. The issues covered are:



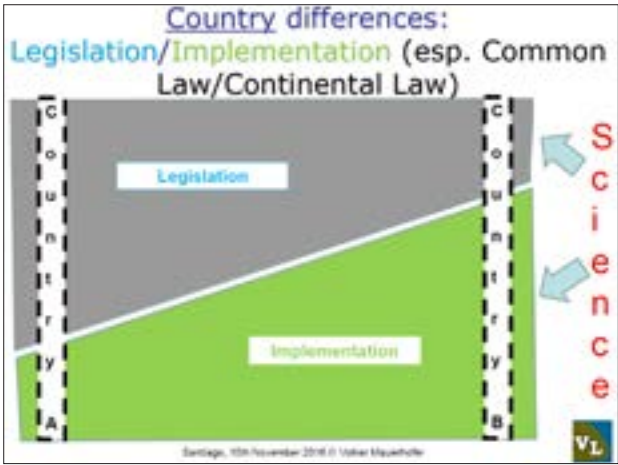
1. The contribution of science in the promotion of Environmental Justice.
2. Substantial and procedural opportunities that scientists have to make their opinion known in courts releasing environmental decisions.
3. Relation between current science and judicial certainty in the justice system.
4. Financing and generation of advanced scientific data. Can it be essential in the resolution of environmental conflicts?
5. The role of the State in the generation of “good science” and it's the relation with environmental justice.

Let's start with the legislation and implementation science. Where does science contribute?

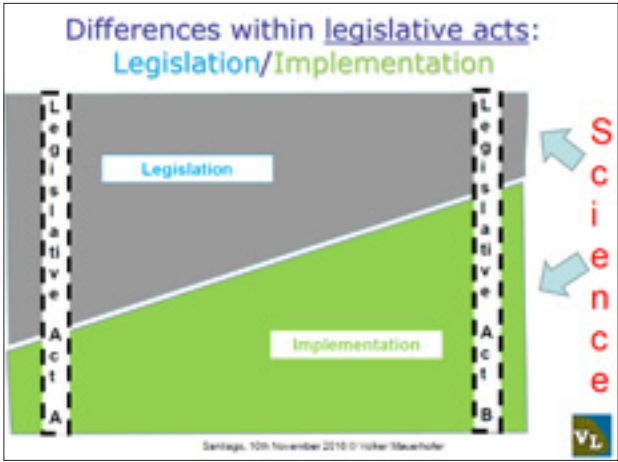
The slide above shows how science can contribute. Science can contribute to the legislation and to the implementation. In the lower part of the slide, you have

jurisdiction by judges and administration by civil servants. However, local and national levels define this more closely. In my country Austria, judges are appointed for life time. So once you are a judge, you are always a judge. I understand it is the same in Australia, but there are other countries which do it differently.

Second, we come to science and country differences. This will be shown be the next two slides.



So we have above the legislation, and below the implementation. There's from your view country A on the right side and country B on the left side. So countries have more detailed legislation (such as country A). Some countries have more room for implementation (such as country B). And if you think about the common law system and continental law system, the common law system, we have a little bit more of space for judicial views. Think about the constitution of the US, how short it is, and how much power the Supreme Court of US has for implementation. In other countries, legislation is much more detailed and then there is less space for implementation, for administration, and for less interpretation by judges. There it is about just implementing the law as it is.



Let's go the next slide. Here there is a difference within legislative acts. The slide then shows legislative act A and legislative act B here. Thus, within one country there can be a legislative act which is more detailed, which is less space for implementation and a legislative act which has more space for implementation. And depending there on, science can come in, on the legislative or the implementation level.

That's just the introduction. Now, science for the legislation is dealt with. For example, if you think in the input during creation of legislation impact benchmarks including emission limits or the selection of species to be protected. That deals for example with the question which species are already or should be included in the conservation act. This is not a legal question but a technical scientific question, and politicians then decide.

For implementation different applies. Scientific experts can act as plaintiffs in legal procedures. Furthermore, a scientific expert's opinion can be legally foreseen in court or administrative procedures. We heard today from different countries already examples. And here we have also these kinds of position for experts as non-legal judges that you have here in Chile but, for example, in Finland. They have in certain courts: scientific experts as judges without law degree.

I am coming next to the substantial and procedural court opportunities for scientists and show in the following slide how these two things also fit together.



If you don't have procedural rights, thus, if you don't have standing and if you don't have the right to raise your hand, you don't participate in the procedure. Hence, you don't have access to justice, and you can be the best scientist but you cannot raise your voice at the court during the procedure. But if you have those procedural rights but you don't have the scientific knowledge, that's also for nothing. You would have the right for standing but you couldn't say anything about the scientific background of the case. So the things are really integrated and they work together. That's what the two arrows show in the slide above.

Let me continue with substantial and procedural court opportunities for scientists. Principle X of Rio Declaration from 1992 has been already mentioned. In the following, I show the most important parts of it and additionally highlighted some parts:

“.....At the national level, each individual shall have appropriate **access to information** concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes.

States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available.

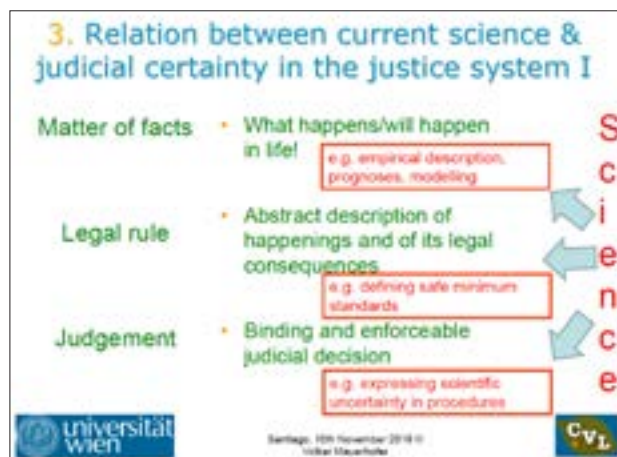
Effective **access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy**, shall be provided.”

The access to information is important because sometimes also scientists need information publically available.

Principle X introduces access to information that is available in the public sector; information that you as a private person, as a scientist perhaps, also want to have. And the second access is to

administrative procedures and further access to judicial procedures, including redress and remedy. So these are really substantial issues, they are the so-called three columns of public participation in environmental matters. And they are based actually on this Principle X of the Rio Declaration from 1992. In Europe, there was a regional UN-Convention based on this declaration. This is the NECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, adopted on 25th June 1998 (see for more details <https://www.unece.org/env/pp/introduction.html>). This Convention was also mentioned already once today. 46 countries and the European Union are party to this Convention, which gives these rights (access to information, access to administrative procedures and access to justice). And now, some of you might know, there is already something new out here, which is also facilitated by an UN economic commission, this time the one for Latin America and the Caribbean (ECLAC). There are ongoing negotiations on a Regional Agreement on Public Participation to be concluded in Dec 2016 (<http://larc.iisd.org/news/lac-advances-negotiations-on-principle-10-regional-instrument/>, accessed 16th Sept 2016). The negotiations are already quite far in order to establish such a regional Convention based on Principle X Rio Declaration for this region here. But I'm not sure in how far Chile is involved, I see people in the audience acknowledging it, hence it appears that Chile is in there. This whole development is really about procedural rights, for people and scientists, for experts in these three columns of public participation.

I will speak now about the relation between current science and judicial certainty in the justice system. There are three levels in there such as the next slide shows.



The first one is the matter of fact. What happens/will happen in life. What happens is known, but what will happen, there isn't an answer in there. And science can contribute then to the empirical description of the problem within a conflict, for example, a prognosis or modelling. That's when science comes in and then science tries to give the best knowledge and the best basis for it. The legal rule is also related to legislation, which I mentioned already, it's an abstract description of what's happening and of its legal consequences. The legal rules are applied on this matter of facts. And, in the legal rule development, scientists can contribute such as already mentioned before. They can provide proposals for safe minimum standards, for instance the benchmark for water pollution and the benchmark for air pollution. Then, politicians decide whether this is included into legal rule. That should be in there and it should be based on sound scientific knowledge. But sometimes scientists say: this should be the benchmark but the politicians such as parliamentarians do not include it in the law. That's the other problem. But the scientists at least should provide the most solid and current scientific results. The judgement is a binding and enforceable judicial decision and there, for example, scientists and scientific experts, as I already mentioned, as witness (when plaintiff) and scientific expert witness, can express scientific uncertainty during the procedure. So you are in the court room and a Judge asks the scientist for example about the consequences of an additional permission for emissions into a river. The scientific expert might answer at this point that this still "ok" and the system can recover, but when ask about a larger emission the uncertainty might get to high and the

expert has to answer when you go that far, I don't know if the ecological system can recover. Then the role of the scientist is included there.

I will come now to my second point about Relation between current science & judicial certainty in the justice system. It is about the distinction between the question of facts and the question of law as you can see on the next slide.

3. Relation between current science & judicial certainty in the justice system II

Distinction between solving the:

“question of facts” ←

- E.g. what are impacts of a proposed projects currently/in the future
- Responsible: judge with support of scientific expert

→ “question of law”

- E.g. finding of the correct norm, weighting of proofs, subsumption of facts under norm
- Responsible: judge

universität wien

Santiago, 10th November 2019 © Volker Hauertshofer

The question of fact is here, from your point of view, on the right side. So the question of facts for example concerns the impacts of a proposed project, for instance what are the impacts currently, what are the impacts in the future. And here, also it's actually, at least in my country, the judge who says “*tell me if the project can go in this direction, what can be the consequences*”. And the judge still has also the major role in this procedure. The solving of the question of law, on the other hand, on the other side, that's exclusively on the responsibility of the judge. If the judge doesn't find the legal norm or it's the wrong one and also the weighting of the proofs: that's all purely legal issues. The judge is finally the one who decides “*ok, we have enough certainty – such as requested by the law - to approve a project or not*”. And the subsumption of the facts under is the law is done by the judge. And it will vary. Mistakes can happen. And then you have the jurisdictional review of the judicial decision. This distinction of the responsibilities is quite an important one. The scientific experts mainly support a decision. The decision is made by the judge. The judge also frames the relevant questions, but the scientific experts usually only support the judges.

The next slide shows an example.

- Article of the law: e.g. about “potential significant negative effect”

Santiago, 10th November 2019 © Volker Hauertshofer

Let's call the bird "*picaflor*". And you have the *picaflor*, you have its habitat and you have a potential impact, for example, on forest outside a protected. This may affect the *picaflor* population inside of the protected area, and the judge may ask what can the scientific experts tell me about this effect. And that's, on the right side, the description of the effect, how many *picaflors* we have, how large the population currently is, how is the effect of the impact in the area outside of the protected area. And then, the other side, we have for example, the law, which says there should not be any potential significant negative effect on this *picaflor*. We don't have it perhaps in this country (Chile), but we have this legal norm in other countries. And that's the law the judges have to apply. You see, the expert has to describe the side effects based on the questions by the judge and the judge has to look at the law and make this subsumption. It can be challenging of course by a legal remedy.

Now some examples from the European Court of Justice are presented on two EU-Directives, also with regard to this distinction between question of fact and question of law. We have two main pieces of nature conservation law in the European Union, the Birds-Directive 2009/147/EG and the Habitats Directive 92/43/EEG, where I'm taking the examples from. There are more other issues, but these examples are cases on species conservation as well as on habitats conservations. The Court of Justice can make decisions in cases where the European Commission accuses the country at the court, and asks this court to condemn this country because the country didn't implement those directives. That's the one of the main procedures, called the infringement procedure. Another main procedure is that a national court asks the European Court of Justice for its binding opinion about how to interpret these directives in the national jurisdiction. Because the Court of Justice of the EU is responsible for 28 countries, it harmonizes the implementation and application of those directives in this way.

First, some definitions are provided in the following:

In the following I provide three definitions (based on Faber et al. 1996, 212):

- Ignorance: if not all results of future happening are known (e.g., future adaptations/genetic modifications of species)
- Uncertainty: if potential results are known, but probabilities are not known (e.g., expedition into a yet unexplored rainforest site)
- Risk: if all potential results are known, and also their probabilities (e.g. in a dog race)

I will now use these terms such as described above while presenting different cases:

The first case C-117/00²⁰ deals with ignorance outside protected areas and inside (see next slide).

3.a. Ignorance outside reserves (and inside)
→ Duty to take precautionary measures

Duty to take measures

- "...already before any reduction is observed in the number of birds or any risk of a protected species becoming extinct has materialised" (C-117/00, para. 15)
- identically for protected areas (Santóna 355/90, para. 15)

universität wien
 Santiago, 10th November 2016 © Volker Mauershofer
 14.01.2017



²⁰ This and all other cases described in the following can be found at http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/. Accessed at 18th Jan 2017.

There the court ruled that there exists the duty to take precautionary measures, even if there's ignorance (see the quotation above). Thus, even if there isn't a reduction of species number of birds in the country, measures have to be taken. This seems quite challenging, but it's a really interesting judgement. And that was ruled for areas inside and outside protected areas (for inside see the hint to the Santõna case 355/90). The case C-117/00 in comparison did cover species conservation on the whole area of a country, namely Ireland. it concerned in particular the agricultural influence through the livestock overgrazing on the birds, in particular a bird called the Red Grouse (*Lagopus lagopus*), also displayed on and giving the name to a famous Whiskey brand. This bird species was influenced by this agriculture, and this connection are, the court confirmed this jurisdiction regarding ignorance from the Santõna case and extended it also to territories outside of protected areas.

The next couple of cases concern the circumstances wherein the Court of Justice of the EU took actually scientific area descriptions by international NGO, called BirdLife, in order to condemn countries. BirdLife has created these descriptions of Important Bird Areas on the international level and on national level, but based on (see below the slide with examples).

3.b. Uncertainty in selecting sites → IBA-lists as preliminary (partial) proof

- IBA's in shadow lists
- Scientific area descriptions by NGO
- CJEU: IBA 89 & 2000, although not legally binding, do have
 - high scientific value & indicative character
 - But opposite proof possible through Member State

Santiago, 10th November 2016 © Viktor Mauerhofer

Such an “IBA book” might also exist for Chile, produced by the national BirdLife partner here. This scientific knowledge compiled by an NGO was taken by the Court of Justice of the European Union in several cases as a preliminary proof to show that Member States of the EU have not fulfilled their obligations arising from the Birds Directive. In particular, the Court used this book and its predecessors in order to identify if a country has implemented enough sites or not. But the opposite proof is possible for the Member State.

The court also made for example in the judgement C-334/04 against Greece some statements regarding two species (see the slide below).

Examples from case C-334/04 concerning IBA's against Greece

„no site for Krüper's nuthatch (*Sitta krueperi*).“

„too less for bearded vulture (*Gypaetus barbatus*).“

Similar NL (C-3/96), Fin (C-240/00), It (C-378/01) and Sp (C-235/4)



Santiago, 10th November 2016 © Viktor Mauerhofer

For the bird species Krüper's nuthatch (*Sitta krueper*) "it was easy to condemn Greece as there was no site at all designated for this bird. For the other species, the Bearded Vulture (*Gypaetus barbatus*) the Court just stated that there were not enough sites designated for that species.

There are other judgements on this issue regarding uncertainty, for example about changing boundaries of sites once protected. This is presented by means of the case C-191/05. The Birds Directive grants to Member States certain discretion when selecting a site but in that case C-191/05 the Court ruled that they do not have the same discretion when reducing or altering the boundaries of these sites (see next slide).

3.c. Uncertainty in changing boundaries → Member State has burden of proof

- When **reducing or altering boundaries of Special Protection Areas**, Member State does not have the same discretion such as during selection, but has to **proof that**
 - suitability for conservation fall away and/or
 - site was not suitable from the beginning
- (but **Appropriate Assessment possible**)
(C-191/05, para.13)

universität wien
Santiago, 10th November 2016 © Ulrike Mauenhofer
CvL

Furthermore, the Court stated that Member States can only reduce or altering these boundaries if the proof is brought forward the suitability of the site fall away or it was never suitable from the beginning. Thus, the country has to proof that it has taken enough measures, but such a proof is quite difficult to establish. Hence, this is quite a strict, but adequate burden of proof. Nevertheless, if there is a plan or project that is connected with reducing or altering the borders of such an area, there exists a procedure called Appropriate Assessment in Article 6 (3-4) Habitats Directive, like an impact assessment, which is still possible to be applied.

Another case, C-127/02, now describes in the following how uncertainty has to be taken into consideration in connection with this Appropriate Assessment (see also the next two slides).

3.d. Uncertainty on implementing an Appropriate Assessment → assessment duty when doubts

Any plan or project

- is to be subject to an appropriate assessment of its implications for the site in view of the site's conservation objectives if it cannot be excluded, on the basis of objective information, that it will have a significant effect on that site "
- If it is likely to undermine the site's conservation objectives" (C-127/02, para. 45, 49)




universität wien
Santiago, 10th November 2016 © Ulrike Mauenhofer
(Mauenhofer, 2008)
CvL

In that case, fishermen were using shells, and they were potentially affecting the site for birds. More precise, it was unclear if there were negative effects through this economic activity. And

following, it was unclear if such an Appropriate Assessment has to be made or not. Here the court ruled very clear that if there are doubts remaining, you have to implement the assessment. So even during the screening phase, you have to implement an assessment if there is uncertainty about the effects. And in the same judgement, the Court ruled *that if after the assessment any reasonable scientific doubt is remaining, you cannot grant authorization to the plan or project under Article 6 (3) Habitats Directive (see also next slide)*

3.e. Uncertainty in granting permission
→ duty to deny when doubts remain



Authorisation of plan or project through authorities only

- if they have made certain that it will not adversely affect the integrity of that site. That is the case where no reasonable scientific doubt remains as to the absence of such effects
- "Precautionary principle"

(C-127/02, para. 61 and 58; see also C-258/11 para. 41; C-62/12, para. 26/28)
(Mauerhofer, 2008)

universität wien CvL

So, the Court established here a double shift of the burden of proof and institutionalized in this way the precautionary principle. The proposer of the plan or project has in this way the burden of this double shift of that proof. This judgement was released by a Great Chamber, so an increased number of judges from the Court were involved in this decision. This judgement is - to my opinion - one of the most important ones the Court ever released because this interpretation is binding for all Appropriate Assessment procedures for all Natura 2000 sites of the European Union.

I am now coming to a case (C-183/05) where the uncertainty concerns the effective implementation of strict species conservation system including monitoring of whales (see next slide).

3.f. Uncertainty on effective implementation of strict species conservation system
→ Member State has to proof



Member State has to proof

- "the adoption of coherent and coordinated measures of a preventive nature" for effective protection
- not only "the existence of a network of full-time rangers and officers responsible for monitoring and protecting species"

(C-183/05, para. 30)

universität wien CvL

Such as shown in the slide above the Court obliged the Member State Ireland to proof that it has an effective species conservation system. Simply complying with formal criteria is not sufficient. Again, the court chose a preventative approach implementing the precautionary principle.

But the EU-Commission has to provide more than assumptions on the threat. That is shown by the next case (see slide below).



This case concerned one of the most endangered cats of the world, the Iberian lynx in Spain. The EU-Commission brought in this case only assumptions for the potential impact forward which was not enough evidence according to the Court.

The next case C-221/04 of the Court of Justice of the EU was again filed by the European Commission against Spain. Hunters in Spain used snares for fox hunting in a certain region (see next slide).



The Commission accused Spain to deliberately accept that another species, the European otter (*Lutra lutra*) is also caught by these snares. This was said to constitute a breach of Article 12 (2) Habitats Directive which prohibited among other species also the deliberative catch of that species (with exemption opportunities in Article 16 Habitat Directive. The Commission could not prove in this case that the European Otter indeed occurred in this area where the snares were used. Despite rejecting the application of the Commission also due to these reasons, the Court in its judgement at least pointed out its understanding about deliberate action. This is important as the subjective side, of a person is often very difficult for courts to identify and prove. Such kind of deliberate and intended action was also mentioned by one other speaker today. The Court requested in the case about snares that the author of the act intended the capture or killing of a species or, at the very least, accepted the possibility. That's already deliberative in the view of the Court and that's very important because often you cannot prove if somebody had in mind to kill the species.

The next case C-103/00 described below concerns also the alleged deliberative killing of a species protected in the context of Article 12 (1) Habitats Directive. In this case, the protection of turtles on a beach in Greece was on stake (see next slide below).



Here already the occurrence of mopeds on the breeding beaches of these turtles and the presence of pedalos and small boats are, in the view of the court, deliberate disturbance. That kind of proof was quite easy to be brought forward by the Commission.

Finally, I will discuss –such as asked for– the general connection between financing and generation of advanced scientific data. Without properly financed and generated scientific data, a resolution of environmental conflicts in accordance with the law is questionable. Financing can come from the State, but also from the private side. Often the organisational matters to be laid down by law or, if possible, are decided by judges, seem to be more important, and that’s what I wanted to say in my next part.

This next and final part is discussing the role of the State in the generation of “good science” and it’s the relation with environmental justice.

My first point is that there have to be quality criteria established and maintained for scientific experts. I heard similar claim today already, I think was from New Zealand or Australia or both.

There is a need for clear regulations indicating what scientific experts should give witness about and also how the scientific experts are selected. Because otherwise, there are possibilities located where politicians could influence procedures. The questions are important about how is a scientific expert selected concerns aspect on whether they are randomly selected and if not, by whom. Furthermore, it has also to be asked if there are any – even potential – conflicts of interest prevented against (especially independency and neutrality of expert). Another important question is, if the scientific expert is working for the state (tenured?) or private scientific expert. In particular political possibilities should be excluded to e.g. Changing/adding experts during ongoing procedure or putting “pressure” on scientific expert. Sometimes politicians don’t like what experts say. So they try to change the experts during the procedure. Thus, it is important to understand where an expert is based and if a politician has the opportunity to put pressure on an expert by having the pure possibility to change the working venue of a scientific expert. That would be quite a huge issue for Chile given the huge distances among many cities. Thus it is essential to ensure the independence of scientific experts prior, during and after procedures.

I come to the end and summarize my main points such as following:

1. Science plays an important role - in legislation as well as implementation – subject to the country and the legal context.
2. Substantial and procedural court opportunities for scientists are mutually important.
3. The relationship between current science and judicial certainty in justice system should reflect the precautionary principle (“in dubio pro natura”).
4. The financing of advanced scientific data can come either from the State or from the private site.

5. For the generation of “good science” supporting environmental justice, organizational issues to be ruled by the state are essential with the goal to ensure the independence of scientific experts prior, during and after procedures.



“THE URGENDA CASE*: A SUCCESSFUL EXAMPLE OF PUBLIC INTEREST LITIGATION FOR THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT?”

DR. OTTO SPIJKERS

LECTURER IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW AT UTRECHT UNIVERSITY, HOLLAND.

RESEARCHER WITH THE UTRECHT CENTRE FOR WATER, OCEANS AND SUSTAINABILITY
LAW (UCWOSL).

* District Court The Hague, Judgment of 24 June 2015 in the case between the Urgenda foundation and the State of the Netherlands (Ministry of infrastructure and the environment). English translation available at: <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>. Only the Dutch text of the ruling is authoritative [Urgenda judgement].

Abstract

Urgenda is an association, established under Dutch law, with the purpose of encouraging the acceleration of the transition towards a more sustainable society, beginning in the Netherlands. Urgenda persuaded a Dutch Civil Court to rule that, in order not to contribute to dangerous climate change, the Dutch State had to reduce greenhouse gas emissions in and from the Netherlands by at the very least 25% in 2020 when compared with the levels in 1990. The Court held that the provisions in the Climate Change Convention, the Kyoto Protocol, the no harm principle of customary international environmental law, and certain provisions of EU law, all contained inter-State commitments and/or were too vague to be directly invoked by Urgenda against the State. These norms could, however, be used to flesh out and give concrete meaning to open norms of Dutch domestic civil law, such as the duty of care. Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights, which could not be invoked directly because Urgenda was not itself a victim of a breach of these provisions, served a similar function.

The central question that will be addressed in this paper is whether the Urgenda case can be seen as a successful example of public interest litigation for the protection of the environment. We speak of public interest litigation when associations like Urgenda, established under domestic law to pursue a certain general interest, use (inter)national law as instrument, and the domestic court as their forum, to seek certain policy changes.

One of the points of contention in the Urgenda case was how far a domestic judge could go in evaluating the policy of the government, using such open and vague norms as the duty of care as standard for its evaluation. This question relates directly to the relationship between politics and law, and to the separation of powers between the judicial and political branches – executive and legislative – of the State. Nobody is denying that a decision of a court such as the Urgenda-decision can have important implications for policymaking; but does that mean a judge is thereby overstepping the boundaries as established in the trias politica?

1. Introduction

The Urgenda case has led to an unprecedented amount of scholarly comments, from all parts of the globe. This alone is clear indication that something of international importance happened on 24 June 2015 in a courtroom in The Hague, Netherlands.

The comments already came in even *before* the judgment was actually issued. Some scholars were “defending” Urgenda’s position,²¹ others reacted more critically.²² But the real tsunami of commentary predictably only followed just after the Dutch District Court in The Hague (“Court”) delivered its long awaited judgment. And the Court did not disappoint the high expectations. The Court’s judgment was immediately heralded as a “spectacular judgment”,²³ unique, one of a kind.²⁴ Other legal methods had been proposed to influence the climate change debate, but a court decision like the Urgenda decision the world had not yet seen.²⁵ The courage of the judge was praised,²⁶ and the judgment labeled as “innovative and somewhat audacious”.²⁷ Other scholars tried to tone down the enthusiasm somewhat. They tried to objectively point out the

21 The argumentation used by Urgenda is to a large extent based on the research by Roger Cox, who also acted as counsel for Urgenda. See e.g., Cox 2014; Cox 2015.

22 See e.g., Ted Thurlings, ‘Aansprakelijkheid en klimaatverandering: de Nederlandse Staat handelt niet Onrechtmatig’ (2014) Aansprakelijkheid Verzekering en Schade 19.

23 Eva van Vugt, ‘Climate Change: Does Law Play a Role?’ (2016) 21 Tilburg Law Review 1.

24 See e.g., Roel Schutgens, ‘Urgenda en de trias: Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter’ (2015) Nederlands Juristenblad 2270.

25 Another interesting suggestion is to seek an advisory opinion from the ICJ. See Tabau 2015, 224. Other alternatives, both domestic and international, are explored in Christopher Nyinevi, ‘Universal Civil Jurisdiction: An Option for Global Justice in Climate Change Litigation’ (2015) 8 Journal of Politics and Law 135.

26 See e.g., Ernst Hulst, ‘De Staat heeft zorgplicht t.a.v. leefklimaat’ (2015) 29 Tijdschrift voor Gezondheidsschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht; Jesse Lambrecht and Claudia Ituarte-Lima, ‘Legal innovation in national courts for planetary challenges: Urgenda v state of the Netherlands’ (2016) 18 Environmental Law Review 57: the authors appear to suggest that, to move the combat against climate change forward, the world needs more courageous judges like this one.

27 Nico Schrijver, ‘De reflexwerking van het internationale recht in de klimaatzaak van Urgenda’, in *Milieu & Recht*, 2016, no. 41.

judgment's flaws, and/or predicted that the same evolutionary courage was not to be expected of the Appeals and Supreme Court.²⁸ This was important, because the State of the Netherlands did indeed appeal the judgment.²⁹ As the case moved to the appeals stage, the scholarly comments kept pouring in. At some point, offering yet another commentary was like selling cheese to the Dutch; we already have plenty of it.³⁰ At the same time, there was a realization that this case –and the ensuing discussion in scholarship– touched upon such fundamental and largely unexplored issues, that it would take quite a while before all would be said about it.³¹

What is this landmark case all about? In summary, the case is about the following: Urgenda, an association established under Dutch law, persuaded a Dutch Civil Court to rule that, in order not to contribute to dangerous climate change, the Dutch State had to reduce greenhouse gas emissions in and from the Netherlands by at the very least 25% in 2020 when compared with the levels in 1990. If the State would not achieve such reduction, it would be in breach of its duty of care. The Court held that the provisions in the Climate Change Convention,³² the Kyoto Protocol,³³ the no harm principle of customary international environmental law, and certain provisions of EU law, all contained inter-State commitments and/or were too vague to be directly invoked by Urgenda against the State before the Dutch domestic courts. These norms could, however, be used to flesh out and give concrete meaning to the duty of care, as it exists in Dutch domestic civil law. Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights, which could not be invoked directly because Urgenda was not itself a victim of a breach of these provisions, served a similar function.³⁴ Acting careless –breaching the duty of care– is basically a tort, a wrongful act under Dutch civil law. In order to assess whether the State had acted careless in not doing enough to prevent further climate change, the Court looked at the nature and extent of the damage ensuing from climate change; the knowledge and foreseeability of this damage; the chance that hazardous climate change will occur; the nature of the acts (or omissions) of the State; the onerousness of taking precautionary measures; and the discretion of the State to execute its public duties. To hold the State liable for a breach of the duty of care, the act or omission must be attributable to the State, and it must be shown that the acts or omissions complained of have caused, or are likely to cause, damage to the claimant, *i.e.* Urgenda. It must also be proved that there is a causal link between the act/omission of the State and the damage sustained by Urgenda. And, finally, it must be shown that the norm breached – duty of care – exists for the protection of the interests of Urgenda.

There were thus quite some legal hurdles to jump over, but Urgenda managed to successfully jump all of them and get the ruling it was looking for.

This paper is not a case note, or summary of the judgment. Its focus is on the following question:

Can the Dutch District Court's judgment in the Urgenda case be seen as the product of successful public interest litigation, by Urgenda, for the protection of the environment?

We speak of public interest litigation when associations, established under domestic law to pursue

28 For some critical commentary, see e.g., Schutgens 2015; Lucas Bergkamp, 'A Dutch Court's 'Revolutionary' Climate Policy Judgment: The Perversion of Judicial Power, the State's Duties of Care, and Science' (2015) 12 *Journal for European Environmental & Planning Law* 241 [Bergkamp 2015 I].

29 The Notice of Appeal was sent to the Appeals Court on 9 April 2016. It is available (in Dutch) at: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/klimaatverandering/documenten/publicaties/2016/04/09/memorie-van-grievan-9-4-2016>.

30 Rolf Ortlep, 'De Urgenda-uitspraak: wetgever en regering onder verscherpt rechterlijk toezicht' (2016) 7(1) *Tijdschrift voor Toezicht* 29.

31 Marjan Peeters, 'Perspectieven op 'Urgenda' in de context van 'Parijs': Een broodnodige discussie over een fundamentele kwestie' (2016) *Milieu en Recht* 33.

32 United Nations Framework Convention on Climate Change, concluded in New York on 9 May 1992, entry into force 21 March 1994. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, p. 107.

33 Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, concluded in Kyoto on 11 December 1997, entry into force 16 February 2005. United Nations, *Treaty Series*, vol. 2303, p. 162.

34 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concluded in Rome on 4 November 1950, entry into force 3 September 1953. United Nations, *Treaty Series*, vol. 213, p. 221.

a certain general interest, use the law as their tool or language, and the domestic court as their forum, to seek certain policy changes.

This paper is structured as follows. First (section 2), we will look at Urgenda's standing to bring a claim before the Dutch Civil Court, thereby seeking to defend the interest of the international community as a whole, both present and future generations, in a healthy environment. It is not obvious that an NGO, established under Dutch law, would have the right to defend such vast general interests. We will then look at the legal framework used by the Dutch Civil Court to respond to and assess Urgenda's claim (Section 3). We will then look at whether Urgenda's claim can be qualified as an example of public interest litigation, and if so, whether it can be qualified as successful at that. At first, it appears that Urgenda was indeed successful. It got a judgment basically telling the Dutch policymakers – executive and legislative branches of Government – to reduce greenhouse gas emissions, or have them reduced. This judgment might be overruled on appeal, but for the moment it is there. More interestingly than this incidental success is the question about the long-term success, and this relates to the debates about fundamental issues that it sparked. These debates are about the role of the courts in the balance of powers, and whether courtrooms can – or should be – used to motivate policy change. This debate has only just begun, and to assess the long-term impact of the Urgenda case, this is the debate we have to look into (Section 4). We will end with a conclusion (Section 5).

2. Standing

Let us turn first to the issue of standing. Is Urgenda an association, established under domestic law, created to pursue the general interest which is at stake here, *i.e.* combating climate change? Only then can it engage in public interest litigation in this field.

According to Article 3:303 of the Dutch Civil Code, no one has a right of action before the Dutch civil courts without sufficient personal interest.³⁵ Article 3:305A adds to this that a foundation, which is established according to its by-laws to protect certain general interests, may bring to court any legal claim that intends to protect these general interests.³⁶ That is the provision Urgenda relied upon as basis for its standing before the Dutch Civil Court. The Court looked at the *travaux préparatoires* of the latter provision, and concluded that the legislator intended this provision to provide a right of action for, *inter alia*, environmental public interest groups.³⁷

Was Urgenda such a group? This is the question the Court needed to answer. The Urgenda Foundation was established in 2008.³⁸ Its *raison d'être*, according to its own by-laws, is “to stimulate and accelerate the transition processes to a more sustainable society, beginning in the Netherlands”.³⁹ And so the Court had to determine whether Urgenda's claim – *i.e.* to order the Netherlands to further mitigate CO2 emissions – was a way to pursue the interest it was established to protect. In other words, was it a way to bring about a more sustainable society, beginning in the Netherlands? The State made a big deal of the fact that Urgenda's request to the Court was in the interest of the international community as a whole, and not just the people within the Netherlands. Such a claim, argued the State, did not fall within Urgenda's *raison d'être*. After all, argued that State, Urgenda's by-laws showed a clear focus on the protection of *Dutch* interests.⁴⁰ In view of the Court, the State had misinterpreted the phrase “beginning in the Netherlands”. The Court believed that this phrase demonstrated a “prioritization”, and not a limitation to Dutch interests. In other

35 On standing, see also Lin 2015, 70-71.

36 Urgenda judgement, para. 4.4.

37 Urgenda judgement, para. 4.6.

38 Urgenda judgement, para. 2.2.

39 Urgenda judgement, para. 2.2. On the application of 3:303 Civil Code to Urgenda, see also Ernst Gras, ‘De Urgenda-zaak: Rechtbank Den Haag toetst klimaatvordering niet aan belang-eis van artikel 3:303 BW’ (2015) 64 Bedrijfsjuridische berichten 223.

40 See also Zeven 2015, 345-346. The State makes the same arguments once again on appeal. See the Notice of Appeal, 11.1-11.18, especially 11.17.

words, Urgenda sought to protect “primarily but not solely Dutch interests”.⁴¹ Moreover, argued that Court, the term “sustainable society” must also be understood to have “an inherent international (and global) dimension”.⁴² A commentator aptly referred to this as the “glocal dimension” of Urgenda’s aims: focus on the local, but ultimately strive towards saving the entire world.⁴³

The State also argued that Urgenda’s by-laws did not refer to the protection of the interests of *future* generations. What the Court said in reply is worth quoting in full:

“The term “sustainable society” also has an intergenerational dimension, which is expressed in the definition of “sustainability” in the Brundtland Report[⁴⁴] [...] ‘Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs’. In defending the right of not just the current but also the future generations to availability of natural resources and a safe and healthy living environment, [Urgenda] also strives for the interest of a sustainable society.”⁴⁵

This has been referred to as the “intertemporal dimension” of Urgenda’s interests.⁴⁶ The interests Urgenda seeks to protect not only cross boundaries (transboundary dimension), they also cross time zones (intertemporal dimension), in the sense that they also protect the interests of the unborn. To summarize: in its efforts to stimulate and accelerate the transition processes to a more sustainable society, beginning in the Netherlands, Urgenda is defending the interests of the international community as a whole, and of both present and future generations. A formidable task indeed.

Some commentators have critically analyzed, in a more general sense, such standing of general interest NGO’s to protect the interests of all the world’s citizens, and of both present and future generations.⁴⁷ One commentator looked critically at the relationship between the rights, interests and needs of future generations, and the possibilities of NGO’s to vindicate or protect those rights, interests, and/or needs today.⁴⁸ She also emphasized that an obligation upon the State to take the interests or needs of future generations into account can exist even without a corresponding right of the future generations.⁴⁹ These are all legal questions connected to interesting (philosophical) issues, but the Court apparently did not feel like philosophizing too much.⁵⁰ It simply concluded that the submission put before it fell within the interests Urgenda itself claimed to protect.

3. Legal Framework: Tortious Responsibility of the Netherlands

Now that we know Urgenda was competent to file the complaint, let us look at the legal framework used by the Court to assess the complaint.

41 Urgenda judgement, para. 4.7.

42 Urgenda judgement, para. 4.7.

43 Tabau 2015, 226.

44 This is a reference to “Our Common Future”: Report of the World Commission on Environment and Development, transmitted to the General Assembly by the Secretary-General on 4 August 1987, UNDoc. A/42/427. It is a report written by the World Commission on Environment and Development, chaired by Gro Harlem Brundtland of Norway, and usually referred to simply as the Brundtland Report.

45 Urgenda judgement, para. 4.8.

46 Tabau 2015, 227.

47 Rachel Johnston, ‘Lacking Rights and Justice in a Burning World: The Case for Granting Standing to Future Generations in Climate Change Litigation’ (2016) 21 Tilburg Law Review 31.

48 See Saskia Fikkers, ‘Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generaties’ (2015) Nederlands Juristenblad 2289.

49 See Fikkers 2015.

50 For those readers that do feel like philosophizing, there is a lot of literature, directly inspired by the Urgenda case, on actual and potential legal mechanisms to vindicate the rights and/or interests of future generations. See e.g., Femke Wijdekop, ‘Democratie, rechtsstaat en de rechten van toekomstige generaties’ (2014) Nederlands Juristenblad 1137.

Urgenda wanted the Court to determine that the State of the Netherlands must reduce or have reduced the annual greenhouse gas emissions in the Netherlands by at least 25%, compared to 1990, by the end of 2020, and to determine that it will act unlawfully if it fails to do so.⁵¹

Duty of care

Essentially, the Court interpreted Urgenda's claim as a tort claim. And thus the question was whether the Netherlands had committed a tort, as defined under Dutch law. A tort can be either:

- A breach of someone else's right, in casu the right of Urgenda.
- A breach of one's own legal obligations, as established under Dutch statutory law, *in casu* a breach of an obligation of the State of the Netherlands.
- A breach of the unwritten duty of care.⁵²

Urgenda alleged that the State of the Netherlands had breached *inter alia* the following provisions:

- Article 21 of the Dutch Constitution
- Various provisions in the Climate Change Convention and its Kyoto Protocol
- The "no harm" rule of customary international environmental law
- Article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union.⁵³

In view of the Court, none of these provisions could be invoked directly by Urgenda against the State before the domestic civil court.⁵⁴ In part for this reason, the Court did not find either a breach, by the Netherlands, of a particular right of Urgenda, or a breach, by the Netherlands, of any particular duty imposed on the State by statutory domestic or directly invocable international or EU law.⁵⁵ The Court thus turned to look at whether a breach of the duty of care could be established.⁵⁶ The Court held that, even though the provisions listed above could not be applied directly, they did "still hold meaning",⁵⁷ in the sense that they must be "taken into account"⁵⁸ and "serve as a source of interpretation" for the Court when looking at a possible breach of the duty of care.⁵⁹

Role of Dutch Constitutional law

Article 21 of the Dutch Constitution reads as follows:

"It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment."

The Court did not believe this provision was suited to be directly invoked by Urgenda. In view of the Court:

⁵¹ Urgenda judgement, para. 3.1.

⁵² See Book 6, Article 162 of the Dutch Civil Code.

⁵³ Article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union states that the Union policy on the environment shall contribute to pursuit of the objective of promoting measures at international level to deal with regional or worldwide environmental problems, and in particular combating climate change.

⁵⁴ The reason for this will be explained in the subsections immediately below.

⁵⁵ In view of Jolene Lin, this fact – that the Netherlands did not breach any domestic or international legal obligation in the strict sense, but only this unwritten duty of due care – is also what makes the case unique. See Jolene Lin, 'The First Successful Climate Negligence Case: A Comment on Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)' (2015) *Climate Law* 65, 67.

⁵⁶ See also e.g., Kars de Graaf and Jan Jans, 'The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change' (2015) 27 *Journal of Environmental Law* 517, 519-521.; Tabau 2015, 233-236.

⁵⁷ Urgenda judgement, para. 4.52.

⁵⁸ Urgenda judgement, para. 4.43.

⁵⁹ Urgenda judgement, para. 4.45.

“This rule and its background do not provide certainty about the manner in which this duty of care should be exercised nor about the outcome of the consideration in case of conflicting stipulations. The manner in which this task should be carried out is covered by the government’s own discretionary powers.”⁶⁰

As is pointed out in the commentary, it is interesting that the Court thus refrained from directly applying this provision due to its “general and imprecise nature [...] which leaves a major discretionary power to the State”.⁶¹ As another commentator noted, case law shows that the Dutch courts normally apply Article 21 Dutch Constitution directly only if the State has done *nothing at all*.⁶² It cannot be said that the Dutch State has done nothing at all to reduce greenhouse gas emissions; the dispute is rather about whether it has done enough. Even though the imprecise and general nature of Article 21 prevents the Court from applying it directly, it does not seem to prevent the Court from using it to give the open norm of the duty of care some more concrete meaning. That appears to be inconsistent. First, Article 21 is said to be too vague to be applied directly, but then the Court used it to give concreteness to the apparently even vaguer duty of care.⁶³

Role of international environmental law

The international law provisions Urgenda referred to – various provisions in the Climate Change Convention and its Kyoto Protocol, the “no harm” rule, and article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union – were equally unsuitable for direct invocation by Urgenda, said the Court, because they all “involve[d] obligations towards other States”; and “when the State fails one of its obligations towards one or more other states, it does not imply that the State is acting unlawfully towards Urgenda”.⁶⁴

But that is not the end of the story. In a crucial paragraph, the Court explained that a provision of Dutch domestic law “may not be interpreted or applied in such a way as to require of the State to breach its obligations under international law, unless no other interpretation or application is possible”.⁶⁵ This meant that the Court, when interpreting and applying provisions of domestic law, must “take into account” even those obligations under international law that could not be invoked directly by a private person.⁶⁶ The problem was that these international provisions were not suitable for direct invocation partly because they were too vague and imprecise, as the Court itself acknowledged. Then it is quite surprising that the same Court still went on to use these very same provisions to give concrete meaning to the even vaguer duty of care!⁶⁷ One explanation is that two sets of vague provisions combined can provide concrete results; but one can have doubts about whether such concretization is possible.⁶⁸

Role of international human rights law

Urgenda also invoked Articles 2 and 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Article 2 says that “no one shall be deprived of his life intentionally”, and Article 8 says that “everyone has the right to respect for his private and family life”. Contrary to the international provisions discussed above, these human rights provisions are clearly suited to be invoked directly by a private person against the State before the domestic courts. But this time, there was a different problem. Article 34 of the European Convention states that

60 Urgenda judgement, para. 4.36.

61 Tabau 2015, 233.

62 Schutgens 2015, 2272.

63 See also Lin 2015, 233-234.

64 Urgenda judgement, para. 4.42

65 Urgenda judgement, para. 4.43.

66 Urgenda judgement, para. 4.43.

67 See also Schutgens 2015, 2272.

68 One article in which this appears implicitly to be accepted is Rob van Gestel and Marc Loth, ‘Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?’ (2015) *Nederlands Juristenblad* 2598, especially 2600.

“The [European Court of Human Rights] may receive applications from any person, nongovernmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention”.

The Court derived from the latter provision, and the case law of the European Court of Human Rights, that an NGO can only bring a claim when it is itself the victim of a breach. That means, *in casu*, that Urgenda’s own physical integrity must be violated, or its own privacy interfered with, which was not the case.⁶⁹ In other words, Urgenda was not a victim, and the ECHR system does not recognize a right of some general interest NGO like Urgenda to file an *actio popularis*.⁷⁰ Once again, the conclusion was that Urgenda could not directly invoke these provisions. But they could “serve as a source of interpretation” for the Court when applying provisions of domestic law.⁷¹

Urgenda also claimed to directly represent the interest of around 800 particular individuals. The question was whether *they* could invoke the abovementioned human rights provisions. In the end, the Court concluded that the issue of standing of the individuals could be left unanswered, because the individual claimants did not have “sufficient (own) interests besides Urgenda’s interest”.⁷² In other words, Urgenda had won the case, so what would it add if the individuals also won? Human rights lawyers are likely to argue that it would have added very much. It was thus unfortunate that the Court so easily avoided the issue of standing of these individual victims. It would have been interesting to hear from the Court whether one can be a victim of a damage that is likely to occur sometime in the future. Indeed, the European Court has already accepted claims from potential victims, *i.e.* people “destined to undergo a violation of their rights”.⁷³ By addressing the issue of standing of these individuals, the Court could have further developed this line of thought.

It is true that the Court held that the human rights provisions could be taken into account when applying the duty of care, but nowhere in the judgment did the Court directly address the question as to whether the State had committed a breach of an (inter)national human rights obligation. This is unfortunate, as many interesting issues could have been clarified. The Court could, for example, have said something on the strategy, employed more and more frequently, of approaching the protection of the environment as a human rights issue. Many of the claims are couched in human rights language, in the sense that individual people claim a right to enjoy a healthy environment. Not only local domestic civil courts can be used to bring such claims, but regional human rights courts as well, such as the European Court of Human Rights. This option is appealing, because there is at present no international forum where one can submit claims relating to international environmental law and the protection of the environment. Hence the appeal to translating such claims into human rights issues.⁷⁴

Duty of care requires State to go beyond what is required under (inter)national law?

It might be worth emphasizing that the Court did not find the Netherlands to be in breach of any specific provision of international or domestic law, but only in breach of the duty of care. There is something problematic about this approach. The Court basically concluded that compliance with Dutch constitutional, international and especially EU laws and regulations was not enough to satisfy the requirements under the Dutch duty of care. Implicitly or indirectly, the Court was thereby saying that EU law and policy was not going far enough in combating climate change.⁷⁵ Many of the commentators have suggested the Dutch Court could not make such implicit qualifications of

69 Urgenda judgement, para. 4.45.

70 Lin 2015, 74-75.

71 Urgenda judgement, para. 4.46.

72 Urgenda judgement, para. 4.109

73 Tabau 2015, 228-229.

74 Christina Voigt and Evadne Grant, ‘Editorial: The legitimacy of human rights courts in environmental disputes’, in the *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6 No. 2, September 2015, pp. 131–138. See also Floor Fleurke and Anne de Vries. ‘Urgenda: convergentie tussen klimaat en mensenrechten?’, in *Milieu & Recht*, 2016, no. 4.

75 Graaf 2015, 518.

EU law; at least not without first asking a prejudicial opinion from the European Court of Justice.⁷⁶ Also, it was argued that the Court had misunderstood the EU-wide strategy, of which the Netherlands is part. The EU committed itself *as a whole* to a certain reduction of emissions, meaning that if one EU member would go further, another could reduce less, and the EU as a whole would still meet its target. This is often referred to as the waterbed effect.⁷⁷ Some commentators argued that, in refuting this argument, the Court confused the waterbed effect with carbon leakage, resulting in an unconvincing analysis of either.⁷⁸ Finally, it was suggested that in ordering the Netherlands to reduce its emissions further than agreed at EU level, the Court had underappreciated the EU's bargaining strategy. After all, the EU had indicated its willingness to go further – in fact, it was even willing to go as far as the Court has now ordered the Netherlands to go – but only if the rest of the world would follow the EU's example.⁷⁹ And now the Dutch court was telling the Netherlands to go at it alone, regardless of whether other States, be it within or outside the EU, would follow its example! It has been suggested with some persuasion that such a judgment, and the international attention it was guaranteed to get, seriously limited the Netherlands in its negotiation strategy, both within the European Union and with the rest of the world.⁸⁰

Applying duty of care to the facts

Following the established case law on tortious acts, the Court looked at the following elements to determine whether the duty of care had been fulfilled by the State of the Netherlands *in casu*:

- The nature and extent of the damage ensuing from climate change;
- The knowledge and foreseeability of this damage;
- The chance that hazardous climate change will occur;
- The nature of the acts (or omissions) of the State;
- The onerousness of taking precautionary measures;
- The discretion of the State to execute its public duties.⁸¹

The Court assessed each of these criteria,⁸² and concluded that all these criteria had been met and that the State had indeed acted wrongfully.⁸³

Before looking at these six elements in turn, it is important to note that, in scholarship, we find many critical evaluations of this part of the Court's reasoning, beginning with fundamental criticism of the approach. What the Court was doing when going through these six elements, was applying criteria which were developed to determine responsibility for damage caused by one private party to another. In fact, the case in which these criteria were first introduced was a case about a cellar hatch which was left open by one person, and another person fell down the cellar and hurt himself. Can the same criteria be applied to something as big and complex as State duties in combating climate change?⁸⁴ One commentator even likened the application of the cellar hatch

76 See e.g., Marjan Peeters, 'Urgenda Foundation and 886 Individuals v. The State of the Netherlands: The Dilemma of More Ambitious Greenhouse Gas Reduction Action by EU Member States' (2016) 25 *Review of European Community and International Environmental Law* 123 [Peeters 2016]; Mariolina Eliantonio, 'The Urgenda case in the EU multi-level governance system' (2016) 35 *Milieu en Recht* 207; Bergkamp 2015 II, 2282.

77 Notice of Appeal, 1.18, 13.22-13.31. See also Zeven 2015, 356-357; Graaf 2015, 522; Bergkamp 2015 II, 2284-2285.

78 Peeters 2016, 127-128.

79 See also Peeters 2016, 126-127; Lin 2015, 69; Schutgens 2015, 2271.

80 Marjan Peeters, 'Nationaal rechtelijk ingrijpen en internationale onderhandelingskracht' (2014) *Milieu en Recht* 147.

81 Urgenda judgement, para. 4.63. See also Chris Van Dijk, 'Opwarming van de Aarde en de Kelderluikcriteria', in *Milieu & Recht*, 2016, no. 43. His list is slightly different, and a bit shorter (only four).

82 Urgenda judgement, para. 4.64-65 (criteria 1-3), 4.66 (4), 4.67-73 (5), 4.64-82 (6).

83 Urgenda judgement, para. 4.83-86. See also Josephine van Zeven, 'Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?' (2015) *Transnational Environmental Law* 339, 346-348.

84 See e.g., Bergkamp 2015 I, 250-252; Graaf 2015, 521; Lin 2015, 76-77; Schutgens 2015, 2272; Lucas Bergkamp, 'Onrechtmatige gevaarstelling 4.0: rechterlijke revolutie met een nieuwe theorie van onrechtmatige

criteria to the present case with a giant polar bear, being forced to enter the house by squeezing himself through a tiny cat flap.⁸⁵ To the Court's credit, it did acknowledge that the criteria needed to be adapted a little. It relied in particular on the precautionary principle to adapt the criteria.⁸⁶ When you leave a cellar hatch open, it is obvious that this increases the chance someone will fall into the cellar. And closing a cellar hatch requires no big sacrifices. However, as one commentator aptly put it, ending climate change requires a little more effort than sending somebody to close a cellar hatch that is left open.⁸⁷

Let us now go briefly through the six elements. In order to assess the *nature and extent of the damage ensuing from climate change*, and to assess the *chance that hazardous climate change will occur*, the Court basically had to act as a scientist. Various big questions needed to be settled. The Court's attempts to tackle these big questions are seen throughout the judgment. Urgenda basically asked the Dutch District Court to determine that "the substantial greenhouse gas emissions in the atmosphere worldwide are warming up the earth, which according to the best scientific insights, will cause dangerous climate change if those emissions are not significantly and swiftly reduced".⁸⁸ It further wanted the Court to determine that the "hazardous climate change" that was caused by global warming was a threat to people and the environment all over the world. Urgenda thus invited the Court to draw some scientific conclusions about causality relations.

Some commentators believed the Court should have declined this invitation to act as natural scientist. In Bergkamp's view, "a court room is not the right place to debate the merits of science-based policies, as judges generally have had no scientific training and lack the ability to appreciate the nuances of scientific discussions".⁸⁹

The Court did not decline to pass judgment for lack of scientific expertise. The Court openly acknowledged that it did not have expertise in the area of "complicated and 'climate-related' issues".⁹⁰ However, contrary to what Bergkamp suggested, the Court did not stop there.⁹¹ It went on to say that it would thus "base its assessment on that which the Parties have submitted and the facts admitted between them".⁹² The Court understood that the Netherlands did not challenge most of the findings of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) on which Urgenda relied in order to establish the facts. And thus the Court did not have to do much scientific fact-finding itself. In view of Bergkamp, it is normally not so problematic if the Court bases its judgment in a civil law case on an agreement on the facts by the two parties. But in a case like this one, where public interests are involved, "the court may not rely on the facts agreed between the parties, because the parties do not necessarily have incentives to ensure that the court operate on the basis of a complete and accurate set of scientific facts".⁹³ The Court should thus have done some independent research, or it should have brought in external expertise, or it should have declined to give judgment altogether.

But the Court did none of that. In addressing the scientific issues, the Court relied heavily on the

daad?' (2016) 30 Tijdschrift voor Gezondheidsschade, Milieuschade.

85 Geerten Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter: over de ondraaglijke leegheid van de trias politica' (2016) *Ars Aequi* 26.

86 Tabau 2015, 235.

87 Alex Geert Castermans, 'Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik' (2016) *Ars Aequi* 34, 37.

88 Urgenda judgement, para. 3.1.

89 Bergkamp 2015 I, 253-258, quote from 258. Another commentator suggested that the Court had indeed missed some of these nuances, primarily by misinterpreting some of the scientific reports that supposedly underpinned its conclusions. Leo Meyer, 'Urgenda-vonniss ontbeert goede wetenschappelijke onderbouwing' (2016) 36 *Milieu en Recht* 212.

90 Urgenda judgement, para. 4.3.

91 Lucas Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonniss: Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste' (2015) *Nederlands Juristenblad* 2278, 2282-2283 [Bergkamp 2015 II].

92 Urgenda judgement, para. 4.3.

93 Lucas Bergkamp and Jaap Hanekamp, 'Climate Change Litigation against States Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies' (2015) *European Energy and Environmental Law Review* 102, 106 [Bergkamp 2015 III].

reports of the IPCC. It understood from these reports that it “is very probable that human actions [...] are the main causes of the observed global warming”,⁹⁴ and that “a temperature rise of more than 2°C [...] would cause dangerous and irreversible climate change which would threaten the environment and man”.⁹⁵ The court concluded that it is necessary to “stabilize the concentration of greenhouse gases in the atmosphere, which requires a reduction of the current anthropogenic greenhouse gas emissions”.⁹⁶ Action was needed today, not tomorrow. With approval, the Court referred to the following metaphor used by Urgenda:

“Trying to slow down climate change is like trying to slow down an oil tanker that has to shut down its engines hundreds of kilometers off the coast not to hit the quay. If you shut down the engines when the quay is in sight, it is inevitable that the oil tanker will sooner or later hit the quay.”⁹⁷

Central to the Court’s approach and confidence was the supposed agreement between the parties on much of the facts.⁹⁸ At one point the Court noted that “the dispute between the Parties [...] does not concern the need for mitigation, but rather the pace, or the level, at which the State needs to start”.⁹⁹ But when one looks at the Notice of Appeal of the State, one gets the impression that the Court misunderstood the State’s position vis-a-vis the IPCC’s work. On appeal, the State did actually dispute many of the factual findings on which the District Court based its decision. On the *knowledge and foreseeability of the damage*, the Court was brief. It was undisputed that the State of the Netherlands was aware of the dangers of climate change and the need to take measures. It was aware of this since 1992, when it concluded the United Nations Framework Convention on Climate Change together with almost two hundred other States. And it was certainly aware of the dangers since 2007, when the IPCC demonstrated that a global temperature rise of two degrees Celsius created the risk of dangerous, irreversible climate change.¹⁰⁰

The State argued that it was not responsible for the emission of greenhouse gasses; private businesses located inside the Netherlands emitted most of the gasses. The *nature of the acts (or omissions) of the State* were not of such a category as to trigger the State’s responsibility. The Court was not persuaded. It pointed out that the State could do more to make clean energy more appealing to businesses. In view of the Court, the State played a “crucial role in the transition to a sustainable society and therefore has to take on a high level of care for establishing an adequate and effective statutory and instrumental framework to reduce the greenhouse gas emissions in the Netherlands”.¹⁰¹

How *onerous is it to take precautionary measures* to further reduce the consequences of climate change? Relevant considerations were the costs of taking such measures, their effectiveness, and the availability of possibilities to take them.¹⁰² In assessing the onerousness of various measures, the Court was aware that it should not go as far as to tell the executive which policy was best to combat climate change. In the end, the Court concluded that

“In view of the latest scientific and technical knowledge it is the most efficient to mitigate and it is more cost-effective to take adequate action than to postpone measures in order to prevent hazardous climate change. The court is therefore of the opinion that the State has a duty of care to mitigate as quickly and as much as possible.”¹⁰³

94 Urgenda judgement, para. 4.14.

95 Urgenda judgement, para. 4.14.

96 Urgenda judgement, para. 4.18.

97 Urgenda judgement, para. 4.65.

98 Schutgens 2015, 2270.

99 Urgenda judgement, para. 4.32

100 IPCC, Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007, AR4/2007. Available at <http://www.ipcc.ch/report/ar4/syr/>.

101 Urgenda judgement, para. 4.66.

102 Urgenda judgement, para. 4.67.

103 Urgenda judgement, para. 4.73.

The final element, the *discretion of the State to execute its public duties*, will be discussed in the section below, on the separation of powers.

Attribution of omission to State of the Netherlands

In order for the State's responsibility for a tort to be engaged under Dutch domestic civil law, the determination that there has been a breach of a duty of care is not enough. There are four more criteria. This is the complete list of things that need to be established:

- A tortious act (can be a breach of someone else's right, a breach of one's own legal obligations, or a breach of the unwritten duty of care)
- This act or omission must be attributable to the State
- It must be likely to cause damage to the claimant
- A causal link must be established between act/omission and damage
- The norm breached must exist for the protection of the interests of the claimant.¹⁰⁴

The acts – or lack thereof – must be attributable to the State.¹⁰⁵ Some commentators gave the suggestion that the greenhouse gas emissions had to be attributed to the State; but that is not necessary.¹⁰⁶ The State had failed in its duty of care; and it had done so, not by emitting gas, but by failing to comply with its due diligence obligation to do its very best to avoid its territory from being used – by others, primarily farmers, factories, the energy sector – to emit a surplus of such gasses.

Damage sustained by Urgenda

It must be shown that the acts or omissions complained of have caused, or are likely to cause, damage to the claimant. On the issue of damage *sustained by Urgenda*, the Court was quite brief. It held that “the possibility of damages for those whose interests Urgenda represents, including current and future generations of Dutch nationals, is so great and concrete that given its duty of care, the State must make an adequate contribution, greater than its current contribution, to prevent hazardous climate change”.¹⁰⁷ This does not really address the core issue, namely whether the “Dutch” CO₂-emissions cause damage to exactly those interests protected by Urgenda.¹⁰⁸ This has a lot to do with the next criterion, on causation.

Causal link between State omission and damage

Many causal links needed to be established. As we have seen already above, it had to be shown that it was very probable that human actions were the main cause of global warming. Then it had to be demonstrated that a temperature rise of more than 2°C would cause dangerous and irreversible climate change threatening the environment and all of mankind, and that the Netherlands was aware of this. And it had to be proved that mitigation of greenhouse gas emissions today would not be in vain, but that it would decrease or stabilize climate change.

Here we are talking about yet another causal link that needs to be established, *i.e.* the link between greenhouse gas emissions for which the Dutch State is responsible, and the injury to the interests that Urgenda seeks to protect. In view of the Court, “a sufficient causal link can be assumed to exist between the Dutch greenhouse gas emissions, global climate change and the effects (now and in the future) on the Dutch living climate”.¹⁰⁹ That is quite a sweeping statement, and this part of the judgment has unsurprisingly been criticized quite a lot.¹¹⁰ First of all, the link between

104 These criteria follow from Book 6, Article 162 of the Dutch Civil Code.

105 Urgenda judgement, para. 4.87.

106 Tabau 2015, 231-232.

107 Urgenda judgement, para. 4.89.

108 See also Lin 2015, 79-80.

109 Urgenda judgement, para. 4.90.

110 Graaf 2015, 521-523.

greenhouse gas emissions and climate change in general remains contested, albeit less and less. But it is even more difficult to prove that a particular emission has had a particular *local* effect. As one commentator noted, “it is impossible to consider that a particular source of GHG emissions causes a particular harm”.¹¹¹ If the Court did not believe such a strong and specific causal link was necessary, it should have explained why this was so. It has been suggested that an application of the precautionary principle in this context might alleviate, so to speak, some of the burden and lessen the standard of proof; but it is not clear that this was how the Court intended the principle to be applied.¹¹²

The Court also had a rather simple solution to the famous drop in the ocean argument: in an ocean full of water, so the argument goes, what does it matter if someone – *in casu* the Dutch State – adds one more drop of water?¹¹³ The Court’s reply was that “the fact that the current Dutch greenhouse gas emissions are limited on a global scale does not alter the fact that these emissions contribute to climate change”.¹¹⁴ The Court appears to have argued that even a single drop will make the ocean grow bigger and contribute to the damage.

Not everybody was convinced. One commentator in particular criticized the way in which the Court dealt with – or failed to deal with – essentially all aspects of the causation problem: in his view, the Court had, at best, only managed to establish that greenhouse gas emissions from the Netherlands might contribute to a possible global rise in temperature, which might possibly contribute to climate change in the future, which might eventually cause harm, that could possibly also manifest itself in the Netherlands, and which might be mitigated by further reduction in emissions of CO₂.¹¹⁵ In other words, nothing is certain.

Duty of care must exist to protect interests of Urgenda

It must be shown that the norm breached exists for the protection of the interests of the victim. In other words, the condition of relativity must be shown to be met. The Court believed this was the case.¹¹⁶ The norm breached was the duty of care, and it could be said that this norm exists also to protect Urgenda. But then the Court gives meaning to this open norm – or “fills it in” so to speak – with international and domestic legal obligations that have no direct effect, exactly because they do not give rights to Urgenda or do not exist for the protection of Urgenda’s interests. Instead, they provide instructions to the legislator (Article 21 Dutch Constitution), or apply at the inter-State level (all international provisions invoked).¹¹⁷ All these norms the Court used to give meaning to the duty of care thus do not exist for the protection of the interests of Urgenda, as the Court itself acknowledged.¹¹⁸ This seems a bit paradoxical.

Conclusion

With all conditions fulfilled, the Court holds the Netherlands responsible for not fulfilling its duty of care towards Urgenda. To do so, the State must reduce or have reduced the annual greenhouse gas emissions in the Netherlands by at least 25%, compared to 1990, by the end of 2020.

¹¹¹ Tabau 2015, 229-232 is generally on the causal link.

¹¹² See also Lydia Akinyi Omuko, ‘Applying the Precautionary Principle to Address the “Proof Problem” in Climate Change Litigation’ (2016) 21 Tilburg Law Review 52.

¹¹³ Lin 2015, 77-78.

¹¹⁴ Urgenda judgement, para. 4.90. The Court refers here to the infamous Kalimijnen case. See Urgenda judgement, para. 4.79. On the link between the present case and the Kalimijnen case, see also Zeven 2015, 348-349; Joost Rutteman, ‘Kalimijnen II?’ (2015) Milieu en Recht 146.

¹¹⁵ Bergkamp 2015 II, especially 2283-2288.

¹¹⁶ Urgenda judgement, para. 4.91-92.

¹¹⁷ See also Lin 2015, 73.

¹¹⁸ See more on this below, in section 4.

4. Urgenda case a successful example of public interest litigation

It is now clear that Urgenda was indeed established, under domestic law, to pursue the general interest of combating climate change, thereby acting on behalf of the present and future generations of the international community as a whole (see section 2, above). It is equally clear that Urgenda's intention was to use (inter)national law as language, and the domestic courts as forum, to seek a change in Dutch policy that better protected those interests (section 3, above). And Urgenda achieved its aims. The Dutch Court told the executive and legislative branch of government to adapt their climate change policies, in order to meet the State's duty of care. More specifically, the Court ruled that the Dutch State was under an obligation to reduce greenhouse gas emissions in and from the Netherlands by at the very least 25% in 2020 when compared with the levels in 1990. The Court held that the duty of care required this, and that it was not too onerous a burden to achieve. Clearly then, the Dutch District Court's judgment in the Urgenda case can be seen as the product of successful public interest litigation, by Urgenda, for the protection of the environment. On the other hand, if Urgenda's success is limited to this one-time victory at the District Court, it will be a spectacular victory, but one with little long-term effects. It can be likened to what is left of a brilliant dive from a springboard into the pool, when the memories have faded and the ripples in the water died away. It will not have achieved the long-term changes that Urgenda might have wished for. In order for this Court decision to have triggered a whole new kind of lawsuits and litigation, some persistent criticisms will need to be responded to persuasively.

The most tenacious criticism is that about the "proper place" of the Court in the constitutional system. We must look at the relationship between the Court and the legislative and executive branch of the State, as well as the Court's relationship with the law itself. Most of the commentary focused on the way the Court situated itself in the so-called balance of powers.

The Court and the response from scholars

The Court took quite some time - and devoted a considerable number of paragraphs in the judgment - to explain how it perceived its own place in the Dutch constitutional order. Provisions of international law had a role herein. Indeed, the Court used these international provisions to determine for itself the "degree of discretionary power the State is entitled to" when exercising the tasks and authorities given to it.¹¹⁹

The Court explained that it had to "assess fully whether or not the State has exercised or exercises sufficient care, but that this does not alter the fact that the State has the discretion to determine *how* it fulfils its duty of care" (emphasis added).¹²⁰ At the same time, "this discretionary power vested in the State is not unlimited: the State's care may not be below standard".¹²¹ The Court then went on to explain that "the State ha[d] a wide discretionary power to organize the national climate policy in the manner it deems fit". This could be derived from the openness of Article 21 Dutch Constitution. At the same time, the Court held that

"due to the nature of the hazard (a global cause) and the task to be realized accordingly (shared risk management of a global hazard that could result in an impaired living climate in the Netherlands), the objectives and principles, such as those laid down in the UN Climate Change Convention and the TFEU, should also be considered in determining the scope for policymaking and duty of care".¹²²

The Court was particularly inspired by the Climate Change Convention's principles of inter-generational fairness, the precautionary principle, and the principle of sustainable development. According to the first principle, the State's policy "should not only take into account what is most beneficial to the current generation at this moment, but also what the policy means for future generations, so that future generations are not exclusively and disproportionately burdened with

¹¹⁹ Urgenda judgement, para. 4.52

¹²⁰ Urgenda judgement, para. 4.53. See also 4.101.

¹²¹ Urgenda judgement, para. 4.53.

¹²² Urgenda judgement, para. 4.55.

the consequences of climate change”.¹²³ Again, the Court emphasized that these international provisions had no direct effect and could not be invoked directly by Urgenda, but they did “constitute an important viewpoint” for the Court in assessing whether the State had acted wrongful.¹²⁴ One commentator critically evaluated the way in which the Court appeared to have relied on these principles, especially the precautionary principle and the proportionality principle, to tilt the balance of powers in its favor.¹²⁵

The Court was thus continuously reminding itself - and the parties to the dispute - that it wanted to leave as much discretion as it possibly could to the State to determine how to fulfil its duty of care. But at the same time, it actually went quite far in telling the State what to do. Indeed, in the end, because “in view of the latest scientific and technical knowledge it is the most efficient to mitigate and it is more cost-effective to take adequate action [now] than to postpone measures in order to prevent hazardous climate change”, the Court was of the opinion that “the State has a duty of care to mitigate as quickly and as much as possible”.¹²⁶ One commentator felt it was “quite remarkable in view of the separation of powers” that the court gave such explicit policy directions to the State.¹²⁷ But others, by suggesting various ways in which the legislator could exercise its powers, showed the many options that were still available to the legislative branch.¹²⁸

The basis for its conclusion is not some provision of international or domestic law, but the realization that it is cheaper to take measures now than to leave it for the future generations to combat climate change.¹²⁹ But can one really interpret and apply the duty of care in such a way that it requires of the State to cut costs by acting sooner rather than later? Is that a decision the Court can make for the State? In doing so, the Court appears to be making a cost-effectiveness assessment, which seems to be the thing *par excellence* that policymakers are normally accustomed to do.¹³⁰ The Court believed its competence to make a cost-benefit analysis derived from certain procedural principles of international environmental law, in particular the principle of intergenerational fairness, which obliges the State to “take account of the fact that the costs are to be distributed reasonably between the current and future generations”; the precautionary principle, which prohibits the State from using scientific uncertainty as an excuse not to act now; and the prevention principle.¹³¹

Can this reasoning be applied more generally? In other words, would the State be breaching its legal duty of care whenever it is acting too little too late? There are many people who believe politicians *always* act too little and too late. Think of the refugee problem, the economic crisis, etc.¹³² For these reasons, a number of commentators suggested that the Court should perhaps better have limited itself to issuing a declaration that the State had acted in breach of its duty of due care, instead of going one step further by telling it what to do in order to act in compliance with that duty.¹³³ Another commentator suggested that the Court should have undertaken only a marginal assessment, and merely address the following question: did the State make a *serious and earnest attempt* to combat climate change?¹³⁴ Others interpreted the Court’s judgment as a form of

¹²³ Urgenda judgement, para. 4.57.

¹²⁴ Urgenda judgement, para. 4.63.

¹²⁵ Suryapratim Roy, ‘Urgenda v. The Netherlands: A new climate change constitutionalism?’ (2015) *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 197.

¹²⁶ Urgenda judgment, para. 4.73.

¹²⁷ Graaf 2015, 521.

¹²⁸ See Kars de Graaf and Hanna Tolsma, ‘De Omgevingswet als Klimaatwet?’, in *Milieu & Recht*, 2016, no. 44.

¹²⁹ See also Schutgens 2015, 2273.

¹³⁰ See also Tabau 2015, 235-236; Bergkamp 2015 II, 2282.

¹³¹ Urgenda judgment, para. 4.76.

¹³² Schutgens 2015, 2276; Gestel 2015, 2604.

¹³³ Graaf 2015, 524-525.

¹³⁴ Schutgens 2015, 2276.

risk regulation.¹³⁵ When the risk is serious and urgent enough, it was argued that the Court should be allowed go further than in other cases in which the State was acting too little too late.

At the end of its judgment, the Court returned to the relationship between government and court once more. The Court began by emphasizing that “Dutch law does not have a full separation of state powers [...] between the executive and judiciary”.¹³⁶ Instead, there is a constant search for a “balance between these state powers”, in which each of three branches – legislative, executive, judiciary – has “its own task and responsibilities”.¹³⁷ In support of the Court, some commentators referred to a “long tradition” in the Netherlands of courts’ involvement in tackling societal problems when the politicians fail to find a problem and society cannot wait any longer.¹³⁸ Another commentator tried to provide some reassurance by calling the judiciary the “least dangerous” of the three branches.¹³⁹ Others invoked the teachings and writings of one of the founding fathers of the *trias politica*, Montesquieu. Supposedly the Court had understood these teachings well, as it kept within the boundaries established by this famous scholar.¹⁴⁰ Montesquieu distinguished two different kinds of boundaries: first, the court’s freedom was limited by the law itself; and second, the court’s freedom was limited in the sense that it needed to be balanced against the freedom of the other two branches of the *trias*.

On the first balance, Nico Schrijver used the metaphor of a tightrope walker, the rope being the law and the walker the judge:

It is for the judge to identify the applicable law in a specific situation and apply it to the particular case, and to weigh whether the law provides enough concrete support warranting an order [to the executive] restricting [its] discretionary freedom. This not seldom requires that [the judge] must master the techniques of a tightrope walker and act like a skillful balancing-artist, in order not to lose touch with the applicable law and end up walking on air. But a judge who, standing at the edge of a precipice, dare not lift up her foot and gingerly step out on the tight-rope, does not make use of the evolutionary dynamic atmosphere in which the law is formed and must find its application.¹⁴¹

Turning to the second balance, the court’s role, properly understood, was that of the guardian of the law vis-à-vis the political powers of the executive and the legislative branch.¹⁴² There is general agreement *that* the court has to work within these limits, but the discussion is on *how far* it can stretch these limits in the exercise of its tasks.¹⁴³ In other words, it is all a matter of degree, grey scales, and finding a proper balance.¹⁴⁴

The Court continued as follows: “The court provides legal protection and settles legal disputes. It *must* do so if it is requested to do so”.¹⁴⁵ In undertaking this task, “the court has to limit itself to its own domain, which is the application of law.”¹⁴⁶ Also, it is the Court’s task

135 See also Elbert de Jong, ‘Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?’ (2015) 46 Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht.

136 Urgenda judgement, para. 4.95

137 Urgenda judgement, para. 4.95. See also Graaf 2015, 523.

138 Gestel 2015, especially 2601.

139 Aalt Willem Heringa, ‘Rechter en politiek: verzaakt de politiek/wetgever of dient de rechter juist het belang van de wetgever?’ (2016) 34 Milieu en Recht 203.

140 Tara Kok and Friso van de Pol, ‘de l’esprit d’urgenda’ (2015) Ars Aequi 959.

141 Nico Schrijver, ‘De reflexwerking van het internationale recht in de klimaatzaak van Urgenda’, in *Milieu & Recht*, 2016, no. 41. The translation is my own.

142 For a more detailed exploration of these issues, see Boogaard 2016.

143 For a more detailed exploration of these issues, see Boogaard 2016.

144 Heringa 2016.

145 Urgenda judgement, para. 4.95

146 Urgenda judgement, para. 4.95

to provide private persons like Urgenda “legal protection from government authorities”.¹⁴⁷ Normally, when a case is between two private parties, that is no problem. But when the case is between a private party – such as Urgenda – and the State, and when it involves long-term policymaking relating to public or general interests, a judgment could potentially affect many other people and organizations, who are not involved in the litigation. This is also noted in the scholarship.¹⁴⁸ One commentator had some sympathy with the complaints of commercial corporations that have made certain investments in the belief that the Netherlands would act consistent with the EU policy, and are now faced with a sudden policy change if the State takes the Urgenda judgment seriously. It is worth pointing out that the author, herself an “environmental law scholar”, had some difficulty having sympathy for such corporations; but I guess her respect for the rule of law prevailed here.¹⁴⁹ Another commentator, Bergkamp, characterized the dispute before the Court as “only the activists’ position against some politically-informed consensus view adopted by the government”.¹⁵⁰ Other interest groups have no possibility to influence the Court, whilst they have plenty of opportunity to influence political decision-making (primarily by lobbying).¹⁵¹ The Court agreed that this was a reason for caution, but not a reason to refuse to give judgment.¹⁵² The Court was asked, by Urgenda, to do what it was established to do: apply the law, and thereby provide protection to a private person. It does not matter, believed the Court, that a decision has enormous political consequences, and affects the interests of many other people and institutions:

“The possibility – and in this case even certainty – that the issue is also and mainly the subject of political decision-making is no reason for restraining the judge in his task and authority to settle disputes. Whether or not there is sufficient “political support” for the Court’s judgment is not relevant in the court’s decision-making process.”¹⁵³

The particularly provocative tone of this paragraph has triggered many commentators. One commentator was enthusiastic, especially about the latter phrase. It showed, in his view, that the Court was not led by the latest “opinion of the day”, or the results of the most recent public opinion polls. Instead, the wise, impartial and independent judge was guided by age-old principles of the rule of law.¹⁵⁴ Another commentator referred to the quality of the Court’s decisions as basis for their legitimation; the Court did not need any popular legitimation, as long as its judgments did not fail to convince.¹⁵⁵

However, most commentators were highly critical of the Court’s reasoning on the balance of powers issue.¹⁵⁶ For example, in Bergkamp’s view, “the judicial process is not suited to resolve complex scientific debates and public policy issues involving a wide range of third party interests”; and “by failing to give the separation of powers doctrine the central place it deserves, the judgment is inconsistent with [...] the demands of constitutional democracy properly conceived”.¹⁵⁷ Bergkamp qualified Urgenda’s use of the courts as “imposing political or subjective value judgments and governance through the courts”.¹⁵⁸ In other words, it was an improper use of the Court’s jurisdic-

147 Urgenda judgement, para. 4.97.

148 See e.g., Lin 2015, 80; Schutgens 2015, 2274.

149 Peeters 2016, 129.

150 Bergkamp 2015 III, 103.

151 Bergkamp 2015 III, 106-107: “potentially affected third parties are not represented before the court”. He thus proposes that “courts should refuse to hear these kinds of cases, or deny the remedy sought, on the ground that [...] its judgment would have implications for unrepresented third parties that the court cannot even begin to assess”.

152 Urgenda judgement, para. 4.96. See also Hulst 2015, who notes that the Court was very aware of this problem.

153 Urgenda judgement, para. 4.98

154 Hulst 2015.

155 Ortep 2016.

156 See e.g., Zeven 2015, 352-356; Bergkamp 2015 I, 245-248; Bergkamp 2015 III, 105-107.

157 Bergkamp 2015 I, 247.

158 Bergkamp 2015 I, 261.

tion. In response, Zeben suggested, following Enneking and de Jong, that the Court could “push through political stalemate”, by issuing a judgment in such a situation.¹⁵⁹ In reply, Bergkamp noted that “the cure is worse than the disease”. After all, argued Bergkamp, it “undermines the moral authority of courts, because courts will be perceived as partisan policy makers, not independent administrators of justice”; and it “impedes dynamic policy-making on environmental and other issues, since court judgments, unlike government policies, are unable to respond to scientific developments and changing circumstances”.¹⁶⁰

Response from politicians

So far, we have looked at the critical response of scholars. It might be worthwhile to look also at the response of the political branches themselves: government (executive) and parliament (legislative). Following the decision of the government to appeal the Court’s judgment, a debate took place in the House of Parliament on 24 September 2015. MP for the VVD (Dutch liberal party) Remco Dijkstra made some interesting remarks about the relationship between the different branches of the State:

“What today is put into question is the political primacy in our democracy. Who decides what happens in this country? Who is the boss? Are 17 million Dutch citizens the boss, or at least those who go and vote? Or is the unelected judiciary the sovereign power, a judiciary that lacks the legitimacy of the people in the country? The judge is not elected. The MPs are. The judge is not a policy maker. The Parliament is. The court cannot oversee everything. The Parliament is supposed to be able to do so. Actually, it is quite simple: at the elections, everybody votes for a certain political party, which then represents his or her interests. In this political arena [i.e. the House of Parliament] we weigh and balance all those interests, be it health care, education, public safety or the environment. And then we take a democratic decision.”¹⁶¹

There was one political party in the Netherlands, called Groen Links (“green left”), which is basically established to protect the interests of the environment. But they get relatively few votes and thus relatively few seats in Parliament. The immediate consequence is that they have little influence on Dutch policymaking and legislation. Urgenda, it could be argued, is much more successful in influencing policymaking and protecting the same interests. In Dijkstra’s view, this is not a very democratic situation:

“One wonders how democratic it is, when, if you do not get what you want here in the House of Parliament, an association established to protect the same interests goes to court to force the House to take the decision you want.”¹⁶²

Dijkstra feared that if such a thing were allowed in this case, other associations protecting other general interests might be established to try and do the same. And indeed, we already see that similar claims are presented. Yet another Dutch NGO, *Milieudefensie* [“defense of the environment”], has brought a claim against the Dutch government before the Dutch civil court because of the poor air quality in many parts of the country. Exactly like Urgenda, the environmental organization *Milieudefensie* also relies on European and international treaties, and the duty of care of the Dutch State for its citizens. As we have seen above, citizens have both a constitutional right (Article 21 Dutch Constitution) and a human right (Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights) to a healthy environment. *Milieudefensie* demands that the air quality throughout the country meets the European standards within six months. And this is just one example of such a claim. Many NGOs are expected to follow, and they will all bring a claim, based on the duty of care and international treaties; and this “puts the parliament out of play”.¹⁶³ In the commentaries, it was noted that it is not so uncommon for court decisions to have such effect. Some do not find this

159 Zeben 2015, 354.

160 Bergkamp 2015 I, 262.

161 Handelingen TK 2015-2016, Uitspraak rechter inzake uitstoot van broeikasgassen, nr. 6, item 4, p. 11.

162 Handelingen TK 2015-2016, Uitspraak rechter inzake uitstoot van broeikasgassen, nr. 6, item 4, p. 12.

163 Handelingen TK 2015-2016, Uitspraak rechter inzake uitstoot van broeikasgassen, nr. 6, item 4, p. 13.

particularly problematic,¹⁶⁴ and some even applaud this type of “civilian-empowerment”.¹⁶⁵ But others do find it problematic. For example, Bergkamp saw it as a “recipe for widespread judicial activism”.¹⁶⁶

This same criticism was also expressed by the government (executive branch), albeit in more cautious terms than those employed by the Parliamentarians and critical scholars. For example, in a letter updating the Parliament on the state of the appeal to the Court’s Urgenda decision, the government first emphasized that the Netherlands *does* meet its international and EU commitments. The Court acknowledged this, but believed that compliance with (inter)national obligations was not sufficient for the Netherlands to meet its duty of care. In deciding so, the Court basically said the Netherlands would be acting careless even when complying with international and EU law.¹⁶⁷ It had to go further. In view of the government:

“The choice to go beyond what is internationally agreed, is a political choice affecting the economic and societal structure of the Dutch community. Such decisions are made in the political process by democratically legitimized representatives, and with input and consideration of all relevant interests, including the interests Urgenda seeks to protect.”¹⁶⁸

In other words, that was not something for the Court to impose on the State. In the Notice of Appeal, this argument is developed further on behalf of the State, as follows:

“The Court did not take sufficiently into account the many societal interests the government needed to balance against each other, and the choices that needed to be made, taking into account the limited financial means of the State. Those choices, and the prioritization that comes with it, are a task for the government and the parliament.”¹⁶⁹

Clearly, the discussion has only just begun. It is very likely that the Appeals and Supreme Court will have a more cautious view on how far they can go in interpreting and applying the law and in serving as legal guardian, curtailing the freedom of the legislative and executive branch.

5. Conclusion: is the Urgenda case a successful example of strategic litigation?

What to make of the judgment? At least we can say it triggered a debate in which many scholars, from various disciplines and political affiliation, participated. That alone is a big victory. Some commentators see it, partly for this reason, as a “a landmark case with international precedential value”.¹⁷⁰ Other commentators see it as a one-time-thing, and have predicted that it will probably not even survive the appeal stage in the Netherlands. Of course, both these views could be correct at the same time.

But was it a successful example of strategic public interest litigation? It might be recalled here that we speak of public interest litigation when individuals or associations, established under domestic law to pursue a certain general interest, use the domestic courts to seek certain policy changes. The Urgenda case appears to meet the criteria for successful strategic public interest litigation.¹⁷¹ The Urgenda proceedings were clearly used as a way to raise awareness about issues of (inter)

164 See e.g., Zeben 2015, 355-356.

165 “De Aarde Beschadigen is Moreel Onjuist”, interview with Polly Higgins on the international crime of ecocide, Vrij Nederland, 3 August 2016.

166 Bergkamp 2015 I, 248.

167 See also Graaf 2015, 518: “the court implicitly ruled that the EU target is (unlawfully) below the necessary standard as well”.

168 Letter from the secretary of state for infrastructure and the environment to the Chairman of the House of Parliament, dated 9 April 2016, p. 5. The same argument is made in the Notice of Appeal, 1.20.

169 Notice of Appeal, 15.5. See also 15.10.

170 Marc Loth, ‘Climate Change Liability After All: A Dutch Landmark Case’ (2016) 21 Tilburg Law Review 5.

171 See also Zeben 2015, 353.

national concern.¹⁷² And they were used to get the government moving, in a situation where it was obvious to all that fundamental public interests were at stake, but the legislator and executive nonetheless remained powerless and refrained from effective action for a considerable length of time.¹⁷³ Faced with such a stalemate, the Court was successfully used to “speed up developments thereby making a small but possibly decisive difference”.¹⁷⁴

Is this a proper use of the Court? And should the Court play along? In other words, one question in the Urgenda case was whether the judge should be prepared to engage in a kind of judicial activism, when fundamental interests of society and catastrophic risks were at stake. If the courts accept such a task for themselves, will we not see more and more claimants asking the courts to check the political and policy choices of the legislator on their reasonableness and effectiveness? We might underestimate the fundamental social, legal and political consequences of such legal activism, and the limits of the judge’s abilities to take an activist role. A judge will only be seen as a legitimate actor in the long run if (s)he is careful not to interfere too much with political policy choices, made by a democratically elected government. Certainly, if the law is clear, it is up to the court to speak out without fear of how the law must be applied; but when the law is vague and underdetermined, as in this case, the judge should exercise restraint, especially in matters that show significant political and social divisions.

172 See also Liesbeth Enneking and Berthy van den Broek, ‘Public Interest Litigation in the Netherlands: A Multidimensional Take on the Promotion of Environmental Interests by Private Parties through the Courts’ (2014) 10 Utrecht Law Review 77. This article predates the publication of the Urgenda judgment.

173 Gestel 2015, 2602.

174 Gestel 2015, 2605.

“MINERÍA ILEGAL EN EL PERÚ Y LA ACCIÓN INTEGRAL DEL ESTADO”

MANUEL PULGAR-VIDAL

EX MINISTRO DEL MEDIO AMBIENTE DE PERÚ



Muchas gracias, muy buenas tardes, permítanme en primer lugar señalar que para mí no sólo es un honor estar aquí, sino a su vez haberlo hecho por la amistad que le tengo a Rafael Asenjo y como homenaje merecido al derecho ambiental. El Tribunal Ambiental, que hoy día nos reúne, es una clara expresión del avance que el derecho ambiental ha logrado a nivel mundial.

Y antes de ingresar al tema de la minería ilegal, estoy seguro que nos vamos a entretener descubriendo un poco los nexos, no de lo que hizo el Perú, sino los nexos de una situación crítica como la minería ilegal y su vinculación con el derecho.

Quiero empezar haciendo una reflexión general sobre el derecho ambiental, además con ocasión de lo que el profesor Otto Spijkers acaba de exponer. Y quizás mi primera reflexión tiene que ver con lo que viene pasando en el mundo, hablaba en pasillos hace algunos minutos durante la pausa, que el Brexit, ganó el No al Acuerdo de Paz en el referendun en Colombia y el triunfo de Trump es una expresión del mundo en el que vivimos y las demandas ciudadanas y ello nos obliga a establecer nuevos mecanismos y nuevas estrategias para poder seguir convenciendo a los ciudadanos en el sentido que trabajando por el ambiente estamos trabajando por atender las necesidades básicas y los derechos esenciales de la gente. Hay que encontrar en ello una oportunidad, ya que finalmente los tres casos son resultado de procesos absolutamente democráticos, en donde los ciudadanos han tomado decisiones con las cuales uno puede o no estar de acuerdo, pero así es la democracia, esas son sus reglas y la pregunta es qué podemos hacer nosotros, es decir ¿qué puede hacer el derecho ambiental?

Lo que a mí me queda claro es que en los tres casos se reflejan fundamentalmente tres elementos que están en el centro de lo que la gente está demandando. Lo primero que la gente demanda es empleo, lo segundo es seguridad y nos guste o no, lo tercero es lo que coloquialmente solemos llamar “mano dura” es decir Estado de derecho que haga que la ley se aplique y que caminemos bajo conceptos en donde a ley se aplique y se respete. Y entonces debemos preguntarnos cuando la gente votó en los Estados Unidos, cuánto lo hizo por un discurso a

favor o en contra del cambio climático o el ambiente. Probablemente cero; probablemente no entró en lo más mínimo en la reflexión de la gente, probablemente lo que tenemos que pensar es que tenemos que seguir enganchando y convenciendo a más ciudadanos desde el derecho ambiental, desde sus instituciones sobre la importancia que tiene esta disciplina del derecho frente a lo que la gente está demandando, eso para mí es el reto central. Y esto me lleva a, no cuestionar, sin debatir un poco con lo que el profesor Otto nos acaba de presentar, es bien interesante que al momento que el Juzgado holandés estaba tomando la decisión del corte de emisiones de 25% sobre el año 1990, la Corte Suprema de los Estados Unidos, meses después estaba suspendiendo la vigencia de la orden ejecutiva que el Presidente Obama había dictado sobre energía y clima. Entonces acá, viene una pregunta que merece ser debatida y quizás en el momento de preguntas y respuestas lo podamos hacer y es si la judicialización de la demanda social no genera un efecto contrario porque la anestesia? A veces pensamos que llevando todo lo que puede ser la dinámica ambiental y social a los tribunales, vamos a obtener resultados positivos y sin embargo lo que generamos es un efecto contrario y muchas veces es una anestesia a la dinámica social, porque finalmente los estamos sometiendo a espacios formales de decisión que tienen sus tiempos y tienen sus mecanismos de solución, muchas veces ajenos a las maneras más participativas. Un ejemplo que creo vale la pena evaluar es lo que ocurrió en Ecuador con el Quinto Poder que es una figura constitucionalizada que señala que la participación ciudadana se somete a mecanismos institucionales formales. El resultado es que ya casi no hay instituciones de la sociedad civil, las ONG empezaron a desaparecer por distintas razones y la participación ciudadana se formalizó y se quedó en manos del Estado y por lo tanto la dinámica social quedó constitucionalizada y poco activa. Parece maravilloso desde una perspectiva del derecho y nuestras aspiraciones como gente que trabaja en el derecho ambiental y sin embargo se perdió la espontaneidad, la movilización y la capacidad de la gente de demandar y exigir. Entonces creo que el caso del profesor Otto Spijkers, sobre Holanda es un caso que vale la pena ser analizado porque en primer lugar establece una regla que parece valiosa, pero si uno mira al Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático – IPCC, el espacio de generación de información científica relativa al clima, podríamos concluir con ellos que 25% de las emisiones al 2020 sobre la base del 90 no es suficiente. Ya nos dijo el panel que si seguimos con esa tendencia nos vamos a ir al 2,8°C de incremento de la temperatura a fin de siglo y queremos que sea entre 1,5°C y 2°C. Y por otro lado me pregunto, ¿cuánto juega una resolución judicial frente al proceso de construcción de consensos que llevó al acuerdo de París y ahora en la COP22 de Marrakech al desarrollo de sus reglas? lo que sí me queda claro es lo fundamental que es el rol de la ciencia en esta tarea, y en esta primera reflexión sobre el derecho ambiental, la necesidad que tiene el derecho ambiental de ingresar a temas como el del cambio climático, la descarbonización, la resiliencia y la adaptación, la estrategia de economía verde, ahora el Protocolo de Kigali para reducir emisiones y eficiencia energética de HFC, las decisiones que ha tomado la Asociación de Aviación Civil sobre el tema de disminución de emisiones que deriva de los vuelos, entre muchas otras, creo que ahí hay todavía un reto muy grande del derecho ambiental que debemos asumir.

Dicho eso, porque este es un espacio de discusión del derecho ambiental, paso a lo que me pidieron que hable, el tema de la minería ilegal. Y lo voy a hacer como ya lo adelanté desde una perspectiva que los anime a reflexionar desde el derecho y no desde si el Perú adoptó el decreto supremo, la ley A, B o C, porque eso finalmente como digo yo siempre a mis alumnos se encuentra en cualquier gaceta del diario y ahí están las normas legales y cualquiera puede acceder a ellas. Lo importante es reflexionar sobre el tema y lo voy a hacer en tres partes, lo primero: La minería ilegal y los desafíos frente a derecho; lo segundo: La determinación de lo que es ilegal y lo tercero: ¿Qué decisiones tenemos que adoptar conceptualmente para enfrentar un fenómeno de esta naturaleza?

Vamos a lo primero, a qué dilemas nos enfrenta una actividad como la minería ilegal frente a lo que es el derecho y mi primera reflexión es al tema del dominio de los recursos naturales. Ese es un tema sobre el cual el derecho ambiental tiene todavía mucho más que debatir. La opción fundamentada en el Derecho Romano Germánico asumida por los países cuyo derecho se sustenta en esa raíz, cuando hablamos de dominio sobre los recursos naturales, es dejar este dominio en manos de la Nación o del Estado y nos ha llevado a regular la separación del suelo, o superficie y subsuelo, lo que a su vez genera una polarización entre acceso privado o dominio público. Ese es un tema que cuando hablamos de minería ilegal está siempre en cuestión, porque

finalmente estamos hablando y ese es el caso de Chile, de Colombia, de Perú, de todos los que tenemos raíz romano germánica de un recurso natural que es del Estado y que es el Estado el que facilita su acceso bajo ciertas reglas, pero que en el caso de la minería ilegal se ven absoluta y rápidamente violadas. Y, ¿por qué planteo la necesidad de esta discusión? porque lamentablemente la discusión sobre recursos naturales suele ser una discusión política y no una discusión jurídica, como debiera ser. Es importante debatir sobre ello sin polarizar, prejuzgar o descalificar sea el acceso o el dominio privado, o el acceso o el dominio público, ya al final del día las condiciones que el derecho establece sobre los recursos naturales nos lleva a un punto de encuentro en donde se puede lograr el consenso, ya que lo que al final estamos buscando en recursos naturales es bajo qué condiciones queremos que se aprovechen los recursos naturales, cómo queremos obtener beneficios y cómo queremos que estos beneficios se distribuyan. Esa es la discusión, no en manos de quién están.

Tenemos constituciones como la boliviana que dice que el petróleo es del Estado y que solo Yacimientos Petrolíferos Fiscales de Bolivia lo puede hacer, tenemos constituciones como la ecuatoriana que dice que los recursos de hidrocarburos y otros son estratégicos, tenemos constituciones más liberales como la chilena y la peruana que deja más o menos abierta a la iniciativa privada, es más, probablemente la peruana es aún más extrama ya que existe el rol subsidiario del estado, lo que impide que el estado peruano intervenga en actividades que el privado pueda hacer, por lo tanto no hay una empresa de petróleo en plena actividad, La hay pero no tenemos un equivalente a Codelco que hace minería en Chile. Pero al final del día la pregunta es sobre los beneficios y el mejor ejemplo cuando hablamos de beneficios y su distribución son los Emiratos Árabes Unidos, en donde en un régimen absolutamente centralizado en la figura de los líderes de la Nación; los beneficios se distribuyen, porque tienen un sistema cerrado en donde fundamentalmente se reconocen derechos y beneficios a los emiratíes

Entonces creo que ahí hay una primera reflexión cuando pensamos en minería ilegal y es: de quién son los recursos y cómo distribuimos los beneficios. Porque esto me lleva a una segunda reflexión. Los Estados pueden optar, cuando pensamos en minería, por grandes operaciones, como operadores como Codelco, Río Tinto o BHP, como es el caso Chile Perú, o podemos pensar como en el caso boliviano en una cooperativización y al final del día en ambos extremos vamos a tener dificultades. Miren ustedes que hace muy poco tiempo un grupo de cooperativistas mataron al viceministro de minas de Bolivia porque las cooperativas pensadas con un fin social estaban evolucionando a ser empresas típicas y estaban vendiendo sus derechos a las propias empresas grandes, entonces el fenómeno igual se va a repetir, del grande al pequeño o del pequeño al grande. Entonces aquí no hay recetas únicas, la minería ilegal nos lleva justamente a la discusión de los recursos naturales, de quiénes son, quién ejerce las actividades, cómo se distribuyen los beneficios y cómo se genera el Estado de derecho.

Pero lo más interesante que es a lo que me voy a referir más adelante es que la minería ilegal nos enfrenta a la tradición minera y hay más desencuentros que encuentro. En el caso peruano la primera Ley de la República es del año 1901, estamos hablando de casi 115 a 120 años, aunque la actividad es prehispánica. Bajo esa tradición hemos consolidado la figura de la concesión, el acceso y la contratación como elementos centrales que permiten que seamos países que desarrollan fuertemente la minería.

La pregunta entonces es cuánto reta la minería ilegal a esta tradición minera y cuánto estamos dispuestos a aceptarla. Analicemos ello.

Lo primero a analizar es cuánto desafía la minería ilegal el concepto del estado de derecho. Y esto lleva al segundo punto, ¿qué es ilegal?, ¿qué cosa determina que una actividad sea ilegal? Cuando uno piensa en un vendedor de calle, o ambulante como decimos nosotros, uno se pregunta si es una actividad ¿ilegal, lícita o informal?, porque la falta de definición clara de esos conceptos de ilicitud, ilegalidad e informalidad, genera un conjunto de dificultades a nivel de los tribunales porque lo que uno suele encontrar cuando llega la fuerza del orden a decirle a alguien que está haciendo una actividad sin autorización previa la respuesta suele ser que no se está haciendo nada malo, claro, que no se está haciendo una actividad de narcotráfico, pero es claro que se está haciendo una actividad al margen de la ley, sin las autorizaciones debidas, sin los títulos correspondientes. Entonces ¿qué tanto el Estado debe intervenir y reprimir o imponer

su fuerza coercitiva cuando una situación de esa naturaleza se presenta. Y por qué lo digo, porque uno de los grandes problemas y dilemas a los que uno se enfrenta y el Perú ha enfrentado cuando pensamos en minería ilegal, es que las razones de la ilegalidad son diversas, primera razón, se ejerce la actividad sin títulos, no se accedió a un título y por lo tanto no hay una concesión minera y se rompe el principio fundamental de la actividad, no hay derecho minero que no tenga un título otorgado por el Estado porque justamente se sustenta en el dominio que tiene el Estado sobre los recursos naturales, no hay un dominio superficiario sobre los recursos naturales del subsuelo, el Estado tiene que proveer este título y muchos de estos operadores no lo tienen.

Una segunda razón de la ilegalidad y probablemente la más compleja es, el que está desarrollando la actividad sin título, o con título, está en la superficie de otro y ese superficiario puede ser un privado individual o colectivo o puede ser otro concesionario minero o un concesionario forestal o alguien que tiene un derecho turístico y la pregunta es cómo enfrentamos la realidad de lo que podríamos denominar de una o de otra manera muy sencilla, invasiones. Porque de una o de otra manera cuando hablamos de esta situación, estamos hablando de invasiones y claro, probablemente en Chile donde el desarrollo de la actividad de la minería ilegal se ha dado fundamentalmente en la zona norte, muy pegada al altiplano, que es una zona más eriaza, no se presente necesariamente esta situación, aunque se debe estar presentando con otros derechos mineros, pero en el caso del Perú donde estamos hablando también de la Amazonía, estamos hablando de concesionarios forestales, titulares indígenas, titulares de concesiones de ecoturismo, entre otros, la pregunta cómo lidiamos con una situación y cuánto el Estado puede intervenir con una situación de esta naturaleza.

A su vez, hay toda una dificultad que tiene que ver con el hecho de una calificación de la minería por escalas y creo que también en Chile lo tienen, hay operadores de pequeña escala, de mediana y gran minería, la pregunta que yo siempre me hago es si debemos seguir con esta tendencia de reconocer a los pequeños de menor escala, porque hay algo que es muy natural en el desarrollo de actividades económicas, el pequeño será grande y cuando nos imaginamos los mineros de California durante la fiebre del oro, con su palangana lavando oro, eso ya se acabó, el pequeño minero de hoy día, supuestamente tiene un cargador frontal, un volquete (tolva), una planta de beneficio o de tratamiento minero metalúrgico, entre otros equipamientos, que hace que esté muy lejos de esta idea de un operador de pequeña escala con fines de sobrevivencia que no está lucrando sino que está cubriendo una necesidad básica.

La pregunta entonces es ¿debemos insistir y continuar con las divisiones por escala o no? Yo personalmente siempre he creído que podemos suponer que la actividad extractiva sí, pero el beneficio de ninguna manera, porque el beneficio es de alto riesgo, porque ingresa a procesos metalúrgicos que utilizan mercurio, cianuro, ácido sulfúrico y otros, entonces ahí hay un tercer elemento de la ilegalidad.

El cuarto elemento de la ilegalidad es desarrollar la actividad en zona prohibida, estamos hablando de áreas protegidas, de restos arqueológicos, de terrenos cultivados, de un conjunto de elementos en donde creo que es fundamental que los otros sectores que desarrollan procesos normativos dejen establecido con claridad qué zonas no están permitidas para el desarrollo de esta actividad. En el caso peruano dejamos muy en claro que una zona prohibida es desarrollar minería en cuerpos de agua amazónicos, ahí no pueden entrar dragas ni equipamientos que empiecen a dragar el río ni sus riberas y obviamente las áreas protegidas y sus zonas de amortiguamiento y se presenta el debate siempre *“pero déjenos utilizar máquinas de 25 caballos de fuerza”* que son pequeñas, pero el que usa 25 mañana usará 50 y pasado mañana 100, entonces personalmente creo que la prohibición es la mejor medida y de hecho se necesitan mecanismos de control.

Y también está el tema de los procesos metalúrgicos, que lleva a si debemos mantener como un proceso de compraventa libre los insumos químicos que los procesos metalúrgicos requieren. Porque no sé cómo esté ocurriendo en Chile pero entiendo que los mineros ilegales utilizan el cianuro con una libertad, como si estuvieran utilizando agua, en el caso peruano eso ocurre en la zona andina norte, pero utilizan mercurio en los ríos amazónicos y hemos tenido que llegar al momento de establecer insumos fiscalizados, el mercurio es un insumo fiscalizado, pero peor aún, la gasolina y el diésel, porque un departamento como Madre de Dios que está sufriendo

las consecuencias de la minería, el consumo de combustible está diez veces por encima del demandado para una actividad oficial regular, ese diez veces por encima es para la minería, y lo controlamos pero entra de contrabando por la frontera con Bolivia, entonces hay un conjunto de fenómenos que llevan a la necesidad de establecer rutas fiscalizadas.

Es ilegal también el ejercicio de la actividad sin instrumento ambiental, hemos tenido que crear en el Perú un instrumento de gestión ambiental correctivo porque el EIA obviamente ya es un instrumento desactualizado frente a una actividad en curso, entonces hay que establecer un instrumento correctivo simple, que permita encaminar a la actividad hacia el cumplimiento de reglas ambientales y definitivamente está el tema de tributos, está el tema de derechos laborales y sociales.

Entonces, un Estado podría decir, por cualquiera de estas ocho o nueve situaciones, declaro ilegal a la actividad, pero no se puede atender todas las omisiones a la vez. Entonces la pregunta es cómo encaminamos el proceso, cómo gradualmente encaminamos el proceso. Y lo que en el Perú hicimos, y que creo que es valioso, siempre puede ser ajustado o mejorado el proceso, fue decir: la minería informal es aquella que sin estar en zona prohibida o sin tener maquinaria no autorizada puede desarrollarse porque existe la voluntad de un operador de encaminarse hacia un proceso de formalización, a través de un proceso muy simple, una declaración de compromiso, en otras palabras, está mostrando una voluntad de que el estado lo acompañe en el proceso de formalización. Y lo ilegal es todo lo que no cabe en ese concepto, es decir, está en zona prohibida, está utilizando maquinaria indebida y no mostró ninguna voluntad de formalizar, a ese sí se le interdicta, se le destruye la maquinaria y hemos tenido lamentablemente que llegar a un nivel de destrucción de maquinaria, que siempre es penoso, porque lamentablemente a veces en el poder judicial esa maquinaria vuelve al operador por las miles de ramas que a veces la justicia establece para no actuar con autoridad y poder, entonces en el proceso de interdicción se utilizan explosivos y se destruye la maquinaria que es la única manera de impedir que esa maquinaria vuelva a la actividad.

Ahora entraremos a las decisiones difíciles que hay que tomar. Primera decisión difícil, que sé que no ocurren en Chile, pero sí ocurren en el Perú, es la diferencia entre una minería de filones y una minería aluvial, ustedes saben en Chile, que es un país muy minero, que la minería se da fundamentalmente en dos grades sectores, la minería de filones en donde el yacimiento es vertical, profundo que puede estar en pórfidos, vetas o diseminado, porque deriva de un proceso geológico que vino del subsuelo hacia la superficie y se explota habitualmente con socavones o túneles o con tajos abiertos, open pits como se dice en inglés, por lo tanto es una minería vertical, no es una minería migrante. Pero qué ocurre con la minería aluvial que es el resultado de yacimientos llamados placeres que, por procesos de erosión, deslizamientos, terremotos, volcanes, geología pura, se han ido depositando en las zonas planas, por eso están en las zonas planas de la Amazonía, tal como en su momento estuvieron en las zonas planas de San Francisco, porque los metales venían de la sierra de California y se depositó y vino el gran boom del oro, pero ustedes de inmediato se darán cuenta, como no es un yacimiento que viene del subsuelo, sino de la superficie, se quedó instalado ahí y es de poca profundidad.

Yo tengo entendido que Chuquicamata debe ser el tajo abierto más grande del mundo, creo que tiene más de mil metros de profundidad y es más, escuché hace poco, que ahí abajo del tajo iban a abrir un socavón, un túnel. Es una mina que responde al hecho que la concesión minera es un sólido de profundidad indefinida, puede llegar hasta donde la rentabilidad y la capacidad técnica me dé. Pero en el caso de una minería aluvial la profundidad nunca va a ser más de cincuenta metros, por lo tanto es una minería muy migrante lo que hace que se pierdan las condiciones más esenciales de la minería, por ejemplo la asignación por cuadrículas mineras. Países mineros tienen un sistema geológico de cuadrículas, a partir del cual se accede a la concesión minera, pero si la minería es migrante, el día que yo formalizo a un operador en la Amazonía, cuando acabe el proceso ya migró, ya llegó a los cincuenta metros y ya está a algunos metros más allá fuera de su cuadrícula minera, o si yo autorizo una draga, esa draga va a migrar por los ríos y por lo tanto va a escaparse del concepto de la cuadrícula minera.

A su vez hay un concepto que choca con lo que es la concesión minera, que a su vez se divide en proceso de exploración, explotación y beneficio, es algo que se pierde en la actividad de la

minería ilegal, porque a su vez en el caso del aluvial que estoy lavando tierra y arena, estoy explorando y explotando y a su vez beneficiando, utilizando mercurio con lo que se llama la amalgama, la pregunta es cómo puedo trabajar la concesión minera cuando se han perdido estas fases de la actividad.

Hay a su vez un problema que tiene que ver con el plazo de la concesión y este es un elemento que en el Perú se está discutiendo mucho, corríjanme y díganme cuánto tiempo dura una concesión inactiva en Chile. En el Perú una concesión inactiva, es decir desde que se solicita hasta que caduca por no operación pueden pasar 15 años más 5 excepcionalmente, 20 años (nota: al momento de editar el presente texto el plazo máximo en el Perú se había ampliado a 30 años para concesiones inactivas) que, algunos dicen que es un plazo razonable para que un gran operador pueda desarrollar una actividad, rentabilizarla e iniciar operación. Estamos hablando de inversiones de más de diez mil millones de dólares en algunos casos como ha sido Las Bambas en el Perú y esas inversiones no se consiguen en menos de diez años. ¿Qué dicen los operadores pequeños? qué en el Perú tenemos minas inactivas, y piden se les deje en libertad ya que ellos pueden iniciar operación en plazos más cortos. Entonces el tema plazo de la concesión y en cuanto tiempo debe caducar una concesión es un gran problema, porque lo que tenemos son concesiones vigentes invadidas y se ha tratado a través de los contratos de explotación lograr acuerdos del concesionario formal y el invasor de manera que el Estado no tenga que entrar coercitivamente y expulsar. Pero la pregunta es qué ocurre si el concesionario formal no quiere que se desarrolle este tipo de actividad y esto lleva a lo que es el tamaño de la concesión, porque en el caso de la minería ilegal, el problema es que como la concesión minera formal es de gran tamaño, quien invade empieza a invitar a otros porque no tiene la capacidad de desarrollar la actividad en todo el ámbito de una concesión muy grande y eso me lleva nuevamente al dilema de si hay que seguir trabajando minería de pequeña escala o simplemente hay que trabajar en una minería de gran escala.

Otros dos elementos centrales que están vinculados a este proceso. La fiscalización ¿quién fiscaliza?, ¿quién desarrolla los procesos de supervisión administrativa y qué rol cumple el Poder Judicial, y ahí en el Perú tenemos un gran dilema porque el año 2008 se descentralizó la competencia en pequeña minería y por lo tanto gran parte de la dificultad que tenemos para la formalización es que la minería grande y mediana está en el Gobierno Nacional, pero la pequeña está en el Gobierno Regional, que no tiene capacidad, que no tiene un ámbito de fiscalización eficiente y que en muchos casos lamentablemente está asociada a la propia actividad, como es el caso de la región de Madre de Dios en la frontera con Brasil y Bolivia en la Amazonía peruana. Entonces cuánto pueden afectar los procesos de centralización, el ámbito de fiscalización y de aplicación de la ley es un elemento central.

Concluyo entonces señalando que esta discusión de minería ilegal más que saber qué hicimos, nos lleva a reevaluar los conceptos sobre recursos naturales, dominio y acceso, la tradición minera, los procesos tecnológicos. Yo soy personalmente un convencido que la minería en Amazonía aluvial debe ser prohibida, porque no hay forma de hacerla sin que haya un altísimo nivel de destrucción, porque tengo que sacar la tierra y lavarla y esa tierra no se recupera nunca más, la profundizo cuarenta metros, pero claro, ahí nuevamente viene como el ambulante, déjame trabajar, no estoy haciendo nada malo, entonces ahí nuevamente viene el concepto del estado de derecho y qué tanto quiere el estado imponer su fuerza coercitiva.

Culmino agradeciendo mucho al Tribunal Ambiental, a Rafael Asenjo mi buen amigo y a todos ustedes por esta oportunidad.

Muchas gracias.



■ PARTICIPANTES SEGUNDO PANEL "PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA AMBIENTAL".

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS

MODERADOR SR. JUAN PABLO ARÍSTEGUI

RELATOR ABOGADO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO



A continuación, abriremos un espacio para preguntas y respuestas, he seleccionado algunas de muchas para cada uno de los expositores, e iniciaré con el primer expositor, Volker Mauerhofer, creo que será necesario y prudente reunir dos preguntas. *La primera de ellas dice: ¿usted acepta que el grado de certeza exigible para la intervención del Estado, aplicando el principio de precaución varía según la situación de cada sociedad?*

La segunda dice: En relación a la obligación no solo de implementar las medidas de reparación, sino que de acreditar también la efectividad de las mismas ¿cuál debería ser el rol del Estado cuando pese al cumplimiento la medida no es eficaz?

Mr. Volker Mauerhofer

I would start with the second question: which is the role of the Government if the efficiency does not work. Efficiency will first be defined and I used efficiency as a measure which is related to, for example, the product unit, a service unit, a project unit. We have one project which is, for example, subject to an environmental impact assessment and it goes on like this: we make each project as environmentally friendly as possible but at the end there's always some environmental impact remaining, so it is called rebound effect and that's what many countries face now. They get more and more efficient in environmental terms but they do not regulate somehow the overall scale, the number of projects that's there so called strategic environmental assessment often should apply, but also does not apply, so there it would be also the role of the State. So, coming back to the question, to define what is the overall scale, how much is enough; how much projects can we really afford and then look at how much emissions; how many emissions can we afford; we can't make every road nice, checked it with the environmental impact assessment, but if the number of roads increases and the number of cars increases we have more CO2 emissions

at the end than at the beginning, despite many environmental impact assessments. So, it would be the role of the State to first define how much of environmental goods are to distribute for just to save minimum standard for the distributions of those goods and not just to act on a project by project, service by service unit base and at the end to do the growth of the number of projects, growth of number of products have more environmental impacts than before and that's just an issue of law you have to define. Like in the case from the Netherlands, where the land limit and where should it go down if they're exceeded already. So I'm not sure if I have answered the question but at least I was on the topic, good.

The first question, I'm not sure but I will answer based on what I have understood: various societies used the precaution of principle but the precaution of principle isn't used in various societies in a different way, this is also a conflict which happens in trade law played off when I think about some cases which takes place in front of the World Trade Organisation (WTO) where the European Union, for example, used the precaution of principal units in its sense and the US use a different sort of precautionary approach, the US approach leaves far more discretion to go forward with a certain product to present another country while the European Union says ham or meat, for example, we do not want this meat in terms of the precaution of principle we don't want this kind of meat in our countries, in the European Union and then say this trade should be restricted and then it ends up at the WTO panel. So, there are different approaches and they also have to be solved by courts finally.

Moderador Sr. Juan Pablo Arístegui

Las siguientes dos preguntas son, la primera de ellas, del Ministro Sebastián Valdés al Profesor Otto Spijkers, dice: Condenar a Holanda a reducir el 25% de las emisiones de CO₂, sin tener mayor efecto sobre el calentamiento global, hace al remedio más caro que la enfermedad, lo que también afecta la sustentabilidad pues se pierden recursos, ¿eso no afecta el objetivo de Urgenda?

La segunda pregunta es de Benjamín Expósito, dice: conforme a la ley interna ¿cómo está regulada la legitimación activa para el ejercicio de demandas por daño ambiental?

Mr. Otto Spijkers

So, the first question was whether the remedy is more expensive than the cure and I understand that means that if we basically ask the Netherlands to commit suicide, to reduce this one drop or to prevent this one drop from falling into the ocean, aren't we then destroying something rather than reconstructing something? And I think that this makes a lot of sense, so we can only ask of the Netherlands what is reasonably possible, we cannot ask the Netherlands to overdo itself and to make this kind of sacrifices that would sort of destabilise the whole Dutch policy but then of course the Dutch court is very much aware of this so they only establish this absolute lowest limits of 25% and 25% is not all that ambitious, some countries like Germany are way more ambitious than that, and well also I want to add that as I said in my presentation that the latest energy policy to the surprise of the government itself notes that the reduction of Greenhouse Gas emissions of 20% is actually very doable even without making all this drastic sacrifices that are often nightmare scenarios are painted in the media about this .

And then the second, so how is standing regulating under Dutch law? I'm not a Dutch lawyer, my specialty is in International Law but of course when studying the Regenda case I had to look at the issue of standing under the Dutch civil law and I'm actually quite surprised that about the rules so anyone who establishes an association that seeks to pursue a particular general interest can also initiate legal proceedings in defence of that interest and this actually goes quite far, so Regenda has in its own bylaws to find its own purpose very generally, very elaborately and other associations can of course do the same and that is one of the big concerns of those who are not big fans of this judgement that other associations will be established for other such grandiose purposes and this way there will be lots of associations beginning lots of legal proceedings to influence lots of policies, not only climate change policy but could be social policies like unemployment, just to name something, that's a big concern, and then of course we just change the law on standing.

Moderador Sr. Juan Pablo Arístegui

Y por último a don Manuel Pulgar, hay dos interesantes preguntas, una de nuestro Presidente Rafael Asenjo, que dice: ¿Cuál sería su propuesta sobre el régimen de dominio óptimo de los recursos naturales, ¿cómo asegurar la distribución equitativa de los beneficios?

La segunda de Eduardo Astorga que dice: ¿cuál es la situación de la minería en los glaciares, está permitida?

Sr. Manuel Pulgar Vidal

Muchas gracias, dos interesantes preguntas. Lo que voy a decir puede sonar a no querer responder la pregunta de Rafael, y no lo es. Nuevamente, los sistemas de dominio, acceso y distribución de beneficios de los recursos naturales pueden ser muy variados y la pregunta que uno tiene que hacerse es la que señalé en mi exposición, que es ¿cómo puedo ser eficiente estableciendo condiciones?, es lo primero, qué condiciones quiero; la segunda pregunta es cómo hago esas condiciones exigibles y privo del derecho a quien no las cumple; lo tercero es cómo distribuir los beneficios. Y la respuesta puede ser parcial o puede ser total, me refiero a territorialmente hablando, por ejemplo en el Perú se discute mucho y empiezan a levantarse voces sobre si quizás, como una manera de reducir conflictos, debiéramos evolucionar a un sistema de suelo y sub suelo solo en comunidades indígenas, podemos empezar a discutir cómo establecemos un régimen que permita que las comunidades indígenas tengan algún nivel de participación o derechos sobre el subsuelo, que también tiene sus problemas.

Cuando uno ve el sistema de los Estados Unidos, que también es un sistema variado que se llama simple free state, es muy antiguo y asocia superficie con subsuelo, ese sistema implica que el titular de esos derechos los puede vender por separado y por ello, a lo largo del tiempo se ha generado una situación de transferencia que lleva a que en algunos parques nacionales en Estados Unidos todavía haya derechos mineros vigentes, alguien que los adquirió hace 80 o 100 años, entonces en un sistema que asocia suelo y sub suelo lo que se vuelve fundamental es el sistema de contratación, porque aquello que no voy a lograr desde el poder regulatorio del Estado, lo voy a tener que establecer en el contrato, me refiero a que, si yo soy un superficiario que le quiero vender a un tercero mis derechos sobre el sub suelo, me interesa que el contrato incorpore reglas sobre cuestiones vinculadas a las regalías o me interesa que el contrato incorpore reglas vinculadas a la contaminación, porque la contaminación se la van a atribuir al superficiario, por lo tanto aquello que se vuelve complejo desde la perspectiva de la regulación pública, en el caso de suelo y sub suelo se vuelve complejo desde la perspectiva de la contratación. A su vez, en estados Unidos hay sistemas interesantes, Hernando de Soto, con ocasión de un conflicto que hubo en el Perú el año 2008, sacó un video con el cual yo estuve en absoluto desacuerdo –siempre he discrepado con Hernando– que se llamaba “El misterio del capital de los indígenas amazónicos” y tenía una imagen muy interesante, tenía una indígena Inuit, de Alaska, que decía soy Bobby, manejo una empresa de dos mil trescientos millones de dólares, mientras no tuve derechos de propiedad y capacidad de hacer empresa era pobre y al costado una indígena Bora, de la amazonía peruana, que dice que es pobre porque no tiene derechos de propiedad ni capacidad de hacer empresa. Esa polarización es la que suele estar presente en un debate, pero hay que tener mucho cuidado, esta señora Inuit de Alaska tiene un régimen muy especial, porque Alaska tiene un régimen muy especial de recuperación de la tierra indígena, fruto de lo que se llama la Ley de Conciliación de las Demandas de los Nativos de Alaska (ANCSA), derivada del hecho de que en algún momento los Estados Unidos tuvieron que compensar a los nativos de Alaska que habían sido desplazados luego de la transferencia de las tierras del Zar de Rusia a lo que es los Estados Unidos, entonces hay muchos regímenes de por medio, por eso Rafael no es que te voy a contestar cual es el sistema ideal, pero sí creo que merecemos el debate, los países merecen un debate para ver si la manera de reducción de conflictos tiene que ver con un mayor poder del Estado, con una mayor capacidad de distribución de beneficios.

Hoy día en el Perú el Presidente Kuczynski habla de lo que se llama el adelanto social, es decir cómo adelantamos recursos que en una actividad minera que tiene diez o doce años de maduración van a retrasarse, entonces, siempre hay un conjunto de posibilidades, pero creo que en realidad lo que tenemos que hacer es evaluar el escenario y a veces dejar el lugar común, porque en esta discusión de recursos naturales hay mucho lugar común en la manera cómo se discute. Y lo que por otro lado es absolutamente cierto y se da también aquí en Chile es que cuando uno piensa en una actividad minera importante de las principales, al costado de una comunidad rural andina del Perú, es como poner el hotel más lujoso del país al costado de una casita rural muy pobre, es decir, las diferencias siempre están muy presentes y las bases emocionales que están en la raíz del conflicto, están siempre muy presentes. Por lo tanto sí creo que hay que trabajar mucho el tema del dominio y acceso a los recursos naturales y aquellas cuestiones vinculadas al beneficio.

Respecto de la pregunta de Eduardo Astorga, sobre el tema de los glaciares, nosotros no tenemos una ley de glaciares como Argentina, pero sí tenemos un Instituto Nacional de Investigación en Ecosistemas de Montaña y Glaciares y no tenemos un caso específico de desarrollo de actividad minera en zona glaciar. Ha existido sí, un conjunto de debates complejos y ahora les voy a poner algunos ejemplos sobre las famosas cabeceras de cuenca, ya que los glaciares son de alguna u otra manera una cabecera de cuenca, en el caso de este gran conflicto que al inicio del gobierno del Presidente Humala generó que casi se cambia la totalidad del gabinete, el caso Conga, el problema es que esta es una zona de páramos, en realidad de jalca, que es un ecosistema hermano del páramo, que muchos consideraban que es cabecera de cuenca y que en cabeceras de cuenca no se debe hacer actividad minera, ahí hay un dilema geológico, tal como la cabecera de cuenca tiene características, ahí están los metales, justamente por lo que les decía, ahí están los filones que se han formado por geología, lo han llevado al pico de las montañas, por eso se encuentra ahí y por eso viene el tema de secar lagunas porque allí está el yacimiento, que en el caso de Conga generó una gran reacción. La cabecera de cuenca es un sistema que requiere de un nivel de protección casi al nivel de áreas protegidas, es algo que se puede siempre discutir. Un técnico español me decía, el punto no es la cabecera de cuenca, el punto es el óptimo pluvial que a veces está más abajo que la cabecera de cuenca porque finalmente el proceso de formación del ciclo de agua no se da necesariamente arriba de las montañas, a veces está a la mitad de las montañas y ese es su óptimo pluvial, entonces siempre hay grandes debates en materia ambiental a partir de conceptos como glaciares, cabeceras de cuenca y otros similares que creo que merecen atención pero no necesariamente una respuesta unívoca, definitivamente cambian los sistemas en función de las distintas realidades geográficas y la pregunta adicional es cuánto los sistemas de compensación naturaleza por naturaleza pueden ayudar, estos famosos biodiversity offset o sistemas de compensación naturaleza por naturaleza que se utilizan, soy consciente, en países con menos diversidad biológica que un país como el Perú, países europeos, si yo tengo un ecosistema o un área o biodiversidad que se va a ver afectada por una actividad determinada, cómo establezco después en la denominada jerarquía de mitigación una situación de compensación de naturaleza por naturaleza y ahí lo complejo es cómo valorizo la naturaleza perdida para recuperarla con una naturaleza equivalente para que la pérdida neta de biodiversidad sea cero, ese es el gran reto de estos sistemas de compensación de naturaleza por naturaleza.

Pero creo que son útiles y esto me lleva a la siguiente reflexión y es la famosa discusión del ordenamiento territorial, que creo que también Chile sufre, no en el sentido negativo, porque lamentablemente hay mucha gente que cree que el ordenamiento territorial es un mecanismo de escribir en piedra, qué se hace, dónde y punto y saben que yo soy ambientalista hace 30 años, pero eso no es verdad, porque si eso fuera así entonces hagámoslo y botemos a todas las autoridades porque no las necesitamos, si ya pusimos donde se hace qué, listo, nos ponemos de acuerdo, nos vamos todos, hacemos un Estado mucho más simplificado y menos burocrático, porque todo está escrito. El ordenamiento territorial hay que entenderlo como un uso priorizado, un uso preferido, un uso sugerido, pero el ordenamiento territorial hay que vincularlo con otros tres elementos, el primero es el elemento competencial, quién otorga derechos y qué obligación tiene de seguir él lo que el ordenamiento territorial le sugiere, pero el punto adicional es qué ocurre si la autoridad que tiene la decisión de otorgar derechos toma una decisión contraria a lo que el ordenamiento territorial le sugiere porque puede darse el caso, porque para eso tiene la competencia y actúa en un marco y en una estructura donde lo que se está buscando es el bien común, el interés público, ahí hay que pasar al tercer cuadrante que es el de los instrumentos que nos dota el Estado para tomar decisiones, la evaluación de impacto ambiental, los sistemas de compensaciones naturaleza por naturaleza, los sistemas de servicios ecosistémicos y un conjunto de otros mecanismos que están ahí justamente para eso, para que en el caso de que se puedan estar tomando decisiones que no necesariamente son las que el ordenamiento territorial sugiere, a partir de estos instrumentos se minimice el impacto, para eso existen, con esto no excluyo que el ordenamiento territorial en algunos casos pueda decirme, aquí debe prohibirse la actividad y si el caso es clarísimo se prohíbe y se establece la regla de prohibición pero no se puede hacer en todo y esto debe llevar al cuarto elemento, que es cómo soluciono al interior del Estado intereses superpuestos. Ese es el gran dilema, qué pasa si hay un interés superpuesto entre la autoridad forestal y la autoridad minera o la autoridad de pueblos indígenas y la autoridad petrolera, qué derecho prima, cómo establezco los mecanismos de prelación, que es algo en lo que nuestros

países no necesariamente han desarrollado las reglas más adecuadas, eso para mí es el sistema de gestión integrada del territorio, no es un ordenamiento territorial que se escribe en piedra y eso ya, está listo y nos vamos todos, sino es un sistema que requiere un conjunto de desarrollos posteriores, ese es el sistema en el que yo creo, no simplemente ir estableciendo prohibiciones una tras de otra porque finalmente, esas al final están en la base de nuevos conflictos, la prohibición absoluta genera lamentablemente muchas veces conflicto.

Sr. Juan Pablo Arístegui

Muchas gracias, con esto damos terminado este segundo panel.

TERCER PANEL

“DESAFÍOS Y RESPUESTAS DEL DERECHO CIVIL, ADMINISTRATIVO Y PROCESAL FRENTE AL CONFLICTO AMBIENTAL”

EXPOSITORES

PROFESOR ANTONIO BENJAMIN.

MINISTRO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BRASIL Y PRESIDENTE DE LA COMISIÓN MUNDIAL DE DERECHO AMBIENTAL DE LA UICN (WCEL)

DR. ÁNGEL RUIZ DE APODACA

UNIVERSIDAD DE NAVARRA, ESPAÑA

JUAN SEBASTIÁN LLORET

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SALTA, ARGENTINA

DRA. SORAYA AMRANI

UNIVERSIDAD PARIS OUEST-NANTERRE LA DÉFENSE, FRANCIA.

MATÍAS INSUNZA

UNIVERSIDAD DE CHILE

MODERADOR

RICARDO PÉREZ

RELATOR ABOGADO. TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO



CLASE MAGISTRAL POR VIDEO CONFERENCIA

“FUNDAMENTOS Y PERSPECTIVAS DE LA JUSTICIA AMBIENTAL”.

PROFESOR ANTONIO BENJAMIN

MINISTRO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BRASIL Y PRESIDENTE DE LA
COMISIÓN MUNDIAL DE DERECHO AMBIENTAL DE LA UICN (WCEL)

Quisiera inicialmente agradecer al Ministro Rafael Asenjo, por la invitación para participar de este importante *Segundo Foro Internacional de Justicia Ambiental*. Desafortunadamente no me es posible, a diferencia del Primer Foro, participar de manera presencial, y por eso pido disculpas por hacer una presentación de apenas quince minutos por medio de un video.

Me pidió el Ministro Rafael Asenjo, que hable sobre el *Environmental Rule of Law* o *Estado de Derecho Ambiental*. Quiero iniciar esta corta ponencia virtual indicando algunas de las características generales que, en mi opinión, se asocian normalmente a esta idea político-jurídica de muy reciente data.

Como yo lo comprendo, el Estado de Derecho clásico presupone, antes de todo, el respeto a la dignidad de la persona humana, en su dimensión más amplia, como valor supremo de la sociedad; exige elecciones democráticas para los gobernantes; incorpora la separación de poderes, con especial previsión de jueces independientes; y no es concebible dicho Estado de

Derecho sin libertad de prensa, transparencia y libre circulación de la información. Finalmente, y me detengo aquí, el Estado de Derecho invoca un *modelo ético de administración pública*, y esto tiene implicancias fácilmente comprensibles, por ejemplo en su aversión a la corrupción, al nepotismo, y a la improbidad, pecados capitales de la meritocracia y de la noción de república. Es importante decir que el Estado de Derecho Ambiental, como concepto, es bien recibido y defendible no sólo desde la perspectiva de los argumentos teóricos, sino también por presentar utilidad práctica para el trabajo tanto de los agentes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo como de nosotros, los jueces. No estamos en el campo de discusiones inútiles y estériles, sobre sexo de los ángeles.

A partir de tal entendimiento universal del Estado de Derecho, ¿cuáles serían los componentes principales del Estado de Derecho Ambiental? Mi limitaré a unos pocos, en atención a que no es posible hacer un análisis profundizado en quince minutos, porque, insisto, este es un tema nuevo que todavía se encuentra en plena formación (o ebullición) teórica.

Primero, la concepción del Estado de Derecho Ambiental tiene que ver con la propia estructura ética del Estado, la incorporación del ambiente y de los procesos ecológicos como objeto de la preocupación social y estatal. Eso significa una ampliación del contenido axiológico mismo del tradicional Estado de Derecho que, normalmente, se afirma sobre una ética antropocéntrica en que miramos al ser humano como individuo o grupo familiar, étnico, lingüístico o, en sentido amplio, como nación, y a partir de ahí construimos un sistema de valores y también un sistema de derechos, obligaciones e instrumentos para proteger estos valores.

El Estado de Derecho Ambiental mantiene la centralidad de la dignidad de la persona humana pero agrega un componente ético nuevo (más profundo o menos profundo conforme el modelo constitucional y legal de cada país), esto es, la protección de las *fundaciones de la vida*. En otras palabras, el Estado de Derecho clásico salvaguarda la vida humana mientras que el Estado de Derecho Ambiental se propone mantener las bases ecológicas sobre las cuales se sustenta la vida humana.

Por otro lado, un aspecto central de la concepción tradicional es modificado por el Estado de Derecho Ambiental: los bienes jurídicos. En los regímenes de *civil law*, los códigos civiles tratan tanto de definición y protección de la persona como de la organización y la clasificación de los bienes jurídicos reconocidos. A partir del surgimiento del Derecho Ambiental, el Estado de Derecho pasa a incorporar bienes que antes no eran considerados jurídicos, siendo el más excepcional de todos el clima (no solo el clima en una determinada región sino todo el sistema climático planetario). Otro ejemplo de bien jurídico que no existía hasta hace poco es la biodiversidad, previsto expresamente en todos los modelos normativos más avanzados, sobre todo de los países que son signatarios del Convenio de la Diversidad Biológica, de 1992. En el universo de las categorías jurídicas, no había espacio para algo tan vago y difuso como el conjunto de especies y procesos ecológicos que llamamos biodiversidad. Por lo tanto, el Estado de Derecho Ambiental abraza los bienes jurídicos comunes del Estado de Derecho, pero introduce nuevas categorías que no estaban antes reconocidos por los países.

En tercer lugar, múltiples cambios estructurales se presentan en el derecho de propiedad, y aquí podríamos pasar muchas horas debatiendo la enorme transformación de la materia en el contexto del Estado de Derecho Ambiental. Basta comprender que el derecho de propiedad ha dejado de ser una prerrogativa casi absoluta y anti-ecológica del dueño, incluso con la admisión de la destrucción gratuita o frívola de bienes ambientales. Sin dudas, el paraguas del *principio de la función ecológica de la propiedad* es uno de los puntos principales que diferencia el Estado de Derecho clásico del Estado de Derecho Ambiental.

En cuarto lugar, el Estado de Derecho Ambiental, en una óptica dogmático-jurídica, se apoya sobre toda una principiología innovadora propuesta por el Derecho Ambiental, los principios más consolidados (contaminador-pagador, usuario-pagador, precautorio, etc.), y otros en desarrollo (principio de la prohibición de retroceso, principio de la función ecológica de la propiedad, principio *in dubio pro natura*, principio de la naturaleza *propter rem* de las obligaciones ambientales, entre otros).

En este punto, yo quería enfatizar los principios más recientes y que para mí tienen un impacto

más profundo en este conjunto de características particulares del Estado de Derecho Ambiental. Es el caso del principio de la función ecológica del derecho de propiedad, recién citado. Sabemos que en muchos países del mundo las constituciones reconocen hace décadas la llamada *función social* de la propiedad, que es el fundamento, por ejemplo, en América Latina, para las leyes de reforma agraria. La función ecológica, por tanto, es una sofisticación, derivación o “enverdecimiento” de la función social, pero con la que no se confunde.

El *In dubio pro natura* está también en categoría de un principio novísimo. El Superior Tribunal de Justicia de Brasil (STJ) – así como otras Cortes de nuestra región, como Costa Rica y Argentina, por ejemplo – tiene varias sentencias en que se analiza este principio en profundidad, en su doble versión, como método de hermenéutica judicial y administrativa, y como técnica de administración de la carga de la prueba.

En Brasil, estamos utilizando mucho el principio de la naturaleza *propter rem* de las obligaciones ambientales, un desarrollo jurídico autóctono, pero que tiene raíces en la más tradicional civilista romano-germánica y, por eso, viene siendo adoptado por la doctrina y jurisprudencia de otros países latinoamericanos. En síntesis, la idea es que las obligaciones ambientales tienen la característica de adherir al propio bien. Esto facilita enormemente el trabajo del juez, por ejemplo en el tratamiento del nexo de causalidad de una deforestación, porque deja de ser relevante quien efectivamente ha practicado el ilícito, el propietario anterior o el propietario actual, ya que éste, cuando adquirió el inmueble, lo adquirió no solamente con los derechos sino también con las obligaciones, incluso con las obligaciones *propter rem* que adhieren a este inmueble. Otra consecuencia (o utilidad) del principio, es en el campo de la prescripción, en la medida que el factor tiempo deja de ser relevante.

Por ultimo en este listado brevísimo, cito el principio de la prohibición de retroceso ambiental, a partir de la experiencia de Bélgica en su doctrina y Corte Constitucional. Su formulación transporta la noción clave de que el nivel de protección jurídica del medio ambiente no puede retroceder; en otras palabras, no puede ser cortado de forma aleatoria. El legislador mantiene sus poderes para modificar la legislación ambiental, pero ya no es admisible, por ejemplo, retirar instrumentos de salvaguarda de una especie críticamente amenazada de extinción, sin poner en su lugar mecanismos sustitutivos que aseguren su sobrevivencia. Lo mismo ocurre con la disminución del área de los Parques Nacionales u otras áreas protegidas, sin la previsión de formas de compensación ambiental por tal acción.

En quinto lugar, y finalmente, debo mencionar muy superficialmente que el Estado de Derecho Ambiental tiene dos componentes políticos. El primero es el propio rol del Estado que no debe ser un actor que se limita a mirar pasivamente la situación de degradación ambiental. Tiene una obligación de intervención directa e indirecta, ya que es su deber constitucional proteger el medio ambiente. El segundo es que el Estado se organiza de manera de ir más lejos que la democracia puramente representativa. En el Estado de Derecho Ambiental hay una especie de renacimiento del valor de la democracia directa, lo que se traduce, por ejemplo, en la previsión de audiencias públicas. Entonces, la participación ciudadana ambiental no se satisface con la transferencia de poder popular, por el voto popular, a los representantes elegidos para los parlamentos y para el poder ejecutivo.

Como clausura, quería una vez más agradecer a todos, en especial a mi queridísimo amigo Ministro Rafael Asenjo, por la oportunidad, aunque sea de una forma virtual como esta, de participar de este importantísimo *Segundo Foro Internacional de Justicia Ambiental*.

Muchas gracias.

PRESENTACIÓN DEL PANEL

ALEJANDRO RUIZ

MINISTRO TITULAR ABOGADO DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Buenos días:

Iniciamos el Tercer Panel de este II Foro de Justicia Ambiental, el que se ha denominado “Desafíos y Respuestas del Derecho Civil, Administrativo y Procesal frente al Conflicto Ambiental”. Para ello hemos invitado a 4 distinguidos panelistas que nos darán a conocer aspectos relacionados con la aplicación de las instituciones del derecho administrativo en la resolución del conflicto ambiental; la resolución de controversias ambientales en el nuevo Código Civil argentino; los medios alternativos de resolución de conflictos en materia ambiental, y el procedimiento ante los Tribunales Ambientales de Chile.

Como es sabido por quienes litigan en jurisdicción ambiental, la resolución de las controversias ambientales debe necesariamente nutrirse de diversas ramas del derecho. Por una parte, los Tribunales Ambientales constituyen en buena medida un contencioso administrativo que requiere apoyarse en instituciones fundamentales del derecho administrativo. Por otra parte, la reparación del daño ambiental exige acreditar los elementos de la responsabilidad extracontractual, para lo cual resulta preponderante el rol del derecho civil. Por último, en todos los casos hay procedimientos especiales donde rigen supletoriamente las normas del enjuiciamiento civil, por lo que el derecho procesal subyace a toda la actividad de esta judicatura.

La finalidad de este panel es dar cuenta de la existencia de ciertas instituciones y normas que provienen de ramas clásicas del derecho que, en distintas jurisdicciones, han sido adecuadas para ser utilizadas en la aplicación del derecho ambiental. Así, se ha propuesto a nuestros invitados tratar temas tales como las características particulares del derecho administrativo ambiental; la intensidad en el control de los actos administrativos de carácter ambiental; y los límites a la potestad invalidatoria de dichos los actos, entre otras materias.

Asimismo, se expondrán las modificaciones del Código Civil argentino en materias de relevancia ambiental; se analizarán los derechos de naturaleza colectiva y sus consecuencias en la resolución de los conflictos ambientales ante los Tribunales.

Además, se dará cuenta sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos ambientales en Francia, sus ventajas y casos emblemáticos. Por último, el panel se referirá a problemáticas procesales que tienen lugar en la tramitación de causas en los Tribunales Ambientales chilenos, considerando aspectos tales como las características del control jurisdiccional de actos administrativos de carácter ambiental; la prueba en las hipótesis de reclamación judicial y otros aspectos relevantes.

Esperamos que el presente panel permita al público profundizar en aquellos aspectos jurídicos que actualmente se presentan en la resolución de controversias ambientales, de manera de explorar alternativas jurídicas novedosas que sirvan para abordarlos debidamente y en cumplimiento de un mandato de justicia ambiental.



“APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO AMBIENTAL”

DR. ÁNGEL RUIZ DE APODACA

UNIVERSIDAD DE NAVARRA, ESPAÑA

Muy buenos días, en primer lugar, mis palabras tienen que ser de agradecimiento al tribunal Ambiental de Santiago de Chile y a su Presidente, don Rafael Asenjo por haberme invitado a participar en este Foro.

Bien, yo voy a hablar de derecho administrativo y anticipo que para mí el derecho ambiental es principalmente derecho administrativo. Bien es cierto que el derecho ambiental participa en el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho financiero y tributario, a través de las eco tasas, por supuesto el derecho penal, pero principalmente es derecho administrativo.

La protección del medio ambiente es una obligación del Estado, así se articula en la Constitución española de 1978, también en la Constitución chilena y se establece claramente la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales, es una obligación expresa y concreta constitucional, lo cual supone que el Poder Legislativo debe

aprobar leyes protectoras del medio ambiente, el Poder Judicial debe interpretarlas con un criterio pro ambientum y por supuesto, el principal obligado es el Poder Ejecutivo y su administración, porque al final vamos a hablar de potestades administrativas sobre cualquier actividad que incida directa e indirectamente de manera negativa sobre el medio ambiente que entraña un riesgo para el medio ambiente y en eso las administraciones tienen que actuar a través de las técnicas preventivas y en su caso represivas.

El derecho ambiental administrativo es un derecho eminentemente preventivo por supuesto, yo en el título de mi intervención debí haberme referido, quizás más que a instrumentos de solución del conflicto ambiental, a los que también me referiré, a los instrumentos de prevención del conflicto ambiental, en los que si la administración hace las cosas como tiene que hacerlas evidentemente este conflicto no tiene por qué darse.

Las técnicas son muchas, les enumero algunas. En primer lugar la regulación, el derecho ambiental es eminentemente regulatorio, tenemos en la Unión Europea y en España en particular una normativa muy abundante de rango legal y rango reglamentario, una normativa que se dice que es profusa, difusa y por lo tanto confusa, prácticamente todos los ámbitos están regulados sin excepción, desde el punto de vista reglamentario muchísimas normas de detalle, todo ello también derivado del gran acervo ambiental comunitario, con más de 300 directivas y reglamentos comunitarios desde que la política ambiental comunitaria es una de las políticas principales y los 28 estados miembros tienen que hacerla suya. Legislar es fácil, ustedes y yo podríamos ponernos aquí a legislar hoy, seguro que aprobaríamos unas leyes ambientales proteccionistas extraordinarias, la prueba de las leyes es su efectiva aplicación y cumplimiento y en esto evidentemente es donde se muestra la patología del derecho ambiental.

En segundo lugar la planificación, técnica típicamente administrativa, una planificación bien hecha, una planificación ambiental en sectores como el energético, la ordenación del territorio, el urbanismo, los residuos, etcétera, supone un adelantamiento de las soluciones a los conflictos y evidentemente toda la planificación ambiental pública en la Unión Europea y en España en particular está sometida a una técnica preventiva que es la Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas, procedimientos públicos participativos que tratan de adelantar las previsiones de futuro de los ulteriores proyectos a los cuales esta planificación da marco.

Otra técnica administrativa es el fomento, la administración debe fomentar aquellas actividades que sean tendentes a la mejora del medio ambiente, promover estimular, incentivar en definitiva, ello también sirve para prevenir el conflicto ambiental. Si se ayuda a las empresas a través de reducciones fiscales, incluso subvenciones, siempre y cuando no alteren la competencia, esto también servirá para prevenir el conflicto ambiental habida cuenta de que estas cumplirán con más facilidad la exigente legislación ambiental.

De las técnicas preventivas luego hablaremos. El control ex ante, qué importante es el control de las actividades que tengan una incidencia sobre el medio ambiente y que se haga bien, a través de una evaluación de impacto ambiental rigurosa con el hard look, con un procedimiento perfectamente seguido, las autorizaciones ambientales, actos de la administración porque ésta consiente con carácter previo en el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida por el riesgo que puede entrañar para el interés público ambiental.

Y no es menos importante el control ex post, la inspección, de qué poco sirve una buena autorización si luego no hay instrumentos de inspección y control posterior, obligando a los sujetos autorizados a una relación de trato sucesivo, de remisión de información periódica de unos planes de vigilancia ambiental de actividades sometidas a una evaluación de impacto ambiental, esto es fundamental, si la norma no se controla en su aplicación por parte de los sujetos autorizados, de nada sirve.

La responsabilidad, aquí ya pasamos al aspecto represivo. Las normas ambientales todas ellas están trufadas de obligaciones, mandatos, prohibiciones y deberes y evidentemente todas las normas ambientales tienen su correspondiente cuadro de infracciones y sanciones, esto también previene la ocurrencia de conflictos ambientales, es más, incluso la responsabilidad penal articulada en España de los delitos contra el medio ambiente, por el cual ya hay numerosas personas procesadas y condenadas a penas privativas de libertad. Ustedes lo saben

perfectamente, el delito ambiental en la doctrina española está configurado como un delito de peligro abstracto que ni siquiera exige la causación de resultado y además es una norma penal en blanco, por lo tanto remite a las normas administrativas, el principio de tipicidad en este caso remite a las normas administrativas de aguas, costas, montes, residuos, etcétera y por lo tanto las infracciones administrativas pueden llegar a ser constitutivas de delito, siempre y cuando de la comisión de esa infracción se derive un grave peligro para el equilibrio de los sistemas naturales.

La responsabilidad ambiental, yo creo que discutiremos mucho en el debate, la responsabilidad ambiental *strictu sensu*, la de los daños ambientales puros, es una responsabilidad de naturaleza administrativa, es decir, se exige por la administración, principalmente porque hablamos de bienes de dominio público en muchos casos, dominio público marítimo terrestre, dominio público hidráulico, los daños causados a los suelos cuando son de dominio público, la contaminación de las aguas subterráneas, que se distingue claramente de los daños tradicionales o los daños causados a sujetos particulares en los que la responsabilidad es estrictamente civil. En España tenemos una ley (26/2007) relativa a este tipo de daños y les puedo asegurar que de momento no se está aplicando muy bien pero que la propia legislación sectorial ya viene estableciendo la obligación lógica de reponer las cosas a su estado anterior.

Hablaríamos de más cosas, los instrumentos tributarios, por supuesto las eco tasas, quien contamina paga, quien contamina más paga más, quien contamina menos paga menos, si se gravan con impuestos aquellas actividades más contaminantes también se prevendrá el conflicto ambiental y por último, darles una noticia también de algo que es muy importante, cual es la contratación pública verde. En España, como en otros muchos países de la Unión Europea la contratación pública representa el 18% del PIB y cada vez más las administraciones públicas vienen estableciendo en sus pliegos de condiciones administrativas particulares y técnicas, aspectos ambientales, de tal manera que las empresas licitadoras para ser adjudicatarias de los contratos administrativos, cada vez más buscan las medidas ambientales necesarias para cumplir con este clausulado.

Se ha hablado ya de los principios de derecho ambiental. Todas las técnicas administrativas e instrumentos citados están imbuidos por estos principios, no voy a aburrirles, esto es conocido por todos ustedes, pero tiene gran importancia. En primer lugar el principio de prevención, las técnicas administrativas son técnicas preventivas, por supuesto la evaluación de impacto ambiental y las autorizaciones administrativas de naturaleza ambiental, aquí hablamos en situaciones de cierta certeza, sabiendo que determinadas causas o determinadas actividades producen daños al medio ambiente vamos a disciplinarlas con carácter previo y a someterlas a un control preventivo en el que se garantice el cumplimiento estricto de la legislación ambiental.

El principio de cautela, o principio de precaución, que es un principio que también tiene que tener muy presente no solo la regulación de los diferentes sectores sino también la actuación de las administraciones públicas, a la hora de autorizar o no determinados proyectos. Ya hemos hablado de que el riesgo cero no existe, que toda actividad humana que tiene incidencia sobre el medio ambiente entraña riesgos, de los que según el estado de la ciencia y de la técnica actual no se tiene certeza absoluta de que sean inocuos, y en consecuencia, dependerá de donde coloquemos el nivel de exigencia de este principio de cautela. Si lo llevásemos al extremo, no se autorizaría ninguna actividad extractiva, por poner un ejemplo. En cada caso hay que ponderarlo, hay que acudir a criterios de proporcionalidad y de conocimiento, criterios que lógicamente hay que motivar de manera adecuada, luego veremos las responsabilidades que se pueden derivar.

El principio de quien contamina paga, hemos hablado de las eco tasas, de la responsabilidad penal, de la responsabilidad administrativa, pero sobre todo también previene el conflicto ambiental porque las propias autorizaciones administrativas plasman el principio de quien contamina paga obligando al promotor a internalizar los costos ambientales de la actividad que lleve a cabo. No pretenderá usted socializar los riesgos ambientales y solo recibir usted los beneficios, en absoluto, por lo tanto yo creo que también es otro principio que está muy presente en las técnicas administrativas de protección ambiental.

El principio de subsidiariedad, el principio de colaboración, el de coordinación, el de irregresividad, hace poco el Presidente de la Corte Suprema de Brasil nos hablaba precisamente

de este principio, de no regresión, que está plasmado en la Encíclica “Laudato si” del Papa Francisco, que es un auténtico tratado de derecho ambiental y en el que se enumeran todos estos principios y mucho más, yo recomiendo su lectura, al principio de este curso pensaba hasta entregárselo a los alumnos y decirles este es el manual de derecho ambiental. El principio de irregresividad ya ha sido plasmado en la Constitución por el Tribunal Constitucional español en una sentencia reciente, en la que claramente hace referencia a que el legislador en absoluto puede aprobar leyes que deroguen leyes anteriores que supongan una regresión en la aportación ambiental y de hecho una sentencia del Tribunal Constitucional español, que ustedes pueden consultar, la sentencia 233/2015, establece claramente la irregresividad y anula algunos preceptos de la ley de costas recientemente modificada, precisamente invocando este principio.

La eficacia del derecho administrativo ambiental. Legislar es fácil, les decía que la principal prueba de la ley es su efectivo cumplimiento y lógicamente hay problemas, problemas que tienen las administraciones públicas, a las administraciones públicas cada vez se les exige más, se les exige control y si no se lleva a cabo bien el control se les exige responsabilidad, pero tienen problemas, la falta de capacidad administrativa, la falta de inversión, la falta de conocimientos en muchos casos, muchas veces son los promotores quienes conocen el estado de la ciencia y de la técnica, la administración se enfrenta ante un promotor que le presenta un proyecto y es el promotor el que conoce perfectamente las mejores tecnologías disponibles aplicables a su sector productivo, los riesgos, y la administración a veces se encuentra en situación de cierta ignorancia, para ello es necesario dotar de mayores medios, personales, técnicos y materiales a la administración, reforzar los medios de inspección y por supuesto hacer cumplir las normas mediante la actuación necesaria.

En definitiva estamos siempre ante lo mismo, una ponderación de intereses en conflicto, el interés público ambiental, los intereses particulares o los intereses públicos, porque como bien saben, en muchos casos confluyen conflictos entre intereses públicos de una naturaleza y el interés público ambiental por otro. No hay un solo proyecto de infraestructura ferroviaria, viaria, portuaria, aeroportuaria o cualquier tipo de actividad que sea promovida por parte de las administraciones públicas y que pueda tener también incidencia sobre el medio ambiente, en la que no surja el conflicto, en que no aflore ese principio conocido, el principio NIMBY, Not In My Back Yard, no en mi patio trasero, todo el mundo es consciente de la necesidad de muchos proyectos pero cuando puede ver que sus derechos o intereses legítimos pueden verse afectados por el proyecto, es cuando a mucha gente le aflora sus sensibilidad ambiental, que en el fondo es falsa, y ahí se confunde la defensa de intereses generales con lo que en el fondo subyace que son intereses particulares.

Cuál es el fin del derecho administrativo ambiental, pues prevenir estos conflictos articulando toda una serie de instrumentos, de instituciones jurídicas y de elementos de prevención, siempre tutelando el interés público ambiental. El derecho es una técnica social de eficacia limitada, solo puede ofrecer seguridad, la seguridad jurídica de que el proyecto que se autoriza y se ejecuta se hace con las garantías adecuadas, previa evaluación, previo estudio, implementando unas medidas correctoras y tratando de minimizar los riesgos, pero el derecho no soluciona los riesgos, no soluciona todos los problemas, de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica y aplicando los principios citados, se decide o no autorizar un proyecto o una actividad y el derecho aporta seguridad en ese sentido, en que se ha seguido un procedimiento legalmente establecido, se han garantizado los derechos a información, de participación, todos los trámites procedimentales y por supuesto se ha seguido el criterio exhaustivo del Hard Look, que se ha analizado de verdad el proyecto y no ha sido una mera tramitación administrativa. Claro que esto no logra frenar la preocupación de los ciudadanos y esto a mí me lleva a dos conclusiones que creo que son preocupantes, vivimos en una sociedad hipócrita en muchos casos, una sociedad que no está dispuesta a renunciar a los beneficios del desarrollo pero tampoco está dispuesta a asumir sus riesgos, eso no vale, es hacer trampa, y por otra parte el cierto fracaso del derecho ambiental, en un mundo en el que no hay certezas, ni el procedimiento exhaustivo, ni la autorización, ni la evaluación ambiental que se realice van a ser capaces de generar la seguridad suficiente.

Algunas técnicas: la Evaluación Ambiental, que conocen perfectamente, hay dos partes de evaluación ambiental, la Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas, regulada a nivel de la Unión Europea, que supone un adelantamiento de las barreras de protección y la evaluación de impacto ambiental de proyectos concretos a los que se exige para su autorización el sometimiento a una previa evaluación ambiental para que analice todos los potenciales

impactos presentes y futuros durante la construcción y explotación y por supuesto, asegurándose a posteriori un plan de vigilancia ambiental.

La autorización ambiental es exactamente lo mismo, aquí hay tendencias preocupantes, tendencias hacia la autorregulación, yo, sector regulado soy el que más sabe de mi sector y soy quien conoce mejor las mejores tecnologías disponibles y usted, administración, no necesito que me controle. Yo cumplo la legislación y en caso de que yo incumpla, entonces usted me viene a visitar, me inspecciona y si he cometido alguna infracción, me sanciona. Esto en España se está plasmando en una técnica desde mi punto de vista dudosa, que es la de la comunicación previa o declaración responsable. No se exige un control previo, se confía en el promotor, hace una declaración responsable de que va a cumplir rigurosamente la legislación establecida y si hay problemas ya se llevará a cabo un control posterior que conllevará una sanción o el cierre o clausura de la actividad.

Y llegamos a la información y participación públicas en la toma de decisiones ambientales. Se ha hablado del Convenio de Aarhus de 1998, de la democracia ambiental, de la información, la participación y el acceso a la justicia en materia ambiental, yo soy un poco escéptico, evidentemente vivimos en una sociedad democrática, estamos hablando de intereses difusos, de intereses colectivos, del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, algo que nos importa a todos los ciudadanos, a todos los Estados y a toda la población, porque en ello se juega el futuro de las generaciones venideras y también nuestro propio futuro, no crean, los problemas cada vez son mayores. La sociedad demanda información y las administraciones públicas, las autoridades públicas en general tienen la obligación de tener a disposición de todos los ciudadanos esa información, tanto en su vertiente activa, difundiendo toda la información ambiental de la que dispongan, como en la vertiente pasiva, respondiendo de manera estimatoria las solicitudes de información, salvo que concurra alguna excepción. El binomio inseparable es la participación, que supone que los ciudadanos en general, el público en general y el público interesado pueda participar en los procedimientos decisorios, ya sea desde una participación temprana, antes de que la decisión sea tomada, y durante el procedimiento, pudiendo presentar sus alegaciones y, por supuesto, que estas sean respondidas de manera motivada, tanto si son estimadas, como si son desestimadas. Quiero decirles una cosa, yo creo mucho en la democracia, pero la democracia no es el plebiscito de todos los días, no se puede preguntar a todos los ciudadanos cada día cómo respiran y que piensan y menos cuando se trata de determinados proyectos, la participación no la confundan con la co-decisión, quien tiene que decidir es la autoridad, es la administración, que es la que sabe y ocurre que mucha gente demanda información en un procedimiento, participa en ese procedimiento, presenta alegaciones y como no puede ser de otra manera, pues sus alegaciones no son estimadas y el procedimiento sigue adelante y el proyecto se ejecuta y más en el país de donde vengo donde participación se confunde muchas veces con oposición, aflora el efecto NIMBY y al final el proyecto se lleva a cabo, la gente queda frustrada, porque dice esto es una coartada de auto legitimación democrática de decisiones que ya están previamente tomadas, nos dan el plato ya cocinado, nos dicen que podemos añadir los ingredientes, pero esto es mentira, como mucho algo de sal. Se habla mucho de las ventajas e inconvenientes, las ventajas es que se aceptan mejor las decisiones, se enriquecen estas decisiones. Los inconvenientes son claros, la demora en los procedimientos, la confusión entre intereses generales e intereses particulares y la imposibilidad de un consenso que muchas veces es inevitable.

La inspección y control de las actividades, qué importante es el control posterior de las actividades autorizadas, si no se inspecciona para dar lugar a procedimientos sancionadores en su caso, pues de poco o nada sirven las técnicas de prevención administrativas, por tanto es muy importante que haya una administración inspectora fuerte, una administración que controle, yo a mis alumnos siempre les digo que la relación entre el sujeto autorizado y la organización autorizante en materia ambiental debe ser como una relación celosa, en que se le obligue a transmitir información periódica a la administración, en la que se impongan obligaciones de auto control, porque si no de esta manera es muy difícil, incluso con la amenaza de la posibilidad de revisión de la autorización o incluso la revocación de la misma.

De esto ya hemos hablado es inevitable el conflicto y la apoderación, algunos hablan que crecimiento y desarrollo sostenible son incompatibles y algunos ya habla de el decrecimiento sostenible, esto quizás en el debate se pueda plantear.
¿Qué ocurre con la patología?, en España particularmente, las vías de solución del conflicto

ambiental son las siguientes, la vía penal, los delitos contra el medio ambiente, acciones penales públicas, ya les digo que hay muchos procesos ambientales abiertos, condenados en prisión como consecuencia de delitos ambientales, la última ratio del derecho penal parece que se ha olvidado y está ejerciendo una vis atractiva muy importante, la vía civil, que es una vía residual, relativa del derecho de inmisiones, relaciones de vecindad, por eso ya les digo que el papel fundamental es la de la vía judicial contencioso administrativa, porque lo que se recurre con carácter general son los actos de las administraciones públicas, o las evaluaciones de las administraciones públicas favorables a determinados proyectos que se entiende que tienen un impacto negativo sobre el medio ambiente. Y a la administración se le exige mucho y se le exige que ejerza sus potestades y que siga los procedimientos legalmente establecidos y que garantice la información, la participación, el examen riguroso de los proyectos, se le piden certezas y a la administración se le demanda cada vez con más frecuencia, prácticamente todas las autorizaciones y qué voy a decir de la actividad extractiva, no hay una sola actividad extractiva en España autorizada que no haya sido objeto de un recurso judicial contencioso administrativo, porque las actividades extractivas, la naturaleza es así de caprichosa, se encuentran en espacios naturales y la mayoría de los espacios naturales en Europa son protegidos, muchos de ellos engloban la Red Natura 2000 y evidentemente, si queremos recursos mineros, algo habrá que hacer, no quiere decir que se prohíban, de hecho la Comisión Europea tiene publicada una lista, un manual sobre actividades extractivas en espacios naturales protegidos. A la administración incluso se le demanda por inactividad, cuando no actúa, y es que el servicio ambiental es un servicio público obligatorio en muchos casos.

¿Cuál es el sistema de recursos?, pues en primer lugar hay un sistema de recursos administrativos, un recurso administrativo se sustancia ante la propia administración autora del acto, 99,9% de fracaso, la administración generalmente no vuelve sobre sus pasos. Qué de la vía judicial contenciosa administrativa, en España no hay Tribunales Ambientales especializados, todo pertenece a la revisión de las actuaciones por parte de la jurisdicción contenciosos administrativa a través de jueces independientes, imparciales, inamovibles que en muchos casos “sacan los colores” a la administración, es decir, la administración generalmente hace las cosas bien pero en ocasiones se invoca el principio de cautela, se invoca el principio de regresividad, se invoca el principio de prevención, se hace referencia a la falta de motivación, muy importante adecuarla a la evaluación de impacto ambiental, y se anulan proyectos importantes.

Fíjense ustedes hasta qué punto se está produciendo la judicialización del conflicto ambiental que está habiendo supuestos en los que se está condenando a funcionarios públicos por prevaricación ambiental ya sea por comisión como por omisión. Es muy curioso esto, no me gustaría ser técnico ambiental del Ministerio de Medio Ambiente, porque corres el riesgo de firmar una declaración de impacto ambiental favorable, que el proyecto se ejecute, como ha ocurrido en España con el proyecto Castor y que posteriormente algunos efectos no sean previstos y te encuentres con una querrela por prevaricación ambiental, a título imprudente, no doloso, o qué decirles cuando no se actúa por parte de la administración como debe actuar, los ciudadanos exigen esa actuación, la administración no actúa y te encuentras con una querrela por prevaricación ambiental en comisión por omisión, porque la ley establece que tu administración es garante de esos derechos de los ciudadanos. Y me estoy refiriendo a supuestos que quizás es parezcan exóticos como el de la contaminación acústica, en España tenemos alcaldes condenados penalmente por inactividad contra la contaminación acústica causada por actividades autorizadas, en las que pese a las quejas reiteradas de los vecinos que las denuncian la administración no actuó. Y los vecinos hartos de que en vía administrativa no se les de satisfacción, acaban yendo por la vía penal y han conseguido condenar alcaldes por un delito de prevaricación ambiental en comisión por omisión.

La legitimación, aquí también soy un poquito escéptico, yo siempre digo que defender el medio ambiente cuesta tiempo y dinero, podemos estar todos de acuerdo en que es necesario una acción pública o una acción popular, que cualquier persona física o jurídica, sin tener que acreditar un interés directo legítimo pueda presentar un recurso. Esto yo no lo conozco, generalmente quien presenta los recursos son titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos que se puedan ver afectados, los intereses colectivos o los intereses difusos se representan a través de los que siempre lo han venido haciendo, las organizaciones no gubernamentales, que son las que ejercen la defensa de los intereses colectivos, pero en los demás casos de qué serviría una acción pública,

yo creo que de nada, en España yo creo que se legisló bien, al principio fui crítico pero creo que está bien legislado, se establece una acción popular circunscrita exclusivamente a las ONG que cumplan una serie de requisitos, el estar constituida con al menos dos años de antigüedad, tener en su objeto la aportación del medio ambiente y que su ámbito territorial corresponda al territorio del proyecto donde se pretende llevar a cabo ese recurso.

¿Tiene el medio ambiente quien lo defienda? Si, los obstáculos son de muchos tipos.

Qué ocurre, pues que en muchos casos a la administración se le condena, por ejemplo a indemnizar, pero también se le anulan los actos administrativos dictados. Cuando se anula un acto administrativo dictado por la administración ambiental el abogado del Estado queda frustrado, pero quien queda realmente frustrado es el co-demandado que es el titular de la actividad autorizada y pregunta oiga ¿y que es de lo mío?, porque resulta que usted me dio un título administrativo en el que yo deposité mi confianza y llevaba a cabo el proyecto y ahora resulta que dice un juez que ustedes no hicieron bien las cosas, porque no respetaron el procedimiento legalmente establecido, omitieron un trámite o porque no motivan suficientemente la resolución o porque se entiende que la declaración de impacto ambiental no ha sido suficientemente motivada, qué pasas conmigo, dónde quedan los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Conozco un caso muy reciente en el que los promotores están planteándose sencillamente la posibilidad de ejercer una acción de responsabilidad patrimonial frente a la administración.

Otra cuestión es de derecho procesal, el tema de la batalla de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, en cuanto se presenta un recurso contencioso administrativo contra un proyecto los recurrentes lo primero que solicitan es una medida cautelar de suspensión, que el juez resuelve de manera sumaria en un plazo relativo, mediante auto, y si no se estima la medida cautelar solicitada en la demanda, nos podemos encontrar con que se ejecute un proyecto y que posteriormente es anulado. En el tema de las medidas cautelares se habla mucho de conceptos jurídicos indeterminados, de motivación, hay muchos elementos que tiene el juez, el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, la doctrina del supremo español, del profesor González Navarro, director de tesis de algunos de los asistentes aquí, la proporcionalidad, la motivación, elementos de los que podríamos hablar largo y tendido.

Hay un dicho muy general que dice, “justicia tardía, justicia baldía” y precisamente en relación con las medidas cautelares, pues nos encontramos en muchos casos en que tenemos sentencias estimatorias de recursos planteados contra proyectos y el proyecto ya está ejecutado y tienes la línea férrea, la autopista, la carretera, la central térmica, el parque eólico construido, ocurre que nos encontramos ante supuestos, que la ley de la jurisdicción contencioso administrativa estima, de imposibilidad material de la ejecución de la sentencia, una imposibilidad física o legal, porque en el interin ya nos hemos ocupado de modificar la legislación para legalizar ese proyecto. En otras ocasiones se dice, vamos a subsanar el déficit o la pega procedimental, retrotraemos las actuaciones, evacuamos el informe y ya está legalizado eso si el proyecto ya está funcionando desde hace años.

Agradezco mucho su atención y por su puesto reiterar mi agradecimiento al Tribunal Ambiental de Santiago de Chile y a su Presidente don Rafael Asenjo por haberme invitado y agradecerles su paciencia.

Muchas gracias.



“RESPONSABILIDAD AMBIENTAL ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DEL CCYC (LEY 26.994)”

JUAN SEBASTIÁN LLORET

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SALTA, ARGENTINA

Muy buenos días a todas y a todos, en primer lugar, quiero agradecer al Tribunal Ambiental de Santiago de Chile y especialmente a su Presidente Rafael Asenjo que ha confiado en este humilde servidor del ambiente para traer un poco de lo que estamos haciendo en Argentina.

Quiero decirles que el pedido de la Presidencia del Tribunal fue que me refiera a todo el sistema de responsabilidad ambiental en Argentina y quiero hacer una definición categórica: aunque eso aparentemente es una obligación de cumplimiento imposible en 25 minutos, vamos a hacer el intento entonces.

La clase que voy a transmitirles es bastante sencilla porque lo que me pedía el Tribunal es que yo dijese, cómo era el sistema de responsabilidad antes de la reforma del Código Civil, novísimo del año 2015 y cómo es a posteriori. He decidido desglosar ese bosque de cosas solamente dejando aquello anterior y posterior buscando que tengan congruencia ¿Y cómo he hecho esto? Formulando tres grandes grupos de referencia, tres grandes grupos temáticos que básicamente tienen que ver con tres aspectos que se me pedían y dentro de todo el conjunto de cosas, que me parecían elementales.

El primero grupo es la definición de daño ambiental de incidencia colectiva (que se puede ver en la Transparencia 1). Lo segundo tiene que ver con el sistema de responsabilidad, por lo menos con el pivot del sistema de responsabilidad; y el tercer elemento esquemático tiene que ver con aquellas condiciones centrales para la resolución del conflicto de daño ambiental.



Todo el sistema ambiental argentino reposa en lo que nosotros denominamos la cláusula verde, está en el artículo 41 de la Constitución Nacional y específicamente, más allá de todas las respuestas y todos los elementos de regulación que tiene, nos centramos en esta charla, en la segunda parte del primer párrafo que dice: “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”; es decir, fija una obligación primaria y luego destina a la ley la instrumentación de cómo hacerlo.

La Corte ha dicho en el fallo “Mendoza”, tal vez el *leading case* ambiental histórico más importante en la Argentina, que es el fallo de la contaminación del Riachuelo (río que atraviesa la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires), que aquí encontramos, en la interpretación de este artículo constitucional, un objetivo central de preservación del entorno y la naturaleza y, además describe ideas de evitación, que estaban y están todavía en la legislación, y metas de reparación, de recomposición y de reparación dineraria sustitutivas. Esto es lo que voy a trabajar más adelante como pivot de la responsabilidad.

En el artículo 27 de la Ley General del Ambiente 25676, está la definición de daño ambiental, que es un concepto complejo y abierto (ver sus términos en la Transparencia 1), y cito textualmente que el artículo 29 dice: “la responsabilidad civil o penal por daño ambiental, es independiente de la administrativa”, porque estos son elementos a los que me voy a referir en la interpretación que voy a hacer de cómo funciona y se robustece el sistema.

Esto segundo, ha dado ríos de tinta de la doctrina argentina. Me voy a referir a los dos autores esenciales que han dicho: esta es una responsabilidad de derecho público o, esto es una responsabilidad de derecho privado. Ha dicho que es de derecho público por ejemplo el doctor Tomás Hutchinson, uno de los más ilustres publicistas y dice que el pivot es el derecho administrativo. Acá me voy a remitir directamente a la excelente charla que me precedió del Doctor Ruiz Apodaca, que explica esta posición. Por otro lado, por ejemplo Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Argentina, ha dicho que en realidad acá se sienta sobre un derecho básicamente e instrumentalmente privado. Uno y otro explican cuál es la razón en raíces constitucionales. Por una parte el incumplimiento o la falta de servicio del deber de la responsabilidad ambiental al cual me he referido recién en el artículo 41 (el objetivo central

de preservación ambiental) y por la otra, se sienta la doctrina privatista en el artículo 19 en el principio de no dañar.

Otro de los elementos esenciales está en ver qué sucede con esa indemnización por daño ambiental. Y fíjense que esa indemnización eventual en caso de imposibilidad técnica de recomposición, va a parar a un fondo de compensación ambiental. Y ese fondo de compensación ambiental no va a parar a los privados que eventualmente pudiesen iniciar esa acción, sino que va a parar a un fondo que administra y gestiona la autoridad aplicación. Entonces, empezamos a ver un alma pública dentro de esta acción y eso quiero dejarlo pre dicho.

Por otro lado, el sistema se basa en una construcción de orden público ambiental. Dice el artículo 3° de la Ley General del Ambiente que la interpretación y aplicación del sistema de la legislación específica del Ambiente, más toda otra legislación que regule el ámbito, se hace en función de los principios determinados en la Ley de Presupuestos Mínimos Generales del Ambiente.

¿Estos presupuestos qué significan? Que hay una legislación o piso común de base en nuestra Constitución. Este formato viene prestado del constitucionalismo español y nos dice que estos presupuestos rigen en todo el territorio nacional, y las provincias pueden generar una legislación administrativa por encima de estos pisos, sin perforarlos. Además, los municipios tienen un espacio también de regulación, que debe adecuarse congruentemente a este sistema.

Preguntémosnos entonces ¿Cómo se asienta el sistema de responsabilidad por daño ambiental en Argentina? Básicamente en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente, que define once principios generales de funcionamiento, muchos de ellos ya los ha dicho el Profesor Antonio Benjamin en su charla, y muchos otros, los ha dicho el Profesor Ruiz.



Quiero decirles que, para entender el sistema, intuyo, que debo explicarles tres principios, de los cuales no iré a la definición sino a su funcionamiento: de prevención, de precaución y de responsabilidad (ver Transparencia 2).

En el primero de ellos, el Principio de Prevención, la primera cuestión que deben observar es que su concepto no habla sobre el daño, habla sobre la prevención y luego, cuando uno pasa al artículo 8 de la Ley General del Ambiente, que nos da la enumeración de los instrumentos de gestión,

nos dice la primera y primordial herramienta de este sector de regulación preventiva que es, por supuesto, el Estudio de Impacto Ambiental.

Esto es fundamental; es lo que nos da lo que nosotros en doctrina llamamos “la regulación particular del proyecto”. Todo lo que queda fuera de esa regulación o que no ha recorrido esa regulación, lo declaramos de clandestinidad y esto, después, en la aplicación del sistema de responsabilidad formal, va a tener un énfasis elemental, va a ser esencial tanto en el momento de pedir como de resolver.

El segundo principio que debe funcionar es el Principio de Precaución. Está definido de manera idéntica a los instrumentos internacionales de regulación, por eso tampoco voy a trabajar su textualidad. Su instrumento práctico, al cual podemos encontrar vinculado a la responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva, está en las medidas jurisdiccionales de urgencia del artículo 32 de la Ley Ambiental, donde se le conceden al juez cuando entiende en la causa, no solo a pedido de parte y sin audiencia de contraparte, sino incluso vía oficio, que puede despachar medidas en función de la precaución y del resguardo del interés común, del interés general.

En tercer lugar, debo referirme a, por supuesto, cuando el daño acontece o ya está empezando a acontecer, es el Principio de Responsabilidad propiamente dicho. El sistema de responsabilidad

en Argentina dice que objetivamente –y ahí sí hace un trayecto regulativo muy largo desde el momento de evitación hasta el momento de reparación– el generador debe costear la prevención y los actos de corrección que correspondan, conforme las leyes estipulen o conforme lo estipulen los sistemas de responsabilidad.

Otra vez vamos allá a buscar, a abonar en el sistema de responsabilidad administrativa o el sistema de responsabilidad civil y el sistema de responsabilidad penal, tal cual lo dice el artículo 28, soluciones instrumentales para defender el ambiente.

Esta responsabilidad ambiental, y queda claro que yo soy partidario de que la disciplina jurídica de la responsabilidad ambiental es un derecho de funcionamiento autónomo, propio, es un derecho que tiene un objetivo central, un objetivo solidario, humanitario y social enorme, donde va en juego nuestra propia persistencia como especie en la Tierra.

Entonces no puedo hacer otra cosa más que decirlo y proclamarlo: objetivamente dice la ley argentina, hay que recomponer el estado anterior y si esto es fácticamente o técnicamente imposible, vamos a ir a una indemnización sustitutiva a ese fondo que hablé.

Por supuesto, aparecen mecanismos muy propios –aunque el derecho administrativo los tenga eventualmente–, pero muy propios del derecho privado, como son los seguros de cobertura y los fondos de restauración (ver Transparencia 2). Las formas de exención de responsabilidad ambientales, en términos generales, están en el artículo 29 y se refieren a la posibilidad de acreditar la realización de todas las medidas de evitación y en tanto no haya culpa concurrente del generador, la culpa exclusiva de la víctima o por un tercero por el cual no se debe responder.

El tercer grupo de temáticas que elegí para mostrarles es: cómo se procesa, cuáles son los elementos centrales del procesamiento del conflicto ambiental y acá aparecen las acciones, la instrumentación de la responsabilidad (ver Transparencia 3).

Tenemos de partida en mi país una acción de amparo de cese, que es una acción que está consolidada para toda persona, es decir es una acción de amparo popular –como dice Lorenzetti–, para el objetivo central de cese del acto degradante que empieza a descorrer.

En segundo lugar, aparece la acción de recomposición a la que ya me he referido, y fíjese la legitimación activa amplia que tiene: el afectado, el defensor del pueblo, las ONG's y además, la ley le agrega al artículo 43 de la Constitución al que me estoy refiriendo, el Estado Nacional, provincial y municipal (todas las manifestaciones del Estado), y da a la indemnización sustitutiva, por supuesto, el mismo criterio legitimatorio.

¿Qué pasa en la legitimación pasiva, quién está del otro lado de la relación de responsabilidad? A mí me encanta subrayar en clase a mis alumnos que el artículo 31 de la LGA dice: “responderán frente a la sociedad”; y van a ser responsables todos aquellos en la medida de cómo se hayan comportado o hayan aportado respecto a ese núcleo causal, y por supuesto, si eso no puede ser determinado serán solidarios y luego podrán hacer las repeticiones que correspondan.

La competencia judicial, está en el artículo 32 LGA, y dice la normativa que es la competencia ordinaria. El acceso a la justicia ambiental es irrestricto, no puede tener restricciones de ningún tipo o especie –dice este artículo– y por último esas medidas oficiosas de interés general a las que he hecho ya referencia y que puede dictar el juez ambiental, nos demuestra que no es un juez común: frente al arquetipo de juez del derecho privado que solo balancea entre la posición y oposición de las partes, estamos ante un juez activo que va a tomar, inclusive de manera oficiosa, medidas para ordenar, conducir y probar defendiendo el interés general que está corriendo en ese proceso.



Y por último, ¿qué tipo de sentencia dicta? La sentencia ambiental es una sentencia que provoca cosa juzgada *erga omnes*, es decir, alcanza a todo aquel que se encuentre vinculado a los efectos del hecho que se está tratando, salvo que, por razones probatorias no haya podido resultar victoriosa la pretensión protectiva, lo que permite a nuevos afectados a volver a recrear ese ejercicio judicial.

El problema que tenía el sistema de responsabilidad ambiental, previamente a la reforma, era que teníamos un Código Civil al cual teníamos que ir a tomarle prestada alguna normativa para luego llevar a juicio nuestros conflictos ambientales. Luego, teníamos un juez que estaba atado por un sistema que venía del derecho napoleónico al que la norma le decía: –usted solo es la voz de la ley, usted no haga más allá que interpretar la ley en su espíritu. Esa forma, ese silogismo, esa operación de subsunción de los hechos al derecho para decir exactamente la respuesta sin ningún criterio creativo, en el derecho ambiental, no era una caja suficiente para colocar y catalizar las pretensiones de las partes. Eso, vamos a ver seguidamente, cambió.

Yo quiero mostrar un caso en Salta, de cómo recibí mi provincia lamentablemente la llegada del nuevo código civil (se exponen escenas del caso “Karlen”, llevado adelante por la Procuración General de la Provincia de Salta; ver al respecto página oficial <http://www.fiscalespenalesalta.gob.ar/ambientales/>).

Creo que huelgan las palabras al definir en este momento si la responsabilidad ambiental es administrativa, civil, penal, internacional. Importa trabajar aquí y ahora. Ya, con todas las herramientas que estén a disposición. No importa cómo funcione el sistema, importa qué hace el sistema, esa es mi visión de las cosas.

Entonces, ¿en qué va a ayudar la llegada del nuevo Código Civil unificado? Les cuento que en el año 2015 se unen el viejo Código Comercial y el viejo Código Civil, pero hay un nuevo código que es mucho más pequeño. No es el histórico código de más de cinco mil artículos con base en el Código Napoleónico que rigió más de cien años, sino que es un código de unos dos mil artículos.

Voy a explicarlo (ver Transparencia 3): básicamente, la profundidad del sistema del nuevo Código Civil, del nuevo derecho privado argentino, funciona entre los artículos 1, 2 y 3.

El artículo 1 empieza diciendo “los casos”, no dice “los derechos que rige este código”, dice “los casos”, es un código práctico por un lado y por otro lado es un código del intérprete y aplicador. O sea, no es un código de subsunción como expliqué hace un momento, y es tal vez ése el gran paradigma: decir que el juez ya no puede solo leer subsuntivamente esa normativa típica civil sino que tiene que ir mucho más allá, al resto de las normas aplicables, a la Constitución Nacional y a los tratados de derecho internacional de los Derechos Humanos que haya suscrito Argentina. Es decir que hace una interpretación muy amplia para la resolución del caso.

El segundo elemento es haber definido, y esto es un gran acierto, la incorporación de los bienes colectivos al lado de los bienes individuales. Y, es más, ha incorporado al lado de los derechos individuales, los derechos de incidencia colectiva. Entre los artículos 14, 240 y 241, lo que ha hecho el Código Civil argentino vigente es decir que existen derechos de incidencia colectiva que van a tener ese doble juego, de hacer funcionar ese orden público de limitación y de modulación, del ejercicio de derechos individuales respecto a los bienes colectivos.

Yo pienso en tres aspectos, en algún punto como una vuelta atrás. En primer lugar –como dijo el maestro Benjamín–, es una vuelta hacia atrás, a volver a esa *res communis* que tenía el derecho romano. En segundo lugar también es una vuelta atrás con el maestro del derecho público, Duguit, que es un volver al solidarismo en la organización social. Y, en tercer lugar, es

DAÑO AMBIENTAL DE INCIDENCIA COLECTIVA

- **DAÑO AMBIENTAL CONSTITUCIONALIZADO (1 CCyC)**
 - "casos" que este Código rige
 - fuentes: leyes aplicables / Constitución Nacional / tratados de derechos humanos
- **DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA (14 CCyC)**
 - ORDEN PÚBLICO (12 CCyC): límite al ejercicio abusivo de los derechos individuales (10 CCyC)
 - normas del derecho administrativo de interés público (240 CCyC)
 - normas de presupuesto mínimo (241 CCyC)
 - garantía normativa (3269 CCyC)
- **Bienes Colectivos Ambientales (240 CCyC)**
 - ambiente y componentes ecológicos y relaciones ecosistémicas
 - de titularidad colectiva (no exclusiva) = indivisible = supraindividual = esfera social de los individuos (C3/N. "Mendoza") = uso común sustentable = status normativo (Lorenzetti)
 - criterios técnicos del Decisor Ambiental
 - libro de "Desarrollo jurídico ambiental" // de Napoleta // Fundación

un constitucionalismo mucho más compuesto, mucho más público-privado, sin ataduras, y ese constitucionalismo, ese paradigma de constitucionalismo que ha golpeado y creado a este nuevo código, es como bien lo dice nuestro doctrinario Quiroga Lavié, es entender que hay derechos públicos subjetivos.

¿Cómo funcionan los derechos colectivos ambientales? Desde el artículo 240, funcionan como diques al abuso del derecho en función del artículo 10, respecto del ejercicio de derechos individuales en afectación a los bienes colectivos y a los derechos de incidencia colectiva.

Los bienes colectivos, han sido definidos como un conjunto de bienes y sus componentes; es un bien, pero de características dinámicas, no es un bien estático como los bienes individuales que pertenecen a los patrimonios. Algunas condiciones han sido desarrolladas por la Corte Suprema en el fallo “Mendoza”: son de titularidad colectiva, no excluyente, indivisible, supraindividual, no pertenece a la esfera individual, sino a la esfera social de los individuos. Lorenzetti, entre otras cuestiones, le agrega que son o tienen una obligación de uso común sustentable y estatus normativo, por supuesto.

Nunca –y en honor a la conformación mixta que tiene el Tribunal Ambiental de Chile, lo cual me parece excelente– el decisor ambiental al cual está dirigido el nuevo sistema de derecho privado argentino, puede olvidarse de los criterios técnicos que lo van a convidar a poder resolver correctamente –como bien dice el artículo 1– “casos”. Lo primero que se me ocurre es esa idea técnica de desorganización sistémica: para poder afectar el bien colectivo ambiental, lo que debe suceder es que ese sistema debe desorganizarse y desorganizarse no es una mera interpretación de un decisor sino una decisión técnica fundamental. En segundo lugar, esas ideas de magnitud prestadas del derecho administrativo. Conocemos las ideas de los principios o los sistemas de tolerabilidad del daño, de permisibilidad del daño, inclusive de clandestinidad. Respecto a estos criterios, son centrales los científicos sociales y técnicos, son elementales para determinar esta serie de criterios. En tercer lugar, esa desorganización requiere entender si hay o no una factibilidad reparativa respecto a ello, porque eso nos va a decir si voy a ir a buscar una recomposición en especie o, en realidad, me voy a quedar con una indemnización.

El segundo elemento, yo dije que iba a trabajar como pivó en los artículos 1, 2 y 3 del nuevo Código unificado de derecho argentino, es la interpretación.

Fíjense (en la Transparencia 4) que ya no se interpreta con los viejos mecanismos decimonónicos a las leyes que les resultaran aplicables, sino hay que ir a las palabras del texto, a la finalidad del texto, a las leyes análogas, a los tratados de Derechos Humanos que haya firmado. Pero además, y esto es tal vez paradigmático, de la forma, del ejercicio interpretativo-aplicativo que exige el nuevo Código, es que hay que ir a lo que ya conocíamos del derecho ambiental: principios, valores y un tercer elemento –sobre el cual escribí mi tesis de maestría–, la coherencia con el ordenamiento todo.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL	
•	INTERPRETACIÓN LEGAL (2 CCyC)
•	libertad / finalidad / leyes análogas / tratados DDHH
•	principios: “mandatos de optimización” (Alexy) – test ponderación
•	valores: “preservación de la naturaleza y el entorno” – test axiológico
•	coherencia con el ordenamiento: “argumento sistemático interno/externo” – test coherencia (Pérez Bermejo)
•	FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD (1708 CCyC)
•	PREVENCIÓN (tutela inhibitoria)
•	Deber de prevención del daño / acción / sanción (1710 / 1711 / 1712 CCyC)
•	REPARACIÓN PLENA
•	Deber de reparación (1716 CCyC)
•	Reparación plena (1740 CCyC) / indemnización sustitutiva (28 LGAs)
•	Antejuicio: “anticipación” / Concepto de daño / Injuria (1717) / Faltas CCyC
•	Factores de atribución (1721 CCyC)
•	Factos distintos, concurrentes (1712 CCyC) / 29 LGAs
•	Problemas de las cosas y actividades peligrosas o peligrosas (1712 CCyC)
•	El daño o cantidad de los daños (1722 CCyC)

La interpretación integral, entonces, nos dispone a realizar un ejercicio de un “test de ponderación”. Quiero decirles que Robert Alexy es tal vez el doctrinario –que se dedica a derechos fundamentales– que más éxito ha tenido con su prédica dentro de nuestro código. Ahí lo ven, sus mandatos de optimización y el test de ponderación.

En segundo lugar, los valores. Hay un test axiológico que hay que hacer, porque son los valores de conservación los que hay que provocar que primen. En tercer lugar un “test de coherencia”. Hay un autor muy interesante que les recomiendo leer al respecto, Pérez Bermejo, en España.

Yo había hablado de tres principios cuando expliqué lo que teníamos en el sistema de derecho ambiental antes de la reforma, y eran los principios de prevención, precaución y responsabilidad. Esto, traducido al instrumento de la responsabilidad civil, y ya hablando instrumentalmente,

son el deber de prevención y el deber de reparación. Este código ha incorporado ese valor axiológico, ese supra principio constitucional de la responsabilidad textualmente en nuestro código: hay un deber de prevención del daño. Por supuesto, a ello le sigue una acción y la posibilidad de dictarse sentencias con obligaciones de hacer, no hacer. Y quiero decirles algo: esta acción no requiere ningún factor de atribución –ya que no es responsabilidad reparativa propiamente dicha–, ningún factor más que un interés razonable en prevenir. Esto es para todo el derecho civil, pero nos funciona esencial y primordialmente para el derecho ambiental.

Por otro lado, ha dejado ya de hablarse de reparación integral. Se ha zanjado una vieja discusión y la reparación que exige el Código es la “reparación plena”, volver las cosas al estado anterior, sea en especie o sea dinerariamente. Ya no hay más esas discusiones eternas por los cientos y un tipos de ítems reclamables en el derecho privado.

A modo de conclusión, lo que quiero dejarles dicho en la impronta del nuevo Código Civil y Comercial unificado, es que respecto a la responsabilidad ambiental frente a nosotros, parecía que todo estaba resuelto (ver Transparencia 5). El anteproyecto decía que el sistema de responsabilidad era unívoco, no tenía su distinción entre derecho público y privado, la responsabilidad era la misma, era un sistema único; había una unicidad, una unidad en la forma de resolver conflictos de responsabilidad para privados y para el Estado.

Lamentablemente volvieron los muros y otra vez tenemos alguna necesidad de volver a escribir libros y gastar tinta y papel y volver a discutir donde está el sistema de responsabilidad cuando se refiere al Estado y cuando no se refiere al Estado. Ello, porque la Ley 26.994, no solo promulgó este Código Civil sino que promulgó la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional. En esta ley la legitimación pasiva tiene dos elementos centrales: el primero es que corta definitivamente de raíz toda relación entre el derecho privado y el derecho público (o lo intenta por lo menos), y dice que este código, no es aplicable ni directa ni indirecta, ni analógicamente, al sistema de responsabilidad público. Había sido histórico el uso analógico para la construcción de la teoría de la Responsabilidad del Estado en los fallos de la Corte Suprema.

PROCESAMIENTO DEL CONFLICTO DE DAÑO AMBIENTAL	
• ACCIONES // LEGITIMACIÓN:	– Acción preventiva // Interés razonable (1712 CCyC)
• INTERVENCIÓN // LEGITIMACIÓN Ministerio Público	– defensa legalidad de los intereses generales de la sociedad (120 CNO)
• LEGITIMACIÓN PASIVA: Responsabilidad del Estado:	– inaplicabilidad directa y subsidiaria de normas del Código (1764 CCyC, 1 LRE)
	– se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (1765 / 1766 CCyC)
	– objetivo y directo // Excepc. casos, fortuitos o fuerza mayor //
	– hecho de víctima o de un tercero (1,2 LRE)
	– no concesionarios servicios públicos (6 LRE)
• DECISIÓN JUDICIAL RAZONABLEMENTE FUNDADA (3 / 1 / 1742 CCyC) Operación de fundamentación:	– abordaje casuístico concreto y contextualizado // Interpretativo, analítico y ponderativo abstrato de reglas, principios y valores //
	– coherencia sistemática // Razonabilidad colectiva

Y, en segundo lugar, lo que hace es definir distintos criterios, distintos andariveles del uso de la responsabilidad en función de que provenga de actividades ilícitas o lícitas del Estado. Para las actividades lícitas –y lo dice textualmente– es excepcional y son sumamente restringidos los requisitos para la atribución de responsabilidad lícita, son enormes. Si la mente no me falla la numeración es de como de seis requisitos.

Yo quiero recordar que el artículo 27 de nuestra Ley General del Ambiente dice que la responsabilidad viene de hechos y actos lícitos e ilícitos por acción u omisión, esos son los primeros elementos. Entonces, creo yo, que el orden público ambiental declarará incongruente e inaplicable esto. Cuando uno traiga los sistemas convidados ante la necesidad de responsabilizar civilmente, penalmente o administrativamente, no va a ser aplicable. Esta discusión igual se va a abrir, empezó a correr el río, autores en favor y en contra van a escribir y por montones, ya está sucediendo. Yo creo que el juicio es único, que el sistema de responsabilidad es ambiental y que los sistemas de responsabilidad clásicos son tributarios cuando prestan servicios para proteger el ambiente, que es el único objetivo central de nuestra disciplina del derecho ambiental.

Por último, al final del camino, lo que encontramos es el artículo 3, que le exige como un deber de resolver al decisor ambiental, en este caso de responsabilidad por daño, al juez, fundando razonablemente su decisión. Es decir, es una invitación a construir cotidianamente el sistema de decisión interpretativo-aplicativo. Yo he hecho algunas pinceladas de las primeras ideas que se me ocurren habiendo leído a colegas que han escrito sobre el tema.

Fíjense en la filmina expuesta que, le exige al decisor, en primer lugar, un abordaje casuístico y concreto, porque tiene casos ante sí.

En segundo lugar, no puede dejar de ver la realidad donde él está ínsito, tiene que tener ideas consecuencialistas de a dónde lleva su decisión.

En tercer lugar, he tratado de poner conceptualmente —lo que expliqué antes de ahora— que debe operar con un carácter interpretativo analítico muy amplio, buscando no solamente las normas que son aplicables de manera directa sino aquellas análogas y las que están en la Constitución y en los tratados de derecho internacional que rigen a Argentina. Pero además, ponderativamente, debe ser realista, debe ser axiológico, debe ser principista. Entonces abiertamente debe hacer conjugar en esos intereses que están en juego en estos casos, reglas, principios y valores.

En cuarto lugar, le exige —y como había dicho antes de ahora—, una coherencia sistémica. No puede fallar “a-sistémicamente”. No puede romper el ordenamiento jurídico argentino tratando de forzar una decisión que no sea consecuente con el resto de las decisiones venidas y por venir, debe construir una jurisprudencia sostenida, razonada, coherente.

Y en quinto término, y esto es esencial, porque tal vez —y hago un racconto en este momento en cuánto a que lo que he dicho cubre dos de los elementos de los Derechos de Acceso del Principio 10 de Río (acceso a información y a justicia ambiental)—, me faltaba hablar de “participación”, y lo digo ahora. Al final de cuentas, el juez tiene su obligación de decidir razonablemente “mirando un auditorio”, que es la sociedad que está allá afuera y que es frente a la sociedad, como dice el sistema de responsabilidad ambiental argentino, que debe hacer responder a los autores o generadores de esa degradación.

Entonces, la decisión necesariamente (hasta yo diría “de orden público”), debe ser encaminada a ser participadas, abiertas y cumpliendo con los principios de los derechos de acceso que deben necesariamente tener efectividad en nuestro país.

Muchas gracias.



“MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA AMBIENTAL”

DRA. SORAYA AMRANI

UNIVERSIDAD PARIS OUEST-NANTERRE LA DÉFENSE, FRANCIA

Soraya Amrani Mekki, *Catedrática de la Universidad Paris Ouest Nanterre La Défense. Miembro del Consejo superior de la Magistratura (Conseil supérieur de la Magistrature). Directora del eje Justicia y proceso, CDPC (3982). Con la Colaboración de Alicia Brox, Doctoranda en la Universidad de Zaragoza (España)*

1. Me gustaría comenzar expresando mi más sincero agradecimiento a los organizadores del coloquio por haberme invitado a aportar un enfoque francés, evidentemente, pero sobre todo procesalista sobre la protección del medio ambiente. Se trata, en efecto, de un enfoque fundamental. Más que nada, porque el papel desempeñado por el juez ha sido esencial en el desarrollo del derecho del medio ambiente a través de una jurisprudencia proactiva. A él le debemos la noción de daño ecológico puro antes de que la ley n° 2016-1087 de 8 de agosto de 2016 sobre recuperación de la biodiversidad, de la naturaleza y de los paisajes le diera rango jurídico en el Código Civil (art.1246 C.C). Su actividad jurisprudencial se encuentra de este modo al servicio de la protección del medio ambiente y así la interpretan los especialistas del derecho sustantivo. Dejaré por ello este aspecto de lado para centrarme en el segundo aspecto de la protección, más ligado al ámbito procesal. A menudo se contempla el procedimiento civil como un freno a la protección del medio ambiente, a causa del desconocimiento de su dinamismo intrínseco.

El derecho procesal civil es un derecho realizador en la medida en que permite la realización de los derechos sustantivos. Por esa razón, durante mucho tiempo ha sido considerado como secundario, auxiliar, cuando no servil. Sin embargo, la ineficacia de numerosos derechos sustantivos ha puesto de relieve la importancia de las reglas procesales. Sin la potestad coercitiva del juez, numerosos derechos sustantivos se convierten en papel mojado. Es algo que se puede aplicar tanto al derecho ambiental como al derecho de la competencia o al del consumo, puesto que, en todos ellos, los intereses en juego no sólo son variados, sino sobre todo vagos. En todas estas cuestiones se aprecia un mismo fenómeno que consiste primero en multiplicar los derechos de manera casi frenética, para constatar después que lo que importa no es tanto la cantidad ni la importancia de que gozan como su realización concreta, la cual, al materializarse a través del juez, hace que los derechos procesales pasen a un primer plano. El auge de las diversas acciones de clase en estas materias es revelador. Conviene recordar que la ley de modernización de la justicia del siglo XXI, adoptada el 12 de octubre de 2016, acaba de extender la acción de grupo a la materia medioambiental¹⁷⁵. Dicho de otro modo, estos diferentes derechos tienden a crear lo que se ha denominado derechos procesales horizontales y específicos. Esa es la visión en la que se basa el derecho procesal ambiental en Francia. Se trataría de crear los instrumentos judiciales adecuados para la protección del medio ambiente. Sin embargo, no existe ningún tribunal en materia medioambiental, ni tampoco jueces especializados, aplicándose a los conflictos en este ámbito el derecho procesal común. La agencia de la biodiversidad, creada recientemente por ley de 8 de agosto de 2016 podrá en efecto ser ampliamente requerida y gozará de poder sancionador aunque no se inscribe en la jerarquía judicial.

2. La adaptación de las reglas procedimentales y de los poderes jurisdiccionales es sin lugar a dudas necesaria pero insuficiente, dado que la especificidad de los litigios medioambientales obliga a repensar de manera más global la forma adecuada de tratarlos: la difícil distinción entre el derecho público y el privado, el carácter transfronterizo de los atentados cometidos contra el medio ambiente, las dificultades en materia de régimen probatorio debidas a la falta de fiabilidad científica, las delicadas cuestión de la legitimación en un proceso en materia ambiental, la delicada cuestión de la naturaleza de las medidas judiciales adecuadas.... Por todo ello, se fomentan los medios alternativos de solución de conflictos en esta materia. Además de la desjudicialización que permiten¹⁷⁶ y del consecuente ahorro que suponen para los gastos judiciales, estos métodos alternativos, entre los cuales se encuentra la mediación, garantizan una solución perenne, mejor aceptada y, en consecuencia, mejor ejecutada por las partes. Si era previsible que la materia medioambiental contuviera sus características propias, pronto se hizo evidente que su principal interés reside en la gran singularidad de lo que ha sido denominado «mediación ambiental».

175 Art. L. 142-3-1 C. env.- I. – Sous réserve du présent article, le chapitre Ier du titre V de la loi n° du de modernisation de la justice du XXIe siècle et le chapitre X du titre VII du livre VII du code de justice administrative s'appliquent à l'action ouverte sur le fondement du présent article. « II. – Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du présent code, causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée devant une juridiction civile ou administrative. « III. – Cette action peut tendre à la cessation du manquement, à la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ou à ces deux fins. « IV. – Peuvent seules exercer cette action : « 1° Les associations, agréées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres ; « 2° Les associations de protection de l'environnement agréées en application de l'article L. 141-1. ».

176 O. Boscovich Pillet, *Déjudiciarisation et droit de l'environnement*, in *La déjudiciarisation*, à paraître.

A pesar de que se califique al derecho ambiental como derecho de la conciliación¹⁷⁷, la mediación en la materia está prácticamente ausente en la literatura jurídica francesa¹⁷⁸. Una de las pocas apariciones del término en jurisprudencia concierne al mediador ambiental de Greenpeace en un proceso de despido¹⁷⁹. Ahora bien, la función del mediador resulta *a priori* difícilmente conciliable con la de empleado, puesto que la mediación se define como «todo proceso estructurado por el cual dos o más partes intentan llegar a un acuerdo, fuera de cualquier proceso judicial con la finalidad de resolver de forma amistosa sus diferencias, con la ayuda de un tercero que las partes eligen y que ejecuta su cometido con imparcialidad, competencia y diligencia¹⁸⁰». Es más, el término *mediación ambiental* aparece frecuentemente en la literatura gris, en otras disciplinas y en la literatura extranjera. Sin embargo, conviene señalar que, de forma prácticamente sistemática, la cuestión que se plantea es la dudosa o renovada calificación de mediación. En realidad, muy a menudo es difícil distinguir aquello a lo que se llama mediación ambiental de la simple *participation* o *concertation*. Sin embargo, soplan vientos favorables para la mediación, que se ha propagado por todo el mundo, en Francia en particular¹⁸¹.

3. La mediación ambiental se ha podido definir como «un diálogo entre las *partes interesadas* es decir, grupos de intereses o de individuos afectados por cuestiones medioambientales, con el fin de llegar a un acuerdo que satisfaga a todas las partes, gracias a la intervención de un tercero externo cuya función es la de facilitar el diálogo, sin tomar posición sobre el fondo del asunto ni tratar de influir en el resultado¹⁸²». A partir de esta definición, la mediación aparece más como un modo de gestión anticipada de conflictos que como un verdadero método de solución alternativo de litigios. Es frecuente que con la mediación no se trate tanto de evitar una acción judicial en un litigio ya existente, como de conseguir que las partes implicadas en un proyecto medioambiental cuestionado negocien con el fin de evitar que dicho litigio se produzca.

4. Sin embargo, esta distinción es relativamente confusa, porque el término «mediación ambiental» no siempre se utiliza o, más bien, se utiliza de forma muy indebida. El término «mediación ambiental» plantea indudablemente un problema de calificación jurídica, calificación de la que dependen los principios y reglas aplicables, que además deben ser adaptados a una materia cuyas particularidades son numerosas, ya sea por la cantidad de personas potencialmente afectadas, por la intervención de actores públicos, por las incertidumbres científicas o incluso por intereses superiores en causa. La mediación ambiental no escapa a la problemática general de los métodos alternativos de solución de conflictos, que suponen llegar a un compromiso entre la necesaria seducción que ejerce la libertad contractual y la seguridad que ofrece un régimen jurídico articulado.

La mediación ambiental es una materia en desarrollo y que todavía debe ser explorada, no sólo porque se realiza en un estado muy avanzado del proceso contencioso, lo que suscita dudas sobre su calificación (I), sino también por su régimen jurídico todavía incierto (II).

177 V. R. Romi, *Droit de l'environnement*, Montchrestien 2010, p.161

178 V. cependant en matière pénale, E. Maurel, *Environnement et médiation pénale*, L'Harmattan, 2010.

179 CA Paris, pôle 06 ch. 06, 21 octobre 2009, n° 08/01673, D. 20-- : « *Considérant que Mademoiselle P. a été engagée par l'association GREENPEACE FRANCE le 9 février 1999 au terme d'un contrat à durée déterminée à effet du 1er mars 1999 dans les fonctions de recruteur, que ce contrat a été renouvelé aux mêmes conditions jusqu'au 23 juillet 1999 ; qu'ensuite Mademoiselle P. a exercé les fonctions de responsable d'équipe, position employée du 1er septembre au 27 novembre 1999 puis elle a été embauchée par lettre du 8 décembre 1999 en qualité de médiateur environnemental, position employée au terme d'un contrat à durée indéterminée ; que par lettre du 2 août 2006 la salariée a été licenciée pour les motifs suivants* ».

180 Article 1530 CPC. La directive de l'Union européenne du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale définit la médiation comme étant « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige à l'aide d'un médiateur* » (art 7). La définition est large et englobe aussi bien le médiateur que le conciliateur. D'ailleurs la directive poursuit en indiquant que peu importe « *l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'état membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener* ».

181 Elle suscite de nombreux colloques et séminaires charriant leurs lots de propositions. V. not. Sirène, n° 29, Séminaire Interdisciplinaire de recherche et d'Échanges sur la Négociation, La médiation, méthode de résolution des conflits environnementaux?, 4 avril 2012, <http://www.planetworkshops.org/fr/post/990/la-mediation-commme-methode-de-resolution-des-conflits-environnementaux.html>.

182 Wikipédia, première occurrence du terme après recherche sur Google.

I. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN AMBIENTAL

5. El adjetivo «jurídico» se empareja deliberadamente con el término *calificación*, porque el uso de la denominación *mediación ambiental* se realiza con frecuencia por razones de marketing, hasta el punto de que algunos autores han pensado en la raíz común de los términos *mediación* y *medialización*. En sí mismo, el término *mediación* transmite imágenes positivas de diálogo, de escucha, de intercambio, de compartición. Tras el diálogo social llega así el diálogo medioambiental, partícipe de la nueva gobernanza, que pasa de la información a la *concertation* y después a la mediación. Para comprender lo que se esconde tras la mediación ambiental, hay que empezar por su práctica, que todavía está poco regulada jurídicamente (A) para intentar llegar a su conceptualización (B)¹⁸³.

A. La práctica de la mediación ambiental

6. La mediación es un término seductor, ya que transmite una imagen de consenso, de escucha, y parece ser, tanto en materia medioambiental como en otros ámbitos, un remedio a la «ilusión de las normas»¹⁸⁴. Su aparición se suele localizar en los Estados Unidos en los años 1970, para designar un método de gestión de conflictos medioambientales¹⁸⁵. A raíz de su éxito, la mediación ambiental fue impulsada por las administraciones y regulada, en particular en lo que respecta a la implantación de centros de tratamiento de residuos peligrosos y de la protección de recursos naturales. Posteriormente, se desarrolló bajo diversos nombres en diferentes países tales como Canadá, Australia, y apareció en Europa, en Austria, Suiza¹⁸⁶, Alemania, Valonia e incluso en Francia¹⁸⁷, no siempre con la misma fortuna. Sin embargo, a veces es difícil distinguirla de la *concertation*, hecho que enseguida fue denunciado. A demás sus particularidades invitan a considerar que existe una mediación de contenido variable¹⁸⁸.

7. La mediación ambiental utilizada en Québec brinda un ejemplo interesante en la medida que ya ha sido institucionalizada¹⁸⁹. La ley sobre la calidad del medioambiente ha creado una oficina de audiencias públicas sobre el medio ambiente (BAPE), cuya misión es «ayudar al promotor de un proyecto y a las personas o grupos que soliciten una audiencia pública a solucionar sus diferencias relativas a las repercusiones que pueda ocasionar el proyecto sobre el medio ambiente, con la intención de llegar a un acuerdo»¹⁹⁰.

183 V. Not. J. Walton Blackburn, *Environmental mediation Theory and practice : challenges, issues, and needed research and theory development*, in *The politics of environmental mediation*, Douglas J. Amy, Columbia University Press, 1987, Chap. 18. V. également Blackburn J. Walton and Bruce W. Marie. *Mediating Environmental Conflicts. Theory and Practice*. Ed. Westport, Connecticut, 1995, 309 pp.

184 F. Casorla, *Conflits environnementaux et médiation : principes et opportunités*, in SIRENE 29.

185 Le premier exemple reconnu de médiation environnementale concerne un projet de barrage sur la rivière Snoqualmie dans l'Etat de Washington. Les administrations sont incitées à utiliser la médiation et de nombreux cabinets privés se sont spécialisés en ce domaine. V. not., J.-M. Dziedzicki, *Médiation environnementale : des expériences internationales aux perspectives dans le contexte français*, in *Concertation, décision et environnement*, pp. 39 et s. V. également, L. Mermet, *La médiation des conflits locaux. L'expérience américaine en matière d'environnement*, centre de prospective et d'évaluation, Ministère de l'Industrie et de la Recherche, Paris, 1983.

186 Il faut cependant noter que les expériences suisses n'ont pas utilisé le terme de médiation et qu'elles n'ont pas perduré du fait, selon un auteur, de la tradition de dialogue et de négociation qui y existe déjà et de l'efficacité des recours juridiques suspensifs et des référendums populaires. J.-M. Dziedzicki, préc.

187 Un seul texte vise expressément la médiation, l'article L 227-5 du code de l'environnement qui prévoit une médiation relative aux nuisances sonores générées par les structures aéroportuaires. Cependant, des exemples cités lors de la table ronde du 11 décembre 2008, qui évoque la mise en place d'un site Natura 2000 pour le site du Val de Loire, la mise en place d'une charte forestière pour le Parc du Morvan, un projet d'aménagement ferroviaire pour la ligne à grande vitesse Rhin-Rhône. Par ailleurs, plusieurs entreprises françaises telles que réseau Ferré de France et EDF ont en leur sein des médiateurs environnementaux.

188 V. not. S. Allain, *La médiation environnementale comme système de régulation politique. Application au gouvernement de l'eau*. In Faget J. (dir.) – Médiation et action publique. *La dynamique du fluide*. Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2005, pages 135-150.

189 1er forum de l'institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur la facilitation et la médiation environnementale, *La médiation environnementale, au-delà du pour et du contre*, compte rendu des échanges du 11 avril 2012.

190 P. Renaud, *Intervention au 1er forum de l'institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur la facilitation et la médiation*

El recurso a la mediación implica la aparición de resistencias a un proyecto, fenómeno llamado NIMBY «no en mi caso». La intervención del mediador permite encontrar un consenso, pudiendo entonces ser adaptado el proyecto para evitar que el conflicto se transforme en litigio.

En cierta medida, y a pesar de que no se presente como tal, la mediación ambiental existe también en Francia bajo esta forma, puesto que el Código Medioambiental prevé una negociación entre el prefecto y el explotador responsable para determinar las medidas de reparación en caso de daño medioambiental¹⁹¹. Pese a no usar el término, dicha negociación puede semejar a una mediación ambiental. «En la medida en la que el prefecto, antes de adoptar las disposiciones finales consulta a las asociaciones protectoras del medioambiente, a las colectividades locales o a las personas susceptibles de verse afectadas por las medidas de reparación, ciertos comentaristas han podido compararlo a un mediador¹⁹²».

8. ¿En ambos casos, se puede hablar realmente de mediación? Propiamente hablando, no se trata de la resolución de un litigio como tal. La mediación, en realidad, se parece más a una variante de la *concertation*, ante la eventualidad de que puedan aparecer resistencias al proyecto en cuestión. Se trata de un proceso participativo que permite a las personas afectadas expresar sus reticencias, de manera que sean tenidas en cuenta en la elaboración final del proyecto. Recordemos que el artículo 8 de la Convención de Arthus de 25 de junio de 1998¹⁹³, la Carta constitucional del medio ambiente¹⁹⁴ y las disposiciones específicas del Código del medio ambiente¹⁹⁵ francés prevén la obligatoria participación del público para este fin.

Dicho de otro modo, se trata de buscar un consenso para evitar futuras protestas. Aparentemente, las personas interesadas se ven implicadas en la toma de decisión del proyecto, oídas para calmar sus inquietudes. Sin embargo, el verdadero problema radica en saber si no se trata de un engaño. De hecho, es importante precisar que la participación del público en el proceso de mediación requiere por principio su acuerdo previo sobre el proyecto. La conclusión del foro quebequense sobre la mediación ambiental lo expresa por otro lado con claridad: «el proceso de mediación no depende tanto de la resolución de un problema como de la iniciativa participativa¹⁹⁶». A pesar de todo, el término *mediación* resulta tan «envilecido¹⁹⁷» como el término *contrato*, utilizado también en este tema.

9. La mediación constituye pues un sistema de ayuda para la toma de decisiones. Respecto a su uso en Alemania, MJ. M. Dziedzicki considera que «*lo que podría desarrollarse en el país, más que la mediación entendida como proceso de gestión de conflictos, sería el uso a la carta de algunos de sus elementos*¹⁹⁸». Lo que interesa de la mediación es el recurso a un proceso de diálogo para buscar un consenso a través de la elaboración de un proyecto en apariencia común. De ahí que «*se critique especialmente la*

environnementale, *La médiation environnementale, au-delà du pour et du contre*, compte rendu des échanges du 11 avril 2012, www.imaq.org/wp-content/uploads/2012/03/1er.pdf.

191 Articles L161-6 et s. C. env. issus de la loi n°2008-757 du 1er Août 2008 en matière de responsabilité environnementale.

192 O. Boscovich Pillet, préc.

193 Lequel détaille les dispositions à prendre « *pour promouvoir une participation effective du public à un stade approprié – et tant que les options sont encore ouvertes – durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement* »

194 Art 7 Charte constitutionnelle « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi... de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »

195 V. not. Art.L 110-1 C. de l'environnement qui traite du principe de participation.

196 *Ibidem*.

197 F.-G. Trebulle, *Les mutations de la norme environnementale, in les mutations de la norme*, N. Martial Braz, J.-F. Riffart et M. Behars Touchais, Economica, coll. Etudes juridiques, spéc. pp. 210 et s., spéc. pp. 232-233 : « *Il s'agit d'une illustration de ce « marchandage régulateur » décrit comme le fruit du constat de la nécessaire procéduralisation d'une prise en compte des interactions par la négociation en situation de complexité... toutefois, le contrat apparaît ici assez nettement abâtardi dans la mesure où les termes des engagements, généralement dépourvus de sanction, sont très globaux, passés souvent par des acteurs qui ne peuvent incarner qu'une représentation institutionnelle d'entreprises ou de secteurs dont on peut penser qu'ils ne sont pas juridiquement liés par déclarations formulées* ».

198 J.-M. Dziedzicki, préc.

*ambiciosa meta que se atribuye a la mediación: la de resolver el conflicto*¹⁹⁹. El proceso de mediación se utiliza con otros fines, y esto explicaría el uso de la terminología «*mediación de proyecto*²⁰⁰», puesto que, en realidad, más que sobre el conflicto, se negocia sobre el proyecto. Se trata más bien de una manera de gestionar por anticipado un litigio que de un modo de resolución del conflicto²⁰¹.

Además de instrumento político, la mediación es también un instrumento de marketing y de comunicación para las empresas. No es extraño que ciertos empleados gocen del título de mediador medioambiental, título que, en la práctica, designa más bien una función del management o de la comunicación. «La mediación ambiental llega a hacer parte del management medioambiental²⁰²». De ello resulta el uso igualmente desviado del término «mediador», que no es propio de la materia medioambiental. Para convencerse de ello, basta con pensar en el mediador de comercio online (*médiateur du net*) o en el Defensor del pueblo (*Médiateur de la République*)²⁰³. Por tanto, hay que adoptar una definición amplia de la noción para que pueda ser aceptada en el ámbito medioambiental. La principal dificultad radica, sin embargo, en el uso que se hace del término, a veces un tanto abusivo. De ahí que sea necesario elaborar un esbozo de conceptualización.

B. Conceptualización de la mediación ambiental

10. Por distintas razones, resulta muy difícil pensar en el concepto de mediación. Primero, porque las mediaciones ambientales existentes surgen normalmente como resultado de la práctica. Estados Unidos, Quebec o Austria son de los pocos estados que han previsto esta técnica en los textos. En segundo lugar, porque las formas de mediación ambiental difieren de un país a otro, precisamente por su diferente grado de institucionalización²⁰⁴. Nos podemos preguntar por tanto si puede tratarse de una nueva forma de método alternativo de resolución no sólo de los litigios, sino también de los conflictos, lo cual implica distinguir el conflicto del litigio²⁰⁵, y determinar en qué medida se puede entender éste último. Esto supondría volver a plantear cómo articular ambas nociones.

11. De este modo, la mediación ambiental ofrece la oportunidad de distinguir entre conflicto y litigio, términos que aluden a realidades distintas. «*Si todo proceso, en tanto que solución judicial de desacuerdos, implica un conflicto, todo conflicto no está sujeto necesariamente a un proceso. Sólo lo está o estará si es jurídicamente relevante*²⁰⁶». Por este motivo, para favorecer las mediaciones se aduce a menudo que tienen la ventaja de poner fin no sólo al litigio, sino también al conflicto subyacente. La principal misión del mediador es, por otro lado, la de buscar detrás del litigio jurídico la existencia de un conflicto no necesariamente relevante jurídicamente²⁰⁷. «*Puede entenderse como un antagonismo, que*

199 J.-M. Dziedzicki, préc.

200 Activités et emploi, en médiation environnementale, Table ronde du jeudi 11 décembre 2008, www.reseautee.net/Synt-teeb-emploi-mediation%20emt-09.pdf qui dispose pourtant que « Les débats lors de cette table ronde ont montré que ce qui peut parfois être dénommé « médiation environnementale » relèverait plutôt de l'ordre de la concertation ou du dialogue territorial. Le terme de médiation de projet paraît par ailleurs peu adapté, la médiation se comprenant dans le cadre exclusif d'un conflit ». Au vrai il y a un conflit qui justifie de négocier sur le projet.

201 En ce sens, J.-M. Dziedzicki, préc. ; G. Cormick, *Environmental médiation : the myth, the reality, and the future*, in DJ. Brower et D.S. Carol, *Managing land – use conflict*, Duke University Press, USA, 1987, pp. 27-38.

202 L. Vassalo, préc. spéc. IV.

203 L. Cadet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF coll. Thémis, 2010, spéc. n° 115.

204 Enfin, parce qu'il faut encore s'entendre par le sens du terme théorie. Si un auteur américain, W. Blackburn a pu écrire une « *electric theory of médiation* » il s'agit en vérité d'une systématisation du processus de médiation en dix étapes et non d'une véritable conceptualisation du terme. V.J. Walton Blackburn, préc.

205 Sur cette distinction, v. M.-C. Rivier, *V° Conflit/litige*, in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (dir.), PUF, 2004 ; A.-J. Arnaud (dir.), *V° « Conflit », « Controverse », « Fonctions du droit »*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2° éd., 1993.

206 L. Cadet, J. Normand et S. Amrani Mekki, préc., spéc. n° 72.

207 V. à propos de la convention de procédure participative, S. Amrani Mekki, *La convention de procédure participative*, D. 2011, pp. 3007 et s., spéc. n° 2 : « Autrement dit, le litige réglé, demeure un conflit latent qui n'est pas toujours juridiquement relevant mais qui est une source de contentieux à venir. Il apparaît ainsi que les phases de négociation, quelle qu'en soit la forme, ont une vertu expiatoire. Elle donne à nouveau le sentiment d'avoir été entendu que le système judiciaire n'accorde pas toujours au niveau des attentes personnelles ».

*integra elementos muy diversos, entre los cuales el derecho no está generalmente ausente, pero que tiene implicaciones sociales, económicas, políticas, psicológicas, no reductibles únicamente a la dimensión jurídica*²⁰⁸». Por tanto, el conflicto medioambiental es una oposición no fundamentada necesariamente en las reglas del derecho. Se trata más de una confrontación de intereses que de posiciones jurídicas.

12. En ese sentido, la mediación ambiental puede comprenderse como un método amistoso de resolución del conflicto medioambiental. Sin embargo, conserva su carácter específico en la medida en que los ejemplos de mediación aluden a veces a situaciones en la que se anticipa al nacimiento mismo del conflicto. Se ha podido así hablar de «mediación preventiva»²⁰⁹. No se trata sólo de resolver el conflicto, sino, a veces, de evitarlo a través de una negociación que se halla en la base del proyecto medioambiental. Por ello, normalmente se trata de un proceso participativo, que llama a las partes interesadas a negociar el proyecto. Inversamente, puede tratarse de una mediación en el sentido clásico del término, que pone fin a un litigio ya en curso. Este es el caso de la materia penal. «A pesar de, o, quizás, en razón de esas especificidades, la mediación penal en materia medioambiental cumple perfectamente los objetivos encomendados por la ley a la mediación penal en general»²¹⁰.

La expresión *mediación ambiental* esconde numerosas realidades, que pueden llevar a esbozar una verdadera tipología de las mediaciones. La paleta es tan vasta que engloba desde las «falsas mediaciones», que no son en realidad otra cosa que procesos de negociación contractual, hasta las «verdaderas mediaciones» clásicas, orientadas a resolver un litigio, pasando por las formas de evitación o de resolución del conflicto medioambiental.

13. Queda por saber si la mediación ambiental aplicada a un conflicto puede influir en la resolución de un futuro litigio potencial, lo que plantea el problema de la articulación entre conflicto y litigio. Puesto que la mediación ambiental renvía generalmente a situaciones muy anteriores al litigio, es interesante preguntarse cómo puede influir en la resolución del mismo en caso de que finalmente nazca, a pesar de las precauciones adoptadas durante la negociación.

Esto nos conduce a preguntarnos sobre el valor del resultado de la mediación. Según lo que puede considerarse el derecho común de la mediación clásica, recientemente regulada en el libro V del Código Procesal Civil, el acuerdo obtenido como resultado de una mediación tiene valor contractual, que puede verse reforzado mediante recurso al juez, capacitado para dotarlo de fuerza ejecutoria. En materia de mediación ambiental no ocurre nada de esto si el valor contractual está ausente en los casos en los que se confunde con la *concertation*. De hecho, la mediación sólo sirve a veces para ofrecer a los poderes públicos ciertos elementos de valoración. En estos casos, se trata únicamente de un elemento de toma de decisión, y no debería tan siquiera merecer el calificativo de *mediación*. Lo que se cuestiona entonces no es el respeto hacia la mediación sino hacia el proyecto mismo. Según M. L. Vassalo, presidente del Organismo de Mediación en Medio ambiente, Salud y Consumo, «la calificación más exacta sería concertaciones medioambientales»²¹¹.

Cuando la mediación pone fin a un verdadero conflicto, nace un acuerdo firmado que podría calificar como contractual. No obstante, «después del apretón de manos, queda todavía mucho trabajo por hacer, en particular en lo que respecta al seguimiento de la ejecución del acuerdo y, si fuera necesario, a la revisión de los compromisos pactados»²¹². El respeto a dicho acuerdo se garantiza mediante la creación voluntaria de un comité de seguimiento. El contrato es lo que garantiza el respeto del objeto de la negociación. Pero no puede haber ejecutoriedad puesto que no se ha resuelto ningún litigio. La eficacia del acuerdo obtenido depende así de la participación de todas las personas interesadas. El acuerdo no implica la renuncia al derecho de acudir a los tribunales, derecho que se puede ejercer incluso en contra del mismo proyecto, una vez revisado

208 M.-C. Rivier, préc.

209 F. Casorla, *Conflits environnementaux et médiation : principes et opportunités*, SIRENE 29 : « Francis Casorla parle de « médiation préventive qui sous-entendrait un processus interactif permanent et répondrait au fait que le juge intervienne souvent trop tard, une fois que le dommage est fait. Il faut tout de même signaler que la médiation environnementale se distingue d'une autre médiation, du fait qu'elle ne met pas seulement en jeu deux parties mais aussi des principes supérieurs, notamment de santé publique ».

210 O. Boscovich Pillet, préc.

211 L. Vassalo, préc.

212 *Ib.*

después de la mediación. Como el proyecto implica poner en juego intereses variados, conviene que en su elaboración participe el mayor número posible de personas para que tengan la sensación de que todas ellas han sido tenidas en cuenta. En algún caso, nada impide que el litigio sobrevenga con posterioridad, puesto que el proceso no es ni procesual ni tan siquiera contractual. A diferencia de la mediación clásica, la mediación ambiental no tiende a evitar ni a poner fin a una acción judicial. El litigio todavía no ha nacido. Ni el litigio ni las partes potenciales del mismo están definidas. Se trata simplemente de un proceso que no es ni siquiera contractual, en la medida en la que, por ejemplo, los ciudadanos afectados por un proyecto no son parte del contrato. Estamos lejos del equivalente jurisdiccional que constituye un acuerdo de mediación, pero ahí aparece un margen de progresión útil para la mediación.

14. Su eficacia es pues difusa, basada más en la influencia que en el compromiso. Nos podemos preguntar si la participación en un proyecto medioambiental por vía de mediación impide posteriormente, por una especie de principio de no contradicción, criticar su aplicación. En la práctica, habría un 78% de éxito en Estados Unidos según un estudio realizado²¹³, y un 85% en Quebec. Estos datos no son verdaderamente reveladores, puesto que, a veces, los procesos estudiados no son siempre mediaciones. No es menos cierto que, método de gobernanza o de apaciguamiento de litigios a través de la instauración de un dialogo medioambiental, las mediaciones ponen en marcha, si no un procedimiento, al menos un proceso cuya equidad debe ser verificada.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN AMBIENTAL

15. En aquellos casos que podemos calificar de mediación ambiental, se plantea la cuestión de su proceso. Teniendo en cuenta la cantidad de propuestas que surgen para promover su desarrollo²¹⁴, conviene elegir entre el interés existente por conservar una técnica borrosa, de contornos poco nítidos, a causa de lo seductora que resulta, y la seguridad que brinda un marco jurídico articulado. Para M. L. Vassalo, *«es mejor evitar legislar en exceso en materia de mediación ambiental, porque se trata antes que nada de hacer pedagogía sobre el enfoque necesario para evitar conflictos medioambientales, pedagogía que reposa sobre una ética de la responsabilidad de los propios actores»*²¹⁵. No obstante, los Talleres de la Tierra (Ateliers de la Terre) han promovido claramente la institucionalización de la mediación ambiental a través de propuestas concretas²¹⁶. Tanto por lo que respecta al estatus del mediador (A) como al proceso de mediación (B) quedan por tratar numerosas cuestiones.

213 Au Etats unis, sur 191 cas étudiés, il y aurait 78 % de réussites mais il est précisé dans l'étude que la rapidité et le coût moindre au regard d'une action en justice ne sont pas évidents. V. Gail Bingham, *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*. World Wildlife Fund, 1986. Une étude française évalue non la médiation mais la concertation. J.-E. Beuret, *L'évaluation des processus de concertation. Relief : une démarche, des outils*. La Documentation française, 2006.

214 V. not. Rapport de la mission confiée à Corinne Lepage sur la gouvernance écologique, 2008, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000490/index.shtml>, proposition n° 88, « La question de savoir s'il ne serait pas souhaitable d'instaurer dans le domaine de l'environnement et dans celui de la santé publique dans ses liens avec l'environnement une procédure de médiation pourrait peut-être prendre appui sur la procédure de conciliation prévue dans le code des tribunaux administratifs des cours administratives d'appel. Une procédure de médiation pourrait également être envisagée au civil lorsque le litige oppose deux personnes privées ». Proposition de résolution en date du 7 juillet 2010, consacrée à La médiation environnementale : une solution pour désengorger les tribunaux, Doc. 12335, accessible sur le site du Conseil de l'Europe : « la médiation s'inscrit dans l'approche du conseil de l'Europe qui est celle de soutenir les Etats membres à avancer dans leur politique plutôt que de les condamner devant la Cour ».

215 L. Vassalo, préc.

216 Les Ateliers de la Terre, Rio + 20, <http://www.uncsd2012.org/index.php?page=view&type=510&nr=85&menu=20>, Note de synthèse : « 1-Institutionnaliser la médiation comme solution de règlement des conflits environnementaux 2-Faire émerger le médiateur comme figure institutionnelle de la résolution des conflits environnementaux 3-Favoriser la médiation environnementale par la rédaction de clauses contractuelles 4- Financer le processus de médiation environnementale 5-Renforcer l'offre de formation en matière de médiation environnementale 6-Créer une plateforme spécialisée dans la médiation environnementale 7-Informer et sensibiliser la population et les parties prenantes aux avantages de la médiation comme moyen de règlement des conflits environnementaux ».

A. El estatus del mediador

16. El estatus del mediador invita a preguntarse tanto por su imparcialidad como por sus competencias en la materia.

La primera cuestión que se plantea sobre el estatus del mediador concierne al respeto de su independencia e imparcialidad. En efecto, debe ser un tercero independiente e imparcial que favorezca el dialogo medioambiental²¹⁷. Una precisión se impone sobre la diferencia entre independencia e imparcialidad. La independencia alude por norma general a la independencia frente al poder ejecutivo y legislativo, aspecto que puede revelarse importante cuando el mediador es una entidad pública. La imparcialidad afecta al juez en sus relaciones con el objeto del litigio (imparcialidad objetiva) y a sus prejuicios personales (imparcialidad subjetiva).

En materia medioambiental puede parecer extraño que el mediador no sea siempre imparcial, sin que el hecho sea cuestionado. Existe una distinción entre, por un lado, el mediador frío, externo, que corresponde a la imagen clásica de mediador; y, por otro lado, el mediador apasionado que se implica en el proceso y que no debería ser merecedor de esta apelación²¹⁸. Sin embargo, las experiencias en materia de mediación ambiental ofrecen más bien ejemplos de mediaciones calientes, lo cual hace comprensibles las demandas recurrentes a favor de un estatus regulado. Debemos por tanto excluir de la calificación estricta de mediador a aquellos mediadores de empresa, figura que sin embargo se multiplica, en particular en el seno de la empresa EDF o de la sociedad de la Red ferroviaria francesa (Réseau ferré de France). Cabe señalar, por otro lado, que la proliferación de estos mediadores calientes se ha producido paralelamente a la profesionalización de asociaciones de protección del medio ambiente²¹⁹. En realidad, se trata más de negociadores que de mediadores. La necesidad de crear esta función surge para permitir la discusión con los cuerpos intermedios y para asegurar una mediación con la empresa. Estamos lejos de la mediación como método amistoso de resolución de litigios, o más bien de conflictos, puesto que se trata más de intermediación que de hacer de lazo de unión entre personas.

17. La imparcialidad está igualmente ligada con la forma de remunerar al mediador. Al ser retribuido por una de las partes en conflicto, recae sobre él una apariencia de dependencia. Por eso es preferible prever una financiación externa, financiación que podría asegurar la Agencia Europea del Medio Ambiente y la Comisión Europea si quisiera comprometerse en el desarrollo de este método. Se debería también poder contar con listas de mediadores disponibles²²⁰. La tendencia dominante se dirige hacia una institucionalización de la función de mediador, perceptible también fuera del derecho ambiental. Así ocurre también por ejemplo en derecho del consumo, donde, bajo influencia europea, ciertas entidades son designadas por una comisión para ejercer como mediadores del consumo. En derecho común, la ley de la modernización de la justicia del siglo XXI impone que se establezcan listas de mediadores en los Tribunales de apelación²²¹. Para designarlos, conviene plantear cuáles deben ser las competencias que se les exijan.

217 Directive sur certains aspects de la médiation ne matière civile et commerciale, art. 3 « on entend par ... b) médiateur, tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence ». V. Aussi art. 4.2.

218 J.-E. Beuret, *La gestion concertée de l'espace rural : médiations locales et politiques d'appui*, in *Concertation, décision et environnement*, pp. 21 et s., séance du 20 juin 2000 : « Le médiateur peut être un spécialiste, un tiers neutre appelé par les parties en présence pour résoudre un problème, prévenir un conflit ou débloquer une situation. Il peut également être un acteur local lui-même impliqué ou un animateur, qui adopte (souvent temporairement) une posture de médiateur. Constaté l'existence de ces deux formes de médiation ne relève pas d'une position de principe mais d'une simple observation de la réalité. Ces deux types d'intervention peuvent être complémentaires, s'exercer dans des situations distinctes ».

219 Y a-t-il un médiateur dans l'entreprise ?

220 Ateliers Rio + 20, préc. : « Mettre en place une liste de médiateurs à disposition, eux-mêmes extérieurs aux agences impliquées dans le processus de médiation. L'Environmental Protection Agency aux Etats-Unis a choisi toute une liste de médiateurs neutres au sein de certaines agences fédérales et d'institutions nationales de résolution des conflits. L'Agence Européenne de l'Environnement pourrait développer une liste similaire avec l'IRENE et d'autres centres de résolutions des conflits. Cela pourrait aider à rationaliser le processus de sélection des médiateurs ».

221 La loi insère un nouvel article 22-1 à la loi n°95-125 du 8 février 1995 : Art. 22-1 A « Il est établi, pour l'information des juges, une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel, dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'État pris dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la loi ».

18. La cuestión de la competencia del mediador no sólo es objeto de debate en el ámbito de la mediación ambiental, sino que se trata más bien de una problemática recurrente. Es importante saber si no sólo son exigibles ciertas competencias jurídicas, sino si también deben serlo competencias específicas en materia medioambiental.

Las competencias jurídicas en derecho ambiental serían, para algunos, un requisito previo para la función de mediador; puesto que «La mediación clásica supone en efecto que cada parte dé un paso hacia la otra. Sin embargo, en mediación ambiental, estos pasos sólo pueden darse con la condición de que se respete el derecho ambiental²²²». Dado que se trata de encontrar un acuerdo favorable a todas las partes en el marco de la normativa medioambiental, la eficacia de la mediación dependería de ella²²³. Sin embargo, no contiene ninguna característica particular vinculada a la materia medio ambiental. Los textos sobre la mediación no exigen en ningún momento que el mediador posea competencia jurídica²²⁴, la cual, si bien puede dar seguridad a las partes y dotar al mediador mismo de cierta autoridad, a veces, tanto en materia de mediación como en otros ámbitos, se prefiere deliberadamente que esté ausente por temor a que los conocimientos jurídicos obstaculicen el debate.

Dentro de aquello que puede configurarse como derecho común de la mediación, el nuevo artículo 1533 2º CPC dispone que el mediador debe «poseer, por el ejercicio actual o pasado de alguna actividad, la cualificación requerida en relación con la disputa, o justificar, según los casos, una formación o experiencia adaptada a la práctica de la mediación». Hay que señalar que el artículo propone una alternativa. Se trata de un debate central sobre las competencias exigidas al mediador²²⁵. Algunos centros de mediación designan deliberadamente a los mediadores por turno, sin preocuparse de la naturaleza del litigio. Se pone el acento sobre la función misma de mediador, que debe acercar a las partes, no imponerles una solución. Sus competencias en el ámbito material se consideran inútiles e incluso, a veces, peligrosas. Es una forma de distinguir mediador y experto. A veces, incluso se aconseja que el mediador no tenga ningún conocimiento técnico, en la medida en que dichos conocimientos pueden influir en el curso de la negociación. «Debe ser proscrita la existencia de conocimientos periciales técnicos del mediador en la materia de la que trata la mediación, puesto que éste tendría tendencia a conducir la mediación en función de su propia percepción de problema a tratar²²⁶».

19. Estos nexos entre competencias jurídicas, técnicas y de mediación revelan la concepción misma de las funciones del mediador. Si no es más que un *go between*, que tiende a acercar a las partes, no se le debería exigir ninguna otra competencia más que la de mediador. Sin embargo, la especificidad de la materia medioambiental, que pone en juego intereses variados desigualmente defendidos, incita a algunos autores a promover un rol más activo del mediador, que debería ejercer también como garante del principio de igualdad de armas²²⁷. De ello derivaría una especificidad de la mediación ambiental, puesto que el mediador no sería pasivo sino activo, debiendo asegurar la protección de los intereses no representados durante la negociación²²⁸. Apuntaremos también que, en el marco de una acción de clase, el mediador tiene igualmente una función más activa. Podemos imaginar que el mediador no se conforma con acercar a las partes, sino que propone los términos de un acuerdo. «No se trata pues ni de imponer ni de convencer: se trata de comprender, primero de escuchar y después de dar

222 L. Vassalo, préc.

223 L. Vassalo, préc., spéc. IX : « La connaissance du droit de l'environnement, de l'urbanisme, de la santé publique est pour le moins recommandée. Par expérience, l'homme qui dit le droit en réunion, au cours d'un entretien, est très souvent respecté par son auditoire. Il est d'ailleurs interpellé pour éclairer le débat, la discussion. Bien entendu, il doit être capable d'interpréter le droit dans le flot d'un texte. Un juriste semble donc être le plus apte à remplir la fonction de médiateur environnemental ».

224 La directive européenne parle de compétence sans préciser lesquelles.

225 V. égal. F. Rongeat-Oudin, *Le règlement amiable des différends est en bonne marche !*, JCP, n° 7, 13 Février 2012, 157.

226 En ce sens, J.-M. Dziedzicki, préc. qui reprend l'analyse de G. Cormick, *Environmental médiation : the myth, the reality, and the future*, in D.J.Brower et D.S. Carol, *Managing land – use conflict*, Duke University Press, USA, 1987, pp. 27-38.

227 Ateliers Rio +20

228 L. Susskind et D. Madigan, 1984, *New approach store solving disputes in the public sector*, *The justice system journal*, vol. 9, no2, 1984, pp.179-203 ; L. Susskind et C. Ozawa, *Mediated negotiation in the public sector*, *American Behavior al Scientist*, vol.27 , no2, 1983, pp. 255-279.

*prueba de creatividad*²²⁹». Así es como actúa el mediador de consumo, que debe proponer los términos del acuerdo. Para hacerlo, debería asegurar ciertas garantías, más allá de su imparcialidad. La necesidad de un código deontológico es más que evidente²³⁰ y no debería ser privativo de la materia medioambiental²³¹. Así, la creación de estructuras independientes es tan conveniente²³² como la formación de mediadores²³³ o, al menos, el intercambio de experiencias²³⁴, lo cual les permitiría asegurar un proceso de mediación conforme a las garantías de la buena justicia.

B. El proceso de mediación

20. Si la mediación ambiental no es exactamente un procedimiento, se trata sin embargo de un proceso que debe respetar algunos principios rectores para poder ser legitimado. Una de las principales cuestiones que se plantea gira en torno a la representación de los diferentes intereses en causa. En efecto, la materia medioambiental concierne a un grupo humano tan importante que la mediación se realiza normalmente entre partes interesadas, evitando que se formen coaliciones entre grupos de intereses. Los Ateliers de la Terre han promovido que el mediador cartografie los intereses en juego. Por ello, se ha podido sugerir la intervención de ONG en calidad de *amicus curiae*, a pesar de que el término sea un tanto curioso, en la medida en que la fase de intervención no es judicial y, a veces, ni tan siquiera contractual²³⁵.

Como las partes pueden llegar a ser numerosas (ciudadanos, empresas, colectividades territoriales, profesionales...), se debe también garantizar que el diálogo y la escucha sean reales. La particularidad de un proceso de mediación consiste en realidad en permitir que se expresen las partes, y que tengan la sensación de haber sido escuchadas. Antes de que nazca un litigio jurídicamente relevante, existen motivos implícitos que deben ser tratados y expresados para que puedan solucionarse mejor. En materia de mediación ambiental, en el estado avanzado en el que se desarrolla, se trata de expresar intereses divergentes. Las condiciones de su realización son por tanto importantes, y nos podemos imaginar hasta qué punto el recurso a las nuevas tecnologías puede suponer una ayuda útil²³⁶.

229 P.-Y. G., *Les conflits d'usage*, décembre 2008.

230 S. Henry, *Favoriser l'émergence de la médiation comme solution aux conflits : Recommandations*, Sirene 29 : « La profession du médiateur gagnerait également à être mieux définie et réglementée, notamment parce qu'à ce jour, seule la profession du médiateur familial l'est. Un code de déontologie et une procédure spécifique devraient être définis dans la mesure où il reste encore des zones d'ombre, notamment sur la neutralité, l'indépendance, l'impartialité du médiateur, sur la confidentialité de la médiation, sur le mode de désignation du médiateur qui doit être accepté par toutes les parties. Il est essentiel pour la légitimité du médiateur que toutes les parties doivent adhérer quant à sa désignation ».

231 V. contra Ateliers Rio + 20, préc. : « A l'usage du médiateur non professionnel, un "code déontologique" est-il tout autant pertinent ? Ne serait-il pas préférable de disposer de repères en matière de réflexion éthique, de questions qui permettent de se remettre en cause et de questionner les certitudes, qui rappellent la nécessité de garde-fous ? Cela peut être obtenu grâce à des ouvrages ou par des rencontres entre médiateurs-animateurs, qui permettent un retour sur la pratique de chacun ».

232 Activité et emploi... en médiation environnementale, Table ronde du 11 décembre 2008, www.teebourgogne.com/IMG/.../TEEB_Synthese_table_ronde_mediation.pdf : « L'intérêt d'une telle spécialisation et l'existence de structures indépendantes professionnelles a été pointé lors de cette table ronde, afin de remplir les conditions de neutralité et d'impartialité requises par la médiation ».

233 Mais là encore la distinction n'est pas limpide avec les formations d'animateurs ou de facilitateur sachant que celui-là vise à la négociation conjointe du projet et celui-ci à sa réussite : « Alors que la nécessité de formations spécifiques est plébiscitée, celles-ci sont très rares aujourd'hui. Des initiatives ont vu jour ; en Savoie le CPIE organise chaque année une formation courte pour les acteurs de terrain. Ces personnes sont ensuite accompagnées et peuvent bénéficier de formations complémentaires. Une formation au dialogue territorial a également été mise en place dans le cadre de la formation continue avec l'Université de Savoie ».

234 Ateliers + 20, préc. : « Une formation des médiateurs non professionnels devrait mettre l'accent sur la prise de distance par rapport à la situation vécue (techniques de relaxation, de distanciation...), la compréhension des logiques collectives (sociologie des groupes), l'acquisition de techniques d'écoute et de communication. Il est nécessaire de capitaliser les expériences existantes, d'en tirer des enseignements et de les faire mieux connaître ».

235 Ateliers de Rio + 20, préc. : « Donner un rôle consultatif aux ONG, qui pourrait aller jusqu'à l'*amicus curiae* dans le processus de médiation et faire évoluer le modèle classique de médiation pour représenter la pluralité des intervenants impliqués ».

236 L. Vassalo, préc. : « D'où la mise en place fréquente de « dispositifs » de médiation environnementale combinant des forums (ouverts) de débat public et des scènes (fermées) de médiation ou de négociation, qui doivent interagir ».

21. Por otro lado, la mediación debe desarrollarse de forma equitativa, lo que supone una igualdad de armas. Para conseguirlo, conviene que las distintas partes tengan acceso a las mismas informaciones. Sin embargo, en la materia medioambiental entran en juego numerosas incertidumbres y debates científicos. Por ello, se ha propuesto proceder a investigaciones de conjunto. Esos elementos de toma de decisión son importantes. El hecho es constatable en Francia a través de la minuciosa reglamentación del recurso a un experto durante la fase de negociación participativa.

22. También debe considerarse la confidencialidad que generalmente se atribuye a la mediación, y que parece chocar con la exigencia de transparencia en materia medioambiental. Debemos sin embargo matizar esta consideración, dado que la obligación de confidencialidad tiene un ámbito de aplicación limitado. Está reservada a las verificaciones del mediador, y, además, los textos prevén excepciones cuando el orden público está en juego, lo que parece ser aquí el caso.

23. La particularidad de la mediación ambiental se debe también a la mezcla de aspectos ligados tanto al derecho público como al privado. En materia privada, es evidente que la mediación no supone ninguna dificultad, pero podemos preguntarnos si ocurre lo mismo en lo público. Si la directiva europea de 2008 excluye de su ámbito de aplicación la materia administrativa, lo cierto es que la ley sobre la modernización de la justicia del siglo XXI consagra la mediación en la misma materia²³⁷. Esto no significa que quede excluida. Por otro lado, la mediación tiene la particularidad de su eventual carácter transfronterizo²³⁸. De hecho, es precisamente en esta materia en donde la mediación presenta un mayor interés, en la medida en que evita conflictos de competencia judicial y de leyes, y, en ese caso, la mediación ya estaba expresamente admitida²³⁹.

24. La profusión actual de textos en materia de métodos amistosos de resolución de litigios es considerable. Y, sin embargo, se considera inversamente proporcional al porcentaje de uso de esta nueva manera de concebir las relaciones sociales. Por este motivo, la cuestión esencial hoy en día sigue siendo la de saber si deben convertirse en requisito previo a la judicialización. No se vulneraría el derecho de acudir a un juez en la medida en que este acceso estaría preservado, aunque diferido en el tiempo. Dicha obligación tiende a imponerse en Francia para la gestión de pequeños contenciosos de masas. La obligatoriedad en materia medioambiental supondría que previamente los métodos de resolución estén asegurados gracias a una reglamentación detallada del proceso. Queda todavía mucho por hacer en la materia.

La mediación es una técnica seductora, aconsejable, pero cuyo régimen jurídico es todavía inestable, puesto que se oscila fácilmente entre la libertad y la seguridad. *«Si bien la mediación no permite apaciguar todas las situaciones, obliga por lo menos a las personas a reunirse, a dialogar, y, por último, a respetarse un poco más. Lo que hace pensar también que los problemas medioambientales son, primero, y, ante todo, problemas... humanos»*²⁴⁰.

237 Art. L 114-1 C.JA : Lorsque le Conseil d'État est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du livre II ». V. art. L. 213-1 et s. C.JA.

238 L'OCDE a défini en 2000 les principes directeurs applicables aux conflits environnementaux auxquels est partie une entreprise multinationale. L'objectif est de permettre aux victimes de l'activité des multinationales de porter plainte auprès d'un point de contact national qui sert de médiateur

239 Article 771-3 al 1 du code de justice administrative qui dispose que « les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux qui concernent la mise en œuvre par l'une des parties de prérogatives de puissance publique, peuvent faire l'objet d'une médiation ».

240 La médiation environnementale au secours des conflits d'usage, dossier, n° 371, 2 décembre 2008, www.ruralinfos.org/IMG/pdf/371-dossier.pdf.



“EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES DE CHILE”

MATÍAS INSUNZA

UNIVERSIDAD DE CHILE (PROF. ASISTENTE DE DERECHO PROCESAL, FACULTAD DE DERECHO)

Muchísimas gracias. Quisiera agradecer la invitación formulada por el Ministro y Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago, don Rafael Asenjo Zegers.

I. Análisis general de la regulación procesal de la Ley 20.600:

Tengo el honor de poder dedicar estos veinticinco minutos para hacer un análisis del procedimiento aplicable ante los Tribunales Ambientales.

La Ley 20.600 que se dictó en nuestro país el año 2012, no es más que una de las tantas modificaciones que luego del retorno a la democracia en Chile se han producido en el área procesal. Veamos las principales de ellas. El año 2000 tuvimos una reforma sustancial al sistema procesal penal (que comenzó a regir el año 2005 en Santiago), para posteriormente efectuarse el 2004 una reforma al procedimiento de familia, y luego el 2006 al sistema procesal laboral. Pues bien, el sistema procesal ambiental no se quedó atrás y el año 2008, durante el primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se presentó un proyecto de ley que, una vez concluida su tramitación legislativa, derivó en la Ley 20.600, que crea los Tribunales Ambientales y, por supuesto, establece el procedimiento a seguir antes dichos tribunales especiales. Estos cambios en los procedimientos que han ocurrido en Chile desde el retorno de la democracia son movimientos que van de la mano con los avances procesales que se han producido en legislaciones modernas. Nos lo acaba de comentar en la presentación que me precedió la profesora Soraya Amrani, quien nos iluminó acerca de lo que ocurre en Francia, donde los sistemas procesales van de la mano con mecanismos de soluciones auto compositivas que buscan evitar el conflicto judicial, para dejarlo en el estado que sea el juez quien resuelva en definitiva cuando no haya posibilidades de solución de estos conflictos, porque muchas veces los conflictos no tienen la relevancia jurídica suficiente.

Dentro de estos nuevos aires que se generaron en nuestro país, la primacía de la oralidad, la publicidad, fueron principios que comenzaron poco a poco a ir permeando a los usuarios de los sistemas procesales. Dichos principios, junto a otros como son la inmediación, la concentración, la libertad probatoria, la apreciación de los medios de prueba a través de la sana crítica, entre otros, fueron -no obstante su tardanza en arribar a Chile, pues comenzaron a regir en nuestro país con la llegada el año 2000 de la reforma procesal penal-, incorporándose poco a poco en la justicia nacional. Sin lugar a dudas la materia ambiental no fue la excepción y la Ley 20.600 así lo ha manifestado.

II. Catorce puntos relevantes del sistema procesal de la Ley 20.600:

Les quiero invitar a que hagamos un análisis somero de catorce puntos relevantes del sistema procesal ambiental que he considerado relevantes para intentar explicar el procedimiento ambiental de la Ley 20.600, publicada en el Diario Oficial el 28 de junio de 2012.

Punto Primero. El Tribunal (Art. 2°): En Chile se creó un sistema donde tenemos tres Tribunales Ambientales: Antofagasta, Santiago y Valdivia²⁴¹. Están compuestos por Ministros que no solamente vienen del área netamente jurídica, que requieren ser, además de abogados, expertos en materia medioambiental, sino que se combinan con científicos, esto es, se creó un sistema procesal mixto muy atractivo, que en Chile también lo tenemos en el Tribunal de la Libre Competencia, lo que realmente llama la atención y de lo cual tenemos que sentirnos vanguardistas y orgullosos.

Punto Segundo. Competencia (Art. 17): Luego de determinar la composición del órgano jurisdiccional, la ley determinó la competencia de los Tribunales Ambientales. La ley otorgó tres grandes conceptos de competencia. Primero, otorgó la posibilidad de conocer de reclamaciones de distintos actos administrativos (Art. 17 N°1, N°3, N°5, N°6, N°7 y N°8). En segundo lugar, la autorización para medidas provisionales y suspensiones de sanciones declaradas por la Superintendencia de Medio Ambiente (Art. 17 N°4) y, en tercer lugar, conocer de las demandas

241 Las disposiciones transitorias de la Ley 20.600, específicamente el Primer, Segundo y Tercer artículo transitorio, establecieron los plazos de entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales.

por daño ambiental (Art. 17 N°2). Estas son las competencias que otorgó la ley 20.600 a los Tribunales Ambientales, sin perjuicio de las demás que otorgan otras leyes (Art. 17 N°9).

Punto Tercero. Los Procedimientos (Título III de la Ley 20.600): Veamos ahora cuáles son los procedimientos que estableció el legislador, reservándonos para el final un análisis crítico de los mismos. La Ley 20.600 establece procedimientos de reclamación (Art. 27 a 31), un procedimiento por daño ambiental (Art. 33 a 43), y un procedimiento de indemnización de perjuicios por daño ambiental (Art. 46) que, ya les anticipo, tiene un componente bastante particular y procesalmente altamente cuestionable porque, si bien la ley 20.600 lo reguló, no le otorgó esa competencia al Tribunal Ambiental.

Entonces, los procedimientos entregados al Tribunal Ambiental quedan circuncritos a dos: el procedimiento de reclamación y el procedimiento por daño ambiental. Repito, si usted tiene la pretensión de buscar una indemnización de perjuicios por el daño ambiental provocado, no puede ir ante el Tribunal Ambiental en Chile, sino que tiene que ir ante un tribunal civil, con todos los problemas que esta situación, como vamos a ver, trae aparejado.

Punto Cuarto. Las partes (Art. 18): ¿Cuáles son las partes que el legislador permite que puedan comparecer y participar? Obviamente las personas naturales y jurídicas que en el catálogo de la ley se señalan, y también los organismos de la administración del Estado.

Punto Quinto. Los Terceros (Art. 18 inciso final): Tiene también la legislación ambiental una regulación respecto de los terceros, estableciendo la ley 20.600 que los terceros van a poder participar –haciendo aplicable expresamente el art. 23 del Código de Procedimiento Civil–, cuando tengan algún interés, regulando específicamente la intervención de los terceros coadyuvantes, señalando, además, que se presumirá que las Municipalidades y el Estado tienen siempre interés actual en los resultados del juicio, por lo que siempre van a poder participar.

Punto Sexto. Amicus Curiae (Art. 19): Uno de los elementos atractivos de esta ley, y de la cual también tenemos que sentirnos orgullosos, es la incorporación en materia medioambiental de la figura del *amicus curiae*, es decir, el amigo del tribunal. Esto permite que instituciones públicas o privadas, expertas en la materia, pueden participar entregando sus conocimientos técnicos al tribunal ambiental para ayudarles a resolver ciertos y determinados conflictos. Esta es una institución que procesalmente en Chile no era conocida y que poco a poco se ha ido incorporando expresamente en algunas normativas, siendo también recogido de manera jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional y, en algunos casos, por parte de la Excm. Corte Suprema.

Punto Séptimo. Impulso procesal (Art.21): Este es un elemento esencial desde el punto de vista procesal, pues se le otorgó un impulso procesal de oficio al Tribunal Ambiental. No nos olvidemos que estamos dentro de los nuevos vientos procesales que comenzaron después del término de la dictadura en nuestro país, y el impulso procesal de oficio era algo poco utilizado en Chile, no obstante que en la mayoría de los sistemas procesales modernos se otorgan dichas facultades a los tribunales que ejercen jurisdicción en el orden civil.

Punto Octavo. Primacía de la oralidad: Se otorgó, como también existe en todos los sistemas procesales modernos, una primacía a la oralidad en las audiencias de juicio, y de la escrituración en la etapa de discusión. Así, la demanda y la contestación deben ser presentadas por escrito, pero la oralidad prima en las audiencias.

Punto Noveno. La inmediación: Si bien la escrituración prima en la etapa de discusión, la inmediación, junto con la concentración, la continuidad y la publicidad, pasan a ocupar un lugar esencial en el procedimiento. Ello porque hay un principio procesal básico que es el siguiente: Si yo como órgano adjudicatario no puedo ver la prueba, escuchar a los testigos y tener claridad directa de cuáles son los contenidos de tal o cual documento, es decir, si el tribunal carece de inmediación, la verdad es que es bastante poco presentable que se diga que se es juez.

Punto Décimo punto. La indemnidad (Art. 44): Nuestra normativa ambiental establece que si bien existen sistemas de solución que pueden estar al margen del conocimiento del Tribunal Ambiental, ello no obsta a que deba otorgarse una solución total al daño ambiental provocado, pues –de no ser así–, dichas soluciones no tendrán validez. En efecto, la referida norma dispone:

“La acción de reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”.

Punto Undécimo. La sana crítica (Art. 35): Todos los sistemas procesales modernos han optado por resolver los conflictos, en cuanto a la valoración de los aspectos de prueba que se presentan por parte de los intervinientes e incluso por parte del tribunal, a través de las reglas de la sana crítica, dejando de lado obviamente el sistema de la prueba legal o tasada, y evitando la discrecionalidad absoluta, subjetiva y que es imposible de ser controlada, como lo es la libre convicción.

Punto Duodécimo. Recursos (Art. 26): El recurso de apelación está restringido durante el procedimiento únicamente a ciertas y determinadas resoluciones que se dicten durante el mismo, y existe un recurso de casación para ante la Excm. Corte Suprema frente a la sentencia definitiva.

Punto Decimotercero. Medidas cautelares (Art. 24): El procedimiento contiene una regulación de medidas cautelares bastante interesante desde el punto de vista procesal, porque contempla las medidas cautelares conservativas y también las innovativas, incorporando las técnicas modernas procesales de los procedimientos de cautela.

Punto Decimocuarto. Medidas para mejor resolver (Art. 29 y 43): Se permite también, tanto en el procedimiento de reclamación (Art. 29), como en el procedimiento de determinación del daño ambiental (Art. 43), medidas para mejor resolver. Esto ya nos empieza a generar algo de ruido respecto de lo cual espero poder detenerme en los últimos cinco minutos de esta presentación, pues nosotros en Chile tenemos medidas para mejor resolver que en otras partes del mundo no se pueden explicar de una manera muy simple, porque en la mayoría de las legislaciones modernas el juez siempre tiene posibilidades de incorporar prueba. Nosotros las tenemos que denominar medidas para mejor resolver porque tenemos un Código de Procedimiento Civil de 1902. Ya nos vamos a detener en eso.

III. Tipos de procedimientos regulados por la Ley 20.600:

Analizados estos catorce puntos que describen, brevisimamente, las características esenciales del sistema procesal ambiental regulado por la Ley 20.600, corresponde que analicemos sumariamente los procedimientos propiamente tales.

1. **El procedimiento de reclamación:**

Se inicia a través de una solicitud de carácter escrita que se presenta ante el Tribunal Ambiental, que hace un análisis de admisibilidad bastante atractivo e interesante. Ello porque el Tribunal puede declarar inadmisibile dicha solicitud, por unanimidad de los miembros, por las siguientes causales contempladas en el Art. 27: a) Haber sido presentada fuera de plazo; b) Por haberse presentado una solicitud de la cual el tribunal es completamente incompetente; c) Por carecer la solicitud de fundamento; y d) Por o no tener peticiones concretas. Esta posibilidad que tiene el Tribunal se funda en que no tiene ningún sentido que el Tribunal Ambiental empiece a conocer de un asunto cuando sabe, desde un inicio, que no prosperará. Esto, que es de una obviedad brutal, para nosotros en Chile es una novedad, porque en nuestro país los tribunales civiles deben resolver los asuntos que les presenten, aunque el tribunal el primer día sepa, por ejemplo, que la persona no tiene legitimación activa y que va a rechazar la demanda, por un problema procesal. Entonces, el Tribunal Ambiental puede hacer lo obvio. Si no tiene peticiones concretas o no le presentan al Tribunal un tema respecto del cual es competente o es completamente infundado, no debe concurrir al Tribunal Ambiental.

Si la petición cumple con los requisitos básicos y el Tribunal la declara admisible, se pide una solicitud o un informe al órgano administrativo, quien debe enviar al Tribunal el informe dentro de un plazo establecido pero que, si no lo envía, dicha circunstancia no inhibe al juez de resolver el asunto, y se pasa a la segunda etapa, la vista de la causa. En esta etapa la labor del Tribunal se asemeja a la función que desempeñan las Ilmas. Cortes de Apelaciones, donde se dicta una resolución que decreta los autos en relación para proceder a la vista de la causa y a la presentación de la documental pertinente, porque no proceden ni la prueba de testigos ni la confesión. Al final

surge la posibilidad, dentro de los treinta días establecidos por el legislador, de dictar las medidas para mejor resolver (Art. 29) y luego se debe dictar la sentencia (Art. 30).

2. El procedimiento por daño ambiental.

Tiene tres grandes etapas. Una etapa de discusión, una etapa de conciliación y prueba, y una etapa de fallo. Todos los procedimientos que se dignen de tales, a lo largo del mundo, tienen que tener estas tres etapas muy bien determinadas para efectos que no tengamos inconvenientes a la hora de saber cuál debe ser el rol que tienen que cumplir tanto los intervinientes como el Tribunal.

- a) Primera etapa, de discusión: Es una etapa fundamentalmente escrita, donde se tiene que presentar una demanda con una serie de requisitos (Art. 33), que se deduce ante el Tribunal Ambiental que también hace un análisis de admisibilidad. Una vez más el legislador especial le otorgó esta función de determinar la admisibilidad o inadmisibilidad al Tribunal Ambiental. Surge el emplazamiento y aquí también hay novedades porque, a diferencia de lo que existe en materia de procesal civil, donde no existe juicio ordinario sin excepciones dilatorias, yo tengo que contestar incorporando todos los argumentos de defensa de manera inmediata, tanto excepciones dilatorias, perentorias, como la contestación propiamente tal (Art. 34). Cualquiera que sea la posición que se adopte por parte del demandado, rebeldía, allanamiento, o que derechamente opta por contestar la demanda, el Tribunal puede y debe resolver si recibe o no la causa a prueba, con lo cual se termina la etapa de discusión.
- b) Segunda etapa, de prueba (Art. 36 a 41): Si recibe la causa a prueba (partiendo de la base que hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos), se va a citar a una audiencia. En esta audiencia –para lo cual debo haber presentado mi lista de testigos cinco días después de la notificación de la resolución de que se recibe la causa a prueba, y habiendo presentado los documentos cinco días antes–, el Tribunal va a tener la posibilidad, con el principio de la inmediación, de percibir por sus propios sentidos toda la prueba que se presente por las partes. Obviamente la posibilidad del Tribunal de lograr una conciliación tiene que ser un objetivo preliminar de todo procedimiento, y el Tribunal Ambiental debe instar porque así se logre. Si fracasa la conciliación se recibirá la prueba y luego vienen las alegaciones finales.
- c) Tercera etapa, de sentencia (Art. 36): Luego de las alegaciones orales viene la citación a oír sentencia por parte del Tribunal, con la opción de ordenar la realización de un peritaje (Art. 42) y dictar medidas para mejor resolver (Art. 43), para luego proceder a dictar sentencia, que –tal como se indicó–, solamente puede ser objeto de recurso de casación de forma y fondo ante la Excma. Corte Suprema, y no de recurso de apelación.

3. El procedimiento de indemnización por daño ambiental:

Este procedimiento no está entregado al Tribunal Ambiental, pues el Art. 46 de la Ley 20.600 establece, en términos simples, lo siguiente: Si después de que el Tribunal resolvió, luego de recibir la prueba, escuchar a los testigos, ver cómo quedó el lugar, etc., que existió un daño ambiental, entonces si usted pretende tener una indemnización, es decir, una pretensión económica de los perjuicios causados, el Tribunal Ambiental no tiene nada que decir, es incompetente, y Ud. debe concurrir ante el juez civil y le voy a inventar un procedimiento, acorde a esto. Un procedimiento donde tengo que presentar una demanda ante un juez civil que cita a una audiencia, cuyo objeto es bastante restringido porque es existencia, naturaleza y monto de los perjuicios y la relación de causalidad, porque todas otras defensas que puedan plantearse respecto a la exclusión de aquellas vinculadas a la existencia del ilícito, o la culpabilidad, quedan completamente proscritas, para después ver la opción de un informe pericial y dictar una sentencia en breve plazo. Y aquí nos cambian el recurso, pues procede a un recurso de apelación con el solo efecto devolutivo.

IV. Una mirada crítica a la regulación procesal de la Ley 20.600:

Hice este breve y esquemático análisis de los procedimientos de la Ley 20.600, sin ahondar en ellos, porque creo que lo más relevante de esta presentación es una mirada crítica de la regulación

procesal, y aquí quiero invitarles a que veamos cuales son las causas y los orígenes de estas críticas, para después analizar cuáles son los problemas procesales que esto ha generado.

1. ¿Cuáles son las causas u orígenes de estas críticas que vamos a formular?

La primera de estas críticas radica en que en nuestro país, y lo digo con mucha vergüenza porque estamos en un Foro de carácter internacional, al año 2016 todavía rige en Chile un Código de Procedimiento Civil de 1902, cuyo mensaje es de 1893. Entonces, se hace imposible hacer un análisis serio, por más que uno quiera, teniendo un procedimiento de aplicación supletoria que no tiene nada que ver con los sistemas modernos que pretendemos. Tener una regulación especial, con tribunales expertos en la materia, con magistrados con unos conocimientos científicos, resulta insuficiente si debemos aplicar –supletoriamente–, un sistema procesal civil de 1902.

El año 2004 comenzaron los vientos de reforma del proceso civil. A diferencia de lo que ocurre en cualquier país que tenga algún tipo de lógica procesal, en donde lo primero que se modifica es el sistema general y común, aquí en Chile no se hizo así. En efecto, lo que primero se hizo en Chile fue un cambio al sistema penal, luego al sistema de familia, posteriormente al sistema laboral y ahora al sistema ambiental que nos convoca. El primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet presentó el proyecto de un nuevo sistema procesal civil, el cual fue reimpulsado durante el gobierno del Presidente Sebastián Piñera. En el programa del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet estaba previsto un nuevo Código Procesal Civil y todos los procesalistas e intervinientes del sistema estábamos bastante optimistas. Sin embargo, lamentablemente el 2014 el Ministro de Justicia de la época dijo que tenían que analizarlo, pero que sin lugar a dudas el 2015 se reactivaba. A noviembre de 2016 les tengo una mala noticia, pues tengo que informar que el pasado tres de noviembre de 2016 el Ministro de Justicia concurrió a una reunión con el Presidente de la Excm. Corte Suprema y, dentro de los múltiples puntos que abordaron, informó que en este gobierno no existirá reforma procesal civil. El problema que surge es que el sistema procesal civil es, en virtud de lo dispuesto en el Art. 47 de la Ley 20.600, el sistema aplicable de manera supletoria en el caso en que no exista regulación especial en la ley que crea los Tribunales Ambientales, y el sistema procesal civil es un sistema vetusto donde no hay intermediación. Hoy en día tenemos un sistema civil en el cual un juez no ve a los testigos, no escucha lo que dicen, no les pregunta. Simplemente lee lo que un funcionario escribe de los testigos después de muchos meses e incluso años de que ello ocurrió. Eso es suficientemente gráfico para decir que estamos en una situación crítica desde el punto de vista procesal.

2. Técnica procesal aplicada en la Ley 20.600:

La siguiente crítica, porque no voy a quedarme simplemente en la resignación de tener que esperar al sistema procesal civil para poder seguir avanzando, es la técnica legislativa procesal utilizada por la Ley 20.600. En efecto, la Ley 20.600 es tremendamente atractiva desde el punto de vista técnico, pero deficiente desde el punto de vista procesal, porque en su elaboración creo que no se tuvo la suficiente serenidad para poder analizar correctamente algunos puntos que nos van a generar, y están generando, muchísimos problemas.

Veamos algunos problemas:

- a) La ley confunde jurisdicción con competencia: La ley 20.600, en el artículo 17, numerales 7 y 8 habla de competencia y jurisdicción. Así, en el número 7) dice: “...será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción en la zona del territorio nacional...”. Por su parte, el número 8) dispone: “Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la administración del Estado”. Esta confusión entre los conceptos de jurisdicción y competencia es seria. El Tribunal Ambiental tiene jurisdicción en todo Chile, competencia en las zonas geográficas determinadas, Primer, Segundo y Tercer Tribunal Ambiental. Por lo tanto, aquí hay una deficiencia legislativa inexcusable.
- b) Aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil: El Artículo 47 de la Ley 20.600 dice: “Normas supletorias: A los procedimientos establecidos en esta ley se les aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil”. Es decir, a falta de regulación expresa de la Ley 20.600 tengo que tener en mi mano el Código de Procedimiento Civil. Si uno trasladara esta situación a la química, significa me están

diciendo que tenga en la mano izquierda vinagre y en la mano derecha aceite, y que si falta vinagre combínelo con el aceite porque va a resolver el problema. Eso jurídicamente es inaceptable. Procesalmente es una vergüenza que nos va a generar, y nos está generando, múltiples problemas, porque no hubo la rigurosidad procesal para poner aquella frase sacramental que utiliza el legislador en otros casos, porque la referida norma termina con “...*Libros I y II del Código de Procedimiento Civil*”, sin indicar nada más. Si nosotros nos vamos a las normas de procedimiento de carácter Pena, de Familia, Laboral, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Tributarios y Aduaneros, en todos ellos existe una frase sacramental que establece que serán aplicables las normas de procedimiento civil en todo aquello que no contravenga el procedimiento y las normas básicas o los principios básicos de este sistema. Aquí, después de las normas transitorias de la Ley 20.600, tenemos que tener el Código de Procedimiento Civil. Esa es la obligación que tenemos y eso está generando problemas brutales, tal como hemos analizado en algunas conversaciones que hemos sostenido con los Ministros del Tribunal Ambiental.

A modo simplemente ejemplar de problemas procesales provocados por este Art. 47 de la Ley 20.600, podemos indicar los siguientes:

- i) Los días ¿son hábiles o corridos?: A tal nivel llega la falta de rigurosidad técnica procesal, que la propia Ley 20.600 dice que algunos días son hábiles y otros son solo días. Entonces, ¿esos días son hábiles o corridos? Esta misma pregunta y problema lo tiene, y lo ha tenido, el Tribunal Ambiental. La ltima. Corte de Apelaciones de Santiago lo ha resuelto diciendo en algunos casos que son hábiles y en otros que son corridos. Lo anterior porque el Código de Procedimiento Civil es aplicable en el caso en que la ley no diga nada, pero cuando la ley dice “días”, significa que dice “días” y nada más, por lo que no tengo ningún silencio que llenar. Entonces se buscan interpretaciones para decir que todos entendemos que son días hábiles, pero la ley no dice eso y yo tengo que resolver.
- ii) El siguiente problema, ¿cuál es el plazo para apelar?: Cinco días me van a decir. Pero ¿desde cuándo los cuento? Obviamente desde que se notifica la resolución, pero ahora con los sistemas modernos está establecido por la propia ley que yo puedo señalar como parte interesada mi correo electrónico para efectos de notificaciones. Pero, ¿y si no lo hago?, entonces son cinco días y empiezan a correr desde que lo notifican. Así, si yo no he dado mi correo electrónico me tengo que ir a las normas del Código de Procedimiento Civil y ahí distíngame usted si es un auto, un decreto o una sentencia, ¿qué es?, ¿interlocutoria?, ¿de primer o segundo grado?, ¿cómo la notifico?, ¿estado diario?, ¿por cédula? Al parecer, al ser la primera notificación, entonces parecer que la notificación se debe hacer personalmente.
- iii) Con esto termino, ¿procede la demanda reconvenzional?: Obviamente no. Pero la Ley 20.600 me dice que en todo lo que no está resuelto en dicha norma debe aplicarse el Código de Procedimiento Civil, que en el Libro primero señala la demanda reconvenzional.

Pues bien, así podríamos estar todo un día buscando problemas procesales porque el sistema creado por la Ley 20.600, que fue un tremendo avance, no está acorde con los avances procesales que necesita nuestro país, y tenemos unos vientos de cambios procesales, con especialización de magistrados, pero no tenemos nuestro sistema general y común resuelto. La reforma procesal civil se hace urgente y necesaria.

Muchísimas gracias.

■ PARTICIPANTES TERCER PANEL "DESAFÍOS Y RESPUESTAS DEL DERECHO CIVIL, ADMINISTRATIVO Y PROCESAL FRENTE AL CONFLICTO AMBIENTAL".



BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS

MODERADOR SR. RICARDO PÉREZ

RELATOR ABOGADO DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO



A continuación, realizaremos una ronda de preguntas comenzando por el profesor Ruiz de Apodaca. Profesor, las preguntas son las siguientes: *¿Por qué no avanzar aceleradamente a lo que usted denominó co-gobernanza? ¿Cuáles serían los riesgos o desventajas de ese horizonte?* Y, la segunda pregunta *¿No hay pérdida de objeto cuando se reclama en contra de las medidas provisionales cuyos efectos se encuentran agotados?*

Sr. Angel Ruiz de Apodaca

Bueno, la gobernanza, “la gobernanza es adivinanza”, decía un artículo del profesor Soza-Wagner. Bueno, yo estoy de acuerdo con la gobernanza. La gobernanza supone información, supone transparencia en la actuación de los poderes públicos, supone, también remover los obstáculos para que la participación y la igualdad sean reales y efectivas y estoy completamente de acuerdo. Lo que pasa es que es evidente que hay un riesgo claro. Yo, por supuesto creo en el estado democrático, el poder del pueblo por y para el pueblo; pero el poder legislativo, ejecutivo y judicial, cada uno ejerce sus funciones. Podríamos legislar todos, ¿por qué no? Pepe Grillo en Italia plantea esto: el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para legislar ¿por qué no? Si cada ciudadano en su casa puede votar una ley, pues ya está; armamos un parlamento mediático de 45 millones de habitantes y cada uno vote. ¿Quién votaría? ¿Realmente creen que los ciudadanos tienen una implicación tan directa en el conocimiento de los asuntos? Yo tengo mis dudas. Se podría caer en un riesgo claro que es el de la poliarquía deliberativa, que al final las decisiones las tomarían unos pocos, los que realmente ejercerían los derechos y yo en eso, no estoy muy de acuerdo. Yo creo que en eso hay que ir y en absoluto quiero que se interprete. Yo no he criticado esto, yo creo en todos estos derechos y por supuesto en la democracia ambiental, pero evidentemente, no está exenta de riesgos. La democracia directa cabe en los municipios muy pequeños, municipios de menos de 100 habitantes, por ejemplo, poseen un sistema de

democracia directa: se elige al alcalde y se toman todas las decisiones por los vecinos, siempre con respeto a la legalidad vigente.

En cuanto a las medidas cautelares, puede haber una pérdida de objeto. Igual no me he explicado bien. Yo digo que casi siempre cuando se recurren proyectos de infraestructura, sobre actividades extractivas, por ejemplo, que es un tema muy recurrente, el solicitante siempre solicita la paralización de proyecto junto con la demanda, solicita mediante otrosí una medida cautelar de suspensión de la autorización hasta que no se resuelva el proceso judicial con la sentencia. En ocasiones se estiman las medidas cautelares, pero es una responsabilidad de la sala o del juez, con esos criterios que ustedes conocen perfectamente, los de la apariencia del buen derecho o el famoso *unijuris*, el *periculum in mora* y también, por supuesto, el resultado de la ponderación de los intereses en conflicto.

Muchos de ustedes convendrán conmigo que el interés ambiental siempre es preponderante, bueno, depende de cómo esté fundamentada la demanda, depende de qué apariencia tenga. Si no se estima la medida cautelar y se ejecuta el proyecto, evidentemente el procedimiento judicial continúa a pesar de que la pregunta va en el sentido de que el objeto desaparece: hasta cierto punto. No todas las sentencias son inejecutables, yo les he puesto ejemplos de extremo, de actividades cuya sentencia de realización supondría para la colectividad un coste económico y un esfuerzo absolutamente desproporcionados pero si, por ejemplo, versa sobre una actividad extractiva, supone la paralización de la actividad extractiva, la revocación de la autorización otorgada y, por supuesto, la opción por parte del sujeto autorizado de las medidas de compensación que, en su caso, fije el tribunal. Si vamos a ejemplos como el de las infraestructuras, una red ferroviaria es difícil levantarla, pero vayamos por ejemplo, a un procedimiento expropiatorio ¿Qué ocurre cuando no se paraliza una expropiación forzosa? Me dirán aquí: bueno, es que aquí se puede indemnizar con el dinero correspondiente o no. Entonces en algunos casos, sí, pero en la mayoría no y en cualquier caso, aunque que la sentencia sea estimatoria y el proyecto sea ejecutado, siempre se puede establecer la obligación de establecer medidas compensatorias si es que se ha producido un daño ambiental, medidas compensatorias que en su caso habrá que determinar.

Moderador Sr. Ricardo Pérez

Muchas gracias profesor Ruiz de Apodaca. A continuación, las preguntas para el profesor Sebastián Lloret: *¿Qué ocurre si el particular no repara, debe el Estado hacerlo y luego repetir? ¿Cómo se determina el valor del medio ambiente dañado? ¿El daño ambiental contempla el riesgo?*

Por último, gran parte de los daños ambientales derivan de acciones u omisiones de la administración estatal/regional/local *¿Cómo pueden los ciudadanos exigir responsabilidades a las instituciones públicas?*

Sr. Sebastián Lloret

Ya me habían dicho que en Chile preguntaban duro. El primer elemento sería, a mi entender, para darle un orden a las respuestas: el tipo de responsabilidad. En primer lugar, recuerdo algunas cuestiones que ya he puesto en valor en la conversación anterior. Esta es la nueva forma de resolver los conflictos ambientales en función del código civil y es por casos. Entonces, es muy probable que las respuestas generales no se identifiquen totalmente en un caso al siguiente, esa es la primera aclaración que quiero hacer. La segunda es que, respecto a la responsabilidad del Estado, me parece a mí que es una conjunción de dos elementos que van a funcionar: en primer lugar ¿cuál es el tipo de acción a la que se quieren referir? Y la segunda es: ¿qué tipo de legitimados pasivos hay en el plano del conflicto? Y me explico: esto puede referirse, la intervención respecto del actual Estado y su mala a la actividad puede referirse a interponer una pretensión de cese, puede ser directamente con un daño concluido, una pretensión de reparación y en el medio de los dos, pudiera invocarse una pretensión preventiva que, además tiene, como he explicado con anterioridad, una autonomía muy importante que no solamente puede cabalgar en sí mismo una acción, sino también puede tener otro tipo de formatos procesales como cautelares o, incluso, medidas autosatisfactivas. Todo ese ramillete de posibilidades puede ir contra el Estado, ese es un primer punto de respuesta en Argentina. El segundo sería si en ese legitimado pasivo encontramos al Estado en conjunto con un administrado que lleva adelante un proyecto o no. Si el Estado fuese solo, las respuestas son todas las que he dado recién, en cambio, si hubiese una conjunción, una responsabilidad entre el Estado y un particular administrado que está llevando

adelante un proyecto, empieza un poco más el conflicto y ahí me explico con respecto a la ley de responsabilidad, que salió en conjunto con el Código Civil. ¿Por qué? Porque desde la óptica del Derecho Ambiental, todo hecho o acto lícito o ilícito que causa daño ambiental por acción u omisión es susceptible de perseguirse mediante el sistema de responsabilidad ambiental. En cambio, la ley del mismo día y con el mismo número, dice que el Estado es perseguible de distintas maneras con distintos niveles y requerimientos de responsabilidad, atributivos de responsabilidad, en tanto se refiera a su actividad lícita o ilícita. Esto va a ser un problema y no hay todavía casos resueltos. Recuerden que estas leyes son de fines del 2015 y recién estamos tramitando el 2016. Mi respuesta, para no dejarlo en la incógnita, mi respuesta doctrinaria, mi respuesta personal, es que el sistema ambiental va por encima de la incongruencia que le pueda presentar el sistema de responsabilidad del Estado y lo único que vamos a dirimir ahí es qué tipo de juez va a actuar. Si sería un juez civil o si fuese un juez contencioso administrativo, pero me parece a mí que el tipo de respuesta judicial que debe darse, de imputación de responsabilidad es la misma. En síntesis, el estado va a responder en las tres fases.

La segunda pregunta era respecto a la situación de la reparación y otra vez, vuelvo a decir que, en primer lugar, hay todo un nivel de respuesta administrativa la cual, mientras estaba exponiendo, lo remití a lo que venía diciendo el ilustre colega que me presidió en la palabra. En cambio, yo me dediqué a explicar el derecho de incidencia colectiva o el daño de incidencia colectiva en función de su situación jurisdiccional. He hecho esta aclaración, es decir que hay respuesta del derecho administrativo argentino propios o conjuntos con la responsabilidad ambiental que van a ser perfectamente utilizables para la protección frente a actividades del estado. Ahora, en situación jurisdiccional, otra vez las situaciones de respuesta pueden tener distintas dicotomías: en primer lugar, lo que entiendo es que si la actividad a que se refiere frente a una situación de daño es una actividad regulada, la responsabilidad del Estado es clara; el estado falló en su argumento habilitante-controlante y por lo tanto, me parece que la responsabilidad es conjunta. Habrá que ver cuáles son los niveles de garantía. La respuesta a esa segunda pregunta sería: responde el Estado en el marco de lo que el juez determine, su marco de responsabilidad y el problema surge si el particular no tiene la posibilidad de responder por aquella cuota de la generación de la responsabilidad que le corresponde por adjudicación de la sentencia. Pero la respuesta todavía seguiría siendo bastante clara porque el Estado, como responde *in solium*, solidariamente frente a la sociedad y después de repetir, me parece que la respuesta a venir es que el estado va a reparar. La pregunta o el *quid* de la cuestión de esta pregunta es qué pasa si la actividad es clandestina y, lo que habría que determinar, me parece a mí, frente a esta situación de responsabilidad puntual es en cuánto la omisión del Estado fue la causante de esta situación de daño y eso es una respuesta bastante más compleja. La idea y, ahora voy a mostrarlo en la práctica, la idea frente al caso, cuando el equipo de trabajo de la procuración estaba frente a este caso que mostré hace un rato, fue decir: lo importante es que, más allá de la acción u omisión del Estado (en este caso el Estado había hecho sus deberes porque cuando lo detectó, intentó paralizarlo) y razón de la ineficacia de esa paralización fue el juicio penal que llevó adelante mi colega fiscal penal, que logró condena y que lo conté brevemente. El caso inverso sería que el Estado finalmente, no resulte a los ojos nuestros, como un responsable, es decir, sería el caso más grave. Igualmente en esta condición, hay dos respuestas de litigación estratégica que puede tener, me parece a mí, el actor ambiental. El primero de ellos es asegurarse garantías, viene a cuento de todo lo que dijo el profesor Antonio Benjamín en función de que nosotros, en este caso, usamos garantías *propter rem*, es decir, entendemos por ejemplo que en este caso, que ese particular, si no responde reparativamente, vamos a ir sobre los bienes que usamos como garantías. Esa sería la respuesta básica, el problema, si uno quiere inmiscuirse hasta el final en este problema, entrar por la piel, pasar por la carne y llegar al hueso, sería si definitivamente este particular no tiene ofertas de garantía para el litigante. Bueno, creo que al final del camino, igualmente el estado va a reparar por la garantía del deber de control, ahora, estamos en un supuesto bastante más duro, bastante más difícil en una imputación, en definitiva, de alguna formula de responsabilidad del estado. Me parece que ahí habría otro tipo de fundamentos de la reparación.

Respecto al riesgo, la otra pregunta era del riesgo. Yo dije que el principio de precaución y pasé muy por encima, era claramente utilizable en el derecho argentino y disparé algunos de los instrumentos que yo entendía en vinculación y vuelvo a hacer la aclaración, no en la etapa administrativa, sino en la etapa jurisdiccional, que podían hacerse funcionar. El Artículo 32 de

la Ley General del Ambiente dice que el juez puede tomar medidas en función de esa pretensión precautoria a pedido de parte sin audiencia de la contraparte o, incluso, de oficio dice, en función de proteger bien general, el interés general, es decir, habría medidas absolutamente autonomizadas dentro del devenir del proceso que podrían resolver las cuestiones de riesgo que se plantean dentro de la pretensión de reparativa. Ahora, también he dicho que había dos fórmulas más de atención del riesgo, jurisdiccionalmente hablando, la primera de ellas era la acción de amparo de cese y que es una acción, en cuanto el daño empieza a acontecer, para que cese en su magnitud y se detenga en sus daños y deterioros y esta acción, yo expliqué que tiene una legitimación amplísima que decía: toda persona es, prácticamente una acción popular de cese, es claramente dirigible con una pretensión de cautela precautoria. La otra forma de reparación de los riesgos de atención a la circunstancia de riesgo y, vuelvo a hacer otra vez la aclaración: jurisdiccionalmente y no las posibilidades que tiene la administración en su devenir habilitante o certificante sería aquellas que, vía la nueva acción preventiva, pudiese, otra vez, con una legitimación amplísima que dice: toda persona con un interés razonable pudiese instrumentar. Sería un tanto más difícil porque habría que sostener la pretensión no en una idea preventiva, sino en una idea precautoria. Me parece que la acción de cese es la más ajustada si uno quiere autonomizar este tipo de actividades, si no, jurisdiccionalmente, dentro de la pretensión reparativa.

El tercer punto es, yo diría, el *quid* de la cuestión de la reparación ambiental que es, justamente la cuantificación económica del daño ambiental. Me parece que ahí estamos, otra vez, en los confines de la responsabilidad ambiental en función de la posibilidad reparativa. Voy a ensayar algunas respuestas: desde la teoría y sobre todo la teoría económica hay muchos tipos de construcciones teóricas para la reparación o la cuantificación para la reparación ambiental. El precio de la degradación, es muy complicado. En Argentina hay varios libros, yo podría recomendar varios de ello, muchos siguen economistas, que abrevan en la teoría española, no obstante, nosotros y voy a ser un poco más práctico, así como el código dice que los decisores intérpretes aplicadores en los casos concretos deben ver la circunstancia del caso, voy a hacer una explicación muy práctica conforme a la circunstancia en la que encontramos en el modelo que presenté durante mi clase. Sentados con los técnicos, nosotros en el momento de la necesidad reparativa, dije, teníamos que adecuarnos a los criterios, estas ideas que yo planteaba que son ese acompañamiento técnico respecto a aquello que coparticipan con los abogados en las respuestas ambientales como lo que han ideado y explicaba perfectamente el profesor Insunza en su exposición con técnicos conformando el grupo de decisión. En esa misma circunstancia y frente al momento de reclamo, lo que hizo el ministerio público salteño fue convocar a distintas ciencias a un equipo pericial. Introdujo dentro del proceso como una medida de preparación de vía y de determinación de objeto un proceso preliminar en el cual discutiésemos si era posible reparar, es decir, para mantener un estatus de acción reparativa o si no directamente por una sustitución por indemnización dineraria, ese era el primer elemento y el segundo elemento, cuánto salía y cómo se hacía. En esa acción preliminar en los viejos códigos (al igual que ustedes), en los viejos códigos de procedimiento argentinos permite hacerlo con una anticipación de unos meses. En esos meses el equipo trabajó con economistas, biólogos, cientistas ambientales, cientistas de las ciencias sociales, economistas y no me acuerdo quién más de universidades y organismos públicos y definieron estas dos precisiones: primero si era posible reparar y cómo era el proyecto y en segundo lugar, cómo se hacía, haciendo un presupuesto que podía ser en más y en menos, cuánto iba a llevar hasta el final y cuánto tiempo. El resultado de eso era que era posible, que había que hacer acciones; no sé si vieron la diferencia en el video que el administrador decía que en diez años la naturaleza lo iba a hacer sola y la Técnica de Bosques Nación dijo que en cincuenta años, sola, entonces este grupo técnico dijo, no, en veinte años, pero con intervención intensa, recuperando, sembrando, protegiendo, haciendo técnicas específicas forestales, en veinte años, más toda la contención social que había que hacer, entonces, lo que dijo es: ese presupuesto sale en tanto tiempo, que era veinte años en este caso, a tanto por año, toda la actividad interventiva, en definitiva dio un precio y ese precio eran 17 millones de dólares que están puestos como cautelar de garantía en este caso, la respuesta técnica a lo que acabo de decir es: nosotros usamos una forma de reparación que se llama costes de reparación, ese es el criterio de selección que tuvo este grupo técnico, no es el único, hay precios hedónicos, hay otras formas de reparación, nosotros elegimos ésta. Dentro del derecho casuístico argentino o de la opción casuística argentina, me parece que es el más ajustado, espero, les sirva a ustedes.

Moderador Sr. Ricardo Pérez

Muchas gracias profesor Lloret. Ahora las preguntas para la profesora Soraya Amrani.

Profesora: *¿Cabría la mediación ambiental en un procedimiento de prórroga de la autorización de una central nuclear entre el Estado francés y Greenpeace?*

Si bien la mediación busca asegurar el resarcimiento de los intereses de las partes *¿Se contemplan mecanismos para asegurar, a su vez, la reparación íntegra del medio ambiente lesionado?*

Dra. Soraya Amrani

Gracias. A propósito de la primera cuestión, claramente, depende de lo que entendemos sobre la palabra mediación. Como lo he dicho, puede ser una falsa mediación o una verdadera mediación. Si es una falsa mediación, claro que es posible negociar con Greenpeace al momento de pensar en la prórroga de la instalación de una central nuclear. Pero aquí, me parece que es más una concertación que una mediación y, además, me parece que es un problema más político que jurídico y, de verdad, para el estatuto es muy interesante negociar a este nivel porque es una manera de decir a la opinión pública: *“¿ves cómo hemos tenido en cuenta los requisitos de Greenpeace?”* Y para Greenpeace es una manera de actuar, es una manera de hacer lobby, claramente, es interesante pero no es tan jurídico y se puede pensar también en una verdadera mediación cuando hay un litigio y cuando hay una acción y se puede pensar una acción frente del juez administrativo a propósito de esta prórroga, pero aquí, el problema es el de la legitimación de Greenpeace para actuar y lo que sabemos en Francia y en todo el mundo es que tenemos muchas organizaciones y muchas asociaciones que no actúan de la misma manera y para las cuales el objetivo no es lo mismo y las concesiones no son las mismas. Pues el problema podría ser el de la legitimación de Greenpeace para actuar y el contenido del acuerdo, me parece que sería interesante.

En frente a la segunda cuestión, me parece que normalmente el acuerdo de mediación debe integrar todos los problemas en frente a la ejecución del acuerdo y a la ejecución de la reparación, aún la reparación del medio ambiente. Tengo que señalar que nuestra ley del 8 de agosto del 2016 ha creado por primera vez en Francia, la reparación por afectación al daño de la naturaleza. Es una novedad y no sabemos exactamente cómo va a pasar, pero lo que puede hacer es un acuerdo que tiene en cuenta este problema y, normalmente, un buen mediador, un buen abogado tiene que verificar que todos estos puntos están listos en el acuerdo. Pero para Francia, será un futuro. Gracias.

Moderador Sr. Ricardo Pérez

Muchas gracias profesora Amrani.

Y, por último, vamos con las preguntas para Matías Insunza: *¿Cuál debería ser el régimen recursivo idóneo en caso de tribunales especializados?* Lo anterior, tomando en consideración que el conocimiento experto no estará presente en los jueces revisores si estos son generalistas.

¿Le parece posible establecer en Chile con la regulación actual, algún mecanismo alternativo de solución de controversias, especialmente en demandas de daño ambiental considerando el Artículo 44 de la Ley 20.600?

Y por último, *¿Cuál cree usted que fue la motivación del legislador ambiental que tuvo al momento de otorgar competencia al tribunal civil en materia de indemnización? ¿Qué vía expedita sugiere para modificar la Ley 20.600 y corregir los vicios aparentemente que tiene esta ley?*

Sr. Matías Insunza

Muchas gracias por las consultas. El régimen recursivo idóneo, creo que estamos en una situación bastante compleja porque antes de entrar al régimen recursivo, veamos las normas de integración del tribunal. El tribunal, repito, es una integración mixta: abogados expertos en medio ambiente y científicos expertos en medio ambiente. Hay ministros titulares y ministros suplentes que deben cumplir, obviamente, estos requisitos básicos. La pregunta es si no está ni el titular ni el suplente ¿quién integra? Ministro de corte, con conocimiento cero. Cero. Problema. Por lo tanto, antes de entrar al recurso tenemos que ver cómo nos capacitamos, porque ni siquiera el ministro de corte se va a ver capacitado porque sus posibilidades de conocer del asunto están limitadas porque la apelación está restringida. Entonces, es un problema de diseño global. Si nos vamos, ya, al sistema de recursos, la pregunta que tenemos que hacernos es: ¿cuál es la Corte

Suprema que queremos? Porque una vez más, así como tenemos una esquizofrenia procesal, tenemos una esquizofrenia en la hora de otorgar competencias a nuestro máximo tribunal. Nosotros tenemos una combinación total: tenemos todas las cortes supremas del mundo. Tenemos: una corte de casación, es una corte, también de apelación, es una corte también de contencioso-administrativo y una corte, también, sancionadora por parte de las conductas ministeriales de todos los que están bajo su estructura. Entonces, incorporemos el certiorari, lo tenemos a través de la inadmisibilidad de las casaciones, incorporado absolutamente. Entonces, la verdad es que si uno pretende pensar en un tribunal con conocimiento experto, la respuesta debiera ser atractiva, pero creemos, entonces, un tribunal con muchos más miembros de los que tiene. Si seguimos con el número de miembros que tenemos actualmente, va a ser imposible poder otorgar una especialización, salvo que los ministros del tribunal ambiental pasen después a la Corte Suprema, esa sería una solución. Porque nosotros tenemos, hoy día un problema, porque no tenemos tribunales contencioso administrativo, a diferencia de España, Ángel, no hay tribunal en Chile contencioso administrativo. Entonces, como no lo tenemos, se han ido creando tribunales especiales que han resuelto el problema tributario-aduanero, hoy día el tribunal ambiental, resolviendo los problemas contencioso administrativo respecto del recurso de reclamación. Entonces, si nosotros queremos tener una estructura de recursos basada en la especialización, pues bien, tenemos que tener otro tipo de Corte Suprema y ahí viene el diseño completamente diverso.

Respecto a las soluciones de los ADR o soluciones alternativas de los conflictos. Chile es un país que paradigmáticamente bueno para plantear todo ante el tribunal. Está en nuestro ADN. Concurrir siempre al órgano jurisdiccional y decir “*bueno, entonces yo voy a demandar*”. Y cuando uno dice “*está en nuestro ADN*” creo que se ha producido producto que el legislador procesal nos ha inoculado, en términos científicos, el conflicto porque nos ha obligado a ir al juez a resolver problemas, no conflictos. Porque si uno ve la regulación procesal en Chile, cualquier problema que yo tenga, tengo que recurrir al juez para que lo resuelva. Y la gran mayoría de esos problemas y yo me aventuro a más de un 80% de los casos civiles en Chile, no son conflictos de relevancia jurídica. Está a mi lado Soraya, profesora de derecho procesal en Francia. Cuando tuvimos un seminario en París respecto del sistema que existe en Chile procesal de ejecución, tuvimos que repetir cuatro veces que lo que yo estaba diciendo no era un problema del traductor; porque en Chile después de cinco años de litigio donde obtengo una sentencia condenatoria que obliga al deudor a pagarme, tengo que empezar otro juicio. Eso, en cualquier parte del mundo es incomprensible, al nivel tal que una vez en una mesa, me dio tal nivel de vergüenza que yo le dije: mire, me voy a inventar un procedimiento porque no tiene sentido. Entonces, si uno se va a los temas civiles de ejecución, juicios civiles donde hay un título ejecutivo, por qué tengo que ir ante un juez a resolver algo en donde todavía no hay un conflicto, la persona eventualmente va a pagar directamente. A tal nivel llega esto que si un juez civil, hoy día en Chile noviembre del 2016, llegan ambas partes a decirle: “*magistrado, quiero resolver el problema con usted, busquemos alguna solución*”, el magistrado le dice “*no soy competente*”. Porque en Chile, estimados amigos y amigas, en el juicio ejecutivo, no hay conciliación, no hay posibilidad. Entonces, todos los problemas, repito problemas, no conflictos de relevancia jurídica, se resuelven ante el juez y al final, si uno lo traslada a sede procesal, entonces el juez no ejerce jurisdicción ¿porqué? Porque lo que hace son actos administrativos. Para eso está la administración. Entonces si usted me pregunta soluciones de alternativas de disputa, por supuesto ¿en tema ambiental? Por supuesto. Muchos de los problemas se pueden resolver, sin lugar a dudas. Tenemos que buscar las instancias pertinentes para efectuarlo, pero les insisto, no es que nuestro ADN sea de personas conflictivas, es que nos han obligado a ir al tribunal. Todo, hoy día, lo tiene que resolver un juez civil y hoy día el 95% de las causas están en manos de jueces que realizan labores administrativas porque están resolviendo juicios ejecutivos donde ni siquiera hay oposiciones.

Última pregunta, de la motivación del legislador respecto de la competencia, respecto de la indemnización de perjuicios a consecuencia del daño ocasionado. No he leído las actas del Congreso al respecto. Yo creo que se debe haber producido un problema sobre la base de la regulación y la tramitación anterior que había sucedido, sin embargo, en mi parecer, no parece muy sensato que después de que un tribunal conoció todo un asunto, resolvió, vio la prueba, la observó, recibió la documentación pertinente, escuchó a los peritos, la determinación del monto sea entregada a juez civil, porque, les voy a poner un solo problema: para la determinación del daño ambiental, los tres ministros del tribunal ambiental resuelven según sana crítica ¿y cómo

resuelve el juez civil? ¿Cómo resuelve el juez civil en Chile? Prueba. Lamentablemente con prueba legal o tasada, los que no escuchan en español, les estoy diciendo de verdad. En Chile tenemos una prueba legal o tasada, es decir, que los testigos los tenemos que contar, no los pesamos, los contamos y hay testigos, además, inhábiles porque el legislador dijo predeterminadamente que ciertas personas, no podían ser testigos. Entonces, ahí hay un problema procesal importante y este problema procesal importante dice relación con la ejecución ¿cómo ejecuto yo tribunal ambiental, sabiendo que los términos del daño ambiental se los tengo que entregar a un juez civil? Salvo, obviamente, la ejecución en el fallo, a través de la aplicación de las normas supletorias, que yo tengo que hacer toda una interpretación para poder lograr el resultado que el tribunal ambiental podría eventualmente aventurarse a hacer un cumplimiento incidental del fallo. Pero ¿y si se me pasa el año? Me tengo que ir al juez civil que no tiene idea de qué fue lo que ocurrió. Entonces, la verdad es que no tiene mucho sentido, uno, haber desprovisto al tribunal ambiental de esta facultad y dos, haber intentado combinar una estructura de daño ambiental con indemnización con estructuras procesales completamente distintas. Una tiene casación y una tiene apelación, con eso creo que habla por sí solo.

Moderador Sr. Ricardo Pérez

Muchas gracias profesor Inzunza. Con esto finalizamos el presente panel. Y agradecemos nuevamente a nuestros expositores por sus interesantes presentaciones. Muchas gracias.

CUARTO PANEL

“TIPOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA AMBIENTAL”

EXPOSITORES

DR. IVÁN HUNTER

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

DR. PEDRO PIERRY

EX MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

DR. JEAN PIERRE MATUS

UNIVERSIDAD DE CHILE

DRA. DOMINIQUE HERVÉ.

FISCAL DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, CHILE

MODERADOR

RUBÉN SAAVEDRA

SECRETARIO ABOGADO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

PRESENTACIÓN DEL PANEL

JUAN ESCUDERO

MINISTRO SUPLENTE CIENTÍFICO DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Muy buenas tardes:

Iniciamos el cuarto Panel de este II Foro de Justicia Ambiental denominado “Tipos de Responsabilidad en Materia Ambiental”. Para ello hemos invitado a 4 distinguidos panelistas que nos darán a conocer aspectos relacionados con las diferentes áreas del derecho y normativa desde la cual es posible imputar hechos a los presuntos responsables en materia ambiental.

La finalidad de este panel es discutir, en primer lugar, aspectos relacionados con los elementos de configuración de la responsabilidad por daño ambiental, esto es, la acción u omisión, la culpa o dolo, la causalidad y el daño, y en segundo lugar, la falta de servicio en materias ambientales.

Asimismo, en el ámbito penal, se analizará, entre otras cuestiones, la necesidad de establecer delitos ambientales.

Finalmente, en el ámbito administrativo sancionador, podrán ser discutidos temas como el tratamiento de la Superintendencia del Medio Ambiente chilena, del principio non bis in ídem dentro del procedimiento administrativo sancionador; las medidas urgentes y transitorias, y la interpretación, límites y alcances de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, relacionado con la determinación de las sanciones específicas a imponer.

Esperamos que este panel sea de relevancia para la audiencia, dado que parte importante de los conflictos ambientales se vinculan con la posible presencia de alguno de estos tipos de responsabilidad.

“RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL”

DR. IVÁN HUNTER

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE



Tribunal
Ambiental
Santiago - Chile



Primero que todo, buenas tardes. Agradecer al Tribunal Ambiental de Santiago, a través de su Presidente Ministro Rafael Asenjo por la invitación el día de hoy a poder exponer en este Segundo Foro Internacional sobre Justicia Ambiental.

En Valdivia también tenemos un Tribunal Ambiental, por lo tanto, aquellos que nos dedicamos a la investigación nos sentimos particularmente atraídos por las distintas temáticas relacionadas con la materia ambiental. Desde hace un tiempo hasta la fecha, esto ha sido un área donde ha tenido un enorme avance desde el punto de vista académico. Un grupo de profesores de derecho administrativo, derecho procesal y derecho ambiental también este año hemos organizado la Segunda Jornada sobre Justicia Ambiental a propósito de la Ley 20.600 y esperemos en lo sucesivo que continuemos por este mismo camino.

Lo que yo quiero plantearles el día de hoy está relacionado con la responsabilidad por daño ambiental. Como ustedes saben, en nuestro país, a partir de la vigencia de la Ley de Bases de Medio Ambiente, la Ley 19.300, se instauró en Chile un sistema de responsabilidad por daño ambiental, que es un sistema que tiene un corte subjetivo. Se encuentra consagrado en el Título III de esta ley, desde los artículos 50 a 55, y para que proceda la obligación de reparar el Medio Ambiente o uno más de sus componentes, tienen que concurrir los elementos típicos de todo tipo de responsabilidad.

Como ustedes ven en la lámina, tiene que haber una acción u omisión que cause un daño; ese daño tiene que ser causado al Medio Ambiente y además se tiene que probar algún criterio de imputación, que en este caso es la culpa o el dolo. Y, además, tiene que ser interpuesta por un sujeto, persona natural o jurídica, de derecho público o derecho privado que haya sido afectada por el daño ambiental.

Esto que parece relativamente sencillo en realidad no lo es tanto, porque esta responsabilidad es tradicionalmente entendida como un caso de regulación especial del derecho de daños, es decir, tiene cierta lógica propia, tiene cierto dinamismo propio que hace que las reglas aplicables se aparten de aquellas reglas decimonónicas propias del Código Civil. En este sentido, hay problemas, por ejemplo, en determinar cómo se configura una omisión como sustento para la responsabilidad, cuáles son los componentes ambientales, el concepto Medio Ambiente que es un concepto amplio, por lo que en algún minuto tenemos que definir cuáles son los componentes ambientales que se afectan para poder sustentar una responsabilidad por daño ambiental. Tenemos el problema también de cuándo consideramos que el daño ambiental es significativo; esto va a ser lo que yo quiero exponer más adelante y va a constituir desde luego el grueso de mi exposición. Luego, tenemos también un problema relativo a la presunción de culpabilidad, cuál es el ámbito de extensión de la presunción de culpabilidad. El Tribunal Ambiental de Santiago ha dictado un interesante fallo donde ha hecho extensible la presunción de culpabilidad incluso en la relación de causalidad, un tema que es bastante controvertido, pero a la vez muy insinuante porque nos permite debatir acerca de todos los contornos que ello implica, qué pasa, por ejemplo, en aquellos casos donde se infringen elementos discrecionales contenidos en una resolución de calificación ambiental, se presumirá o no se presumirá la culpa en ese caso. Está claro que cuando el agente del daño infringe un elemento reglado, no cabe duda que aplicamos la presunción de culpabilidad porque en realidad lo que está haciendo esa gente es infringiendo la ley. Pero qué pasa cuando se infringen esos elementos ya no reglados, sino que discrecionales de este acto autorizatorio.

En materia de legitimización también tenemos algunos problemas que se relacionan esencialmente de cuál es el criterio o el concepto que nos va a servir para entender que una persona se encuentra afectada en el Medio Ambiente. Recordemos que el Medio Ambiente es un derecho de carácter difuso, no pertenece a nadie y a la vez pertenece a todos y, por lo tanto, tenemos que determinar algún criterio de conexión que nos sirva para definir cuándo estamos afectados para determinar cuándo podemos interponer una demanda por responsabilidad por daño ambiental.

Dicho lo anterior y una vez fijado este cuadro, lo que pretendo yo sencillamente es lo siguiente: quiero quedarme con un punto dentro de todos los que se han mencionado aquí, que dice relación con la significancia del daño, lo que quiero revisar son unas afirmaciones iniciales que ha hecho la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina acerca de la significancia del daño. Posteriormente

quiero mostrarles un modelo que yo estimo que debería servir para indicarnos cómo podemos llegar a determinar la significancia del daño y después, para finalizar mi ponencia, pretendo mostrarles un caso, a propósito de una sentencia del Tribunal Ambiental de Santiago donde a mi juicio se cumplirían esos requisitos de modelo para determinar la significancia del daño ambiental.

Como se ve aquí en la definición, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente nos da una definición de daño ambiental; nos dice que daño ambiental es “*Toda pérdida, disminución o menoscabo significativo inferido al Medio Ambiente o a uno o más de sus componentes*”. Cuando uno se enfrenta a una demanda por daño ambiental, inmediatamente tiene que tratar de identificar o de utilizar, más bien dicho, dos cuestiones, los que yo denomino aquí criterios de pertenencia y criterios de significancia. ¿Qué significan uno y otro?

El criterio de pertenencia es el que nos sirve para definir o determinar que el componente afectado pertenece al Medio Ambiente. Desde luego que podemos tener casos donde el componente afectado no va a generar ningún problema, pero también vamos a tener zonas grises donde no vamos a saber con claridad y con precisión si el componente afectado forma parte o no del concepto de Medio Ambiente.

Y una vez que hemos determinado eso, tenemos que encontrar criterios de significancia, es decir, determinados requisitos, criterios, parámetros que nos permitan definir si ese daño, si esa afectación de un componente ambiental, es o no es significativo. ¿Y por qué es importante la significación del daño? Porque nos va a definir entre aquello que es legal y socialmente tolerable de aquello que no lo es. Los criterios de significancia del daño son, a mi juicio, elecciones normativas y, por lo tanto, descansan en preferencias, de alguna u otra forma, políticas. Aquí lo que hace el legislador es renunciar a la previsibilidad de las reglas, aquí lo que hace el legislador es decirle al juez “Usted decida cuáles son las afectaciones que son socialmente tolerables”. Y, por lo tanto, esa renuncia a la previsibilidad de las reglas abre un espacio importante para la creación jurisprudencial. Y a mi juicio, en nuestro país hemos ido avanzando, valga la redundancia, significativamente en la determinación de estos criterios de significancia del daño ambiental.

Fíjense que aquí hay una afirmación que uno puede encontrar recurrentemente dentro de la doctrina nacional, que dice que la “*Intensidad o envergadura del daño* (daño significativo) *contrasta con la amplitud con que el legislador consagró las formas de afectación y el concepto de Medio Ambiente*”, es decir, por una parte, tenemos un concepto amplio de Medio Ambiente y además tenemos distintas modalidades de afectación del Medio Ambiente: detrimento, menoscabo, disminución, pérdida, acción, omisión, etc. Pero, nos dice la doctrina, que el criterio de significancia lo que hace es restringir la reparación de los daños ambientales. Y yo lo que quiero tratar de demostrar es que esta afirmación a la luz de la jurisprudencia, al menos, podría ser cuestionada.

Vamos a ver algunos casos. Tenemos el caso de la Corte Suprema, “Consejo de Defensa del Estado con Sociedad San Juan de Kronstand y otros”; este es un caso que consiste en la construcción de casas y caminos en un área de preservación ecológica de un sector precordillerano generando erosión de suelo, alteración de desagües naturales, ausencia de crecimientos de plantas, intervención severa de vegetación autóctona, alteración de especies protegidas y de fauna. ¿Qué nos dice la Corte Suprema? La Corte Suprema nos da y nos enuncia una serie de criterios que podrían determinar al daño de relevancia. Nos dice, usted fíjese en la duración del daño; la magnitud del daño; la cantidad de los recursos afectados; si los recursos afectados son reemplazables; la cantidad o valor de los recursos dañados; el efecto que acarrearán los actos causantes en el ecosistema; la vulnerabilidad del ecosistema; la capacidad y tiempo de regeneración. Inmediatamente nos da un catálogo más o menos amplio y bastante preciso además acerca de cuáles son los criterios para determinar la significancia del daño.

Otro caso, “Fisco de Chile con Arzobispado de La Serena”. Este caso consiste en un desmantelamiento de una casa situada en una zona de conservación histórica de acuerdo al plano regulador comunal y que además había sido declarada zona típica de acuerdo al Decreto 499 del año '81 del Ministerio de Educación. Aquí se produce el desmantelamiento a través de la extracción de maderas, corte de vigas del entrepiso, retiro parcial de revestimientos y tabiquerías, cielos falsos, interiores, puertas y ventanas de madera. ¿Qué nos dice aquí la

excelentísima Corte Suprema? La Corte Suprema nos propone nuevamente una serie de criterios para determinar la afectación del daño. Nos dice afectación de la salud humana; afectación de elementos irremplazables; la irreversibilidad del daño y; la afectación del valor paisajístico y turístico de la zona. Evidentemente que aquí lo que hace la Corte es acoger la letra (b), esto es, la afectación de los elementos irremplazables. Nos dice que la casa está construida con una serie de elementos que fueron desmantelados, retirados y que esos elementos eran irremplazables y, por lo tanto, había un daño significativo.

Otro caso, el del “Estado de Chile con García Berrocal y otro”. Consiste en un corte no autorizado en una hijuela de una comunidad indígena Pedro Calfuqueo de especies araucarias y lenga además de la construcción de un camino de 2 kilómetros de largo por 6 metros de ancho afectándose el suelo, cursos de flora y fauna y además la belleza escénica del lugar. ¿Cuáles son los criterios que nos da la Corte Suprema? Primero, afectación de un momento natural; afectación de la belleza escénica del lugar.

Otro caso, “Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad”. En este caso se demanda la reparación de daño ambiental porque la empresa había construido 35 pozos ilegales, había además extraído de manera permanente e intensiva el recurso hídrico de la cuenca hidrográfica de la Pampa del Tamarugal. Este caso tenía la particularidad que en primera y en segunda instancia venía rechazado porque no se habría probado la significancia del daño en términos de magnitud, y la Corte Suprema les dice “sabe qué, aquí lo importante es que se está afectando un ecosistema vulnerable por la escasez de agua”, por lo tanto, no importa la magnitud ni importa determinar si la extracción de agua fue significativa o no en términos de cantidad, aquí lo importante es que la Pampa del Tamarugal y el ecosistema de la Pampa del Tamarugal es vulnerable frente a la escasez de agua.

Otro caso muy interesante también es el de la “Asociación de canalistas de Embalse Pitama con la Concesionaria Ruta del Pacífico”, como ustedes saben aquí la construcción por parte de la concesionaria de la ruta provocó la interrupción del curso libre de agua y esteros lo que impidieron el escurrimiento natural de las aguas, se produce un cúmulo de tierra y arena los que van luego depositándose en el embalse producto de la lluvia. Es decir, en este caso, se genera fango en el interior de este embalse en aguas que eran utilizadas para regadío y además para consumo humano. ¿Qué es lo particular de este caso? Lo particular de este caso es que el daño por sí solo no era significativo. ¿Qué es lo que era lo significativo? Lo significativo era que, si continuase la situación en la que estaba construyéndose esta ruta, existía una alta probabilidad de que ese daño fuera significativo. La Corte Suprema dice “no es necesario de que se provoque un daño significativo, si existe una alta probabilidad de que se va a producir manteniéndose las circunstancias del caso concreto”. Es decir, aquí se aplica de manera implícita el concepto de riesgo como un componente o un elemento del daño ambiental. Ahora bien siendo el riesgo una probabilidad de daño, la pregunta relevante es si puede servir para determinar la significancia del daño ambiental. A mi juicio, sí, siempre y cuando estemos en presencia de actividades que no están sometidas a instrumentos de gestión ambiental o bien de actividades que han incumplido instrumentos de gestión ambiental. ¿Por qué lo digo? Porque si existe un riesgo de probabilidad de daño, las herramientas de la responsabilidad por daño ambiental no son claramente suficientes y no están diseñadas para eso, están diseñadas esencialmente para reparar. Pero en este caso, se resuelve correctamente precisamente porque se había incumplido una resolución de calificación ambiental y, por lo tanto, se desarrollaba una actividad al margen de los instrumentos de gestión que son precisamente los que sirven para ir generando mecanismos preventivos.

Tenemos un caso también muy interesante en el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, “Municipalidad de Río Negro con Carrasco Valdeavellano”; aquí hay una demanda por reparación por daño ambiental debido a unas crecidas del río Chifín que se produjeron en el mes de junio del año 2014 producto de unas intensas lluvias, estas crecidas generaron a su vez una ruptura de las riberas del río producto precisamente de que la dueña del predio tenía extracción de áridos, esto produjo que las aguas se condujeran hacia la ruta U500, afectando las viviendas situadas en el lugar. Aquí el criterio que se utiliza para determinar el daño ambiental es el criterio del “daño irreversible”, es decir, este es un daño que por sí solo no se puede regenerar y, por lo tanto, es un daño significativo en la medida que para restituir el ambiente o uno de sus componentes al estado anterior necesitábamos necesariamente de la actividad del hombre. El Segundo Tribunal Ambiental en causa “Fisco con Sociedad Servicios Generales Larenas

Ltda”, también establece dos criterios relevantes: la vulnerabilidad de las especies que habitan el hábitat afectado y, además, el riesgo en la generación de un daño significativo. También el Tribunal Ambiental de Santiago, en la causa “Inversiones J y B Ltda. con Sociedad Contractual Minera Tambillos” nos dice que existen distintos criterios para determinar la significancia del daño: riesgo para la salud de la población; dimensión temporal de la afectación; reversibilidad de la afectación; pérdida de uso; entre otros.

¿Cuál es la conclusión que saco yo de este análisis jurisprudencial que, desde luego, no es completo ni tampoco necesariamente aleatorio? Que tenemos una gama muy amplia de criterios aplicándose por los tribunales de justicia. Por lo tanto, la identificación de cuándo un daño es significativo pareciera ser que no está relacionado necesariamente con los criterios, sino que está relacionado con un paso posterior que es el que quiero yo tratar de demostrar dentro de este modelo de definición de significancia del daño.

Algunas reflexiones críticas. Primero, me parece que aquí tiene que existir un diálogo y uniformidad entre los diferentes criterios para la determinación de la significación del daño ambiental. Y esto lo dije anteriormente, definir qué criterio se utiliza para definir un daño ambiental es una elección que descansa en preferencias y, por lo tanto, en umbrales acerca del daño que está permitido y no está permitido, pareciera ser razonable, a mi juicio, de que se vaya avanzando a nivel jurisprudencial en un cuerpo uniforme y consolidado de criterios que representen opciones socialmente aceptadas por la comunidad. Lo que están haciendo los jueces es tomar decisiones acerca del daño permitido y esas son decisiones, hasta cierto punto, políticas, que los jueces debiesen tener en consideración al momento de determinar la afectación del daño ambiental.

En segundo lugar, tenemos que caminar a la objetivación en la determinación de cada criterio específico. Muchas veces es la ley o la administración la que interviene, por ejemplo, en los casos en que la ley establece una especie protegida, una zona típica, un área de protección oficial, nos está dando desde ya un criterio de significación. Es decir, si se afecta cualquiera de estas áreas o cualquiera de estas especies ya por sí solo ese daño es significativo. Es significativo porque así lo ha dicho previamente el legislador. Ahí no vamos a tener problema. El problema lo vamos a tener cuando le toca al juez, porque ahí podemos caer en algo que yo denomino aquí subjetivismo, y que lo define por ejemplo, con una pregunta: ¿Cuándo hay afectación significativa al valor paisajístico? ¿Podemos determinar objetivamente cuándo se afecta el valor paisajístico? Evidentemente que no piensen en los casos extremos porque si hay una situación donde el paisaje se ve clara y notoriamente afectado no vamos a tener problema en identificarlo, pero las zonas grises son las que nos interesan. Y nos interesan además porque nos marcan umbrales y límites de aquellos daños que socialmente estamos dispuestos a tolerar.

En tercer lugar, tiene que haber aquí un diálogo científico, yo creo que los tribunales ambientales han trabajado muy bien con la ciencia porque las condiciones o los requisitos que me permiten hacer aplicable un criterio específico tienen que tener necesariamente una base científica; por ejemplo, si yo digo que el daño es irreversible tengo que tener una base científica que me diga cuáles son las condiciones, parámetros, o requisitos técnicos que definan a ese daño como un daño irreversible.

Cómo debiese articularse la determinación o definición de un daño significativo. En primer lugar, lo que hacen los jueces es definir el *componente afectado*, aquí puede estar afectado el suelo, el aire, el agua, la flora, la fauna, algún elemento histórico, cultural, etc. Después que yo elegí el componente afectado tengo que elegir un *criterio de significación*. Criterio de significación puede ser el carácter irreversible del daño, su magnitud, su vulnerabilidad, el carácter irremplazable, la duración del daño, los efectos en el ecosistema, etc. Este es un *juicio normativo* y, por lo tanto, es susceptible de ser correcto o incorrecto. Pero es un juicio normativo que no se agota en la pura normatividad, es decir, no se agota simplemente en escoger el criterio ya que posteriormente tengo que definir cuáles son las condiciones o parámetros para ser aplicable el criterio específico. Por ejemplo, ¿cuándo un daño es irreversible? ¿Cuándo el ecosistema es vulnerable? ¿Cuándo vamos a tener un daño de magnitud? ¿Por qué esta especie está protegida? Y aquí tenemos que compartir con el conocimiento técnico y científico. Y esto obviamente nos va a permitir realizar un juicio de verdad o de falsedad acerca de la significancia del daño ambiental.

Un buen ejemplo es el caso del Segundo Tribunal Ambiental el D-14-2014, quiero leerles de qué se tratan los hechos. Bueno, como ustedes saben, a días del terremoto del 27 de febrero del 2010, el Tranque de Relaves Las Palmas cuyo contenido provenía del proceso de cianuración de oro, así como de otros procesos relacionados con la obtención de zinc, plata y plomo; colapsó en un volumen cercano a 90% del total de su contenido. Producto del colapso, se esparcieron 200.000 m³ de relaves en una distancia de 350 metros cubriendo varias hectáreas de terreno. Como consecuencia inmediata del derrame murieron 4 personas sepultadas bajo 4 metros de residuos, se bloqueó el camino público de una longitud de 200 metros, así como también los causes de los esteros Las Palmas y Los Ladrones en una longitud aproximada de 500 y 180 metros, respectivamente. Ambos esteros pese a que su régimen hidrológico es netamente pluvial existía un escurrimiento menor de agua que se comenzó a embalsamar lentamente debido a la obstrucción de los causes.

Se demandó por daño ambiental, se alegó como *componentes afectados* el suelo, la flora, la fauna, los cursos superficiales y subterráneos de agua. Aquí me voy a referir solamente al componente suelo, el que se por acreditado en su afectación en los considerandos quincuagésimo a quincuagésimo noveno. Ahí existe un razonamiento probatorio de la corte que determinó la “afectación permanente del componente suelo en aproximadamente 50 hectáreas con cianuro y arsénico”. Luego en la sentencia se menciona cuál fue el criterio de significancia acogido, esto es, el riesgo para la salud de la población, no obstante que también se invocó la probabilidad de la extensión del daño, su dimensión temporal, su reversibilidad y la pérdida de uso. Posteriormente en el fallo se definieron las condiciones o parámetros para la determinación de ese criterio específico; aquí existió una definición normada porque por un lado el Decreto Supremo 148 del 2003 decía específicamente cuáles eran las sustancias tóxicas en el artículo 18 tabla 2 se hablaba específicamente del arsénico, y posteriormente a través de una pericia de un laboratorio acreditado se determinaba el carácter de residuos peligrosos, también hay informes técnicos de los servicios públicos que determinaron que esos residuos eran peligrosos y por lo tanto, contribuían un riesgo para la salud de la población.

En síntesis, se definió y probó el componente afectado (suelo), luego se escogió el criterio de significancia (afectación permanente), determinándose las condiciones o parámetros para la aplicación de ese criterio específico, condiciones que son, por una parte, normadas, y por la otra, probatoriamente justificadas.

Muchas gracias.



“FALTA DE SERVICIO Y RESPONSABILIDAD AMBIENTAL”

DR. PEDRO PIERRY

EX MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

Muchas gracias, muy buenas tardes.

Cuando hablamos de falta de servicio, contemplada en el artículo 42 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades, se incluye toda la administración del Estado, instituciones con personalidad jurídica o sin ella, descentralizadas o no, pero con una condición muy importante, todas son instituciones creadas por ley y por tanto regidas por el Derecho Público, excepción, por expresa disposición de la Ley de Bases, las empresas públicas creadas por ley, que son instituciones de derecho público, que forman parte de la Administración, pero que no se les aplica. También, de acuerdo con la Ley de Bases deberían estar excluidas las Fuerzas Armadas y Carabineros, pero de acuerdo con una jurisprudencia de la Corte Suprema, a las Fuerzas Armadas y Carabineros, no obstante estar excluidas de la Ley de Bases de la falta de servicio, se les aplica también a partir del artículo 2314 del Código Civil. También se le aplica, aunque no tiene nada que ver con la Administración del Estado, al Poder Judicial, de acuerdo con reciente jurisprudencia.

¿Qué caracteriza la falta de servicio? Es una materia que todos ustedes probablemente conocen así que voy a hacer sólo un resumen. La falta de servicio, la principal característica es la anti-juridicidad, aquí no habría contradicción con el artículo 3° de la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que habla de “todo el que culposa o dolosamente”, podría casi asimilarse la falta de servicio con la actitud culposa o dolosa, pero estamos hablando de que la falta de servicio equivale a una falta de la institución, no del funcionario. En la falta de servicio, lo interesante es que el servicio ha funcionado mal, tardíamente o no funcionado, de acuerdo, eso sí, a lo que se le puede exigir a un servicio en un país y momento determinado. De hecho, la falta de servicio en el caso ambiental puede aplicarse incluso fuera de la hipótesis de daño ambiental, aun cuando el daño no sea significativo y, por lo tanto, no calza dentro del artículo 2 letra d) de la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en efecto, podría eventualmente demandarse por falta de servicio a alguna institución del Estado.

En segundo lugar, hay que decir que la falta de servicio no es reparatoria del Medio Ambiente. No obstante que hay una duda conceptual en un punto que veré más adelante. Es una acción indemnizatoria, la falta de servicio corresponde a la responsabilidad civil extra contractual y esto es importante tenerlo presente en su relación con la acción de reparación ambiental, porque el artículo 3 de la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente hace la distinción entre reparación e indemnización en conformidad a la ley. El artículo 53 habla de que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria, o sea, es una acción distinta.

La falta de servicio tiene su origen en el derecho francés y su originalidad consiste en que en la falta de servicio no interesa la persona del funcionario, es el servicio lo que funciona mal, pero eventualmente si el funcionario ha actuado con particular gravedad, culpa grave o dolo, podríamos decir conforme al Derecho Civil, el Estado también tiene responsabilidad por esta falta personal, sin perjuicio de repetir contra el funcionario.

En cuarto lugar, hay que señalar que la falta de servicio sólo la pueden cometer el Estado y sus instituciones. Es por ello que la relación que pueda tener con la acción de reparación está siempre refiere en este caso a acciones contra el Estado o sus instituciones. No obstante, la referencia del artículo 51 de la Ley de Bases del Medio Ambiente al título 35 de Código Civil en lo no previsto, hay que decir que en lo referente a acciones de indemnización contra órganos de la administración debe entenderse que esa referencia está hecha al artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y al artículo correspondiente a la Ley de Municipalidades, o sea, a la falta de servicio.

En quinto lugar, quiero mencionar un aspecto de la Ley N° 19.300, que no es materia de esta presentación, pero de proceder contra el Estado la acción de reparación ambiental, surge la pregunta de si también debe resolverse de acuerdo a los principios de la falta de servicio. Procede o no, en la acción de reparación contra el Estado, y es o no por falta de servicio.

Jorge Bermúdez en el artículo titulado “Responsabilidad del Estado por Daño Ambiental”, después de señalar que la responsabilidad del Estado se regula siempre por el artículo 4 y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, duda de la procedencia contra el

Estado la acción de reparación, pero parece inclinarse por la afirmativa dos páginas después de haber dudado, en todo caso, como las normas del artículo 3 de la Ley de Bases del Medio Ambiente habla del que culposa o dolosamente, ese término aplicado al Estado podría asimilarse a una falta de servicio, no ya para indemnizar sino también para reparar.

En sexto lugar y vinculado con este concepto digamos que los juicios de indemnización de perjuicios por falta de servicio contra el Estado o sus instituciones, corresponden a lo que en derecho administrativo y en la jurisprudencia chilena se le conoce como contencioso administrativo de plena jurisdicción o declarativa de derechos. Su procedencia yo ya lo comenté y perdonen que me cite, en el artículo titulado “El derecho del entorno y lo contencioso administrativo”, antes que existiera el nombre de derecho ambiental, ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Entorno, que había articulado el profesor Rafael Valenzuela, de la Universidad Católica de Valparaíso, año 1977. Señalé, hace casi 40 años, comentando el proyecto de ley sobre contencioso administrativo presentado en ese entonces al Parlamento y que nunca prosperó, que el proyecto establecía la acción contencioso administrativa que permite que por esta vía se pueda obtener además la indemnización de los perjuicios ocasionados a las personas por la administración, ya sea con la actuación material o con la dictación de actos administrativos ilegales, ampliando con ello la acción de un recurso de nulidad a lo que en doctrina se conoce como el recurso de plena jurisdicción.

Las distintas actividades o funciones en que el Estado pueda ser responsable por falta de servicio en materia ambiental pueden ser agrupadas, a mi juicio, de la siguiente manera, en cuatro distintos grupos:

- El primero, se refiere a actividad material dañina realizada por el Estado o sus órganos sin que existan antecedentes jurídicos directos. Así, por ejemplo, los hospitales de los servicios de salud pueden quemar desechos produciendo daño ambiental. Ello es una actividad material de una institución del Estado.
- Un segundo grupo se refiere a la actividad dañina ocasionada por el Estado, pero a diferencia de la anterior, como consecuencia directa o que proviene directamente de su actividad jurídica. Esto es, de actos administrativos de imperio público que fundamentan una actividad del Estado que causa daño. Como, por ejemplo, un acto administrativo que dispone construcción de un camino a través de un parque por el Ministerio de Obras Públicas. El camino es una actividad material que se va a construir, pero su fundamento está en un acto administrativo de imperio por parte del Estado. Ahí está la diferencia con respecto al punto anterior, en este caso el daño se va a materializar al ejecutarse el acto jurídico, pero lo hemos aislado del caso anterior porque tiene su origen inmediato y directo en una actividad jurídica.
- Una tercera actividad, que puede dar origen a responsabilidad del Estado por falta de servicio en el plano teórico, es la actividad dañina o de daño ambiental causado por particulares. Esta vez no por el Estado, por particulares, pero que proviene o es consecuencia directa de una norma o acto permisivo por parte del Estado. En este caso, el Estado autoriza a un particular para ejecutar una actividad y esa actividad causa un daño. Autorización que reviste carácter de ilegal. Aquí nos encontramos con un acto administrativo de autorización que está en el origen del daño que va a causar el particular al Medio Ambiente. El Estado tendrá responsabilidad en ese daño ambiental causado por un particular con su autorización, o sea, con un acto administrativo que sería constitutivo de falta de servicio.
- Por último, se puede dar un cuarto aspecto en que puede producirse un daño ambiental en que esté envuelta la responsabilidad del Estado por falta de servicio, cuando se trata de una actividad causada por particulares pero que proviene de la omisión por parte del Estado al no ejecutar sus normas de policía administrativa. Esto es, actividad dañina causada por particulares, contraviniendo normas de policía pero que el Estado no ha actuado debiendo hacerlo para evitar que el particular cause el daño ambiental. En otras palabras, se trata una omisión del cumplimiento de normas de policía. Recordemos el concepto de policía administrativa como normativa jurídica de restricción de libertades. Respecto a esta normativa, contenida en leyes y reglamentos, el Estado tiene que velar por su cumplimiento y cuando en caso hipotético no lo hace, comete falta de servicio.

Tenemos entonces, en resumen, actividad dañina de carácter material causada por el Estado; actividad dañina causada por el Estado con fundamento en una norma jurídica acto administrativo; actividad dañina causada por particulares como consecuencia de autorización o aprobaciones y actividad dañina causada por particulares por omisión de normas de policía.

La acción judicial por responsabilidad por falta de servicio es una acción de indemnización de perjuicios, éstas son hipotéticamente posibles en las cuatro situaciones descritas. En todas ellas, podría demandarse al Estado para que se le obligara a indemnizar. En todas las hipótesis descritas, probada la ilegalidad de la actuación del Estado, ya dijimos que la actuación tenía que ser antijurídica, se podría condenar al Estado o sus instituciones a indemnizar perjuicios. Hay aquí, sin embargo, que hacer algunas precisiones en relación con el tema de la ilegalidad del acto administrativo.

En el primer caso, actividad material de la Administración, hay que probar falta de servicio, aquí hay un fallo interesantísimo del 30 de octubre del 2014, en el famoso caso de Fernández Farfán con Servicio de Salud de Arica, en que se condenó al Servicio de Salud de Arica por falta de servicio utilizando expresamente dicha nomenclatura porque había funcionado mal al trasladar estos residuos con plomo en un lugar que había una población cercana, condenado por un hecho por falta de servicio. Podríamos poner un ejemplo también, el quemar desechos de hospital, trasladar residuos peligrosos. Actividad material, lo que se prueba es la falta de servicio.

Se podría incluso pensar en la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300, en que dice que se presume legalmente la responsabilidad trasladado al Estado en una presunción legal de falta de servicio. El tema de la presunción de falta de servicio en derecho administrativo es un tema importante y que se ha propuesto por varios autores, entre ellos yo, en que hemos sugerido que debe utilizarse la presunción de falta de servicio como un elemento importante en esta materia.

En el segundo y tercer caso, que era el Estado con actividad jurídica o el particular autorizado, en que el Estado actuó con imperio y son manifestaciones de ese imperio autorizaciones o permisos a particulares o disponer actividades propias que puedan llegar a causar daño, la falta de servicio está ligada indisolublemente a la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos previos. Para que exista falta de servicio es necesaria una declaración de ilegalidad de dichos actos. Ello nos lleva necesariamente a otro tema distinto, que es la impugnación de actos administrativos de naturaleza ambiental pero que tenemos que mencionar en relación con la falta de servicio.

En estos casos, hay que distinguir si la legalidad del acto ha sido discutida o no en procedimientos de impugnación. La legalidad ha sido discutida en procedimientos de impugnación, en esta hipótesis, la normativa ambiental contempla varios casos de acciones contencioso administrativas contra actos administrativos. Distintos reclamos ante el Tribunal Ambiental contra resoluciones del Comité de Ministros; reclamos contra Decreto Supremo sobre Normas de Calidad Ambiental; reclamos contra resoluciones de la Superintendencia de Medio Ambiente; reclamos contra resoluciones pronunciadas en procedimientos de invalidación, etc. Si se ha hecho uso de estos procedimientos y por sentencia ejecutoriada se ha resuelto que los actos reclamados no adolecen de ilegalidad, evidentemente cualquier daño producido no podrá dar a lugar a indemnización por falta de servicio y aquella no existirá porque presupone un actuar antijurídico que aquí no existe. Por el contrario, si el acto es anulado por los tribunales queda abierta la posibilidad de demandar por falta de servicio.

Ahora bien, si la legalidad no ha sido discutida en los procedimientos de impugnación ¿puede discutirse la legalidad del acto en un juicio indemnizatorio? ¿Podrá hacerse en un juicio de indemnización? Esto nos lleva a la distinción de las acciones contencioso administrativas, entre las de nulidad y las de plena jurisdicción o declarativas de derecho. Las primeras, la de nulidad, no se podrían interponer según la jurisprudencia. En efecto, se ha sostenido recientemente que si existen acciones de impugnación contempladas en la ley se deberá utilizar éstas y no es procedente la acción de nulidad de derecho público. Las segundas, las declarativas de derechos, sí. Siempre que no sea el directo interesado sino un tercero afectado.

Pero, en todo caso, ya sea que la resolución haya sido anulada por ilegal o en estos juicios declarativos de derechos en que no hay resolución previa de un Tribunal Ambiental sobre la legalidad de la resolución, hay que señalar algo de enorme importancia: no toda ilegalidad es igual a falta de servicio. En un fallo muy importante, San Andrés con Municipalidad de Villarrica, la Corte Suprema ha sostenido que el concepto de ilegalidad y de falta de servicio son completamente separados. Y así, por ejemplo, un acto puede ser ilegal y dar lugar a anulación, pero no constitutivo de falta de servicio. Como, por ejemplo, un acto por incompetencia en que la misma medida podría haber sido dictada por otra autoridad, que no es falta de servicio; un acto administrativo que ha sido anulado, pero producto de un cambio de criterio, por ejemplo, de la Contraloría General de la República; un acto administrativo anulado porque el criterio está sentándolo en ese momento el tribunal, pero que no constituye la aplicación de un criterio distinto, una falta de servicio.

Como ustedes ven entonces, en estos casos, aun habiendo resolución que ha sido declarada ilegal o que no siéndolo sea discutida y el tribunal puede llegar a la conclusión de que es ilegal, no necesariamente produce falta de servicio. Dijimos también ya que en el primer caso cuando era actividad material había que probar la falta de servicio de acuerdo con las condiciones en que el Estado puede actuar.

Veamos ahora el cuarto caso, que es el caso de las omisiones. En el juicio ordinario correspondiente hay que probar la ilegalidad de la omisión y si ella constituye falta de servicio. Teniéndose presente, igual que en la situación anterior, que no toda ilegalidad, en este caso no toda omisión ilegal equivale a falta de servicio.

Ahora bien, analicemos el tema de la titularidad de la acción. Partimos de la base que siempre es un particular el que litiga contra el Estado o alguna de sus instituciones, pero puede darse el caso de litigios entre instituciones de la administración del Estado, instituciones descentralizadas con personalidad jurídica contra el Estado Fisco o viceversa. Y también puede darse el caso de juicios por falta de servicios entre órganos personificados entre sí como, por ejemplo, sería, entre una municipalidad y una universidad estatal en que a ambas se les aplican los conceptos que hemos hablado de falta de servicio.

Por último, respecto a la prescripción de las acciones. El artículo 63 de la Ley N° 19.300, señala que la acción ambiental y las acciones civiles de emanadas de la acción ambiental, como es el caso de la falta de servicio prescribirán en el plazo de 5 años contados desde la manifestación evidente del daño. Aquí hay una diferencia con respecto a la regla general, partiendo de la base que es más especial esta norma que la norma general para los efectos de la falta de servicio. Primero por la diferencia del plazo de 4 años que establece el artículo 2332 del Código Civil que es aplicable a la falta de servicio por el artículo 2497 del Código Civil referido que sobre las leyes de prescripción a favor o en contra del Estado, o sea en este caso, el plazo de prescripción es de 5 años. Pero hay algo más interesante que el plazo, que es el cómputo del plazo. Porque la norma ambiental señala que éste es contado desde la manifestación evidente del daño y en ese sentido, no voy a decir algo diverso. Pero hay que tener presente que la jurisprudencia no ha sido completamente precisa en esta materia respecto de cuánto se cuenta el plazo en relación con la prescripción de la falta de servicio porque en algunos fallos se ha dicho de la manifestación del daño, pero hay otros fallos que han dicho lo contrario. Pero, además, en el caso, por ejemplo, de la Ley Auge vinculado a la responsabilidad por falta de servicio en materia de responsabilidad médica de las instituciones de salud, expresamente se dice que el plazo de prescripción, que es de 4 años, comienza a correr desde el hecho mismo que es el momento del daño, o sea, aquí habría una modificación respecto a estas normas.

“FUNDAMENTOS Y PROPUESTA LEGISLATIVA PARA UNA NUEVA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN CHILE, ELABORADA POR LA COMISIÓN FORO PENAL”

DR. JEAN PIERRE MATUS

UNIVERSIDAD DE CHILE



Prof. Dr. Jean Pierre Matus Acuña, Talca* * Director Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Miembro de la Secretaría Técnica de la Comisión Foro Penal; director@dpenal.cl.

En el presente texto, se desarrollan las ideas que sirvieron de fundamento a la propuesta de regulación de los delitos contra el medio ambiente, preparada por la Secretaría Técnica de la Comisión Foro Penal, y que fueran acogidas prácticamente en su totalidad en el articulado del texto de Anteproyecto de Código Penal entregado al Presidente de la República el día 18 de diciembre de 2005 y, recientemente, en un Proyecto de Ley separado de dicho Anteproyecto, presentado en el Congreso Nacional de Chile.²⁴² Estas ideas y articulado propuestos fueron elaborados, en una versión preliminar, en el marco del Proyecto FONDECYT 1010206-2001, sobre tratamiento penal de los delitos contra el medio ambiente en Chile, que dirigió en la Universidad de Talca, cuyos resultados se encuentran publicados en un texto de mi edición²⁴³. Para llegar a estas conclusiones, se elaboraron durante el año 2001 diversos estudios de derecho comparado e internacional²⁴⁴, los que se complementaron, durante el año 2002, con otras investigaciones sobre el derecho internacional y el nacional²⁴⁵. El resultado de estas investigaciones fue discutido entre los investigadores del proyecto y expertos extranjeros en el Seminario Internacional sobre Derecho Penal del Medio Ambiente, que se desarrolló en Talca y Curanipe, en el mes de octubre de 2002²⁴⁶, y en reuniones informales en enero de 2003 con miembros de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Posteriormente, al presentarse el texto a la Comisión Foro Penal, se introdujeron modificaciones al articulado primitivo para adecuarlo a la sistemática general del Anteproyecto e incorporar las observaciones de los miembros de la Comisión.²⁴⁷

242 Véase, al respecto, Proyecto de Ley presentado por los Senadores Ávila, Girardi, Flores y Ominami, Boletín N° 5614-12, que Establece Delitos contra el Medio Ambiente, en: http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5654-12 (visitado el 25.5.2008).

243 Cf. Matus (Ed.), *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Jurídica, 2004. El Informe Final del que se extrajeron las ideas aquí reproducidas fue elaborado por Matus, Ramírez, Castillo y Orellana, todos investigadores de la Universidad de Talca.

244 Los estudios referidos son los siguientes: “Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile”, de los Profs. Matus y Orellana. “Informe sobre la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado de tradición continental”, de los Profs. Matus, Ramírez y Castillo; y “Derecho penal ambiental en la tradición del Common Law”, del Prof. Orellana.

245 En este período, bajo la Dirección del Prof. Matus, se terminaron las Memorias para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, “Obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados no suscritos por Chile, Recopilación de Tratados Internacionales”, de la alumna Allende; y “Análisis de los delitos de carácter ambiental contenidos en el Código penal y en las leyes especiales chilenas”, de los alumnos Troncoso y Quiroga.

246 Donde se presentaron, además, las ponencias que en forma resumida se incorporan a este trabajo, de los Profs. Álvarez (Cuestiones dogmáticas sobre el delito de contaminación ambiental en el artículo 325 del Código penal español), Brandariz García (Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente), Faraldo Cabana (Autoría mediata con aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial); y Puente Aba (La reparación en el marco del derecho penal medioambiental).

247 El proceso señalado explica por qué no se han considerado en este texto las reformas legales fuera de Chile y bibliografía de derecho comparado posteriores al año 2002 (especialmente la reforma de 2003 al art. 323 del código penal español, cuya importancia es, en todo caso menor, al menos frente al desarrollo jurisprudencial, como puede verse en Menéndez, en: Carbonell Mateu et al [Ed.], *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 635-643), las que no se tuvieron en cuenta como fundamento por los miembros de la Comisión Foro Penal al momento de aprobar el articulado propuesto. El lector interesado en el estado actual del derecho comparado puede consultar, a modo ilustrativo, las siguientes monografías de reciente aparición: a) para el derecho español: Rodríguez López, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal: la administración pública como garante*, 2007; b) Escajedo, *El medio ambiente en la crisis del Estado social: su protección penal simbólica*, 2006; c) para el derecho alemán: Saliger, *Umweltstrafrecht*, 2007; Martin, *Sonderdelikte im Umweltstrafrecht*, 2006; d) para la regulación de la comunidad europea: Foerster, *(Umwelt-) Strafrechtliche Maßnahmen im Europarecht: Bedeutung des EuGH-Urteils Rs C-176/03, Kommission/Rat*, 2007; Knaut, *Die Europäisierung des Umweltstrafrechts: von uneinheitlichen nationalen Regelungen über einheitliche europäische Mindeststandards hin zur Optimierung der Umweltstraftrechtsordnungen*, 2005; y sobre todo, la nueva Propuesta de Directiva de la Comunidad Europea, en <http://ec.europa.eu/environment/>

Siguiendo el esquema desarrollado en la investigación que dio origen a esta propuesta, sus fundamentos se exponen en siete partes, correspondiendo las seis primeras al texto del Informe Final del mencionado Proyecto FONDECYT 1010206-2001: la primera aborda la cuestión de la necesidad de un derecho penal protector del medio ambiente, ante los riesgos a que se encuentra sometido en las sociedades contemporáneas; la segunda, la necesidad de su regulación desde el punto de vista del Derecho Internacional y las obligaciones contraídas en la materia; la tercera, una descripción sucinta de los modelos de regulación de la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado; la cuarta, una explicación acerca de las normas de derecho penal ambiental vigentes en Chile; la quinta, el porqué de la insuficiencia legislativa penal para la protección del medio ambiente, a la luz de las obligaciones internacionales contraídas en la materia, el estado del derecho comparado y la necesidad de evitar la burla del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; la sexta, una reseña y crítica científica de los proyectos de ley en materia penal ambiental presentados al Congreso Nacional; y la séptima, los fundamentos del proyecto de articulado presentado a la Comisión Foro Penal y el texto de la propuesta de Proyecto de Ley elaborado, producto final de nuestras investigaciones.

I. La conciencia de los peligros ambientales y el sistema chileno de protección del medio ambiente

Ya es un lugar común afirmar que asistimos en la actualidad al escenario de una progresiva preocupación a nivel nacional e internacional por los peligros que, para la vida y la salud de las actuales y futuras generaciones, entrañan los fenómenos de degradación ambiental propios del estado actual del desarrollo económico y social de nuestra comunidad; es, naturalmente, esta preocupación la que motiva la pregunta acerca de la necesidad de una regulación penal de los graves atentados contra el medio ambiente y, consecuentemente, de la forma en qué dicha regulación debiera plantearse.

Esta preocupación de nuestra comunidad se refleja en la cobertura informativa que se ha dado a diversos fenómenos propios de nuestro tiempo, que van más allá de las periódicas saturaciones de contaminantes en el aire de nuestras ciudades²⁴⁸, tales como episodios de grave contaminación de las

crime/index.htm (visitado el 21.4.2008); e) para la situación en Latinoamérica: Cassola Perezutti, Medio ambiente y derecho penal: un acercamiento, 2005; y f) para el estado legislativo, jurisprudencia y opiniones doctrinarias en los Estados Unidos de América, véase la completa información contenida en la página Web <http://www.hg.org/envirus.html> (visitada el 22.4.2008). Finalmente, para el derecho italiano, que no se fue considerado en los trabajos previos a la elaboración de la propuesta legal, véase el extenso trabajo de Ramacci, Diritto penale dell'ambiente: CEDAM, 2007. Asimismo, el texto no considera las propuestas legislativas chilenas posteriores a diciembre de 2005, las cuales recogen en su mayor parte los fundamentos de esta propuesta y muchas de sus disposiciones. Entre ellas se cuentan las mociones del año 2006 de las diputadas Pascal y Pacheco, y de los diputados Accorsi, Jiménez, Vallespín, Bauer y Sepúlveda que "sanciona los delitos contra el medio ambiente cometidos por personas jurídicas" (Boletín 4256-12, en http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2007-08-06.3540267194/4256_12.pdf [visitada el 22.4.2008]); y la más reciente, de 2007, presentada por los senadores Ávila, Girardi, Navarro y Ominami, que expresamente se basa en esta propuesta y la reproduce casi íntegramente, en la forma que apareció en el texto citado en la nota al pie n° 1 (Boletín 5654-12, disponible en <http://sil.senado.cl/pags/index.html> [visitado el 22.4.2008, se debe agregar el número de Boletín a la página de búsqueda que aparece].

248 Ver al respecto las múltiples notas de prensa surgidas en relación a la contaminación ambiental en el Gran Santiago, particularmente las referidas a las alertas ambientales ocurridas en pasado año (por todos, El Mercurio, de 4 de mayo de 2002, Cuerpo C). Pero también existen otros riesgos de contaminación del aire no siempre igual de destacados, pero a veces de mayor gravedad para la salud de quienes los padecen, como la contaminación por plomo y cobre sufrida por un sector de la ciudad de Antofagasta (El Mercurio, 9 de noviembre de 2002, Cuerpo C). Entre la bibliografía científica, pueden verse los textos de Hajek/Espinoza/Gross, percepción de los problemas ambientales en las Regiones de Chile, 1994, A. A. V. V., Gestión Ambiental del Gobierno de Chile, 1997; y Geisse, 10 años de debate ambiental, 1993.

aguas de los ríos²⁴⁹ y mares²⁵⁰, etc. Últimamente, además, hemos visto la preocupación de la prensa por otro problema propio de las sociedades contemporáneas: el tratamiento de la producción de residuos de toda naturaleza, que podrían llegar a contener ciertas sustancias especialmente nocivas, y cuando no es ese el caso, su sola acumulación sin control ni tratamiento adecuado puede revestir una importante cuota de gravedad y peligrosidad para el medio ambiente y la salud de las personas²⁵¹. A estos fenómenos han de sumarse los peligros que origina respecto de la mantención de las propiedades del aire, el agua y los suelos, la necesaria producción y transporte de elementos nucleares, químicos, biológicos y otras sustancias peligrosas, actividades que fuera de control pueden incluso afectar directa e indirectamente la vida y la salud de las personas y de la flora y fauna nacionales.²⁵²

Para enfrentar estos fenómenos, el derecho del medio ambiente en Chile ha experimentado numerosos y significativos cambios en los últimos 10 años, los cuales, como es sabido, han estado orientados a establecer, por una parte, una Institucionalidad Ambiental, conformada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente y sus respectivas Comisiones Regionales; y por otra, un conjunto de instrumentos jurídicos, entre los que destacan el Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental de las actividades y proyectos que inciden en el medio ambiente, y las Normas de Calidad y de Emisión dictadas en su conformidad, instrumentos inspirados en el propósito de lograr un desarrollo sustentable que permita, en el corto, mediano y largo plazo, el cumplimiento de estándares o normas de calidad ambiental que permitan el cabal disfrute de todos los chilenos del derecho consagrado en el artículo 19 No. 8 de nuestra Carta Fundamental.

Así, mientras el Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental pretende lograr una adecuada prevención y control de las actividades que podrían llegar a originar daños ambientales; la promulgación progresiva de Normas de Calidad Ambiental fija las metas ambientales generales para todo el territorio o parte de él, y especialmente, los objetivos y acciones a realizar para mantener las propiedades del ambiente sano y libre de contaminación; en tanto que las Normas de Emisión permiten fijar las cantidades máximas de emisión de contaminantes a cada fuente individual, estableciendo mecanismos de adaptación progresiva a dichos límites de las actividades sujetas a control.

Sin embargo, no existen en la Ley N° 19.300 ni en los restantes instrumentos ambientales, mecanismos de carácter penal establecidos directamente para sancionar a quienes causen un grave daño ambiental o burlen derechamente el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, haciendo ilusorias sus finalidades.

En efecto, El Título III de la Ley No. 19.300 establece, por una parte, una acción de carácter civil derivada solamente de daños ambientales y que se rige por los criterios tradicionales de responsabilidad extracontractual (artículo 51. inc. final), particularmente en lo referido a la prueba del dolo o la culpa civil (artículo 51 inc. primero) y de la relación de causalidad para efectos de

249 Ver al respecto, la noticia referida a las emergencias ambientales por derrames mineros en el tranque Talabre (Calama) y en el Río Elqui (El Mercurio, 9 de noviembre de 2002, Cuerpo C).

250 Un ejemplo de lo cual fue el grave suceso del hundimiento del buque petrolero Prestige, y el posterior derrame de su cargamento en las costas gallegas (Emol, 30 de noviembre de 2002).

251 El ejemplo más paradigmático de lo cual es el problema suscitado por el control de los vertederos y el depósito de residuos sólidos, reflejado en el Editorial de La Tercera, de 14 de febrero de 2002. Esta preocupación también se ha reflejado a nivel parlamentario, en las mociones contenidas en el Boletín 150-11, donde se intentó legislar prohibiendo el ingreso al territorio nacional de desechos provenientes de terceros países; en el Boletín 2401-12, sobre un Proyecto de Ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos; y en el Boletín 2721-12, que contenía un Proyecto de Ley que prohibía el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra.

252 Godoy, alcalde de San Miguel y Presidente de Emeres, informó a la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados (Sesión 35ª de la 342 Legislatura, 5.9.2000), que en ese año a un vehículo que transportaba cloro al 8%, sin autorización ni medidas de prevención adecuadas, se le cayó una bolsa en la Carretera del Sol, lo cual dio como resultado que ocho funcionarios municipales y cuatro bomberos, fueran hospitalizados. Ver, además, el estudio Riesgo y Costo Social del Transporte de Sustancias Peligrosas en la Minería, por Wrann, Andía y Lagos, del Centro de Investigación Minero Metalúrgico y Pontificia Universidad Católica de Chile, Informe de Avance, Mayo 2000, en <http://www.cipma.cl/hyperforum/chile1.doc>.

obtener una indemnización (artículo 52). Estas limitaciones, mitigadas por la existencia de una acción de carácter meramente reparatorio del ambiente (artículo 53), respecto de la cual se abre el abanico de personas legitimadas para actuar (artículo 54) y se establece un procedimiento sumario algo más expedito que el juicio ordinario civil (artículos 60 y siguientes).

Por otra parte, las sanciones que se establecen en el artículo 57 de la Ley 19.300, respecto de los responsables de fuentes emisoras que infrinjan regulaciones relativas a los planes de prevención o descontaminación, o a las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, si bien permiten sancionar por una vía que parece indicada (salvo en cuanto supone la realización de un juicio civil ante la judicatura ordinaria) ciertas infracciones de carácter menor a normas medioambientales, claramente son insuficientes preventivamente respecto de hechos de grave contaminación ambiental o peligro de ella, puesto que las normas de emisión y de calidad ambiental están referidas a finalidades de gestión que toman en cuenta factores acumulativos, territoriales, temporales, y hasta estacionales, los que hacen difícil identificar hechos que por sí mismos puedan considerarse como de grave daño ambiental.

Lamentablemente, tampoco el sistema fiscalizador de carácter administrativo dispuesto en el artículo 64 de la Ley No. 19.300 parece suficiente para los propósitos antes enunciados, básicamente por reducir su aplicabilidad al control del adecuado cumplimiento de las condiciones en que se autorizaron los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dejando a las Comisiones Regionales y Nacional del Medio Ambiente impedidas de aplicar la fuerte multa que allí se dispone (hasta 500 UTM), a quienes sencillamente burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental²⁵³ o causan graves daños ambientales no vinculados a proyectos o actividades sujetos a dicho sistema, etc. Asimismo, se crea un sistema burocrático, con un procedimiento que no está claramente descrito en la ley, y que opera, en la actualidad, a través de “Comités Operativos de Fiscalización”, cuya constitucionalidad y legalidad son dudosas.²⁵⁴

Incluso la referencia que en dicho artículo 64 de la ley No. 19.300 se hace al ejercicio por parte de las Comisiones Regionales o Nacional de las “acciones ... penales que sean procedentes”, parece de muy difícil aplicación práctica, pues como veremos a continuación, el resultado de nuestras investigaciones demuestra que las normas penales relativas al medio ambiente vigentes en Chile, parecen insuficientes –si se contraponen a la luz del estado actual del Derecho Internacional (y de las obligaciones contraídas en ese ámbito) y del derecho comparado– para sancionar adecuadamente a quienes causan sucesos de grave contaminación o daño ambiental, ponen en grave peligro al medio ambiente y, consiguientemente a nuestra comunidad, o burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

II. Las exigencias impuestas por el Derecho Internacional en materia penal ambiental

En cuanto a la preocupación de la comunidad internacional – y del Estado de Chile como parte de la misma –, a partir de la década de 1950, con la celebración del Convenio de Londres de 1954, para la Prevención de la Contaminación del Mar por Hidrocarburos y, con mayor fuerza, con posterioridad a la Declaración adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo del día 5 al 16 de junio de 1972, aquélla se ha visto reflejada

253 Como la propia Contraloría General de la República ha reconocido en su Dictamen No. 8.988, de 14 de marzo de 2000, no existen sanciones en la Ley No. 19.300 para quienes infringen la obligación en ella establecida de someter los Proyectos o actividades que se señalan en su artículo 10 al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Cf. Bascuñán Muñoz, *Jurisprudencia de la Contraloría General de la República relativa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: 1997-2000*, 2001).

254 En efecto, cuando se discutió el artículo 77 de la Ley 19.300. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se acordó en el Senado otorgar al Director Ejecutivo de la CONAMA la facultad de crear Comités operativos, como “comités consultivos para el estudio, consulta, análisis y coordinación en materias relativas al medio ambiente”, posibilitando la incorporación de personas ajenas a la CONAMA, pero sin hacerse en ningún momento referencia a una función fiscalizadora y sancionatoria, como la que ha derivado en la práctica (Cf. Toledo Tapia, *Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Historia fidedigna y concordancias internas*, 1996, p. 249).

en un impresionante corpus de Declaraciones, Resoluciones, Tratados multi y bilaterales, etc.²⁵⁵, en el cual aparece como una idea-fuerza constante la necesidad de sancionar penalmente y con independencia del régimen administrativo, las graves infracciones a la regulación ambiental de cada país, idea que se recoge en el Principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992, donde se insiste en la necesidad de que “los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente”, que reflejen “el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican”.

Esta necesidad, en los términos de la Comisión de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Criminal (fundida actualmente con la Oficina de las Naciones para el Control de las Drogas y la Prevención del Delito), debe traducirse en una activa participación de la “justicia criminal en la protección del medio ambiente” y en la adopción por parte de los Estados de disposiciones penales que castiguen: a) infracciones que tuviesen o pudiesen tener efectos transfronterizos que afectasen a la comunidad internacional toda, como las relativas a las emanaciones de gases invernaderos; b) infracciones que tuviesen efectos en un país distinto del lugar donde se cometen; y c) infracciones que pudiesen ser consideradas graves “delitos contra el medio ambiente” en cualquier país, entre los que debieran incluirse los relativos al patrimonio cultural, los relativos al manejo de desechos tóxicos y a la flora y fauna; y el cambio de la tradición romanista contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerada como “un instrumento ineficaz para combatir los delitos graves contra el medio ambiente porque la gran mayoría de los delitos de degradación ambiental era atribuible a entidades privadas y públicas”²⁵⁶

Ya en particular, la necesidad de adoptar un régimen jurídicamente más coercitivo para prevenir daños ambientales, aparece claramente en una serie de Tratados y Convenciones suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, que abordan la protección del ambiente desde distintos puntos de vista, imponiendo obligaciones de diversa índole en orden a la:

1. Protección penal medio ambiente antártico

El artículo 13.1 del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, Madrid, 4 de octubre de 1991, señala que “cada Parte tomará medidas adecuadas en el ámbito de su competencia para asegurar el cumplimiento de este Protocolo, incluyendo la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas”.

255 No es claro el número total de Tratados, Convenciones, Declaraciones, etc., que directa o indirectamente tienen relación con el medio ambiente. Fuentes Olivares, en su Manual de Derecho Ambiental, 1999, p. 119 s., señala que existirían más de 4.000 instrumentos jurídicos en la materia, de los cuales, “de carácter estrictamente internacional, con pretensión de universalidad y globalidad, hay alrededor de 152”; en tanto que González/Sánchez/Sáenz, op. cit., p. 792, hablan de “varios centenares de textos”. En Recopilaciones elaboradas por la doctrina iuspublicista, podemos señalar que Wirnie y Boyle, Basic Documents on International Law and the Environment, 1995, enumeran a esa fecha alrededor 40 instrumentos que pueden considerarse como punto de partida para el estudio del Derecho Internacional Ambiental. Por su parte, respecto a los instrumentos suscritos por la República de Chile, el Prof. Llanos Mansilla, en su trabajo, también de 1995, La protección Jurídica del Medio Ambiente en Chile: Convenios internacionales, transcribe más de 70 Tratados, Convenciones y Declaraciones relativos a la materia. Para efectos de su estudio particular, nuestra Comisión Nacional del Medio Ambiente ha realizado una selección de los Tratados Internacionales relativos al ambiente, considerando como más relevantes para Chile un grupo de aproximadamente 20 Tratados, incluyendo sus respectivos Protocolos, cuyos principales contenidos, con referencia a su grado de cumplimiento a nivel nacional, se recopilan en la obra de Montengro/ Hervé/Durán, Los Tratados Ambientales: Principios y aplicación en Chile, 2001. Por su parte, el PNUMA, en su texto Derecho Internacional Ambiental Regional, recopila 31 tratados y convenciones aplicables en América Latina.

256 Informe de la Reunión del Grupo Especial de Expertos sobre las formas más eficaces de cooperación internacional contra la delincuencia transnacional, Viena diciembre 1993 (E/CN.4/1994/4/Add. 2,10) y del Noveno Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, El Cairo, 29 de abril a 8 de mayo de 1995 (A/CONF.169/16, 352-361).

2. Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva

EL artículo 7 de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena/ Nueva York, de 3 de marzo de 1980, establece que “la comisión intencionada” de los actos que se detallan, relacionados con el tráfico ilícito de materiales nucleares (plutonio y uranio en su estado no mineral) “(1) será considerada como delito punible por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional” y que “(2) cada Estado Parte deberá considerar punibles los delitos descritos [...] mediante la imposición de penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de su naturaleza”. También relacionado con los materiales nucleares, el artículo I del Tratado que Prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y el Mar, Moscú 5 de agosto de 1963, obliga a los Estados a “prohibir” “el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas [biológicas], equipos y vectores”, por una parte; y realizar una “explosión de prueba de armas nucleares” u “otra explosión nuclear”, por otra. Finalmente, similares obligaciones establece el Artículo IV de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, Londres/Moscú/ Washington, 1972.

3. Protección penal del medio ambiente, y particularmente de los suelos, frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos

La Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989, establece en su artículo 4 que “(3) las Partes considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es delictivo”, agregando, en consecuencia, como obligación específica en su artículo 9, que “(5) cada Parte promulgará las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito”.

4. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas

El artículo 4 del Convenio Internacional Para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/1978), y particularmente la derivada de los derrames incontrolados de hidrocarburos, señala que “toda trasgresión de las disposiciones del presente Convenio ... estará prohibida y será sancionada por la legislación de la Administración del buque interesado”, lo que el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar de 1982, parece suponer casi sin lugar a dudas adoptar disposiciones legales en el orden interno de carácter penal, en orden a “proteger y preservar el medio ambiente marino”, y prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marítimo en sus diversas manifestaciones, obligaciones extensibles a las prohibiciones que dispone el artículo VII del Convenio Sobre Prevención de la Contaminación el Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias de 1972.

Además, facultando a los Estados para imponer sanciones de carácter penal que protejan las aguas marinas, encontramos el Artículo III del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres, Quito 22 de Julio de 1983; y el Artículo II del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Radioactiva, Paipa (Colombia), 1981.

5. Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre

La más antigua disposición al respecto es la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y su Anexo, Washington, de 2 de diciembre de 1946, cuyo Artículo IX dispone que “(1) cada Gobierno Contratante tomará las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y la sanción para las infracciones a tales disposiciones en las operaciones efectuadas por personas o por naves bajo su jurisdicción”, agregando “(3) los juicios por infracciones o contravenciones a esta Convención serán entablados por el Estado que tenga jurisdicción sobre tales delitos”.

Actualmente, la Conferencia de las Partes de la Convención Sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), Washington, 3 de marzo de 1973, entiende que dicho tratado obliga a aquéllas a establecer estrictas medidas de control sobre el tráfico ilícito de especímenes de especies en peligro y adoptar, en caso de violación de esas

medidas de control, “las medidas apropiadas, en conformidad al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, en orden a penalizar tales violaciones”²⁵⁷.

Además, el artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en la misma Conferencia Internacional de Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992, “obliga” a “cada parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda”, a establecer “un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica” y “la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas”. Junto a este tratado, existen también otros que se refieren a particulares elementos de la fauna y flora silvestre dignos de protección, en que se faculta a los Estados a adoptar medidas coercitivas, incluidas las penales, por supuesto. Entre ellos tenemos: el artículo 2 (2) de la Convención Sobre Conservación de Focas Antárticas, y su Apéndice, Londres 1 de junio de 1972; el Artículo V de la Convención para la protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, Washington, 12 de octubre de 1940; los artículos 2º y 4º del Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña, Lima, diciembre de 1979; el Artículo Tercero del Convenio sobre Resguardo de Bosques Fronterizos Contra Incendios, suscrito entre el Gobierno de Chile y el de Argentina, Santiago de Chile, 22 de diciembre 1961; y los Artículos 2 y 3 de la Convención sobre Prohibición de Pesca con Redes de Deriva de Gran Escala en el Pacífico Sur, 1989, y su Protocolo de 1990.

III. Los modelos de regulación de la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado

Siguiendo los dictados de los Tratados y Convenciones Internacionales, y afrontando derechamente la preocupación de las sociedades actuales por la degradación del medio ambiente, en buena parte de las naciones de nuestra órbita cultural podemos encontrar recientes modificaciones legales que abordan directamente la protección penal del medio ambiente o de la institucionalidad ambiental, asumiendo de este modo la insuficiencia de las vías civiles y administrativas para afrontar los problemas derivados de la degradación del medio ambiente en el estadio de desarrollo social y cultural que nos encontramos. Entre estas soluciones normativas al problema de la regulación de la protección penal del medio ambiente, podemos destacar las siguientes.

1. Los delitos contra el medio ambiente en el derecho de tradición continental

Entre las legislaciones de tradición continental que han establecido nuevas figuras penales que castigan de manera más o menos independiente, hechos que afectan o pongan en peligro el medio ambiente, podemos encontrar dos modelos diferentes de tratamiento del llamado delito ambiental: el de regulación general y el de regulación especial. La diferencia entre los modelos radica, básicamente, en la técnica legal empleada: en el primero los delitos de contaminación aparecen en el Código penal (así, en Europa, España y Alemania); mientras que, en el modelo de regulación especial, el legislador ha optado por incorporar tales delitos en una Ley especial relativa al medio ambiente, que regula la protección del medio ambiente como objeto especial, tanto en los aspectos penal, procesal y administrativo (así, en Latinoamérica, Brasil).

Entrando en algún detalle, podemos constatar que de entre las legislaciones que siguen el modelo de regulación general, el Código penal español de 1995 establece en el Capítulo III del Título XVI de su Libro segundo, artículos 325 a 331, los llamados “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En ese título, denominado genéricamente “delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” se contemplan también los “delitos contra la ordenación del territorio” (Cáp. I), los que recaen “sobre el patrimonio histórico” (Cáp. II), y los “relativos a la protección de la flora y fauna”. De entre el variado catálogo de figuras penales que se contemplan en las disposiciones aludidas, parece haber acuerdo en la doctrina que el delito referido a la afectación propia del medio ambiente como tal, sería el contemplado en el artículo 325, conocido como “delito ecológico” o “de contaminación”, que recoge con algunas alteraciones el antiguo artículo 347 bis del Código Penal de 1944 (introducido por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio) y castiga con penas privativas de libertad,

257 Resolutions of the Conference of the Parties to CITES in effect after the 11th meeting, Cites Secretariat, 2000, Res. 11. 3, p. 119.

multa e inhabilitación, al que “contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”²⁵⁸. En el mismo artículo 325 se contempla una primera agravación, consistente en provocar un “riesgo de grave perjuicio [...] para la salud de las personas”. El mismo efecto agravante se establece en el artículo 326 cuando en la comisión del delito concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones;
- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior;
- c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma;
- d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración;
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico; y
- f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones”. En figuras aparte, el artículo 328 castiga con la pena de multa y arresto de fin de semana a quienes establecieran depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las persona; y el artículo 330 impone la pena de prisión de hasta cuatro años y multa a “quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo”.

Por su parte, la legislación alemana reunió (18ª Ley de Reforma del Derecho Penal de 1980 y Segunda Ley para el Combate de la Criminalidad Ambiental de 1994 – 31ª Ley de Reforma del Derecho Penal –) en el actual Capítulo 29 de su Código penal, §§ 324 ss, bajo el epígrafe “Delitos contra el medio ambiente”, la mayor parte de los hechos de contaminación punibles que recaen sobre los “medios del ambiente”, estableciendo tipos penales diferentes para cada uno de ellos (agua, aire, suelo), junto con previsiones específicas para la protección de la flora y fauna, figuras penales antes dispersas en leyes especiales, siguiendo –al decir de Tiedemann– “la nueva política criminal alemana de ubicar todos los delitos importantes en el Código Penal común”, pues “son los delitos incluidos en el Código Penal los que interesan no sólo (y en cuanto tales) al público sino especialmente a los juristas, comenzando por los estudiante y terminando por los jueces y por la doctrina penal”, como una forma de hacer patente “la idea de que estamos ante una verdadera delincuencia [que] merece ser tomada seriamente en cuenta”²⁵⁹. Actualmente, el derecho penal ambiental alemán contempla las siguientes figuras penales: contaminación o alteración no autorizada del agua o de sus propiedades físicas (§ 324); aterramiento o depósito de materiales en el suelo, en importantes cantidades o poniendo en peligro serio la salud de las personas o la vida animal, vegetal y la pureza de las aguas, en contravención al ordenamiento administrativo (§ 324a); emisión e inmisión en el aire de sustancias no autorizadas, que puedan causar serios daños a la salud de las personas, la vida animal o vegetal, o la pureza de las aguas (§ 325); producción no autorizada de ruidos que puedan causar daños a la salud de las personas o serios daños a los animales y propiedades ajenas (§ 325a); verter, tratar, trasladar, o evacuar residuos químicos peligrosos o radiactivos no autorizados o fuera del margen de una autorización (§ 326); el establecimiento y administración no autorizados de instalaciones de energía nuclear, o de otras empresas productivas o extractivas que deban contar con autorización especial (§ 327); la realización no autorizada de operaciones o tratamientos con combustibles nucleares y otros elementos radioactivos (§ 328); la contaminación industrial no autorizada del aire durante

258 Cf., por todos, Huerta Tocildo, *Revista Penal* 8 (2001), 39 (41); Lizaur G. Margallo, *Rev. Jurídica Univ. Interamericana de Puerto Rico*, vol. XXXV, Nº 1 (2000), 39 (43); Vercher, *Revista Penal* 7 (2001), 99 (106).

259 Tiedemann, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, 1993, p. 175 s.

períodos de emergencia ambiental²⁶⁰, la de aguas o fuentes de agua especialmente protegidas, así como la destrucción o alteración de parques naturales y áreas protegidas (§ 329). Estas figuras pueden agravarse, en un primer orden, cuando la contaminación producida pueda llegar a permanecer “largo tiempo”, con ella se ponga en peligro el suministro de agua a la población, se amenace la existencia de una especie animal o vegetal, o se haya producido por puro “afán de lucro”; y en segundo lugar, cuando se haya causado la muerte de una persona o se haya puesto en grave peligro la vida o salud de una persona o se haya puesto en peligro la salud de un número indeterminado de personas (§ 330). Además, el § 330a contempla una figura especial y agravada de peligro concreto para la salud y vida de las personas, consistente en la diseminación o liberación de venenos o sustancias que pueden transformarse en venenos que causen el peligro de muerte o de grave daño a la salud de otro o de daño en la salud de un número indeterminado de personas, que, según la doctrina mayoritaria concurre idealmente con el resto de los delitos que protegen el medio ambiente²⁶¹.

En Brasil, en cambio, donde se sigue el modelo de regulación especial, es una ley separada del Código punitivo –la Ley N° 9.605, de 12 de febrero de 1998, que establece sanciones penales y administrativas derivadas de conductas o actividades lesivas contra el medio ambiente–, donde se encuentran las sanciones penales en esta materia, las cuales, respondiendo a la exigencia constitucional contemplada en el artículo 225 § 3 de la Constitución Federal de 1988, castigan penalmente a quienes realicen actividades o conductas lesivas para el medio ambiente, sean personas naturales o jurídicas²⁶². Desde el punto de vista formal, dicha Ley consta de 8 capítulos y 82 artículos, que desarrollan un amplio abanico de materias, no sólo penales (comprendidas en su Capítulo V), sino también infracciones administrativas, aplicación de la pena, ejercicio de la acción y el proceso penal, cooperación internacional para la preservación del medio ambiente, etc. En particular, el mencionado Capítulo V se divide en 5 secciones que tratan las siguientes materias: la Sección I “De los Delitos contra la Fauna”; la Sección II “De los Delitos contra la Flora”; la Sección III “De la Contaminación y otros Delitos Ambientales”; la Sección IV “De los Delitos contra el Ordenamiento Urbano y el Patrimonio Cultural”; y la Sección V “De los Delitos contra la Administración Ambiental”²⁶³. En cuanto a los delitos de contaminación propiamente tales, particular interés merece el artículo 54 de la Ley, que contempla propiamente el delito de contaminación, castigando con pena de reclusión de uno a cuatro años y multa, el “causar polución de cualquier naturaleza en niveles tales que resulten o puedan resultar de ella daños a la salud humana, o que provoquen una mortandad de animales o una destrucción significativa de la flora”; sancionándose además, con una pena inferior, su comisión culposa (artículo 54 § 1°). Las penas se agravan cuando la contaminación afecta directamente un área habitada, el agua potable, las playas o se comete por vertimiento de basuras o hidrocarburos (artículo 54 § 2°), o cuando se omite adoptar las medidas preventivas de un daño ambiental grave o irreversible, ordenadas por la autoridad competente (artículo 54, § 3°). En esta Sección se contemplan además dos delitos que castigan hechos potencialmente contaminadores, pero sin relacionar su comisión con la contaminación propiamente tal. Así, el artículo 56 sanciona penalmente el “producir, procesar, embalar, importar, exportar, comercializar, guardar, transportar, almacenar, tener en depósito o usar productos o sustancias tóxicas, peligrosas o nocivas para la salud humana o el medio ambiente, sin cumplir las exigencias legales o reglamentarias”. En este delito, también se castiga el abandono de tales sustancias o su utilización en contra de las normas de seguridad (artículo 56 § 1°), y su comisión culposa (artículo 56, § 3°), agravándose la pena en caso que la sustancia sea “nuclear o radioactiva” (artículo 56, § 2°). Por su parte, el artículo 60 castiga el “construir, reformar, ampliar, instalar o hacer funcionar, en cualquier parte del territorio nacional, establecimientos, obras o servicios potencialmente contaminadores, sin licencia o autorización de los órganos ambientales competentes, o en contravención a las normas legales y reglamentarias

260 No aplicable a los conductores de automóviles, quienes se rigen sólo por las disposiciones de Policía del tráfico rodado (Fischer, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar 55. Ed. 2008).

261 Cramer, en Schönke/Schröder: Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 25. Ed. 1997, Comentarios a los artículos 324 ss.

262 Ver Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro, 1992 (5ª Edición), pp. 460 y ss.

263 El único delito de esta sección que no tiene relación directa con el tratamiento de la participación de los funcionarios públicos en actos de contaminación, es el del artículo 69, una especie de desacato administrativo, que castiga el “obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais [...]”.

aplicables”. Finalmente, se dispone que las penas de estos delitos se agravan todavía más, en casos de contaminación dolosa, cuando “resulta un daño irreversible a la flora o al medio ambiente en general” (Art. 58, I); “resulta una lesión corporal grave en otra persona” (Art. 58, II); y cuando “resulta la muerte de otro” (Art. 58, III).

2. Los delitos contra el medio ambiente en el common law. El sistema norteamericano.

Como principal característica del derecho penal ambiental en los EUA, tenemos su fragmentación en diversas leyes, protectoras a su vez de los distintos componentes del medio ambiente, a saber: la Clean Air Act (CAA), sobre contaminación del aire y la atmósfera²⁶⁴; la Clean Water Act (FWPCA), sobre contaminación de las aguas²⁶⁵; la Resource Conservation and Recovery Act (RCRA), para tratar el problema del manejo de los desechos peligrosos, “desde la cuna hasta la tumba”²⁶⁶; la Comprehensive Environmental Response, Conservation and Liability Act (CERCLA), que estableció mecanismos para la limpieza de los sitios contaminados con desechos peligrosos²⁶⁷; y finalmente la Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA) y la Toxic Substances Control Act (TSCA), que introducen delitos ambientales en el ámbito de las sustancias químicas²⁶⁸.

El desarrollo normativo del derecho penal del medio ambiente en los EUA no se agotó con la promulgación de estos estatutos, sino que más bien ha seguido una sostenida expansión, mediante modificaciones sucesivas y sustanciales a dichas leyes, con la intención explícita de fortalecer el programa de protección penal del medio ambiente. Es así como, por ejemplo, ciertas faltas se elevaron a crímenes, se eliminaron ciertos elementos subjetivos del tipo, se aumentaron las penas, y se introdujeron delitos de peligro. Estas innovaciones perseguían fortalecer la capacidad del Estado para hacer efectiva la responsabilidad penal ambiental²⁶⁹.

Entre los aspectos más relevantes que distinguen este vasto sistema de protección del medio ambiente frente a los propios del sistema continental, aparte de la abierta admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de cierta tendencia a objetivizar al extremo las figuras penales, encontramos el hecho de que, aunque en última instancia el bien jurídico protegido por el sistema penal ambiental es la integridad del medio ambiente, de los elementos que lo componen y de la salud de las personas, su protección se realiza en primera línea mediante la protección penal de la integridad del esquema administrativo que establece los mecanismos de protección ambiental. Así, en el entendido que ciertas declaraciones falsas o la omisión de las mismas usualmente buscan esconder el incumplimiento de la legislación ambiental y por ende afectan el funcionamiento y los objetivos de conservación del ambiente del sistema administrativo, se castiga penalmente la entrega de información falsa y la mantención de registros falsos, por parte de los operadores económicos a quienes se obliga a entregar información sobre una serie de elementos que configuran el impacto ambiental de sus actividades; el omitir la entrega de información a la autoridad, cuando ellos es obligatorio por ley; la omisión de entregar notificación inmediata acerca de derrames de petróleo o de liberación de sustancias peligrosas al ambiente, etc. Junto con esta protección del funcionamiento de la administración ambiental, las leyes que regulan la materia proveen también castigo a fenómenos de grave contaminación descontrolados, como la descarga no autorizada de contaminantes al aire o a las aguas, en infracción a los permisos ambientales, diferenciando en estos casos entre simples delitos (felonies) si el agente actuó a sabiendas (knowingly) y faltas (misdemeanors) si el agente actuó de forma negligente (negligently). Además, se contemplan delitos de knowing endangerment, que se acercan a la categoría de lo que nosotros conocemos como delitos de peligro concreto. En ellos se exige que el agente,

264 33 U.S.C. § 7413

265 33 U.S.C. § 1319.

266 42 U.S.C. § 6928.

267 42 U.S.C. § 9603.

268 7 U.S.C. § 136-136 y 15 U.S.C. § 2601-2629, respectivamente.

269 Ver Schroeder, 35 Wm. & Mary L. Rev. 251, 1993.

además de la infracción de la norma o permiso ambiental, actúe con el conocimiento que coloca a otra persona en peligro inminente de muerte o de lesiones corporales serias. Estos delitos llevan aparejadas las penas más severas del sistema, hasta 15 años de cárcel y US\$ 250.000 de multa, las cuales son dobladas en casos de reincidencia. En caso que el autor del delito sea una organización, las multas penales pueden ascender hasta US\$ 1.000.000 por cada violación, las que se calculan aparte de las multas administrativas y la reparación del ambiente.

IV. El estado actual de la protección penal del ambiente en Chile. La inexistencia de una legislación específicamente dirigida a la protección penal del medio ambiente

Como resulta evidente de la presentación de las diversas mociones parlamentarias surgidas en la materia²⁷⁰, no existe en Chile una protección penal sistemática y enfocada precisamente a la protección del medio ambiente en sí, como no existía en la mayor parte de las legislaciones del siglo pasado, básicamente porque al consolidarse la codificación decimonónica, no había una preocupación por el medio ambiente como tal como hemos visto hoy en día. En ese sentido, nuestra legislación se encuentra en un estadio de desarrollo del derecho penal ambiental que podríamos denominar de “prescindencia”, en que (como también sucede en otras naciones amigas, como la Argentina²⁷¹), la regulación penal de hechos que podrían considerarse como de contaminación o peligro de contaminación o daño ambiental, ha de buscarse en disposiciones del Código penal y de leyes especiales, que no han sido establecidas directa e independientemente con ese propósito, sino con el de proteger otros bienes que, al momento de la codificación o al de dictarse las diversas leyes especiales, se consideraron como dignos de una protección penal, atendiendo a la protección penal de intereses generales (como sucede con algunos delitos contra la salud pública) o específicos en algunos casos (como en muchas leyes especiales). Ahora bien, si ordenamos esas normas desde la perspectiva del medio ambiente y los elementos que lo constituyen, podemos constatar que el sistema chileno de protección penal del medio ambiente está compuesto principalmente por las siguientes normas.

1. Protección penal del aire y la atmósfera

En la actualidad no existe en nuestro país ningún simple delito o crimen que castigue fenómenos de grave contaminación del aire, pudiendo citarse al respecto sólo las faltas de los números 20 (infracción de las reglas de policía en la elaboración de objetos fétidos o insalubres), 22 (no entregar basuras o desperdicios a la policía de aseo) y 29 del artículo 496 del Código penal (construcción en contravención de los reglamentos de fuentes de emisión fija –hornos, chimeneas o estufas–), de nula aplicación práctica.

2. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas

En nuestro Código penal, el principal delito que protege penalmente a las aguas es el de su artículo 315, que castiga el envenenamiento o infección de aguas destinadas al consumo público (elaboradas para ser ingeridas por un grupo de personas indeterminadas), reduciendo con ello considerablemente su ámbito de aplicación, más aún si se tiene en cuenta que la contaminación aquí se limita a la proveniente de sustancias que podrían considerarse “venenosas” o “infecciosas”, y el carácter únicamente doloso del hecho punible, que excluye los corrientes casos de grave contaminación de mares, ríos o afluentes, causados por evitables y previsibles “accidentes” cuyo origen puede encontrarse en la negligencia, imprevisión o temeridad de quienes controlan las fuentes de emisión. Este delito se agrava seriamente si se produce la muerte o enfermedad grave de una persona (artículo 317 Código penal), agravación que suponen la comprobación de las siempre complicadas relaciones de causalidad entre la contaminación de las aguas y la muerte o enfermedad de una persona. Otros delitos vinculados a la protección de las aguas, relativos más bien a la mantención de sus caudales más que a su contaminación, son los de sacar éstas sin derecho de sus caudales (artículo 459 del Código penal); y alterar su reparto o permitir su sustracción (artículo 480 Código de Aguas).

²⁷⁰ Ver *Infra*, el apartado VI. de esta presentación.

²⁷¹ Cf. Libster, *Delitos ecológicos*, 2ª ed. 2000.

Como un propio delito de contaminación de las aguas, particularmente de las marinas, encontramos en la Ley General de Pesca el delito de su artículo 136, que castiga al que introdujere o “mandare a introducir” en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños. Con lo importante que resulta como modelo de regulación la decisión de contemplar expresamente un delito de contaminación y el castigo de quien decide la acción material (“manda a introducir”) aún antes de ejecutarse (lo que transforma a la figura en delito de peligro), la disposición citada deviene en la práctica como de muy difícil aplicación, en primer lugar, porque no contempla la figura culposa, que es la de mayor realización fenomenológica, y en segundo término, porque no se define en ella en qué consiste el daño que se pretende evitar, y del cual debe probarse una relación de causalidad con la introducción del agente contaminante, cuyo nivel de neutralización para excluir la tipicidad del hecho tampoco se encuentra fijado por la ley, a pesar de que en ella parece entenderse implícitamente que es posible la introducción de tales agentes a la aguas, siempre que previamente estén neutralizados.

3. Protección penal de los suelos y de los espacios naturales

Tampoco existe a este respecto un delito que castigue propiamente la grave contaminación de los suelos o la alteración de sus propiedades, y sólo muy indirectamente, su degradación podría ser objeto de sanción penal a título de usurpación (artículo 462 del Código penal), cuando es dolosa y tiene por finalidad alterar o destruir los términos o límites de una propiedad; o a título de infracción al artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que castiga la venta en verde de loteos que han de ser urbanizados, sin que previamente se cumplan los requisitos que dicha ley establece. Directamente, sólo podría entenderse que el artículo 38 de la Ley de Monumentos Nacionales permitiría la sanción penal de quienes degraden o contaminen seriamente los suelos de los “Santuarios de la Naturaleza”, entendiéndose que dicha contaminación sería una forma de “causar un perjuicio” a tales “Monumentos Naturales”²⁷².

4. Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la flora y fauna silvestres

A este respecto, nuestra Ley es, sin duda, más pródiga y cumple de mejor manera las prescripciones del Derecho Internacional, pues no sólo se castiga la propagación sin permiso de la autoridad de enfermedades o plagas animales (Art. 289 del Código penal); sino también la “propagación indebida” de cualquier organismo, producto, elemento o agente químico, viral, bacteriológico, radiactivo o de cualquier otro orden que por su naturaleza sea susceptible de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población. En estas figuras es donde mejor aparece recogida la idea del castigo a la emisión indebida de un contaminante, en los términos del artículo 2º de la Ley No. 19.300 (“todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”), pero únicamente referida a aquélla que pone en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población (de productos animales o vegetales, se entiende). Sin embargo, la falta de una clara identificación de los deberes jurídicos que debieran infringirse para cometer el delito, hacen de muy difícil aplicación práctica la fórmula utilizada por el legislador; ello, sin contar con la dificultad adicional de probar la propagación de tales sustancias y, sobre todo, su capacidad (una vez propagadas) para poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población.

Por otro lado, la fauna silvestre rara, protegida o en peligro de extinción encuentra una decidida protección penal, integrando al derecho nacional las obligaciones contraídas en el tratado CITES, en los artículos 30 y 31 de la Ley de Caza, recientemente reformada íntegramente, donde se prohíbe la caza, captura y tráfico ilícito de tales especies. La Ley General de Pesca también ofrece una importante protección penal a las especies hidrobiológicas, castigando la pesca con artes prohibidos (artículo 135), la introducción ilegal de especies hidrobiológicas de carnadas no autorizadas (artículo 137), así como el procesamiento, elaboración o transformación de recursos

272 También podrían entenderse como parte de la dispersa legislación protectora de los espacios naturales especialmente protegido, las normas de la Ley de Bosques, que se citan en el siguiente apartado. Cf., con detalle, Castillo S., Régimen jurídico de protección del medio ambiente, 2ª ed. 1994.

hidrobiológicos vedados (Art. 139), disposición esta última de gran importancia como modelo de regulación, pues no sólo establece sanciones para personas jurídicas, sino que, además, hace directamente responsables de la falta que contiene a los gerentes o administradores de la industria donde se ella comete.

Finalmente, y en cuanto a la protección de la flora, nuestra Ley se limita a un castigo genérico, a título de incendio, de la destrucción por esta vía de bosques, mieses, plantíos y montes, siempre que el delito se cometa dolosamente (artículo 476 No. 3 del Código penal), y culposamente, sólo en los casos de roza a fuego con infracción de reglamentos (artículos 18 y 22 de la Ley de Bosques). Lamentablemente, los Reglamentos a que se refieren estas últimas disposiciones no han sido dictados. La misma Ley de Bosques contempla en su artículo 21 el delito de corte y tala ilegal de bosques y arbustos nativos; sin embargo, las limitaciones que se establecen para ese corte o tala están vinculadas más bien al aseguramiento de la mantención de los suelos y manantiales que a la protección de la masa arbórea, y siempre se permite solicitar al Servicio Agrícola y Ganadero una autorización para dicha tala o corte, con lo que la prohibición puede terminar siendo ilusoria.

5. Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva

Este es otro aspecto de nuestra legislación en la materia que puede considerarse suficientemente regulado, atendido que, por una parte, la Ley de Seguridad Nuclear, No. 18.302, castiga penalmente la realización sin autorización de actividades relativas a la energía y materiales nucleares (artículo 45); la causación dolosa o culposa de un “daño nuclear” (artículo 47); el peligro que para el ambiente importa el daño, ataque o sabotaje de instalaciones nucleares (artículo 41); el robo, hurto, sustracción o apropiación ilícita de materiales radioactivos (artículo 41, inc. 1°); el dar ocasión negligentemente al robo, hurto, sustracción o apropiación de dichos materiales (artículo 43 inc. 2°); y la amenaza condicional de causar un daño nuclear (artículo 46). Y por otra, La Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, prohíbe absolutamente la posesión de armas especiales, esto es, “las químicas, biológicas y nucleares” (artículo 3° inc. 4), castigando con severas penas su porte y posesión (artículos 13° y 14°) – sin ofrecer siquiera un régimen de permisos sobre ellas, como en el caso de las armas de fuego comunes.

En resumen, a pesar de la no despreciable cantidad de las normas penales reseñadas (y de la relativa importancia de cada una de ellas), su carácter asistemático y de indirecta relación con el medio ambiente y sus componentes, deriva a la postre en su insuficiencia para proteger adecuadamente dichos intereses, como veremos a continuación.

V. La insuficiencia de la actual legislación penal ambiental chilena para una adecuada protección del medio ambiente y de la institucionalidad medioambiental. Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, actualmente vigentes, para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas en la materia

Revisado el actual estado de la legislación nacional relativa a la protección penal del medio ambiente, la primera conclusión que de ello resulta, la obvia inexistencia de una protección penal específicamente dirigida al medio ambiente o sus elementos, deja en entredicho el nivel de cumplimiento de las sugerencias que en esta materia se han realizado en el plano del Derecho Internacional. Pero también en particular, respecto de las materias en que específicamente los tratados suscritos por Chile imponen el establecimiento de delitos ambientales en la legislación nacional, una revisión del panorama legislativo nacional nos muestra serias insuficiencias, que es deber del Estado suplir.

En efecto, atendiendo el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales, podemos constatar lo siguiente:

- a) Que existe un pleno grado de cumplimiento respecto de la obligación de proteger penalmente el ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva, mediante las figuras penales contempladas en las leyes 18.314, Sobre Control de Armas, y 18.302, sobre Seguridad Nuclear;
- b) Que similar grado de cumplimiento parece existir respecto de la protección penal de la

biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre, a través de las disposiciones citadas en el apartado anterior contempladas en el Código penal, en la Ley General de Pesca y en la Ley de Caza; y

c) Que, en cambio, no existe una protección penal específica, en los términos a que obligan los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, por no existir tipos penales específicos, o porque los existentes no ofrecen un adecuado grado de protección en los términos de los tratados o convenciones, respecto de la protección penal del medio ambiente antártico (no existe legislación específica en la materia, y sólo podría aplicarse a su respecto el artículo 136 de la Ley General de Pesca, en cuanto se refiere a la contaminación de las aguas, pero con las importantes dificultades antes señaladas); del medio ambiente, y particularmente de los suelos, frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos (un Proyecto de Ley que regulaba la materia –Boletín 150/11– fue archivado recientemente en esta Cámara); y de las aguas, particularmente de las marinas (El D.L. 2.222, Ley de Navegación, entrega el control de la contaminación por hidrocarburos previsto en el Tratado MARPOL a la Dirección del Territorio Marítimo, estableciendo un régimen de sanciones administrativas solamente; mientras el artículo 136 de la Ley General de Pesca presenta serias dificultades de aplicación, como ya se explicó).

1. Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, para la prevención de fenómenos de grave contaminación ambiental

Salvo las disposiciones de difícil aplicación práctica relativas a la contaminación de aguas con venenos o productos infecciosos (artículo 315 del Código penal) y de la introducción en ella de agentes contaminantes “que causen daño a los recursos hidrobiológicos” (artículo 136 de la Ley General de Pesca), no existen en nuestro ordenamiento jurídico normas que, como las previstas en el derecho comparado, castiguen la grave contaminación (tanto dolosa como negligente) de los aires, las aguas y el suelo, ni tampoco los hechos que producen serios riesgos de contaminación, como los relativos al tráfico ilícito de desperdicios y sustancias altamente peligrosas para el medio ambiente y aún la salud de las personas, originados tanto en el abuso de los permisos obtenidos mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como en la codicia o maldad humana, o incluso en la negligencia de quienes, realizando actividades o proyectos peligrosos para el medio ambiente, no ponen el debido cuidado que ello exige para impedir derrames de fluidos o sustancias que podrían dañar gravemente el medio ambiente y la vida y salud humana, animal y vegetal.

Sin embargo, también es cierto que resulta muy difícil la configuración de delitos de grave contaminación ambiental, tomando en cuenta la inexistencia actual de Normas de Emisión para todos los contaminantes²⁷³; la utilización de las existentes como instrumentos de gestión ambiental,

273 Actualmente se han dictado sólo las siguientes Normas de Emisión:

- Respecto de contaminantes en el aire, por fuentes móviles: D.S. N° 104 de 2000 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), Norma de emisión para motocicletas; Decreto N° 130 de 2002 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Subsecretaría de Transportes), Normas de emisión de Co, Hct, Hcnm, Ch4, Nox y material particulado para motores de buses de locomoción colectiva de la ciudad de Santiago; Decreto N° 103 de 2000 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Medio Ambiente), Norma la emisión de hidrocarburos no metánicos para vehículos livianos y medianos ; D.S. N° 4 de 1994 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), Normas de emisión de contaminantes aplicables a los vehículos motorizados;
- Respecto de la contaminación del aire por otras fuentes: D.S. N° 167 de 1999 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para olores molestos; D.S. N°. 165 de 1999 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para la regulación del contaminante arsénico emitido al aire.
- Respecto de la emisión de contaminantes en las aguas:
D.S. N° 90 de 2000 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales; y D.S. 46 de 2002 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.
- Respecto de la emisión de contaminación lumínica en las II, III y IV Regiones: D.S. N° 686 de 1998 (Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción), Norma de emisión para la regulación de la contaminación lumínica;
- Respecto de la contaminación por ruidos molestos:

que permiten el gradual acercamiento de las fuentes a los límites que se fijan para cada una de ellas; y sobre todo, el carácter de dichas Normas de Emisión, cuyos límites máximos toman en cuenta objetivos relacionados con Normas de Calidad Ambiental, lo que supone considerar el efecto acumulativo de ciertas emisiones en determinados ámbitos territoriales, que por lo mismo, no permite tomarlas en general como indicadores de la gravedad intrínseca de la emisión de contaminantes en cada fuente, individualmente considerada.

2. Insuficiencia de los instrumentos jurídicos actualmente disponibles para la sanción de quienes burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Asumiendo que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previsto por la Ley No. 19.300 ha de constituir la base de la gestión ambiental nacional, si fijamos la atención en la necesaria protección que debiera dispensarse al adecuado funcionamiento de la administración ambiental – como se dispensa por la vía penal en el sistema norteamericano –, para evitar su burla y descrédito consecuente (junto con los peligros o daños ambientales que de ello derivan), podemos hacer notar ciertas insuficiencias graves en la legislación ambiental, que no se encuentran en otros ámbitos de actividades especialmente reguladas.

Así, mientras en nuestra legislación se sanciona con las penas del perjurio a quienes presentan declaraciones juradas falsas para la realización de determinados trámites o la obtención de ciertas prestaciones²⁷⁴, quien presenta ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental una declaración jurada falsa sobre el Impacto Ambiental de su actividad o proyecto no está sujeto a ninguna sanción específica.

Lo mismo sucede con la presentación de antecedentes falsos o la omisión de otros verdaderos al presentar los correspondientes a un Estudio de Impacto Ambiental, cuya falsedad u omisión no tienen una sanción penal, mientras que sí la tendrían si se tratase de antecedentes a presentar con relación a la mayor parte de las actividades sujetas al control estatal por medio de Superintendencias u otros organismos de la Administración²⁷⁵.

Tampoco existen específicas sanciones que castiguen a quienes – como lo hace el artículo 327 del Código penal respecto de los peritos judiciales y otros funcionarios auxiliares de la justicia que emiten informes falsos –, en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, emitan, a favor de terceros interesados, informes falsos o incompletos que influyan en la decisión de la Comisión respectiva o que, interviniendo de cualquier manera en el proceso oculten o adulteren información que deba tomar en cuenta el órgano resolutorio competente.

D.S. N° 146 de 1997 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas.

274 Ver al respecto: artículo 29 DL 1.305/1976 que reestructura y regionaliza el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo; artículo 17 DL 1.939/1977; artículo 1.° Ley 18.270, Establece Normas Para El Otorgamiento De Títulos Gratuitos De Dominio Sobre Tierras Fiscales Rurales En La XI Región; artículo 11 inc. 4 o. y 18 inc. 3°. Ley 18.883, Aprueba Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales; artículo 12 inc. 4 o. y 17 inc. 3°. Ley 18.834, Estatuto Administrativo; artículo 6 o. Ley 19.360; artículo 18 Ley 18.603, Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos; artículo 16 DL 539/1974, Establece Normas Sobre Reajustabilidad Y Pago De Dividendos De Deudas Habitacionales.

275 Ver al respecto: artículo 70 Ley 16.741, Establece Normas Para Saneamiento De Los Títulos De Dominio y Urbanización de Poblaciones en Situación Irregular; artículo 1 o. Ley 19.083, Establece Normas Sobre Reprogramación De Deudas Del Crédito Fiscal Universitario; artículo 6° Ley 19.287, Modifica Ley 18.591 y Establece Normas Sobre Fondos Solidarios de Crédito Universitario; artículo 50 Ley 19.162, Establece Sistema Obligatorio de Clasificación de Ganado; artículo 37, inc. 2 o. Ley 18.168 General De Telecomunicaciones; artículo 50 Ley 18.933, Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional; artículo 49 DFL 251/1931, Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas Y Bolsas De Comercio; artículo 59, letras a) y f) Ley 18.045, Sobre Mercado de Valores; artículo 49 Ley 18.876, Establece el Marco Legal para la Constitución y Operación de Entidades Privadas de Depósito y Custodia De Valores; artículo 59 Ley 18.840 Orgánica Constitucional Del Banco Central De Chile; artículo 19 bis Ley 18.902, Crea Superintendencia de Servicios Sanitarios; 158 DFL 3/1997 (Hacienda), Ley General de Bancos; artículo 8 DFL 15/1991 (Vivienda), Establece Normas Sobre Deudores Habitacionales Ley 19.003; artículo 3°, ley 19.353, Condona deudas que indica derivadas del proceso de Reforma Agraria.

Por otra parte, una decidida protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental resultaría insuficiente y hasta inequitativa para quienes se someten a dicho sistema, si no se establecieran importantes estímulos coercitivos para quienes, debiendo someter sus actividades o proyectos a la aprobación de las Comisiones pertinentes, simplemente pretenden “ahorrarse” el gasto asociado a dicha Evaluación, y sin más se ponen fuera de la regulación ambiental, desarrollando sus actividades o proyectos fuera de toda legalidad, tal como sucede actualmente con la instalación de vertederos de residuos sólidos clandestinos²⁷⁶. Así, resulta necesaria, junto con la protección en el orden penal del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la sanción también penal –que vaya más allá de la inaplicada y modesta pena de falta prevista en el artículo 495 No. 9 para el que “abriere establecimientos sin licencia de la autoridad, cuando sea necesaria”– de quienes burlan derechamente dicho sistema, emprendiendo proyectos o actividades sin someterse a la Evaluación Ambiental, cuando ello es obligatorio, tal como hoy se castiga penalmente el desarrollo de ciertas actividades que, requiriendo un especial reconocimiento del Estado o el cumplimiento de ciertos requisitos legales, no lo tienen, como sucede con las Universidades, la actividad Bancaria y de Seguros, etc.²⁷⁷

VI. La insuficiencia de los proyectos legislativos en la materia. Reseña y análisis crítico

Las más importantes Proyectos de Ley presentados en el parlamento hasta ahora y –que se encuentran en actual tramitación²⁷⁸, referidos al establecimiento de una sanción penal para quienes dañan o ponen en grave peligro el medio ambiente o burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se contienen en las siguientes mociones parlamentarias de los Diputados Sres. Aníbal Pérez, Juan Bustos, Luksic, Elgueta, Sánchez, Encina, Ojeda, José Pérez, Mora y Rincón sobre un proyecto de ley que tipifica el delito medioambiental (Boletín 2177-12); y la moción de los Diputados Sres. Alessandri, don Gustavo; Delmastro, don Roberto; Arratia, don Rafael; Navarro, don Alejandro; Acuña, don Mario, y Sánchez, don Leopoldo sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12), respectivamente²⁷⁹.

276 Materia que por su gravedad ha concitado la atención de los Honorables Sres. Diputados patrocinantes de las mociones sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12) y sobre el que prohíbe el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra (Boletín 2721-12).

277 Ver al respecto: artículo 3 DL 3.631/1981, Fija Normas sobre Universidades; artículo 25 D.L. 3.500/1980, establece Sistema de Pensiones; artículo 60 letras a), b) y c) Ley 18.045, sobre Mercado de Valores; artículo 46 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 48 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 51 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 39 DFL 3/1997 (Hacienda), Ley General de Bancos; artículo 23, incs. 1o a 3o. Ley 18.933, Crea La Superintendencia De Instituciones De Salud Previsional; artículo 38 Ley 19.220, Regula Establecimientos De Bolsas De Productos Agropecuarios; artículo 8o. inc. 1o Ley 19.491 Regula Funcionamiento De Administradoras De Recursos Financieros De Terceros Destinados A La Adquisición De Bienes; artículo 76 Ley 19.518, Fija Nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo; artículo 30, incs. 5o a 7o Ley 19.728, Establece Un Seguro De Desempleo; artículo 36 B, letra a), Ley 18.168 General De Telecomunicaciones; artículo 63 Ley 18.045, Sobre Mercado de Valores; artículo 205 Ley 18.290; artículo 23, incs. 1o. y 2o., Ley 18.118 Legisla Sobre El Ejercicio De La Actividad De Martillero Público; y artículo 495 No 9 Cp.

278 Lamentablemente, en la sesión 7ª de la 347ª Legislatura ordinaria (13.6.2002 la importante, aunque insuficiente, moción sobre un proyecto de ley que prohibía el ingreso al territorio nacional de desechos provenientes de terceros países (boletín N° 150-11), fue archivada por la Cámara de Diputados en su tercer trámite constitucional, a sugerencia de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, donde es esgrimió que dichas conductas ya se encontraban reguladas en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, lo que si bien es cierto en cuanto obligación internacional (ver Supra II), no lo es si la Cámara creyó que bastaría con la aprobación de dicha Convención para modificar la ley nacional y establecer delitos y penas, pues no son las Convenciones Internacionales fuentes del derecho penal interno, mucho menos cuando en ellas se establece la obligación de legislar, naturalmente, una vez que se haya aprobado el Convenio que obliga en ese sentido.

279 Además de las mociones citadas arriba en el texto, con especial incidencia en la penalización de conductas

1. El proyecto de Ley que Tipifica el Delito Ambiental (Boletín 2177-12)

Este Proyecto de Ley se fundamenta, según la moción que le dio origen²⁸⁰, en la constatación de que “el proceso de deterioro de nuestro medio ambiente constituye una realidad alarmante, que no muestra señales de detenerse o, al menos, de ir en un retroceso continuo que permitiera anticipar un futuro en el que fuera una realidad la garantía contemplada en el artículo 19 N° 8° de nuestra Constitución Política del Estado, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”; y de que “la necesidad de recurrir a normas penales protectoras de éste se debe a que la experiencia está cada día probando que la legislación civil y administrativa por sí sola ha demostrado ser muy ineficaz en su fuerza preventiva y protectora del medio ambiente”, pues “la denominada “delincuencia ambiental” por las Naciones Unidas ha sabido sobrepasar sin problemas los obstáculos que tales leyes han impuesto”. A esta constatación se agrega que “en nuestra Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente se mantienen los principios clásicos de responsabilidad subjetiva civil en materia del daño al medio ambiente”, y que, por tanto, “existe un gran vacío, pues esta ley apunta a la responsabilidad civil por el daño ambiental, pero no se tipifica el delito ecológico contra el medio ambiente como lo hacen otras leyes marco internacionales sobre el medio ambiente”.

Su texto contiene cuatro artículos, en el primero de los cuales se pretende tipificar el delito ambiental como una contravención grave a las normas de emisión y de calidad ambiental, y establecer las penas correspondientes, incluyendo entre ellas la clausura e intervención del establecimiento²⁸¹; mientras en el segundo y el tercero se establecen las agravaciones por muerte o afección irreversible a la salud de las personas y destrucción irreversible del medio ambiente²⁸²; y en el cuarto, la aclaración de que estas sanciones son independientes de las civiles y administrativas que correspondan²⁸³.

En su primer trámite constitucional, el proyecto se ha discutido en la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara, donde se recibieron numerosas observaciones críticas, sin que hasta el momento se haya dado cuenta del Informe de dicha Comisión ante la Cámara de Diputados.

La primera observación importante que puede hacerse a este Proyecto, es que el delito ambiental

que afectan al medio ambiente, se encuentran en tramitación las mociones sobre el Proyecto que prohíbe el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra (Boletín 2721-12), y un número importante de mociones sobre protección del medio ambiente desde diferentes puntos de vista (Boletines 2725-12, 2992-12, 2238-12, 2703-12, entre otros).

280 Moción agregada a la cuenta de la Sesión 2ª. De la Legislatura 338, de 3 de junio de 1998.

281 Artículo 1°. El que contraviniendo gravemente las normas primarias de calidad ambiental que establecen los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Si la contravención de las normas constituye un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Si dichas violaciones se producen por negligencia grave, la pena se rebajará en un grado.

En caso de reincidencia, las penas anteriormente señaladas se aumentarán en un grado.

En los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo además el Tribunal disponer la intervención de la empresa, para resguardar los derechos de los trabajadores.

282 Artículo 2°. Si como consecuencia de las conductas penales descritas en el artículo anterior, se produjera, por imprudencia grave, la muerte de una persona o una afección irreversible en su salud, la pena aplicable será la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Artículo 3°. Si como consecuencia de la contravención de las normas de calidad ambiental, la destrucción del medio ambiente es irrecuperable, la pena prescrita en el artículo 1° será de presidio menor en su grado medio a máximo.

283 Artículo 4°. Las penas contempladas en la presente ley se impondrán sin perjuicio de otras sanciones y reparaciones que contemple la legislación vigente para las conductas descritas en los artículos anteriores.

que se pretende tipificar en el proyecto reseñado, parece reducirse únicamente a la sanción de ciertos supuestos de grave contaminación ambiental, dejando fuera de su alcance la protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que resulta, por sí solo, insuficiente para la adecuada protección del medio ambiente, conforme las obligaciones internacionales contraídas y la experiencia del derecho comparado.

Además, como se puso de relieve en la discusión habida en el seno de la Comisión, el Proyecto parece adolecer de serias deficiencias técnicas, producto sin duda de las premuras legislativas más que de otra cosa. Así, entre los invitados a las discusiones, hubo acuerdo en que no es posible castigar la infracción de normas de calidad ambiental, pues éstas no permiten ser “infringidas”, en términos de ser sobrepasadas por una fuente individual, porque ellas definen únicamente concentraciones máximas de contaminantes en territorios y épocas determinadas, por lo que únicamente podría hacerse una referencia a las normas de emisión, que sí tienen relación con fuentes individuales de contaminantes²⁸⁴. Pero aún en ese caso se puso de manifiesto que la sola infracción a las normas de emisión, cronogramas de reducción de emisiones, paralización o restricciones referidas a situaciones especiales de emergencia ambiental, se encuentra sancionada hoy en día en el artículo 56 de la Ley 19.300, concluyendo que para “que el tipo penal propuesto sea una norma eficaz y eficiente requiere de ser adecuado a la normativa ambiental vigente”²⁸⁵. También se destacó que técnicamente el proyecto carecía de una descripción más o menos precisa de la conducta punible, pues si se saca la oración que continua a posteriori de la frase “normas primarias de calidad ambiental”, se llega a la siguiente redacción: “El que contraviniendo gravemente normas primarias de calidad ambiental será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”²⁸⁶. También se señaló que el proyecto, a pesar de contener sanciones para las personas jurídicas en su artículo 1º²⁸⁷, no parecía hacerse cargo cabalmente del problema de en qué casos dichas personas jurídicas serían sancionables, teniendo en cuenta que, conforme a nuestro sistema punitivo, en materia penal las personas jurídicas no responden criminalmente, sino sólo sus administradores²⁸⁸. Finalmente, se echó en falta la carencia de mecanismos normativos que incentivarán la reparación del daño ambiental causado²⁸⁹.

2. El Proyecto de Ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12)

Este Proyecto se encuentra algo más avanzado en su tramitación que el anterior, pues ya se ha dado cuenta ante la Cámara del correspondiente Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (Sesión 35ª de la 342 Legislatura, 6.9.2000).

Como se señala en la Moción origen del Proyecto, éste se fundamenta en que actualmente “las sanciones administrativas vigentes no resultan suficientes para disuadir a los que contravienen las normas sanitarias que regulan la puesta en marcha, operación o explotación de los vertederos o rellenos sanitarios”²⁹⁰, pues las multas contempladas en el artículo 174 del Código Sanitario (de una a 1.000 UTM), no han sido obstáculo para “la operación de vertederos o rellenos sanitarios ilegales” que “pone[n] en riesgo la salud de la población y el medio ambiente, especialmente en las grandes ciudades”, ni mucho menos para frenar “la existencia de verdaderas asociaciones ilícitas que operan como mafias, en sitios eriazos, abandonados o fuera de los límites de la ciudad, recibiendo todo tipo de basuras y desechos, sin ningún control por parte de las autoridades”²⁹¹.

284 En este sentido se pronunciaron los Sres. Sapag (Director Jurídico de CONAMA), Castillo (experto invitado), y Osorio (Abogado del Instituto de Libertad y Desarrollo), según consta en el Borrador del Informe de la Comisión, que no ha sido ingresado todavía a la cuenta de la Cámara.

285 En este sentido se pronunciaron los Sres. Sapag (Director Jurídico de CONAMA) y el Diputado Bustos.

286 En este sentido se pronunció Castillo.

287 Ver nota 40.

288 En este sentido se pronunciaron Castillo y Osorio.

289 En este sentido se pronunciaron el Sr. Osorio y el Diputado Sr. Bustos.

290 En el Informe de la Comisión se citan, en este mismo sentido, además, las opiniones de Zsantó, docente de la Universidad Católica de Valparaíso.

291 En el Informe de la Comisión, concordando con lo señalado en la Moción, se agrega la siguiente informa-

El Proyecto propone la introducción de un artículo único en el Libro II, Título VI, Párrafo 14 “Crímenes y simples delitos contra la salud pública”, del Código Penal, ocupando el lugar del artículo 319 a), que fuera derogado por la ley N° 17.934, que crea una figura penal que sanciona a quien mantuviere, administrare, operare o explotare vertederos, depósitos de basura o rellenos sanitarios ilegales; y también a quien transporte, conduzca, traslade o deposite basuras, desechos o residuos en lugares clandestinos; a gravándose las penas cuando las basuras o residuos fueren tóxicos, peligrosos, infecciosos, corrosivos, combustibles, inflamables o pusieren en grave peligro la salud de la población o el medio ambiente²⁹².

Sin entrar en los detalles técnicos del Proyecto, es claro que, si bien se mira, en él se está sancionando principalmente la infracción a la obligación que establece el 10, letra O), de la Ley N° 19.300, Ley de Bases del Medio Ambiente, que obliga a someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los proyectos de saneamiento ambiental, tales como plantas de tratamiento de residuos sólidos, de origen domiciliario, rellenos sanitarios, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales.

De allí que, aunque nada parece aconsejar dejar de castigar penalmente esta burla al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ello parece muy insuficiente en orden a una protección moderna y adecuada a los requerimientos de la comunidad internacional y las experiencias del derecho comparado, pues la pregunta que surge inmediatamente es si no sería preferible una disposición que abarcara en general la infracción al deber impuesto por la Ley 19.300, de someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental todas las actividades que señala en la sus artículos 10 y 11, incluyendo naturalmente la actividad a que se refiere el proyecto, pero sin excluir las restantes actividades que allí se enumeran (letras a) a q) del artículo 10), precisamente por el impacto negativo que ellas producen o pueden producir en el medio ambiente²⁹³.

ción que avala lo dicho arriba en el texto: “De acuerdo con información publicada por el diario ‘El Mercurio’, de fecha 25 de junio, el valor por camionada de residuos alcanza la suma de \$ 4.000. Es decir, por menos de \$ 30.000 una persona resuelve su problema de residuos sólidos. En cambio, si las mismas 10 toneladas son depositadas en un vertedero autorizado, la suma se eleva a \$ 46.600, sólo por dejarlos. La estimación publicada considera que la tonelada entregada a un depósito ilegal tiene un valor de entre \$ 1.800 y \$ 2.000 la tonelada, lo que explicaría la proliferación de los vertederos ilegales.” Además, según la información entregada a la Comisión por Godoy, entonces Presidente de Emeres, en 1994 existían en Santiago en 1994, la Región Metropolitana contaba con 101 vertidos indiscriminados de residuos sólidos en lugares no autorizados, de los cuales 78 se situaban en el área urbana y 23 en zonas rurales, con una superficie afectada de 713 hectáreas, ocupando los residuos 10 millones de metros cúbicos. Por su parte, el Doctor Concha, Director del Servicio Metropolitano del Ambiente, informó que aunque en la prensa ha contabilizado 101 vertederos, pero en la práctica “el catastro que tiene Sesma y los que han sido objeto de sumarios, alcanzan a diecinueve”, y que “las multas que al respecto establece el Código Sanitario, pueden aumentarse o duplicarse hasta el infinito, pero en la práctica no se cumplen, aun cuando también se puede decretar la clausura”.

292 El Proyecto quedó como sigue, después de su discusión en la Comisión:

“Artículo Único. Intercálase un nuevo artículo 319 al Código Penal.

Artículo 319. El que mantuviere, administrare, operare o explotare vertederos, depósitos de basura o rellenos sanitarios ilegales, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo a medio.

En la misma sanción, incurrirán el que transporte, manipule, conduzca, traslade o deposite basuras, desechos o residuos en dichos lugares.

Si las basuras, residuos o desechos fueren tóxicos, peligrosos, infecciosos, corrosivos, combustibles, inflamables o pusieren en grave riesgo la salud de la población o el medio ambiente, la pena podrá elevarse en uno o dos grados.”

293 En un sentido similar se manifestó ante la Comisión el Sr. Correa, representante de CONAMA Región Metropolitana pues, aunque rechazó en particular el texto el Proyecto, pues entiende más eficaces otras vías de protección diferentes a la penal, afirmó que, si se seguía esta última, sería preferible “pensar en la creación de otras figuras penales, como pudieran ser la contaminación de aguas, vertimiento de contaminantes atmosféricos o incluso la creación de un delito ecológico”. También opinó en contra del Proyecto el Dr. Concha, Director del Sesma Metropolitano, a pesar de reconocer la ineficacia de las sanciones administrativas que muchas veces no pueden siquiera notificarse o se dirigen a personas distintas de los operadores de los vertederos clandestinos. Sin embargo, es importante destacar el apoyo de los representantes de Hidronor, Srs. Servanti y Irureta, a la idea de imponer sanciones ejemplificadoras en esta materia, como un mecanismo de protección

Estas insuficiencias del Proyecto, parecen haber hecho fuerza en la Sala de la Cámara al momento de su votación, pues no se aceptó su tramitación como Proyecto de Fácil Despacho, quedando hasta la fecha a la espera de ser puesto en la Tabla ordinaria (Sesión 37ª de la 342 Legislatura, 12.9.2000)²⁹⁴.

VII. Conclusión: la necesidad de un nuevo derecho penal ambiental chileno. Ideas matrices del Proyecto que se propone.

1. La necesidad de un nuevo derecho penal ambiental chileno. Fundamentos de la propuesta al Foro Penal

La preocupación por los peligros que para el medio ambiente y la salud de las personas de las actuales y futuras generaciones representan ciertas actividades de gran potencial contaminador propias de nuestro estadio de desarrollo económico y social, sumada a la existencia de concretas obligaciones en materia de derecho penal medioambiental²⁹⁵ 54, la ya decantada práctica y doctrina en el derecho comparado acerca de la necesidad de regular penalmente los atentados al medio ambiente, y las insuficiencias en la regulación penal de la materia en el derecho nacional, justifican con creces las iniciativas parlamentarias que, desde diferentes puntos de vista, han propuesto establecer sanciones propiamente penales a quienes realizan hechos que podemos caracterizar como de grave contaminación ambiental (o peligro de la misma), como es el caso de las recién analizadas moción sobre un proyecto de ley que tipifica el delito medioambiental (Boletín 2177-12); o de burla del Sistema de Evaluación Ambiental, como en el caso particular la también ya revisada moción sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12)²⁹⁶. Sin embargo, como acabamos de demostrar, dichas iniciativas son, también, insuficientes para una adecuada y moderna protección, en sede penal, del medio ambiente.

de las cuantiosas inversiones que realizan los operadores de vertederos legales.

294 El parecer de la Sala se refleja en la opinión expresada por el Disputado Pérez, quien solicitando se estudie más detenidamente la materias, fundamenta esta petición con la pregunta acerca de “si el proyecto en discusión resuelve el problema [de los basurales clandestinos]”, pues, en consonancia con la opinión del diputado Navarro, afirma “que aquí estamos atacando sólo una parte —me temo que muy pequeña— de las dificultades ocasionadas por los basurales clandestinos, mediante el establecimiento de una figura penal: a quien tenga un vertedero o traslade basura se le aplicará una determinada sanción”. Añade que la figura propuesta, por una parte, deja fuera situaciones como la autorización indebida de los mismos (cita el ejemplo del basural en la comuna de Cabrero, autorizado por el servicio de Salud de esa provincia, pero no por la Comisión Regional del Medio Ambiente); y por otra, como señaló también el Diputado Silva, la figura penal, afecta del mismo modo al propietario del predio en el que se deposita basura, a los dueños de los camiones que transportan residuos en forma ilegal, y a las personas naturales que depositan una bolsa, un cajón o cualquier desecho en un vertedero ilegal, por lo que “al no existir una graduación, es decir, al no haber distintas penas, ocurrirá lo que siempre sucede en nuestros tribunales de justicia: los jueces evitarán aplicar sanciones, porque éstas pueden resultar desproporcionadas”; y además, no señala una autoridad encargada de la acción penal en estos casos, pues “se sabe que cuando todos pueden iniciar una acción penal, al final nadie lo hace, porque no entregamos a una autoridad la facultad de representar a la comunidad”.

295 Cf., al respecto, Lizaur, op. cit., p. 41 ss, quien reseña además los condicionamientos propios del sistema de la Unión Europea, que hacen inevitable esta clase de regulación. Un buen ejemplo de estos condicionamientos de Derecho Internacional lo constituye la iniciativa de la Comisión Europea que, siguiendo las indicaciones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de Octubre de 1999, ha propuesto el 13 de marzo de 2001 al Parlamento Europeo la dictación de una Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal (COM [2001] 139, Final), con la justificación, entre otras, de que “la experiencia ha mostrado que las sanciones establecidas actualmente por los Estados miembros no son suficientes para hacer cumplir en su totalidad el Derecho comunitario”, que exige “garantizar un nivel de protección elevado del medio ambiente” (artículo 174. 2 CE).

296 Ver nota al pie 29.

Atendido la anterior, sostiene la Secretaría Técnica de la Comisión Foro Penal en los Materiales de Estudio de la Unidad 4 (Parte especial), lo mismo que sostuviéramos en el Informe Final del Proyecto FONDECYT que sirvió de base para la propuesta de regulación:

“Los problemas normativos en esta materia no parecen, por tanto, referidos a la discusión acerca del “si” de la protección penal del medio ambiente, sino más bien a la pregunta respecto del “cómo” ha de establecerse esta regulación, en un sistema de derecho penal heredero en cierta medida del espíritu de la ilustración liberal²⁹⁷. Por ello, la regulación propuesta limita el castigo penal a graves y fácilmente comprobables actos de contaminación (daño ambiental, en los términos de la Ley N° 19.300) o peligro de ella, de modo que la ley se haga al mismo tiempo aprehensible para el ciudadano común e impida que una simple autorización dada por organismos o funcionarios administrativos elimine la tipicidad de la figura penal, no atribuyéndose al mismo tiempo la imposible tarea de prevenir todos los atentados al ambiente, sino la más modesta de aplicar un castigo proporcional y racional a quien ha puesto gravemente en peligro la comunidad o ha causado una grave contaminación. Esta forma de abordar la materia permite, además, excluir del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela, producto de la actividad diaria de todos y cada uno de los habitantes de la República, cuyo control, naturalmente, sólo puede estar entregado a las disposiciones de carácter administrativo, como sucede paradigmáticamente con las emisiones de fuentes móviles (automóviles y similares) y fijas domésticas (chimeneas, etc.), que se excluyen derechamente de la sanción penal en el texto del que aquí proponemos”.

Sin embargo, una legislación penal ambiental moderna no sólo debe asumir el desafío de adecuar su estructura al sistema administrativo de protección ambiental, sino además sortear las críticas y dificultades que otras legislaciones en la materia han padecido, concentradas sobre todo en los delitos que castigan la contaminación, pues en cuanto a los que se refieren a la protección de la administración (declaraciones falsas, emprender actividades sin autorización, etc.), existe en Chile una larga tradición normativa que jamás ha sido objeto de críticas como las vertidas contra los “modernos” delitos ecológicos.

Así, en cuanto a la supuesta indeterminación que tendría un derecho penal ambiental vinculado a los conceptos del derecho administrativo, desde luego, dicha indeterminación no se produce cuando la remisión se hace a conceptos claramente definidos en las leyes, como “Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, “fuentes de emisión”, “biodiversidad”, etc. (artículo 2°. Ley 19.300), técnica de frecuente uso en el derecho penal vigente (así, el No.1 del artículo 470 no sólo se refiere a contratos civiles –depósito, consignación, etc.–, sino que incluso somete su prueba a las reglas del Derecho civil). Pero tampoco se produce per se, cuando la remisión se hace a una norma de carácter reglamentario, pues tal como lo ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional (Causa Rol No. 4), una ley penal en blanco no es contraria a la garantía del principio de legalidad, siempre que el núcleo esencial de la conducta punible se encuentre descrito en la ley, como sucede paradigmáticamente en la Ley 20.000, Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

Tampoco parece de recibo, a priori, la crítica contra el establecimiento de delitos de peligro en esta materia, pues, en primer lugar, no está puesta en duda seriamente la constitucionalidad de los delitos de peligro, sino sólo su conveniencia. Y es un hecho que, tratándose de determinadas materias donde no resulta en absoluto conveniente esperar el resultado lesivo para su castigo penal, la vía adecuada es el establecimiento de delitos de peligro, tal como sucede con los delitos relativos a la salud pública, i.e. envenenamiento de aguas o diseminación de gérmenes patógenos de los (artículos 315 y 316 del Código penal), respecto de los cuales la producción de resultados lesivos para la vida o la salud de personas determinadas opera sólo como agravante de la figura de peligro básica.

También los problemas prácticos derivados de la prueba del peligro, sobre todo en la comprobación de si un suceso determinado puede calificarse o no de grave contaminación, pueden sortearse mediante la técnica de la ley penal en blanco, del mismo modo que actualmente la Ley 20.000 hace respecto de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas capaces de causar o no graves daños a la salud de las personas: mediante la determinación precisa, por un reglamento destinado

297 En este mismo sentido, Cf.. de Carvalho, Enfoque Jurídico, JAN/FEV 1997, 16. En Chile, el reclamo doctrinal en este sentido lo podemos encontrar ya desde el año 1993, en el artículo de Sharp, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, julio-diciembre de 1993, 86.

exclusivamente al efecto, de las cantidades de emisiones o sustancias capaces de producir grave contaminación ambiental.

De esta manera, limitando el castigo penal a graves y fácilmente comprobables actos de contaminación o peligro de ella, la ley se hace aprehensible para el ciudadano común e impide que una simple autorización dada por organismos o funcionarios administrativos elimine la tipicidad de la figura penal, no atribuyéndose al mismo tiempo la imposible tarea de prevenir todos los atentados al ambiente, sino la más modesta de aplicar un castigo proporcional y racional a quien ha puesto gravemente en peligro la comunidad o ha causado una grave contaminación. Esta forma de abordar la materia permitiría, además, excluir del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela, producto de la actividad diaria de todos y cada uno de los habitantes de la República, cuyo control, naturalmente, sólo puede estar entregado a las disposiciones de carácter administrativo, como sucede paradigmáticamente con las emisiones de fuentes móviles (automóviles y similares) y fijas domésticas (chimeneas, etc.), que se excluyen derechamente de la sanción penal en el texto del Proyecto de ley que aquí proponemos.

Y ante la crítica de una cierta ineficacia del derecho penal ambiental para prevenir y castigar sucesos de gran contaminación²⁹⁸, de entrada puede replicarse que lo mismo habría que criticar al Derecho Administrativo ambiental²⁹⁹, y que, por tanto, ello no se opone seriamente a la “unánime opinión que considera imprescindible una protección penal del medio ambiente más extensa y eficaz”³⁰⁰. Además, no deja de ser cierto que esas críticas, provienen en España de la defectuosa técnica legislativa que allí se emplea (la indeterminada remisión a las “normas generales reguladoras del medio ambiente”)³⁰¹, y en Alemania, de las orientaciones de los órganos de persecución, donde en la práctica, los procesos parecen haberse dirigido más hacia delitos de bagatela³⁰² que contra los “grandes” agentes contaminadores, y el recurso a la exclusión de la pena (abstención de condena) ha provocado muy dispares sentencias³⁰³. En este aspecto, es importante destacar la perspectiva pragmática de la experiencia norteamericana donde, junto con hacer hincapié en la protección penal del sistema administrativo de gestión ambiental mediante delitos formales de muy larga tradición jurídica (presentación de documentos falsos, etc.), para una adecuada persecución de los delitos de peligro de contaminación o de grave contaminación se han tomado seriamente en cuenta las necesidades logísticas que requiere un programa criminal ambiental exitoso, particularmente en el ámbito de la investigación y el análisis de evidencia, donde la capacidad instalada en personal y laboratorios especializados se han mostrado imprescindibles para la prueba del hecho punible.

2. Ideas matrices del texto aprobado por la Comisión Foro Penal

- Bien jurídico protegido: El proyecto propone proteger penalmente el medio ambiente, entendido como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (artículo 2 letra II) de la Ley 19.300; directamente, a través de los delitos dolosos y culposos de grave contaminación o peligro de la misma (artículos 167 a 168); e

298 Crítica que muy claramente expresó, en la discusión en el seno de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, sobre el proyecto de ley que tipifica el delito ambiental, el representante del Instituto Libertad y desarrollo, abogado Osorio (Boletín 2177-12).

299 Al respecto, es ilustrativa la ineficacia del SESMA en el control de los vertederos clandestinos, tal como su propio Director, Dr. Concha, lo reconoce, según recoge el Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (Sesión 35ª de la 342 Legislatura, 6.9.2000).

300 Vega Ruiz, Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código penal de 1995, 1996.

301 En palabras de Devesa refiriéndose al anterior artículo 347 bis: “no se hubiera hecho mejor si, deliberadamente, se hubiese buscado la más absoluta ineficacia” (Devesa/Serrano: Derecho penal español, parte especial, 17ª ed. 1994, p. 1109).

302 Cramer, nota 20.

303 Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. II, 2ª ed. 1999, p. 306.

indirectamente, a través de los delitos de realización sin autorización de las actividades sujetas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (art. 170) y de tráfico no autorizado de sustancias tóxicas o peligrosas (art. 171).

Producto de la sistemática general del Anteproyecto de Código Penal, las otras formas de protección del sistema de administración ambiental, esto es, el castigo penal de la presentación de declaraciones juradas falsas o documentos falsos o incompletos, omisión de presentación de antecedentes imprescindibles en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, evacuación de informes periciales u oficiales falsos, y otorgamiento de autorizaciones indebidas en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, quedan comprendidas en las reglas generales que para el castigo de esas conductas se establecen en los delitos funcionarios y contra la administración del Anteproyecto (perjurio, art. 288; Delitos contra la fiscalización administrativa de mercados especialmente regulados, arts. 350 y 351; y prevaricación administrativa, art. 276).

- Técnica legal empleada: Respecto de los delitos de contaminación o peligro de grave contaminación, se emplea la técnica de la ley penal en blanco, en el sentido autorizado por el Tribunal Constitucional, con referencia a un Reglamento específico que debe dictarse en la materia –siguiendo el modelo de la Ley 20.000–, el que sólo podrá considerar constitutiva de un “grave daño ambiental”, “la emisión de sustancias contaminantes en cantidades y proporciones significativamente superiores a los máximos señalados en las Normas de Emisión que sean aplicables (Art. 172)”. Esto significa que la comunidad deberá acordar cuánta contaminación acepta y cuál es el límite entre la simple contaminación (infracción administrativa) y grave daño ambiental. Se espera que por la naturaleza de la Reglamentación, ésta se somete al mismo procedimiento de discusión pública de las Normas de Calidad y Emisión actualmente vigente.

- Delitos de resultado, de peligro y de mera actividad: Los delitos que contempla el articulado propuesto atienden en su estructura al objeto de protección, de manera que no siguen una única línea en esta materia. Así, mientras los delitos de grave contaminación de los artículos 167 y 168, por su naturaleza son delitos de resultado, se prevén no obstante reglas especiales para determinar cuándo se producen los resultados que se pretenden evitar, vinculados a pruebas objetivas de cantidades de emisiones y de relación causal (artículos 172 y 232 del Anteproyecto), facilitando así la acción de los órganos encargados de hacer cumplir la ley. Lógicamente, también se prevé el castigo de la producción, transporte y almacenamiento no autorizado de ciertas sustancias contaminantes particularmente peligrosas para el medio ambiente, respecto de las cuales no resulta adecuado esperar que causen efectivamente un grave daño ambiental para ser punibles (artículo 171). Aquí, como en muchos delitos contra la salud pública, se impone la necesidad de establecer una figura de peligro, cuyo ámbito de punibilidad se limita por la exigencia de que las sustancias y cantidades de las mismas deben estar fijadas previamente por el reglamento a que ya se ha aludido. Por otra parte, en los delitos relativos a la protección del Sistema de Evaluación Ambiental, se mantiene la técnica tradicional en esta clase de delitos vinculados a la protección de la administración, consistente en figuras de mera actividad (art. 170).

- Delitos dolosos y culposos: Los delitos que establece el Proyecto de ley son, por regla general dolosos, permitiendo tanto la imputación a título de dolo directo como de dolo eventual, evitando utilizar expresiones como “maliciosamente” o “con conocimiento de causa” u otras similares que podrían llevar a interpretar la exclusión del castigo a título de dolo eventual. Sólo respecto del delito de grave contaminación se establece el correspondiente delito culposos, atendido que es posible apreciar un resultado materialmente constatable, y que en tales casos, es precisamente la culpa por negligencia o infracción de reglamentos la que produce los “accidentes” ambientales de mayor magnitud (artículo 168).

- Responsabilidad de los administradores: El Proyecto, conciente de que la mayor parte de los delitos ambientales contemplados en él se comenten en el ámbito de una organización empresarial, y profundizando la senda iniciada por los artículos 136 y 139 de la Ley General de Pesca, pone en primera línea de imputación a los gerentes, directores y administradores a cualquier título del proyecto o actividad donde se origina la fuente de emisión de contaminantes o que están obligados a someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Sólo se permite la excepción de responsabilidad de los directivos a cargo, cuando es posible demostrar su oposición a los hechos constitutivos de delito, acciones de sabotaje u otra intervención de tercero imposible de controlar por los mecanismos internos de la empresa (artículo 228 del Anteproyecto).

- **Responsabilidad de las personas jurídicas:** En esta materia, el Proyecto no innova respecto de las reglas generales de nuestro ordenamiento, pero establece un régimen paralelo de sanciones de carácter administrativo, aplicadas por el Tribunal que conoce del delito ambiental respectivo, consistente en fuertes multas, clausuras temporales o definitivas en caso de reincidencia, y la inscripción en un sistema de Registro público que ha de tomarse en cuenta a la hora de evaluar nuevos proyectos o actividades de la persona jurídica sancionada (artículo 229).

- **Cuantía de las multas:** Siguiendo la tradición jurídica reflejada en el artículo 501 del Código penal, según la cual en las mismas materias las sanciones administrativas no pueden ser de mayor entidad que las penales, la cuantía de las multas que se establecen en el Proyecto propuesto pretendían ser superiores a las que pueden imponerse por la Administración en materias similares. Sin embargo, no en todos los casos se logró esa pretensión y, en lo que a mi juicio es la deficiencia más notable de la regulación de cuantías que se propuso al Foro Penal (y ello, independientemente de los cambios operados en las mismas) se echa en falta un análisis económico que permita efectivamente hacer de las multas un instrumento disuasorio de los hechos cuya comisión se pretende evitar, y no un “incentivo perverso” a costear dentro de los cálculos financieros de los destinatarios de la norma.

- **Modificaciones estructurales:** Por la naturaleza del Anteproyecto de Código Penal, no fue posible introducir las normas relativas a las necesarias modificaciones estructurales que permitirían una eficaz persecución de esta clase de delitos, como sería la creación de un Comité Operativo al alero de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en conformidad al artículo 77 de la Ley 19.300, que, sin tener como función el ejercicio de la acción penal, colabore activamente en la investigación de los delitos contemplados en el Proyecto, y que, para lograr una adecuada coordinación con los organismos encargados de la persecución penal de los delitos de carácter ambiental, esté integrado necesariamente con personas provenientes del Consejo de Defensa del Estado, del Ministerio Público y de profesionales provenientes de las Universidades del Estado, expertos en ciencias de la naturaleza y que cuenten con laboratorios para la realización de los análisis y peritajes que sean pertinentes.

No obstante, se agrega en las Disposiciones comunes del Título de delitos de peligro común donde se encuentran los relativos al medio ambiente, una regla que facilita la prueba de la relación causal entre la contaminación y los daños causados, según el modelo de causalidad estadística (artículo 232 del Anteproyecto), salvando de este modo las importantes dificultades habidas en la experiencia comparada respecto a esta prueba.

3. Texto aprobado por la Comisión Foro Penal “TÍTULO IX

DELITOS DE PELIGRO COMÚN

§ 1. Delitos relativos al medio ambiente

Art. 167. El responsable o administrador de un proyecto o actividad que en su operación produzca un grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa de dos mil a tres mil unidades tributarias mensuales.

La pena será el máximo de la señalada en el inciso anterior y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales, si el grave daño ambiental a que se refiere el inciso anterior pone en serio peligro la vida o la salud de personas determinadas.

Si el grave daño ambiental produce lesiones de las contempladas en el artículo 85 y 87 N° 2 de este código a una o más personas, se aplicará la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de cuatro mil a cinco mil unidades tributarias mensuales.

La pena será de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo y multa de cinco mil a siete mil unidades tributarias si las lesiones producidas son las del N° 1 del artículo 87.

Si el grave daño ambiental produce la muerte de una o más personas, la pena será de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de siete mil a diez mil unidades tributarias mensuales.

Art. 168. El responsable o administrador de un proyecto o actividad que por imprudencia en su

operación produzca un grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de dos mil a cuatro mil unidades tributarias mensuales.

La pena corporal será de reclusión menor en su grado mínimo a medio si el grave daño ambiental pone en peligro la vida o la salud de personas determinadas; y de reclusión menor en su grado medio, si produce alguna de las lesiones de los artículos 85 y 87 a una o más personas. Si el grave daño ambiental produce la muerte de una o más personas, la pena corporal será de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo. En todos los casos en que del grave daño ambiental se deriven lesiones o muertes, la pena pecuniaria no podrá ser inferior a tres mil unidades tributarias mensuales.

Art. 169. Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán a los responsables o administradores de un proyecto o actividad que contando con una autorización o certificación ambiental para su operación, produzcan un grave daño ambiental por el incumplimiento de las condiciones o exigencias bajo las cuales se les otorgó la certificación y los permisos correspondientes o que ponga en serio peligro la vida o la salud de una o más personas determinadas o les provoque lesiones o muerte, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones administrativas correspondientes.

Art. 170. El responsable o administrador de un proyecto o actividad que conforme a la Ley deba someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, lo ejecute o mande a ejecutar sin hacerlo previamente, será castigado con una multa de mil a tres mil unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las penas que correspondan por la comisión de alguno de los delitos descritos en los artículos anteriores.

La misma pena se impondrá al responsable o administrador de un proyecto o actividad que, habiéndose sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental, lo ejecute o mande a ejecutar en términos diversos a los que fueron aprobados o autorizados.

Art. 171. El administrador o responsable de un proyecto o actividad que sin la competente autorización extraiga, produzca, transforme, transporte, distribuya, venda, compre, importe o exporte, guarde o almacene sustancias tóxicas o peligrosas en cantidades tales que constituyan un serio peligro de grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales.

Si el peligro a que se refiere el inciso anterior incluyese un serio riesgo para la salud o la vida de personas determinadas, la pena será de reclusión menor en su grado medio y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se impondrán al responsable o administrador de un proyecto o actividad que, habiendo obtenido la autorización a que se refiere el inciso primero, incumpla sus condiciones u obligaciones.

Art. 172. Un reglamento determinará las sustancias y cantidades o proporciones de contaminantes provenientes de una misma fuente emisora cuya emisión al medio ambiente constituya un grave daño ambiental en los términos descritos en los artículos 167 y 168, y las que, en su caso, pongan en serio peligro la vida y la salud de personas determinadas expuestas a él. Este reglamento sólo podrá considerar como constitutiva de un grave daño ambiental, la emisión de sustancias contaminantes en cantidades o proporciones significativamente superiores a los máximos señalados en las Normas de Emisión que sean aplicables.

El reglamento también determinará las cantidades de las sustancias tóxicas o peligrosas a que se refiere el artículo 171 respecto de las cuales las conductas allí señaladas constituyan un serio peligro de grave daño ambiental, y las que, en su caso, constituyan un serio riesgo para la vida y la salud de personas determinadas.

Art. 173. Las disposiciones de los artículos precedentes no serán aplicables a las emisiones provenientes de vehículos sujetos a inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, chimeneas y demás sistemas de calefacción o refrigeración domésticos, las que, en caso de exceder las Normas de Emisión correspondientes, se regirán por las disposiciones generales aplicables en la materia.

§ 9. Disposiciones comunes

Art. 228. Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderán como responsables o administradores de una empresa, proyecto o actividad los que lo sean de hecho o de derecho y, especialmente, sus representantes, directores y gerentes.

Respecto de estas personas, y sin perjuicio de las reglas generales, se estimará suficiente prueba para eximir las de responsabilidad penal por alguna de las conductas sancionadas en este Título, la de haberse opuesto al acto u omisión que constituye el delito, intentando seriamente evitar su realización; o mediante el establecimiento previo de medidas de control administrativo que sus subordinados hubiesen infringido, sin su conocimiento o sin que les fuese posible evitarlo, por provenir de acciones de sabotaje u otras intervenciones de terceros de similares características.

En el caso de los directores o gerentes de una persona jurídica, su oposición al acto que constituye el delito, podrá acreditarse con la sola exhibición de las actas correspondientes a la sesión del directorio en que se decidió su realización.

En caso de sabotaje o intervención de terceros de similares características, se sancionará con las mismas penas previstas para los responsables o administradores de la empresa, proyecto o actividad, a quienes lo sean del sabotaje o la intervención de que se trate.

Art. 229. Las personas jurídicas cuyos responsables o administradores sean condenados por alguno de los delitos previstos en este Título, serán sancionadas por el Tribunal que conozca de dicho delito, sin perjuicio de las sanciones civiles y administrativas correspondientes, con una o más de las siguientes medidas:

- a) Multa de entre trescientas a quince mil Unidades Tributarias Mensuales, de acuerdo a la gravedad de la infracción y al patrimonio de la empresa sancionada;
- b) Revocación de las autorizaciones infringidas; o
- c) Clausura definitiva del proyecto o empresa en que incide el delito;

En todo caso deberá decretarse además la inscripción de la sanción en un registro público especial que llevará la Contraloría General de la República. Un reglamento regulará las formalidades de este registro, cuyas inscripciones deberán ser tomadas en cuenta para evaluar la seriedad de las garantías de los proyectos o empresas sujetos por el Estado a concurso público o privado.

Las medidas señaladas en este artículo sólo se aplicaran cuando los delitos cometidos consistan en la infracción de un deber impuesto a la persona jurídica en el desarrollo del proyecto o actividad de que se trate, o cuando de su ejecución derive o pueda derivar un beneficio patrimonial para la empresa sancionada.

Art. 230. Las multas impuestas por la comisión de alguno de los delitos de este Título, o en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, podrán compensarse con los gastos que voluntaria y efectivamente se hubieran realizado para eliminar el peligro creado por el delito, reparar el daño producido o indemnizar a las personas afectadas, cuando corresponda.

Art. 231. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos tercero y cuarto de este Código, la aprobación por parte de la autoridad administrativa de una empresa o actividad contra lo dispuesto expresamente en la ley o los reglamentos aplicables, no exime de la responsabilidad penal y sólo podrá considerarse como circunstancia atenuante en la comisión de los delitos contemplados en este Título, a menos de probarse que el responsable de los mismos hubiere obtenido dicha aprobación en connivencia con los funcionarios que indebidamente la otorgaron.

Art. 232. Sin perjuicio de las reglas generales, podrá tenerse por probado que la operación de un proyecto o actividad ha producido efectivamente lesiones graves o la muerte de una o más personas determinadas, si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que exista prueba de que una o varias personas determinadas estuvieron expuestas al peligro producido por el proyecto o actividad, con anterioridad a sus lesiones o muerte;
- b) Que exista prueba pericial que aporte una explicación general sobre los procesos biológicos, químicos o físicos que desencadenan en las personas la exposición al peligro de que se trate; y

c) Que exista prueba pericial de que en las personas lesionadas o muertas se desencadenaron similares procesos a los mencionados en la letra anterior, después de su exposición al peligro de que se trate.

Art. 233. Para los efectos de lo dispuesto en este Título, las expresiones técnicas se entenderán en el sentido de lo dispuesto en las leyes especiales y reglamentos aplicables.”

Buenas tardes.

“LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS AMBIENTALES”

DRA. DOMINIQUE HERVÉ

FISCAL DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE



Primero que nada, quiero agradecer la invitación del Tribunal Ambiental a participar en este seminario y en este panel en particular, que me parece especialmente interesante.

Me pidieron que hablara sobre la sanción administrativa ambiental y por lo tanto, voy a referirme a eso en el contexto de la Superintendencia del Medio Ambiente. Para ello me voy a referir brevemente al diseño institucional de la Superintendencia del Medio Ambiente y a la división de funciones que existe al interior de esta institución, para luego referirme en particular a la sanción ambiental. Sobre todo me interesa plantear que la Superintendencia del Medio Ambiente, de acuerdo con el diseño institucional que la ley le atribuye, no sólo tiene por objetivo sancionar sino que también tiene importantes instrumentos que tienen por objeto incentivar el cumplimiento de la normativa ambiental y también gestionar y controlar los riesgos ambientales. Por lo tanto, también me interesa hacer referencia a esos otros instrumentos que tiene la Superintendencia del Medio Ambiente que permiten hacerse cargo de otros elementos o aspectos más allá de la sanción propiamente tal.

¿Cuál es el diseño institucional? Bueno, esto es conocido por todos, la reforma del año 2010 creó un Ministerio del Medio Ambiente, un Servicio de Evaluación Ambiental y una Superintendencia del Medio Ambiente a cargo de la fiscalización y sanción, básicamente. Por lo tanto, las potestades que ejerce la Superintendencia son la potestad fiscalizadora y sancionatoria, sin perjuicio que también tiene una importante potestad normativa que se ejerce en el contexto de estas potestades.

La aplicación, por lo tanto, práctica de los instrumentos de gestión ambiental corresponde a la Superintendencia en el sentido que tiene que velar por el cumplimiento de estos instrumentos de carácter ambiental que crea la ley, todo lo cual es revisado, de acuerdo con nuestro sistema institucional, por los tribunales ambientales.

Este diseño institucional de la Ley 20.417 y que otorga estas competencias a la Superintendencia del Medio Ambiente expresamente señala que las funciones que ejerce la Superintendencia del Medio Ambiente deben hacerse de manera separada. En el artículo 7 sostiene que las “*funciones de fiscalización, instrucción de procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones estarán a cargo de unidades diferentes*”. Esto, en la práctica, ha implicado que la organización interna de la Superintendencia tenga divisiones destinadas a cada una de estas funciones, por lo tanto, hay una división de fiscalización que ejerce fundamentalmente la potestad de fiscalización; una división de sanción, que instruye, que tiene a su cargo la instrucción de los procedimientos sancionatorios y; luego la sanción es aplicada por el Superintendente de manera indelegable. Por lo tanto, el instructor del procedimiento recomienda al Superintendente una sanción que finalmente es aplicada por éste. Es necesario también tener presente en este diseño institucional que la potestad fiscalizadora y sancionatoria se ejercen de manera distinta por parte de la Superintendencia. La potestad fiscalizadora se ejerce por la Superintendencia directamente pero también a través de los organismos sectoriales con competencia en materia de fiscalización ambiental y a través de terceros especialmente autorizados para ello, colaboradores de la institucionalidad. A diferencia de la potestad sancionatoria que se ejerce exclusivamente por la Superintendencia del Medio Ambiente. Esto en la práctica ha implicado una especie de cuello de botella en el ejercicio de las funciones de la Superintendencia debido a que la fiscalización se ejerce de manera colaborativa con otras instituciones, sin embargo, la sanción queda radicada exclusivamente en la Superintendencia.

En todo caso, vale la pena señalar que hay una norma que prohíbe el doble castigo que está establecida en el Artículo 60 y que establece que por los mismos hechos no se podrán aplicar al infractor dos o más sanciones administrativas, por lo tanto, hay también una solución y sostiene que la que prima es la sanción más importante que es, generalmente, la de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Me voy a referir brevemente a lo que ha sido la sanción ambiental en la Superintendencia del Medio Ambiente y compararla con lo que era antes de la reforma a la Ley 20.417. La sanción existía, en el antiguo sistema institucional la CONAMA sancionaba, sin embargo, las multas no eran disuasivas, la multa máxima era de 500 UTM y también existía la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental. Lo que hace la Ley 20.417 es tomarse en serio esta

potestad sancionadora y efectivamente establece sanciones con un objetivo real disuasivo, las que están catalogadas en la ley de acuerdo con la clasificación de la infracción. Las sanciones van a depender de la clasificación de la infracción, la que puede ser gravísima, grave o leve y va desde la amonestación hasta la revocación de la RCA, pasando por multas de hasta 10.000 UTA y clausura temporal o definitiva.

¿Cómo ha sido el ejercicio de la potestad sancionadora? De acuerdo con los números que ustedes pueden ver acá, existen a la fecha –la Superintendencia lleva 3 años de funcionamiento, un poco más de 3 años– 114 procedimientos sancionatorios finalizados, y 113 unidades fiscalizables con procedimientos sancionatorios finalizados. Estos corresponden a 272 hechos considerados y, en cuanto a los tipos de sanción aplicadas, la mayor parte de las sanciones son multas, sin embargo, también se han aplicado amonestaciones, y se ha absuelto, obviamente. Estos números, en todo caso, no reflejan la cantidad de procedimientos sancionatorios que hay en la Superintendencia dado que hay una gran cantidad de procedimientos abiertos en este minuto. De acuerdo con las cifras que están al lado, más de 100 procedimientos sancionatorios por año lleva adelante la Superintendencia.

Evidentemente, los números parecen pocos al lado de la cantidad de instrumentos de gestión ambiental que debe fiscalizar la Superintendencia, que son aproximadamente 15.000. Hay efectivamente una evidente diferencia entre el universo de regulados por la Superintendencia y la posibilidad práctica de sancionar. Esto implica, en la práctica y, esto no sólo tiene que ver a mi juicio con un problema de escasez de recursos –porque uno podría siempre excusarse que la Superintendencia es una institución pequeña (que efectivamente lo es), que es una institución nueva (que también lo es)– sino que también tiene que ver con el modelo y con el diseño institucional en el sentido que lo que se ha querido lograr con esta Superintendencia, es una Superintendencia que fiscaliza estratégicamente, por lo tanto, hay una serie de mecanismos que le permiten a la Superintendencia priorizar cuáles van a ser aquellos instrumentos que va a fiscalizar.

Brevemente, me voy a referir a cuáles han sido las sanciones ambientales adoptadas por la Superintendencia hasta ahora: 41 amonestaciones, la regla general de las amonestaciones han sido los casos de ruidos molestos. La Superintendencia tiene también dentro de sus competencias la fiscalización de la norma de emisión de ruidos, por lo tanto, se da esta disparidad entre que la Superintendencia fiscaliza a la fuente pequeña que emite ruidos y también a las grandes mineras o a los grandes proyectos que generan impactos ambientales importantes. La mayoría de estas amonestaciones han estado relacionadas con estos casos de ruidos molestos, aunque también han habido casos de amonestaciones relacionadas con planes de descontaminación, en particular, en lo que dice relación con el comercio de la leña, básicamente.

Las multas se han aplicado en 78 casos. La Región de Atacama es donde más altas han sido las multas aplicadas, eso tiene que ver básicamente con lo que voy a mostrar acá, que se refiere a las categorías de proyectos. La mayor parte de las sanciones de multas, han sido aplicadas a la minería y a las centrales energéticas. Eso tiene que ver con la estrategia de fiscalización. La fiscalización ha ido orientada hacia aquellos grandes proyectos –por lo menos en un comienzo de la Superintendencia– hacia aquellos grandes proyectos mineros y energéticos, sin perjuicio que con el tiempo esta estrategia de fiscalización se ha ido ampliando a otro tipo de proyectos y en la actualidad también es muy relevante la fiscalización en materia de planes que son instrumentos que están creciendo bastante en el último tiempo.

Aquí hay un listado de las multas más altas que se han aplicado por la Superintendencia: Caserones, Bocamina, Los Bronces, la Mina El Soldado. De estas multas, la que ha sido litigiosa y más impugnada es la de Bocamina.

En relación con las sanciones, la Superintendencia ha adoptado un modelo, un sistema, unas bases metodológicas para determinar las sanciones ambientales a partir de lo que dispone la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. La Ley Orgánica de la Superintendencia exige cumplir con tres pasos al momento de ejercer la potestad sancionatoria. En primer lugar, se debe configurar la infracción de acuerdo con las tipologías o con los tipos infraccionales del Artículo 35. Luego se debe clasificar la infracción de acuerdo, fundamentalmente, con los efectos que pueda generar esta infracción; en gravísimas, graves o leves de acuerdo con los

literales del Artículo 36 de la ley. Y luego, una vez determinado el rango de la sanción, en virtud de si es gravísima, grave o leve, se debe determinar la sanción específica aplicable al caso concreto en virtud de las circunstancias que contempla el Artículo 40.

Es, por lo tanto, como ustedes saben, una ley que regula fuertemente a la Superintendencia en el ejercicio de su potestad sancionatoria. La discrecionalidad, podríamos sostener, de la Superintendencia al momento de ejercer la potestad sancionatoria se encuentra principalmente en la determinación de la sanción específica aplicable a cada uno de los casos que conoce en virtud de la aplicación del Artículo 40. Es, por lo tanto, este ejercicio jurídico el que debe hacer la Superintendencia clasificando las infracciones y luego, de acuerdo con el rango de la sanción, establecer las circunstancias que permiten específicamente determinar la multa aplicable, las que están contempladas en la ley en el Artículo 40.

Y la Superintendencia para efectos de aplicar estas circunstancias ha creado un modelo de determinación de esta sanción que se ve reflejado en esta fórmula que ustedes ven ahí, que es una fórmula que se obtiene de sistemas comparados, particularmente de la EPA, que sostiene que la sanción, para que cumpla con un efecto disuasivo y podamos entender que se trata de una sanción óptima, debe incorporar en el cálculo el Beneficio Económico obtenido por el infractor y además de este Beneficio Económico, un Componente de Afectación.



Este Beneficio Económico es el piso mínimo en el que determinar la sanción, con el objetivo que la sanción sea disuasiva y adicionalmente a este Beneficio Económico obtenido –que tiene que ver con los costos retrasados o evitados por el infractor y las ganancias anticipadas o adicionales obtenidas a partir de la infracción– se calcula y se agrega a ese Beneficio Económico un Componente de Afectación, que está determinado por la asignación de un valor de seriedad de la infracción, lo que consiste en asignar un puntaje a la infracción a partir de la importancia de la afectación que genera esa infracción al medio ambiente o a la salud de la población.

Ese puntaje que asigna la Superintendencia al valor de seriedad es un ejercicio discrecional de la Superintendencia y, por lo tanto, es un valor o un puntaje que no necesariamente se transparenta en la sanción, sino que se explica y se argumenta. Y ese valor de seriedad se ve incrementado por algunos factores o disminuidos por otros que son aquellos que les voy a indicar ahora, todo lo cual a su vez se multiplica por la capacidad económica o el factor de tamaño económico de la empresa.

Los factores de incremento están expresamente determinados en el Artículo 40 también y son los que se señalan ahí: la conducta anterior negativa; el grado de intencionalidad o negligencia y eso es relevante tenerlo presente, la intencionalidad en materia de infracciones administrativas no es un requisito para la configuración de la infracción, por lo tanto, se considera solamente al momento de la determinación de la sanción específicamente aplicable al caso. Hay otros criterios, por ejemplo, factores como la obstaculización del procedimiento y otras circunstancias específicas del caso.

Factores de disminución, la Superintendencia dentro de la letra (i) del Artículo 40, que le permite determinar otros factores, ha considerado la cooperación eficaz; la presentación de una auto-denuncia; la aplicación de medidas correctivas; como criterios o factores que permiten disminuir este Componente de Afectación que sirve para calcular la multa que se aplicará específicamente a una sanción.

Este modelo metodológico fue aprobado por una resolución de la Superintendencia el año 2015 y ha servido de guía para efectos que los regulados entiendan cuál es el razonamiento de la Superintendencia al momento de determinar la sanción. Vale la pena señalar que esto no

ha sido pacífico. La determinación de este modelo de determinación de las sanciones ha sido un tema controvertido. Algunos regulados han impugnado sanciones de la Superintendencia considerando que se debiese transparentar completamente esta fórmula de aplicación de la determinación de la sanción, cuestión que ha sido discutida en los tribunales y hay ya sentencias que se refieren a este tema. Todavía está pendiente una sentencia de casación que va a determinar finalmente cuál es el estándar aquí de discrecionalidad de la Superintendencia al momento de determinar la sanción específica aplicable. Eso en relación a las multas.

En relación a las clausuras, la clausura cumple una finalidad no solamente disuasiva y eso es interesante de entender, sino que también preventiva y se aplica en aquellos casos en que por un lado, por ejemplo, el beneficio económico obtenido en una infracción puede ser tan alto que los topes de las multas no permiten cumplir con el fin disuasivo de una sanción y, por lo tanto, existe este otro tipo de sanción que se puede aplicar, que es la clausura. Y, también, cuando existen riesgos ambientales o situaciones ambientales que exigen una medida que se haga cargo de la situación. Se han aplicado clausuras definitivas en dos casos: en el caso de la Minera Maricunga y la Minera Española, ambos sometidos también a la revisión de los tribunales ambientales, del Tribunal de Santiago en particular estos dos. La clausura temporal también se ha aplicado en los casos de AngloAmerican y Tecnopec, las que fueron sometidas a la revisión del tribunal, por lo tanto, el tribunal ha tenido también que pronunciarse respecto a estas sanciones.

En lo que me queda de tiempo, me interesa referirme en particular a dos aspectos del ejercicio de la potestad de la Superintendencia que dicen relación con el incentivo al cumplimiento y con la gestión de los riesgos ambientales. Me parece que la ley de la Superintendencia en ese sentido es bastante clara en señalar que no es el objetivo necesariamente final de la Superintendencia al momento de ejercer su potestad fiscalizadora y sancionatoria, llegar a la aplicación de una sanción administrativa ambiental. Existen instrumentos de incentivo al cumplimiento en particular el programa de cumplimiento que es un instrumento que permite al infractor elegir frente a una formulación de cargos, si es que sigue adelante con el procedimiento sancionatorio o si, en cambio, presenta un programa de cumplimiento que le permite eximirse de la sanción y se obliga, a través de este programa, a volver a un estado de cumplimiento y hacerse cargo de los efectos que han generado estas infracciones.

Este programa de cumplimiento está regulado en la ley y en un reglamento y se establece expresamente cuáles son los requisitos que se exigen. También ha sido un instrumento que ha sido controvertido en su aplicación. Aquí hay algunas estadísticas, hay más de 180 programas de cumplimiento que se han presentado en la Superintendencia, de los cuales alrededor de 90% han sido aprobados y también es relevante aquí sostener que hay un importante rol de asistencia al cumplimiento por parte de la Superintendencia que permite que estos programas de cumplimiento sean en su mayoría aprobados.

También vale la pena ver las cifras que implican estos programas de cumplimiento, en la práctica muy similar al total de multas que ha aplicado la Superintendencia, es decir, en términos de montos, los programas de cumplimiento también han implicado un importante monto de inversión y en este caso, a diferencia de la multa, esta inversión va dirigida expresamente al cumplimiento de la normativa ambiental.

Hay una guía también de programas de cumplimiento y un reglamento en el que se establecen cuáles son aquellos impedimentos que impiden la presentación de un programa de cumplimiento por parte de un posible infractor. Estos impedimentos son, en la práctica, lo que ha generado la mayor controversia judicial, podríamos decir, en torno a los programas de cumplimiento dado que algunos regulados sostienen que la interpretación que hace la Superintendencia respecto de la aplicación de algunos impedimentos o de los requisitos para aprobar los programas de cumplimiento, no estarían cumpliendo con los requisitos que exige la ley. Por ejemplo, los impedimentos son básicamente que no se haya sido sancionado por una infracción gravísima por la Superintendencia; que no se haya “presentado” —lo que en realidad se ha interpretado como que no se haya “aprobado”— con anterioridad un programa de cumplimiento, salvo que se trate de infracciones leves. Es decir, la interpretación de la Superintendencia es que siempre procede un programa de cumplimiento por infracciones leves, y no procede cuando con anterioridad, ha sido aprobado un programa de cumplimiento por infracciones gravísimas o graves. Tampoco procede un programa de cumplimiento cuando hay casos de daño ambiental,

lo que parece evidente porque por un lado es imposible cumplir en esos casos y, por otro lado, porque efectivamente hay un instrumento específico que es el plan de reparación de daño ambiental que permite cumplir ese objetivo.

Dentro de los requisitos del programa de cumplimiento que ha sido más discutido es el requisito de integridad, que se interpreta por la Superintendencia como que el posible infractor debe hacerse cargo de todos los hechos que son parte de los cargos formulados por la Superintendencia. Algunos regulados sostienen que debiera existir la posibilidad de elegir cuáles son esos cargos respecto de los cuales va a presentar un programa de cumplimiento. Eso también ha sido llevado a los tribunales.

Con esto les quiero decir que la función de la Superintendencia ha sido altamente litigiosa y que también ha tenido mucho trabajo el tribunal ambiental en tener que resolver, ya que finalmente quien resuelve todos estos casos son los tribunales ambientales.

Por último, quiero referirme a un tema que, a mi juicio, no es menor y que tiene que ver con la gestión del riesgo ambiental y que dice relación con un hecho evidente: las sanciones, en particular las multas, no permiten solucionar el problema ambiental de fondo. Por lo tanto, hay una función de la Superintendencia que es muy relevante y que es la función de gestión del riesgo y de control del riesgo ambiental y para ello la ley le ha otorgado facultades importantes que son transversales a sus potestades, es decir, tanto en el ejercicio de la potestad de fiscalización como en el ejercicio de la potestad sancionatoria, la Superintendencia tiene la posibilidad y el deber de hacerse cargo de controlar los riesgos ambientales frente a los que se encuentra. En particular, brevemente, me voy a referir a que en materia de la potestad de fiscalización, la Superintendencia tiene un instrumento que son los programas y subprogramas de fiscalización que le permiten priorizar instrumentos para fiscalizar y en esa priorización la Superintendencia ha establecido criterios dentro de los cuales el riesgo ambiental es un criterio fundamental. Es decir, para efectos de planificar la fiscalización la Superintendencia considera aspectos tales como la vulnerabilidad ambiental del territorio en que se encuentra un proyecto; la percepción del riesgo también es relevante al momento de priorizar qué se va a fiscalizar.

Por otro lado, y quizás lo más importante en este punto, son las medidas provisionales, y las urgentes y transitorias, que permiten a la Superintendencia hacerse cargo de manera presancionatoria, durante el sancionatorio y por último con posterioridad al sancionatorio de aquellas situaciones de “daño inminente” al medio ambiente o a la salud de las personas, en palabras de la ley, lo que se ha interpretado que es sinónimo de riesgo ambiental. Estas medidas previsionales también nos han dado mucho trabajo tanto a los tribunales como a la Superintendencia en términos de entender los requisitos que impone la ley y que esos requisitos sean funcionales a los objetivos de las medidas. Porque el objetivo de estas medidas es controlar el riesgo ambiental y pareciera que muchas veces la ley no es coherente o consistente con ese objetivo, sino que exige unos requisitos que de alguna manera no ayudan a cumplir con ese objetivo.

Y por último, también en materia de sanciones, la ley permite a la Superintendencia aplicar este criterio de control del riesgo en la medida que al clasificar la gravedad de la infracción puede considerar situaciones de riesgo para la salud de la población en particular y también en la determinación específica de la sanción aplicable existen circunstancias del Artículo 40 que le permiten a la Superintendencia incorporar este criterio al momento de determinar la sanción. Por último, la clausura y la revocación de la RCA también son claramente sanciones que tienen no solamente este fin disuasivo sino que un fin de controlar el riesgo ambiental.

Gracias.



■ PARTICIPANTES TERCER PANEL "DESAFÍOS Y RESPUESTAS DEL DERECHO CIVIL, ADMINISTRATIVO Y PROCESAL FRENTE AL CONFLICTO AMBIENTAL"

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS

MODERADOR SR. RUBÉN SAAVEDRA

SECRETARIO ABOGADO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO



A continuación, vamos al bloque de preguntas. Vamos a seleccionar tres preguntas para cada panelista y, si les parece, voy a ir formulándolas de a una, contesta y le formulo la siguiente. Partimos.

Don Pedro Pierry, Álvaro Núñez pregunta *¿considera la falta de dictación de regulación, por ejemplo norma de emisión, un supuesto habilitante para alegar falta de servicio?*

Sr. Pedro Pierry

En mi presentación yo dejé afuera algunas hipótesis de responsabilidad del Estado que no son técnicamente por falta de servicio y que en el artículo que mencionaba de Jorge Bermúdez menciona en que se refiere a la responsabilidad por actuación lícita por omisión de dictación de normas, por incumplimiento de obligaciones internacionales y por mala calidad de la norma; pero que no están agrupadas bajo la hipótesis de falta de servicio. La respuesta a esa pregunta no puede ser contestada en forma general pero tengo que hacer algunas precisiones, cuando se habla de omisión de normas estamos entiendo hablando de reglamentos no estamos hablando de acto administrativo particular que son básicamente las normas de policía de administrativos particulares, estamos hablando de reglamentos y el tema es que para que haya una omisión de reglamento ilegal tenemos que entender que quien dicta el reglamento, que es básicamente el Presidente de la República, también los alcaldes, en fin; tienen que estar obligados a dictar el reglamento y normalmente cuando las leyes a través de revisión normativa hacen remisión a los reglamentos dirá “*el Presidente de la República dictará el reglamento de esto*” o “*el reglamento contemplará tal cosa*”, a veces las normas ponen que el Presidente deberá dictar el reglamento dentro del plazo de 6 meses. Incluso en esta tercera hipótesis, en que hay un plazo, ya en la década del '50 y '60, en

los primeros manuales de Derecho Administrativo, Silva Cimma por ejemplo, se dice entonces “*qué pasa si el Presidente de la República no dicta el reglamento*”, llegándose a la conclusión de que esa normativa no obligaba al Presidente de la República y solamente podría teóricamente ser objeto de un juicio político. El Presidente de la República tiene la potestad reglamentaria, o sea “*podrá dictar los reglamentos que crea conveniente para la ejecución de las leyes*”, por lo tanto, decir que la omisión de dictar un reglamento constituye falta de servicio es, a mi juicio, una situación muy difícil de establecer. Ahora, eso no significa necesariamente que pueda no haber responsabilidad porque hay quienes sostienen que hay responsabilidad del Estado por omisión legislativa, hay hasta un libro de un profesor en Valparaíso que se llama “Responsabilidad del Estado por omisión legislativa”, hay otros que sostienen que hay responsabilidad del Estado por una serie de otros actos de omisión, etc., pero eso no cae en el contexto de falta de servicio.

Entonces, concretamente la respuesta, no es posible, creo yo, configurar, salvo en supuestos que serían muy específicos en alguna ley que yo no conozco, que alguna ley dijera al Presidente de la República “*dentro de este espacio, dentro de estas condiciones, tendrá que hacer tal y tal cosa*” lo que raramente ocurre; no puede entenderse que la omisión de un reglamento pueda constituir falta de servicio. Esa sería mi respuesta.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Segunda pregunta, don Juan Francisco Sánchez para don Pedro Pierry: *En relación a su afirmación de que “no toda ilegalidad es falta de servicio”, si una decisión ilegal por incompetencia podría adoptarse por funcionario competente, ¿no se denomina a eso causalidad?*

Sr. Pedro Pierry

Bueno, yo me refiero simplemente al hecho que la falta de servicio y la ilegalidad son conceptos separados y, por lo tanto, pueden existir perfectamente normas que han sido anuladas por ilegal y que no constituyen falta de servicio, como ya dije por ejemplo, frente a dos criterios distintos un criterio determinado por la autoridad y el tribunal estima que ese el criterio no es el adecuado y lo anula, cambiando eventualmente una jurisprudencia. El acto es ilegal, evidentemente, pero no es una falta de servicio.

Ahora, en la pregunta respecto a la incompetencia, fíjese que el fallo San Andrés con la Municipalidad de Villarrica era un tema del plan regulador en que se acogió el reclamo de legalidad y se anuló el acto por ilegal porque esa norma no la podía dictar el alcalde sino que podía dictarla el intendente. Entonces, cuando después se demande en juicio de perjuicios se dice “*no, aquí esta norma igual podría haber sido dictada*”. Pero póngase hipótesis más extremas, supóngase por ejemplo que una autoridad obliga a sacar la basura de un tarro cerrado y resulta que esa autoridad no tenía competencia, tendría que haber sido otro, un superior jerárquico o un inferior jerárquico, no el director de aseo sino que el alcalde. Se anula, por ilegal, ¿da lugar para una falta de servicio? Entonces, la otra doctrina y nuestra jurisprudencia está diciendo que no es que no sea, si no que no necesariamente es equivalente a falta de servicio. Eso es todo.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Para don Pedro Pierry, Irene Méndez pregunta *¿cómo y a quién se indemnizaría si se configura falta de servicio al no realizarse el proceso de revisión de normas de calidad ambiental?*

Sr. Pedro Pierry

¿Cómo proceso de revisión?

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Proceso de revisión, las normas de calidad ambiental deben revisarse cada 5 años dice la Ley de Bases del Medio Ambiente, para ajustarlas a los nuevos estándares. Entonces ¿cómo y a quién se indemnizaría si se configura una falta de servicio al no realizarse la necesaria revisión de las normas de calidad ambiental?

Sr. Pedro Pierry

Hay un fallo vinculado con el tema del MP2 en que se anuló precisamente, desgraciadamente este fallo, lo mismo que tuve que acortar mi exposición cuando me di cuenta que el fallo que yo hacía referencia al polvo de Arica, lo mismo que este otro por la falta de revisión de normas de calidad ambiental habían sido alegados por don Rubén Saavedra y que los perdió en la 3ª sala. Nuevamente, estamos en la hipótesis que si la autoridad no hace la revisión, uno podría decir que es una omisión ilegal. Ahora, si esa omisión ilegal usted la califica de falta de servicio

porque el Estado tenía los medios para poder hacer esa revisión técnicamente, porque han habido varios fallos, hay unos fallos muy importantes vinculados con un tema, precisamente la falta de dictación de normas en relación con tarifas eléctricas en que se convierte entonces en que “*este proceso era tan complejo, fueron tantas las presentaciones que hicieron las partes que la omisión no puede considerarse una falta de servicio*”, pero podría considerarse falta de servicio, o sea, habría que analizar el caso específico, concreto y en particular.

Pero, aquí no hay que olvidar que en materia de responsabilidad que es reparatoria tiene que haber una indemnización de perjuicios y aquí estamos hablando de derecho subjetivo lesionado, no estamos hablando de interés legítimo, no estamos hablando de normas de anulación general. Aquí la persona tiene que acreditar que tenía un derecho subjetivo lesionado, o sea, que el hecho de no revisar la norma le produjo un daño, tiene que acreditar el daño y ese daño tiene que ser consecuencia de la omisión, lo cual en esa hipótesis para un ciudadano que sea afectado, francamente me parece muy difícil, pero teóricamente podría serlo.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Gracias don Pedro después de esa estocada.

Bien, para el profesor Jean Pierre Matus, pregunta, *Juan Manuel Álvarez si el principio non bis in idem es de aplicación general en nuestro ordenamiento según criterios de la Corte Suprema, ¿cómo unos mismos hechos que dañan al medio ambiente pueden significar responsabilidad civil, administrativa y penal y ello implicar que tendrá 3 sanciones?*

Sr. Jean Pierre Matus

Bueno, la respuesta es fácil. De la misma manera que cualquier delito se puede cargar con multa, privación del derecho a ejercer una profesión determinada y privación de libertad por 3 años y 1 día. ¿Cuál es el problema?

Es la fuente de la obligación aquí en este caso, la fuente jurídica que determina la sanción no tiene nada que ver con el principio *non bis in idem*, el principio *non bis in idem* ha sido completamente mal entendido y se es naturalmente una práctica que es muy buena cuando uno es abogado y que quiere defender a las empresas, pero no tiene pies ni cabeza la forma que se define en Chile. El principio *non bis in idem* tradicionalmente significa que una persona que ha sido castigada por un hecho no puede volver a ser juzgada por este mismo hecho ni castigada por la misma autoridad. Entonces, por ejemplo, en el sistema donde esto se ha desarrollado como en el sistema norteamericano, significa que si una persona es juzgada y absuelta en el delito, entonces no la puede juzgar y absolver la misma autoridad. Pero si ese delito al mismo tiempo es federal, entonces la autoridad estatal lo puede juzgar. Los casos famosos que ustedes han visto de racismo que salen en la tele, han sido así. La autoridad estatal los absuelve y después viene la autoridad federal y los condena. Dos jurisdicciones diferentes y el principio general es: habiendo dos jurisdicciones diferentes, cada jurisdicción puede imponer las sanciones que correspondan. Lo que impide el principio *non bis in idem* en el sentido procesal es que una misma jurisdicción sobre un hecho que está juzgado y absuelto materialmente o condenado materialmente no con la anulación formal y cosas así, vuelva a imponer un juicio o, como dicen los gringos, arriesgue a la persona a un doble juicio.

Otra cosa es el principio *non bis in idem* en el sentido material más de fondo, por ejemplo, lo que se discute cuando se discute el concurso aparente de leyes que esto ya es una tecnicidad. La pregunta es si una persona, que es el padre de una criatura la viola, ¿cuántos delitos comete? Violación, incesto o violación e incesto y en este segundo caso, cometerá violación e incesto con las reglas del concurso real o con las reglas del concurso ideal. Y sobre esto ha habido un montón de discusiones pero básicamente la cuestión a la que se ha llegado es que no se puede tomar en cuenta dos veces el mismo hecho, las mismas circunstancias de hecho y por ejemplo, antiguamente esto se castigaba en concurso ideal y ahora se dice que la violación es incompatible con el incesto o se castiga uno o se castiga otro, entonces por violencia y por edad va por violación si no hay violencia ni menor edad va por incesto y se separan las sanciones, por decirlo de alguna manera, pero no es la cantidad de sanciones, no es el hecho de que a uno le impongan privación de un derecho, privación de libertad y multa lo que constituye el *bis in idem* si no que una misma circunstancia fáctica, jurídicamente relevante sea tomada en cuenta dos o más veces para imponer 1, 2 ó 3 ó 4 sanciones. Ese es el problema. Entonces, cuando hay distintas jurisdicciones no hay ningún problema dado que la fuente de la obligación o la

fuente de la sanción es diferente no en las mismas circunstancias fácticas aunque parezcan lo mismo para estos efectos, no se toman en cuenta dos veces por la misma jurisdicción. Y eso ha sido, después de muchas vueltas y a principios de los años '50-'60 la gente se emocionó un poquito con esto, pero eso ha sido la solución en casi todos los países del mundo porque si no, no podrían existir los sistemas que existen. O sea, realmente la base de la existencia de un sistema administrativo, un sistema penal y un sistema civil es la base de las distintas jurisdicciones, es decir, distintas fuentes de obligaciones.

De hecho, en el Código Civil chileno es súper claro en que las sanciones civiles son totalmente independientes de las penales y el Código Procesal Penal antiguo y el nuevo dice que de la responsabilidad penal deriva la responsabilidad civil. Y nadie se había muerto por eso, creo yo, hasta el momento.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Muchas gracias. Segunda pregunta para el profesor Matus: *compartiendo su punto de vista podría desarrollar un poco más la agenda corta de delitos ambientales, ¿por qué cree usted que no se avanza? ¿Quién se opone? ¿Quiénes podrían iniciarla y promoverla?*

Sr. Jean Pierre Matus

Bueno, cinco preguntas en una. Vamos a empezar por el final, yo creo que nadie se opone realmente, lo que sucede es que la vida política es más complicada de lo que parece y los profesores siempre hacemos chistes y nos reímos de los pobres legisladores, pero los que han ido al Senado más de una vez o al Congreso han visto que, a las 9 de la mañana ven que están discutiendo, para poner un caso, la ley de tratamientos de residuos no sé qué cosa, a las 10 y media van a la Comisión de Justicia a discutir la ley de aborto, a las 12 van a la Comisión de Salud a discutir si aumentan o disminuyen el Plan Auge y cosas así. Y eso todos los santos días los pobres cristianos estos, que además en un país donde son poquíssimos sólo les alcanza el tiempo libre para encargarle a algún funcionario de los que trabajan con ellos “*oye, mira, está este problema, hagamos este proyectito*” Y mientras el Gobierno no le pone prioridad a los proyectos, porque así funciona Chile, que es un país presidencialista, muy difícilmente un proyecto de los parlamentarios tiene éxito. Yo no conozco ninguno, puede que esté equivocado, porque al final sólo con el manejo de las urgencias en nuestro sistema legislativo es posible determinar qué proyectos se van a ver y cuáles no. Mientras el Gobierno no asuma, puede decir que son los parlamentarios y hacerles cariñito, “*no, si el proyecto es de ellos, la moción de fulanito*”, pero al final del día, si los ministerios y la Presidencia no toman una urgencia, no funciona.

Así que, si hay algún responsable pueden ser las miles de contingencias que viven los países en desarrollo, entre ellas Chile. Y puede ser que todavía sea funcional. Busquemos una respuesta racional, puede ser que para nuestro sistema todavía sea funcional, puede ser que el costo de la contaminación culpable sea algo que debamos asumir en una situación de desarrollo y no que esté en un estado tal de gravedad en que la gente piense que realmente tenemos que hacer la sanción más grave o que teóricamente es más preventiva que es la penal y que bastaría con el sistema administrativo que tenemos. Esa puede ser una razón de fondo. Por ejemplo ahora, que está recién establecida la Superintendencia uno tendería a pensar “*démosle un tiempito a ver cómo funciona, porque si funciona bien, para qué*”. Y eso parece estar en la mente de todo el mundo.

Ahora, la agenda corta no tiene que ver con la idea de una gran reforma ambiental si no que tiene que ver con que sabemos que hay hechos que sí son graves, por ejemplo, la contaminación de agua y son graves también para el Derecho Penal porque existe un delito de contaminación de agua, el problema es que ese delito tiene pequeños matices técnicos: no castiga directamente la imprudencia, las multas son muy bajas. Listo, se toma la opción de hacer una agenda corta y se dice por ejemplo, “*modifíquese el Artículo 136 de la Ley General de Pesca, donde dice 300 póngale 1.000*” y cosas así.

Dos, sabemos que la propagación de contaminantes a gran escala, es grave y es tan grave que está como delito desde el año '84, no es una novedad pero que castiga la propagación de contaminantes porque se estaba pensando en la gente que traía el Afta y lo propagaba, es decir, llevaba animales infectados de un lugar a otro o estas cosa terrorista de que enviaban paquetes con ántrax y cosas así. Este delito se pensó primero como un delito terrorista o como que se contaminaban no las aguas corrientes normales de los cursos naturales sino se propagaba a través de las redes de agua potable

algún contaminable grave. En eso estaban pensando, pero claro eso es desde el punto de vista del derecho ambiental, contaminación. Y ¿cuál es el problema? Se caracteriza la palabra propagación y no la palabra emisión y entre propagar y emitir hay una gran diferencia porque el que propaga tiene que llevar de un lugar para otro y el que emite, no. Y lo normal es que las graves contaminaciones no son por propagación si no que por emisión, esto según el castellano antiguo que está en la RAE, no es un invento mío, es un problema técnico de la ley si uno sigue el problema de principio de legalidad y puede que toda la gente lo lea y diga “*oye, pero esto dice propagación, ¿cuál es el drama?*”. Bueno, el drama es que hay que aplicarlo según el artículo 20 del Código Civil y hay que entender en su sentido de naturalidad las palabras y eso parece que está en el diccionario, que es lo más objetivo que hay.

Bueno, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como ya les dije, dice que están el ámbito de la aplicación los delitos de corrupción de funcionarios extranjeros, los de corrupción de funcionarios públicos nacionales, los de financiamiento del terrorismo y ahora la receptación, bueno, que diga “*Y el artículo 136 de la Ley General de Pesca Y el artículo 291 del Código Penal*”.

Donde la ley o alguna de estas leyes utilizan palabras que son incompatibles con la Ley 19.300 conceptos técnicos como la contaminación y todo lo demás, bueno, usemos los mismos conceptos y declaremos que esos son los conceptos que valen y ya está.

Con estos dos delitos, que sería como la agenda corta cortísima se abarcan todos los casos graves de contaminación. Cuando ustedes leen en un diario un caso grave de contaminación y, también la regla de los delitos culposos, se da vuelta un camión con ácido sulfúrico que contamina el río X. Se está desembarcando petróleo y por una mala maniobra el petróleo termina en el mar y no en el estanque. Son hechos culposos de introducción de material no neutralizado en cursos de agua. Y eso, ya se sabe que es delito. Entonces, por esa razón, la agenda corta, entiendo yo, si estamos de acuerdo, no tenemos que ponernos de acuerdo en qué cosas son graves. Sabemos que esas cosas son graves, están en la ley y sabemos, la gente sobre todo que los trabajan en el sistema penal saben que tiene problemas técnicos y entonces resolvamos solamente el problema técnico y no nos dediquemos a discutir cuál es el gran concepto de cómo debe ser el mejor delito ambiental del mundo porque probablemente no nos vamos a poner de acuerdo.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Y la última pregunta para el profesor Jean Pierre Matus, *¿para una efectiva tutela de los bienes jurídicos ambientales, mayores recursos y poder fiscalizador de la administración o más ius puniendi en sentido estricto pena penal?*

Sr. Jean Pierre Matus

Bueno, creo que tiene mayores recursos que antes, no tantos como se desearía pero tiene mayores recursos que antes la administración. Respecto al Derecho Penal, tampoco hay que inventar la rueda. Ya dije, los dos delitos de contaminación más importantes, de verdad, si ustedes se fijan en lo que sale en los diarios, son estos: la emisión y contaminación de superficies, el aire y la superficie del suelo y la contaminación de agua. Y los otros delitos, que existen y también por un problema puramente técnico. O sea, si una persona, instala una empresa que es banco y por decirle banco comete un delito si no ha pedido el permiso, entonces los casos que están sujetos a supervisión de la Superintendencia del Sistema de Evaluación Ambiental que suponemos que están sujetos porque queremos prevenir que en esos casos se cometan o se contaminen gravemente y lo queremos prevenir por ese sistema, bueno entonces, protegemos el sistema. Nuestro sistema administrativo está protegido de mil maneras y eso ya existe, entonces no es más *ius puniendi* ni todas esas cosas de la expansión de Derecho Penal que si uno le hiciera caso terminaría con “*oh, sólo son delitos las violaciones, el hurto, el robo y el homicidio*” porque puede ser que son los delitos que alcanzamos a estudiar en la escuela, pero en 1874 se protegía la contaminación de agua y existía el delito de envenenamiento de agua, porque la gente sólo tomaba agua de cursos naturales. Entonces cuando se castigaba el envenenamiento de agua de cursos naturales para servicio público, que ahora no existen para el uso público, bueno se estaba castigando la contaminación de agua. Ahora ese delito en la práctica no se puede cometer porque no hay cursos naturales de agua de uso público, el agua la tomamos por otra vía.

Cuando en el Código Penal de 1874 se castigaba la emisión de olores molestos por sacar la basura fuera de los tiempos que correspondía, bueno, a alguien le puede parecer que es una cosa chistosa, pero en esa época eran 60 días de cárcel, en 1874. No eran pocos días de cárcel

para personas que vivían menos de la mitad de lo que vivimos nosotros hoy en día. Que no se sustitúan, que no tenían ninguna de estas cositas que tenemos ahora. Porque era grave. Entonces no es ninguna novedad, no es más derecho *puniendi* si no que sencillamente adaptarse a la realidad, adaptar la normativa de siempre a la realidad normativa que vivimos ahora. Naturalmente si yo sólo fuera abogado de empresas, diría “lo mejor es el derecho administrativo sancionador porque lo paga el consumidor”.

Pide la palabra el Sr. Pedro Pierry.

Yo quería decir una cuestión del punto de vista del Derecho Administrativo que aquí en Chile no se considera, pero voy a decirle una anécdota. En la Ley de Pesca, cuando se buscaba a quien se castigaba con la Ley de Pesca, se decía “*bueno, se estableció delito en materia de la Ley de Pesca, perfecto; bueno y las otras infracciones que no eran delito. Bueno, sanción administrativa. No, al legislador no le gusta la sanción administrativa demasiada facultad para la administración. Policía local, tampoco, un desastre. Entonces, ¿a quién?*” Y dijimos, bueno, busquemos algo distinto busquemos quién es el juez contencioso administrativo teóricamente. Bueno, en Chile no existe. O sea, el juez civil. Perfecto. Entonces se estableció que el juez ordinario en los lugares donde hay puerto era la persona que iba a conocer las infracciones a la Ley de Pesca. Es bien curiosa esa norma, pero punto aparte.

Hay un tema que se llama el contencioso administrativo de la represión que consiste en que no se va a un delito penal, no se le entrega facultad sancionatoria a la administración sino que se le entrega facultades sancionatorias a un tribunal contencioso administrativo. Y ese tribunal es el que sanciona. Eso se llama contencioso administrativo de la represión. Eso no existe en Chile. No ha sido explorado. No hay, porque no hay tribunal contencioso administrativo pero tampoco hay la idea del contencioso administrativo de la represión. Y yo muchas veces me pregunto, en que si bien la sanción administrativa, que yo comparto es una gran atribución de la administración y la defiende mucho y estoy de acuerdo en relación con lo que decía Jean Pierre vinculado con el tema de *non bis in idem* y yo considero que es importante la sanción administrativa, pero muchas veces me pregunto si no sería conveniente crear un contencioso administrativo de la represión. Que podría técnicamente incluso entregarse al tribunal ambiental, pero bueno dejemos ese punto de lado. Pero un contencioso administrativo de la represión como fórmula para la sanción a las infracciones vinculadas con el medio ambiente.

Sr. Jean Pierre Matus

Sobre lo que dice el profesor Pierry, ahí se aplica lo que dicen los chinos “no importa el nombre que le pongan con tal que cacen ratones me quedo con los gatos, cualquiera sea la forma del gato, con tal de que cace ratones es lo que importa”. De eso se trata.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Muchas gracias.

A Dominic Hervé le pregunta Ivan Pavlov de Perú: *¿Por qué la Región de Antofagasta no tiene ninguna denuncia o reclamo? Tiene una fundición de cobre Alto Norte súper contaminante, el Puerto de Antofagasta: plomo.*

En ningún momento dije yo que en la Región de Antofagasta no había denuncias ni reclamos. Hay de hecho una sanción importante que se impuso al Puerto de Antofagasta ATI por la Superintendencia y que fue reclamada y que hace poco fue confirmada por el Tribunal Ambiental.

Hablar de las denuncias también tiene que ver con muchas otras cosas. Yo no hablé de las denuncias pero, en ese caso efectivamente existe la posibilidad de acuerdo de que cualquiera que cumpla con los requisitos establecidos en la ley pueda interponer una denuncia ante la Superintendencia. Esas denuncias –y no quiero evitar la pregunta de fondo– efectivamente la Superintendencia recibe una gran cantidad de denuncias que en la práctica es difícil abordar en su totalidad, por lo tanto la Superintendencia también prioriza denuncias que tengan que ver con efectos más importantes al medio ambiente o la salud de las personas.

En la Región de Antofagasta, como les digo, ha habido importantes denuncias y fiscalizaciones y también sanciones por parte de la Superintendencia.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Pablo Sandoval pregunta *¿qué es lo que permite distinguir entre incentivo de cumplimiento y sanción? ¿Acaso la sanción no es un incentivo? ¿Es el programa de cumplimiento un mecanismo preventivo?*

Sra. Dominique Hervé

En realidad la sanción no es un incentivo, la sanción es un mecanismo disuasivo para aquellos regulados con el objetivo de que no cometan infracciones en la medida que las sanciones son lo suficientemente disuasivas para que sea una sanción que realmente genere en el regulado, en el que va a generar la conducta, una modificación de la conducta.

El mecanismo de incentivo al cumplimiento que se otorga, es que se exime de una sanción aquel regulado que presenta y opta por un programa de cumplimiento que le permite presentar un plan que incorpora medidas para volver al cumplimiento ambiental haciéndose cargo de los efectos que generó ese incumplimiento en el medio ambiente. Por lo tanto, son mecanismos distintos, el incentivo que la sanción.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

La última pregunta, uno de nuestro público está inquieto, quiere controversia. La pregunta es para el profesor Matus y Dominique. Se busca la mirada distinta, probablemente, respecto a esta pregunta *¿creen ustedes que incentivar y fomentar investigaciones penales por delitos de prevaricación u otros afines por conductas de funcionarios de la Superintendencia, del Servicio de Evaluación Ambiental, del Tribunal Ambiental, del Ministerio del Medio Ambiente podría servir para mejorar en nivel de cumplimiento del Derecho Ambiental chileno y alcanzar el fin del Derecho Penal de prevención general?* Nicolás Hernández.

Sr. Jean Pierre Matus

Empiezo yo con una respuesta muy sencilla: es lo que se aplica a todos los funcionarios públicos.

Sra. Dominique Hervé

¿La pregunta es si promover esa investigación implicaría un mayor cumplimiento? Yo creo que... obviamente que la ley y los funcionarios públicos tienen que cumplir con ciertas normas de probidad, eso es evidente. No creo que haya que discutirlo. No hay aquí una discusión frente a ese tema. Lo que sí yo creo es que la discusión en materia del delito penal ambiental no va por ahí. La discusión del delito penal ambiental va en otra línea que tiene que ver básicamente con penalizar aquellas conductas que generan, que son más graves en términos de contaminación y daño ambiental. Y, a mi juicio, si la pregunta es esa efectivamente yo creo que es compatible con una sanción administrativa sin perjuicio que hay que evaluar bien cómo se implementan ambos tipos de responsabilidades porque obviamente la idea no es, creo yo, con la responsabilidad penal ambiental de alguna manera frenar también el rol de la potestad sancionadora administrativa. En todo caso, respecto de lo primero obviamente hay normas de probidad que tienen que cumplir los funcionarios públicos.

En la Superintendencia ha habido querellas en contra de funcionarios y los funcionarios han seguido trabajando, yo creo que todos estamos de alguna manera sometidos porque somos funcionarios públicos, a un escrutinio que es el cumplimiento de la ley.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Muchas gracias por su opinión. Le doy la palabra a don Pedro Pierry que también se siente convocado y con eso terminaremos la ronda de preguntas.

Sr. Pedro Pierry

Cuando yo hablé de la falta de servicio dije que era muy interesante esta institución porque es el servicio y no el funcionario, el funcionario sólo respondía en caso de extrema gravedad. En Estados Unidos no es así, hay un fallo de mil ochocientos noventa y tanto de Massachusetts en que unos veterinarios le dieron muerte a un caballo, ordenaron matar a un caballo porque tenía una enfermedad y después de muerto el caballo, no tenía la enfermedad y los tribunales dijeron *“mire, ellos sólo tenían competencia para ordenar la muerte de los caballos infectados y como no estaban infectados, no tenían competencia, por lo tanto, ellos responden y tienen que pagar”*. Bueno, ese criterio, inhibe al funcionario. Por eso que en el derecho chileno que viene del derecho francés en la falta de servicio es irrelevante el funcionario, precisamente para no inhibirlo. Lo mismo en Estados Unidos un fallo en el año cuarenta y tanto *United States versus Gilman* en que precisamente se trata de la demanda del Estado frente al funcionario por una condena del Estado. No, el funcionario, no responde. El tema es cómo defender al funcionario. Eso por una parte. Porque la falta de servicio justamente es muy clara en eso y eso es lo bueno que tiene esa institución.

Ahora, respecto a la prevaricación misma, yo durante muchos años tuve en mi oficina donde estuve todo el tiempo, una pequeña reproducción de un cuadro de la ciudad de Brujas en donde hay un señor que le están haciendo un grupo de personas algo extraño en el cuerpo. Entonces, le decía a la gente “*mire, qué le están haciendo este señor*”. No sé, quizás le están haciendo una autopsia. Pero miren bien. Lo estaban desollando vivo. ¿Y cómo se llamaba el cuadro? Se llamaba “El castigo del prevaricador” y lo estaban desollando vivo. Pero era un juez prevaricador. Pero lo curioso era que estuviera en un asunto anterior en que resulta que quien lo castiga es el hijo porque los cargos eran hereditarios. El rey mandó poner en el asiento de los jueces, la piel del juez prevaricador para que supieran lo que les pasaba si prevaricaban. Eso en relación con el tema del castigo.

Moderador Sr. Rubén Saavedra

Bien. Despedimos al panel. Muchas gracias a nuestros distinguidos invitados.

SESIÓN DE CLAUSURA

DR. JORDI JARIA

CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL DE TARRAGONA, ESPAÑA

RAFAEL ASENJO

MINISTRO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

“LECCIONES Y DESAFÍOS PENDIENTES: EL DERECHO DEL ANTROPOCENO”.*

DR. JORDI JARIA

CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL DE TARRAGONA, ESPAÑA

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: hacia una matriz conceptual para la gobernanza global”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, España, durante el período 2014-2016; investigador principal: Antoni Pigrau Solé; referencia: DER2013-44009-P.

El objeto de esta intervención, de acuerdo con el encargo recibido, es intentar resumir y compilar de algún modo los problemas fundamentales que se han puesto de manifiesto en las diferentes ponencias del Foro, para levantar la mirada hacia el futuro y detectar los desafíos que el Derecho ambiental y, en el fondo, que el Derecho en su conjunto, en tanto que forma cultural orientada a la generación y despliegue de consensos sociales, afronta en el momento presente. Voy a dividir mi ponencia en seis partes y, a través de esa sistematización, voy a intentar identificar el suelo sobre el que pisamos, a partir de lo que se ha ido diciendo en las distintas ponencias anteriores, así como también los retos, los desafíos que el Derecho tiene por delante en la actualidad, un momento, como es sabido, de profunda crisis y de enormes incertidumbres en relación con el futuro de la humanidad en su conjunto. Paso a exponer, seguidamente, los elementos fundamentales que, a mi juicio, han de determinar la evolución futura del Derecho, los desafíos que debe afrontar, en el contexto de la crisis civilizatoria que experimenta la humanidad en el momento presente.

1. Cuestiones biofísicas

Empezaré por referirme a las cuestiones fundamentales relativas a la estructura biofísica en la que se despliega la actividad social. Debemos partir aquí del cambio dramático que supone la capacidad alcanzada por la humanidad de transformar su soporte biofísico, de manera que se ha pasado, en el último par de siglos, de una especie que se adaptaba al medio y se defendía ante las amenazas que la naturaleza le planteaba, a una forma vida capaz de transformar su entorno y, con ello, también de destruirlo³⁰⁴. La novedad del momento presente es la toma de conciencia por parte de la humanidad de su aptitud para modificar la estructura biofísica que la sostiene, lo que ha sido descrito en términos de la entrada en una nueva era geológica, designada con la expresión significativa de ‘Antropoceno’³⁰⁵. Esta transformación dramática y comprehensiva ha de suponer, forzosamente, un nuevo paradigma en la autocomprensión de la humanidad como especie, en la organización social y, en definitiva, en el Derecho, como discurso de ordenación de la sociedad³⁰⁶. En este contexto, cabe hacer referencia a tres aspectos fundamentales.

a) La limitación y vulnerabilidad de la base biofísica de la humanidad

Desde la primera ponencia impartida en el Foro, se puso de manifiesto que, en realidad, el cambio cultural que el crisis ambiental supone para la sociedad y para el Derecho parte de la percepción del carácter limitado y vulnerable de la base biofísica de las sociedades humanas³⁰⁷. Esto constituye el núcleo explicativo de la crisis civilizatoria que la humanidad en su conjunto afronta y implica, en cierto modo, una impugnación seria, sino un punto y final, de la utopía moderna que, desde el Occidente europeo, ha ido configurando la sociedad global a lo largo de los últimos cinco siglos³⁰⁸. A mi juicio, la situación de escasez y vulnerabilidad de los recursos naturales que alimentan el

304 El dominio de la base biofísica de los procesos de reproducción social, el sometimiento de la naturaleza, constituye, seguramente, el aspecto central del programa de la Modernidad, que se despliega a través de la colonización de los procesos de reproducción social por la economía capitalista y del conocimiento por la tecnociencia, de modo que se hace posible la conversión del entorno, antes fuerza telúrica y amenazante, en un “un objeto dominable por medio del cálculo y examinable hasta en lo más recóndito”. Vid. Martin Heidegger, “El origen de la obra de arte”, *Caminos del bosque*, Alianza. Madrid, 1998 (versión castellana de Helena Cortés y Arturo Leyte), p. 55.

305 Vid. Will Steffen, Paul J. Crutzen and John R. McNeill, “The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?”, *Ambio* 36 (8), 2007, p. 614-621.

306 Vid. Enrius Cocciolo, “La unión de la energía y la gobernanza del Sistema Tierra en el Antropoceno: una cuestión constitucional”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 6 (1), 2015, p. 35.

307 Vid., en este sentido, Ramón Margalef, “Lo que se llama ecología y posibles condicionantes de nuestro futuro”, José Alcina Franch, Marisa Calés Bourdet (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XX. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Akal. Tres Cantos, 2000, p. 343.

308 El ideal salvífico judeocristiano se seculariza con la Modernidad y da lugar a una representación del tiempo con un horizonte utópico, que supone la expectativa de satisfacción de todas las necesidades humanas en un futuro más o menos próximo, lo que se traduce en la idea de desarrollo, tan cara tanto al discurso capitalista como al tecnocientífico. Sobre esta concepción del tiempo histórico en términos de progreso y el ideal utópico, vid. J. Laloup, J. Nelis, *Culture et Civilisation*, Casterman. París, 1957, p. 125-126.

metabolismo social global impugna directamente la confianza utópica en un progreso permanente que había sostenido el proyecto moderno y que se halla en el fondo ideológico de la economía capitalista, forma de reproducción social hegemónica en el contexto global. El fin de la utopía que supone la toma de conciencia del carácter limitado de la estructura biofísica que sostiene la sociedad global es un elemento determinante a la hora de configurar el cambio civilizatorio al que nos enfrentamos³⁰⁹.

b) Una nueva fase en la interacción entre sociedad y naturaleza: el Antropoceno

Hay que añadir una segunda cuestión a la toma de conciencia del carácter limitado y vulnerable de la base biofísica que sostiene la reproducción social. Por primera vez en la historia, a partir de mediados del siglo pasado, la naturaleza recibe una presión social tan remarcable que determina su propia configuración, de modo que, por primera vez, la biosfera viene definida por la interacción de la sociedad y la naturaleza. Ello ha sido descrito como una nueva era geológica, el Antropoceno, de ahí el uso del sufijo ‘ceno’. Así, la estructura de la biosfera pasa a ser determinada, en buena parte, por la actividad de origen antrópico, de modo que “la existencia social ya no tiene ningún fundamento fuera de sí”³¹⁰.

La posibilidad por parte del ser humano de provocar una alteración de la biosfera suficientemente importante como para poner en riesgo el mantenimiento de las propias condiciones de vida de la especie revelan el potencial para la catástrofe que la economía-mundo capitalista y el desarrollo tecnológico han alcanzado³¹¹. En este contexto, cabe advertir que la presunta desmaterialización de la economía vela a duras penas un metabolismo social creciente, favorecido por la propia estructura institucional, de modo que el consumo de recursos tiende a aumentar, mientras que la condición finita del planeta no se modifica³¹².

Esto no puede ser banal desde el punto de vista del Derecho, en la medida que constituye un instrumento, una herramienta, un artificio cultural para resolver los conflictos y disciplinar los comportamientos sociales. Si la acción antrópica, por primera vez en la historia, tiene esta incidencia tan enorme en la base biofísica, de manera que, incluso, pueden dar lugar a una alteración de ésta que amenace las condiciones de vida de los propios seres humanos, es evidente que esto debe implicar cambios profundos en el Derecho. Algunos de ellos iré haciendo referencia en el resto de esta ponencia.

309 En este contexto, afloran las spaceship o lifeboat ethics, en las que se imponen comportamientos morales relacionados con la gestión de recursos limitados que se oponen a la tradicional visión emancipadora que confía en el desarrollo futuro para resolver los déficits de equidad del presente. En relación con la ética del bote salvavidas, vid. Garrett Hardin, “Lifeboat Ethics: the Case Against Helping the Poor”, 1974, <http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_lifeboat_ethics_case_against_helping_poor.html> [última visita el 24 de enero de 2017]. Para el caso de la ética de nave espacial, vid. Josuah Chad Gellers, “‘Cowboy Economics’ versus ‘Spaceship Ecology’: Constructing a Sustainable Environmental Ethic”, 2010, <<http://ssrn.com/abstract=1695814>> [última visita el 24 de enero de 2017]. La ética del bote salvavidas considera de menor valor moral a los menos favorecidos y propone, en definitiva, un trato diferencial que se antoja injustificado, mientras que la ética de la nave espacial considera la cuestión de la sostenibilidad desde el punto de vista de los recursos limitados, pero toma en cuenta el reparto equitativo de los recursos.

310 Alberto Melucci, *Vivencia y convivencia. Teoría social para una era de la información*, Trotta. Madrid, 2001 (edición castellana de Jesús Casquette), p. 29.

311 Como señala Hans Jonas, en *El principio de responsabilidad – Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder. Barcelona, 1995 (versión castellana de José María Fernández Retenaga), p. 56, “[a]nte el potencial casi escatológico de nuestros procesos técnicos, la ignorancia de las consecuencias últimas será en sí misma razón suficiente para una moderación responsable, que es lo mejor tras la posesión de la sabiduría”.

312 Como señalan, Marina Fischer-Kowalski y Helmut Haberl, en “El metabolismo socioeconómico”, *Ecología política* 19, 2000, p. 27, las “sociedades sólo logran mantener este espectacular aumento total de los factores de producción energética al precio de cambiar radicalmente su medio ambiente, al menos por algunos cientos o miles de años”.

c) La irreversibilidad de los cambios

No querría dejar de referirme, entre cuestiones biofísicas relevantes que se suscitan a la hora de definir el horizonte de cambio para el Derecho en el mundo actual, a algo que también ha ido apareciendo en diversas de las ponencias en relación, nuevamente, con la disciplina de las actividades humanas que tienen una incidencia en la base biofísica de la reproducción social. Efectivamente, deberíamos tener siempre en cuenta, en este contexto, la segunda ley de la termodinámica y la idea de irreversibilidad³¹³. Los cambios que producimos en el entorno —ya me he referido a la significación y magnitud que pueden tener tales cambios en el estadio actual de evolución tecnológica y organización social— no necesariamente son reversibles; no es posible siempre —probablemente, casi nunca— una vuelta atrás, una corrección *ex post facto*. Esto impone, de algún modo, un cambio cultural en el Derecho, que debe orientarse, sobre todo, a la prevención —más tarde me referiré también a la precaución— y, con ello, dejar de presentarse como una herramienta reactiva, que pretende resolver el conflicto una vez ya se produjo o compensar el daño ya causado.

2. Cuestiones socioeconómicas

En segundo lugar, deberíamos referirnos a las cuestiones de carácter socioeconómico. Cabe notar aquí que el título del Foro se refiere a la resolución de conflictos ambientales. Los conflictos ambientales, de hecho, son una expresión de situaciones de injusticia ambiental. El Foro que nos convoca tiene un título que hace referencia a la “justicia ambiental”. La noción de ‘justicia ambiental’ puede referirse a la jurisdicción ambiental, el ejercicio de la función jurisdiccional en relación con la protección del medio ambiente. Este puede desarrollarse a través de los tribunales ordinarios, con lo que se integra en los distintos órdenes jurisdiccionales que, eventualmente, existan en un determinado sistema; o a través de tribunales especializados, que ejercen atribuciones específicas en relación con la protección del medio ambiente, como sería el caso de Chile³¹⁴. Del desarrollo de las ponencias previas, parece que debe concluirse el Foro con una reflexión sobre el papel de la jurisdicción ambiental en relación con la garantía de la justicia ambiental, siendo los conflictos ambientales manifestaciones de injusticias ambientales que requieren una solución por parte de los poderes públicos. La expresión ‘justicia ambiental’ tendría aquí un sentido distinto del de jurisdicción ambiental. Esta idea de justicia ambiental, a la que me referiré seguidamente, se proyecta sobre todas las cuestiones socioeconómicas que suscita la crisis civilizatoria de la Modernidad tardía.

a) Conflictos de distribución y justicia ambiental

‘Justicia ambiental’ apunta aquí al reparto equitativo de las cargas y beneficios del metabolismo social global, tanto en el plano intrageneracional como en el plano intergeneracional³¹⁵. Esta idea partiría del movimiento para la justicia ambiental, que se originó en Estados Unidos a finales de la década de los setenta del siglo pasado, y que se ha desarrollado más tarde en el Sur global³¹⁶. En su formulación originaria, a finales de los años setenta, en Estados Unidos, la justicia ambiental se configura como un movimiento que pone de manifiesto la mala distribución de los pasivos ambientales, que perjudica, en particular, a las comunidades más pobres y, generalmente, también no blancas³¹⁷. Esta concepción de la justicia ambiental, concentrada en los pasivos ambientales, se ha ido desarrollando en el Sur global también por parte de los movimientos sociales con conceptos complementarios como el concepto “deuda ecológica”³¹⁸.

313 De acuerdo con la segunda ley de la termodinámica, la entropía total de un sistema térmicamente aislado aumenta, lo que implica que el sistema evoluciona de manera no reversible. En este sentido, vid. José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía* (II), Ariel, Barcelona, 20092 (edición revisada, aumentada y actualizada por Josep-Maria Terricabras), p. 1036ss.

314 Vid., particularmente, Carla Vega Monares, *Los tribunales ambientales en Chile*, trabajo final del máster universitario en Derecho ambiental, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2012.

315 Vid. Jordi Jaria i Manzano, “Environmental Justice, Social Change and Pluralism”, *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal* 1, 2012, p. 18-29.

316 Vid. Ruchi Anand, *International Environmental Justice*, Ashgate, Aldershot, Burlington, 2004, p. 15.

317 Vid. Adam S. Weinberg, “The Environmental Justice Debate: A Commentary on Methodological Issues and Practical Concerns”, *Sociological Forum*, 13 (1), marzo 1998, p. 25-32.

318 Vid. Jordi Jaria i Manzano, Antonio Cardesa-Salzmman, Antoni Pigrau, Susana Borràs, “Measuring

Sin embargo, también ha ido ampliándose la noción hasta referirse, de manera general, a la distribución de las relaciones de intercambio entre sociedad y naturaleza, esto es, a una distribución equilibrada del metabolismo social, lo que implicaría un reparto equitativo de las cargas y de los beneficios que la sociedad obtiene de su interacción con la base biofísica. Cuando esta distribución no es equitativa, nos hallamos ante un conflicto ambiental. Así, cabe señalar que el flujo de recursos de la periferia al centro de la economía mundial, en términos de masa bruta, sigue aumentando. El marco institucional hegemónico actúa aquí como elemento de facilitación de tal flujo desigual, permitiendo que se produzca en las condiciones más favorables posibles, lo que, en particular, significa facilitar a los actores centrales el acceso a los recursos naturales en la periferia a un coste mínimo, con lo que la externalización de los perjuicios ambientales se convierte en un elemento estructural del sistema³¹⁹. Esta es la situación estructural que genera la injusticia ambiental.

Es entonces cuando el Derecho entra a intervenir tanto de algún modo y, desde luego, en mi opinión, ello interpela a la justicia ambiental en el sentido institucional, como se ha puesto de manifiesto en las diferentes intervenciones en el Foro. La jurisdicción ambiental se presenta aquí como la institución apropiada para resolver las cuestiones relativas a injusticia ambiental y, seguramente, el reto, el desafío más importante la justicia ambiental institucional, de ahora en adelante, va a ser configurarse como un instrumento efectivo para la realización de la justicia ambiental sustantiva. Son, en definitiva, los jueces los que están llamados a actuar en este contexto, aunque ello plantea desafíos importantes desde el punto de vista de la concepción tradicional de la función jurisdiccional.

La justicia ambiental supone, en este contexto, un patrón regulativo alternativo al de desarrollo sostenible, que toma en cuenta el carácter limitado y vulnerable del soporte físico de las sociedades humanas, así como la necesidad de distribuir adecuadamente los activos y pasivos del metabolismo social³²⁰. Se trata de una idea constitucional pragmática, que afronta la limitación de los recursos disponibles y la necesidad de fijar reglas de reparto a partir de la constatación de su exigüidad, de modo que el combate contra la exclusión y la protección del medio ambiente se despliegan en sintonía. En consecuencia, parece razonable ampliar la idea de justicia ambiental al conjunto de relaciones entre sociedad y naturaleza, considerando tanto los beneficios como los perjuicios derivados del funcionamiento del metabolismo social, lo que permite, efectivamente, afrontar las relaciones de intercambio desigual en su integridad³²¹.

Así, la idea de justicia ambiental, concebida como el acceso equitativo a los beneficios derivados del uso de los recursos naturales entre los miembros de la comunidad global, así como el reparto igualmente equitativo de las cargas, puede servir para afrontar la crisis ambiental desde una perspectiva que cuestione los modelos hegemónicos al entorno del desarrollo sostenible, lo que, entre otras cosas, implica la impugnación de los mecanismos de intercambio desigual y, con ello, la erosión de las estrategias hegemónicas dirigidas a la externalización de los costes ambientales y su repercusión sobre las comunidades locales de la periferia³²².

environmental injustice: how ecological debt defines a radical change in the international legal System”, *Journal of Political Ecology* 23, 2016, p. 383-384; Joan Martínez-Alier, “The Ecological Debt”, *Kurswechsel* 4, 2002, p. 5-16.

319 Vid. Jordi Jaria i Manzano, “La externalización de costes ambientales en el acceso a los recursos naturales: marco institucional y distribución inequitativa”, Working Paper n.º. 4, Proyecto *Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: Hacia una matriz conceptual para la gobernanza global (DER2013-44009-P)*, Ministerio de Economía y Competitividad (España), 2017, <http://www.dret-public.urv.cat/media/upload/domain_89/arxiu/Working%20Paper%20n%C2%BA%204_1.pdf> [última visita el 24 de enero de 2017].

320 Vid. Jordi Jaria i Manzano, “El constitucionalismo de la escasez (derechos, justicia y sostenibilidad)”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 30, 2015, p. 14ss.

321 La noción de intercambio desigual ha ido configurándose progresivamente como intercambio “ecológicamente” desigual. Vid. Alf Hornborg, “Zero-Sum World. Challenges in Conceptualizing Environmental Load Displacement and Ecologically Unequal Exchange in the World-System”, *International Journal of Comparative Sociology* 50 (3-4), 2009, p. 237-262

322 Amartya Sen, en *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, Norton. Nueva York, Londres, 2006, p. 134, apunta que el reparto equitativo de los beneficios de la economía mundial es la piedra de toque para juzgar a la globalización.

b) Desarrollo, dependencia y extractivismo

El sistema-mundo capitalista incorpora una promesa de emancipación y bienestar que es pretendidamente universal. Para hacerla efectiva, se recurre a la idea de desarrollo, a través del cual, se jerarquizaría a las diferentes comunidades políticas en el contexto de la economía global, al mismo tiempo que se definiría una orientación para sus decisiones y una expectativa (futura) de satisfacción de las necesidades concebidas en términos de la cultura hegemónica, esto es, fundamentalmente, en términos de capacidad de consumo. De este modo, las comunidades menos favorecidas aspirarían a “desarrollarse”, para ser capaces de generar los bienes que, supuestamente, deberían satisfacer las necesidades sociales exigibles en su seno.

Ante la necesidad de asegurar su legitimación social, los gobiernos de tales sociedades periféricas se ven obligados a perseguir un modelo desarrollista, que se orienta a la generación de rentas para la mejora de los estándares de vida de la población en términos de capacidad de consumo. Para ello, deben impulsar la obtención de recursos en el marco de la participación en las redes de intercambio del capitalismo global, lo que implica generalmente la profundización de un modelo extractivista, que multiplica los riesgos sociales y ambientales, y genera con ello conflictos socioambientales e injusticia en la distribución de las cargas y beneficios en relación con el uso de los recursos naturales³²³. De este modo, el intento por colmar las expectativas de bienestar que vienen impuestas por el modelo cultural hegemónico, se va degradando la situación de las comunidades periféricas, en el contexto de una economía extractivista, que se basa en la explotación masiva de los recursos naturales, generalmente por parte de empresas transnacionales que obtienen (y deslocalizan) la mayor parte del beneficio económico derivado de las actividades pretendidamente encaminadas a estimular el desarrollo local³²⁴.

Se impone así “la lógica extractivista del modelo primario exportador”, en el contexto de una situación subalterna en el mercado global³²⁵. En este contexto, son numerosos los desequilibrios que el sistema-mundo capitalista genera en el reparto de las cargas y beneficios del metabolismo social global, de manera que los costes ambientales son transferidos a los elementos vulnerables de la periferia, mientras que los beneficios en relación con el uso de los recursos se concentran en el centro y en los conectores de la periferia, esto es, la élites de los respectivos sistemas sociales que mantienen sobre el terreno las estructuras de dominación y garantizan el flujo neocolonial. Los conflictos ambientales entre beneficiarios y damnificados de las políticas de desarrollo desplegadas en este contexto acaban ante la jurisdicción correspondiente, lo que constituye un reto evidente para los jueces concernidos.

c) Desarrollo sostenible vs. decrecimiento

Visto lo anterior, la misma idea de desarrollo debe ser discutida aquí. Las expectativas asociadas a la presunta capacidad de la economía-mundo capitalista de generar una esfera de autonomía significativa para los individuos, relacionada con una cierta capacidad de consumo –la universalización del *ethos* burgués como modelo de excelencia, en definitiva–, pone de manifiesto la presión insostenible sobre el soporte físico del sistema de reproducción social que implica el crecimiento constante del metabolismo social para satisfacer tal promesa³²⁶. En este contexto,

323 El conflicto entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico es, de hecho, un lugar común. Vid., entre otros, Jesús Jordano Fraga, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, J. M. Bosch. Barcelona, 1995, p. 109; y José Luis Serrano Moreno, *Ecología y Derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología jurídica*, Comares. Granada, 1992, p. 52.

324 De hecho, las grandes compañías transnacionales son capaces de forzar a los estados a configurar un marco jurídico que les facilite el acceso a los recursos y su subsiguiente deslocalización. Vid. Jennifer Westaway, “Globalization, Transnational Corporations and Human Rights – A New Paradigm”, *International Law Research* 1 (1), 2012, p. 65.

325 Vid. Julio Echeverría, “Complejización del campo político en la construcción democrática en el Ecuador”, Felipe Burbano de Lara (coord.), *Transiciones y rupturas. El Ecuador en la segunda mitad del Siglo XX*, FLACSO, Sede Ecuador. Quito, 2010, p. 105.

326 Vid. Johann W. Gerlach, *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*, Duncker & Humblot. Berlín, 1989, p. 34, en relación con este fenómeno en el contexto del Estado social europeo.

como es sabido, se ha formulado la noción de desarrollo sostenible. La noción de desarrollo sostenible fue definida y propugnada por el llamado Informe Brundtland (1987) e incorporada a la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), a partir de la cual se ha generalizado en multiplicidad de normas jurídicas y documentos políticos, tanto nacionales como internacionales.

A partir de la idea de que el desarrollo sostenible se configura como aquel que “asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades”³²⁷, se pretendía satisfacer las demandas confluyentes de desarrollo y protección ambiental, sin incidir en la estructura institucional del capitalismo global, así como en la desregulación creciente en materia de comercio e inversiones³²⁸. Esta concepción se ha consolidado como elemento nuclear del Derecho internacional del medio ambiente, alimentando las respuestas hegemónicas, mayormente gerenciales, a la crisis ambiental. Sin embargo, ha sido, asimismo, sometida a críticas significativas desde la perspectiva de la justicia ambiental, en la medida en que, al no incidir en las relaciones de distribución del metabolismo social global y propugnar como solución a las carencias de buena parte de la población mundial un desarrollo que implica una mayor presión sobre los recursos, se revela como extremadamente débil desde el punto de vista de la sostenibilidad y de la equidad, esto es, en relación con dos de los tres pilares que, pretendidamente lo integran³²⁹.

En este contexto, como se puso de manifiesto en algunas de las exposiciones, se han ido planteando conceptos alternativos de desarrollo sostenible. Así, en Europa, se ha debatido sobre la idea de decrecimiento –en francés, *décroissance*; en alemán, por el contrario, se habla de *Postwachstum*, postdesarrollo³³⁰. El objetivo sería, en definitiva, explorar alternativas a la cultura hegemónica para hacer frente a la crisis civilizatoria de la Modernidad tardía, lo cual, entre otras cosas, implicaría impugnar la propia idea de desarrollo, no solo matizarla en el sentido del desarrollo sostenible, que, desde este punto de vista, parecería más bien como una operación de maquillaje dirigida a sostener las formas actuales de reproducción social y, en consecuencia, persistir en las carencias de la economía-mundo capitalista desde el punto de vista de la sostenibilidad y la equidad. En cualquier caso, parece evidente que la idea de desarrollo sostenible mantiene puntos de fricción manifiestamente intensos con la justicia ambiental.

3. Cuestiones institucionales

En tercer lugar, cabe referirse las cuestiones institucionales. En este sentido, el eje fundamental al entorno de esta temática lo constituye la cuestión de legitimidad y el siempre difícil equilibrio entre principio de constitucionalidad –encarnado por la judicatura– y el principio democrático. En relación con esto, debe constatarse que la sociedad acepta que las instituciones tomen decisiones en la medida en que las reconoce como legítimas, en la medida en que reconoce su competencia para tomarlas. Así, en el juego entre mayoría y minorías, pueden darse distintos títulos de legitimidad concurrentes que pueden generar desencuentros, fundamentalmente, entre la mayoría que se acoge al principio democrático y la minoría tutelada en sus derechos por el Poder Judicial. En consecuencia, buena parte, aunque no todas, las cuestiones institucionales relevantes a la hora de hacerse una idea sobre los desafíos del Derecho en la era del Antropoceno tienen que ver con la legitimidad, el equilibrio y la diversidad de intereses sociales en presencia.

a) Poder judicial y democracia

Seguramente, desde el punto de vista del ejercicio de la jurisdicción ambiental, el elemento de la legitimidad más importante que provoca más dudas, que provoca más conflictos, más

327 Vid. Comisión mundial del medio ambiente y del desarrollo, *Nuestro futuro común*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 29.

328 En relación con la desregulación como fenómeno comprensivo en la fase financiera del capitalismo, vid. David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt, Jonathan Perraton, *Global Transformations. Politics Economics and Culture, Polity*. Cambridge, 1999, p. 201.

329 Para un resumen de las críticas que ha suscitado la idea de desarrollo sostenible, vid., John Alder, David Wilkinson, *Environmental Law & Ethics*, Macmillan. Londres, 1999, p. 140ss.

330 Vid., por ejemplo, Nicolas Ridoux, *Menos es más. Introducción a la filosofía del decrecimiento*, Los libros del lince. Barcelona, 2009 (versión castellana de Joana Mercader).

incertidumbres es el deslinde entre el Poder Judicial y los otros poderes del estado³³¹. En este sentido, cabe apuntar que las fricciones tradicionales entre el principio democrático y el principio constitucional tienden a transformarse y a agudizarse en el período de globalización capitalista que se corresponde con la toma de conciencia en relación con el inicio de la era antropocénica. Efectivamente, parece que los conflictos entre ambos polos de legitimación aumentarán en el futuro en el marco de una reubicación de los elementos sustantivos que sostienen la toma de decisiones. En este punto, debe señalarse una evidente degradación de la legitimación democrática en el contexto de la fase actual de despliegue de la economía-mundo capitalista, que tiene a debilitar el margen de decisión efectivo de los estados-nación, aunque mantiene formalmente los fundamentos teóricos sobre los que estos vehiculan sus políticas, a saber, el principio democrático, desde el punto de vista interno, y la soberanía, desde el punto de vista del Derecho internacional³³².

Sin embargo, el poder legislativo es extremadamente débil en relación con la promoción de políticas ambientales ambiciosas y la garantía de la justicia ambiental en el ámbito territorial en el que ejerce su competencia. Por una parte, cabe referirse a las presiones que los estados-nación reciben, por una parte, desde el punto de vista de adaptar sus políticas a las exigencias de los mercados internacionales de capital, para obtener la financiación que necesitan para cumplir con las funciones que, en última instancia, les legitiman³³³. Además, la existencia de una reglamentación internacional del comercio y las inversiones que supera con mucho el GATT –así, los tratados bilaterales de inversiones y los grandes tratados de integración económica, como el TTIP, el CETA o el TPP– condicionan las posibilidades del legislador y, de hecho, intensifican las situaciones de injusticia ambiental y, con ello, los conflictos ambientales³³⁴.

En el contexto descrito, es evidente que la presión sobre los recursos naturales encuentra un marco institucional favorable, de acuerdo con las necesidades de la economía-mundo capitalista. Esto da lugar a estrategias reguladoras (o desreguladoras) destinadas a favorecer la explotación de los recursos naturales en las condiciones económicamente más propicias posibles, lo que incluye la externalización de los costes ambientales, que quedan fuera del ámbito de exigibilidad, en un marco jurídico definido de acuerdo con la necesidad de promover su explotación y de facilitar su acceso al centro de la economía mundial con un margen de beneficio suficiente atractivo para los actores que operan el tráfico comercial correspondiente³³⁵. En este contexto, el Poder Judicial deviene garante del bienestar de los perjudicados por las políticas de explotación irresponsable de los recursos naturales y también de la propia naturaleza, expoliada en el contexto del aumento del metabolismo social global. Por todo ello, los tradicionales equilibrios entre democracia y jurisdicción tienden a mutar, en la medida que el legislador democrático se debe cada vez más a los mercados y cada vez menos al cuerpo electoral. En definitiva, cabe constatar que los poderes formales tradicionalmente basados en la legitimidad democrática están capturados por otros poderes, opacos e informales, de modo que sus decisiones no son necesariamente representativas de las visiones mayoritarias compartidas de la sociedad, sino que pueden a intereses a veces espurios y, en muchas ocasiones, encubiertos³³⁶.

331 Particularmente, en relación con las tensiones entre el control de constitucionalidad y la democracia, así como el peligro de judicialización de la política, vid. José Antonio Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta. Madrid, 1994, especialmente, p. 41ss.; Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, Ariel. Barcelona, 19762 (versión castellana y estudio preliminar a cargo de Alfredo Gallego Anabitarte), p. 321ss.; y Hans Peter Schneider, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, p. 195-222 (versión castellana de Joaquín Abellán).

332 Así, por ejemplo, vid. David Held, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez (eds.), *Globalización y Derecho*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2009, p. 78.

333 Vid. Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality*, Norton. Nueva York, Londres, 2013, p. 174.

334 Vid. Stephen Clarkson, Stepan Wood, *A Perilous Imbalance. The Globalization of Canadian Law and Governance*, UBC Press. Vancouver, Toronto, 2009, p. 161ss.

335 Con ello, se consolida una participación inequitativa de las economías periféricas en las redes globales de intercambio, lo que aumenta su dependencia y consolida el intercambio desigual. Vid. Sergio Conti, *Geografía económica. Teoría e metodología*, UTET. Turín, p. 173ss.

336 Vid. Peter Evans, “¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización”, Carbonell, Vázquez, *Globalización y Derecho* cit., p. 46.

b) *Control del poder, constitución y medio ambiente*

Lo dicho anteriormente debe poner entre paréntesis algunos de los argumentos que se aducen en relación con el activismo judicial sobre las decisiones que apelan a la legitimidad democrática y que se justifican en base a una complejidad que exige la toma en consideración de múltiples intereses en presencia; en definitiva, se relativiza la frontera entre la política —el terreno de juego de mayorías y minorías— y el Derecho —el espacio de la decisión correcta—. Ello nos lleva a reconstruir el rol del juez, lo que implica desafíos importantes, ya que la situación descrita exige ir más allá del positivismo legalista, que le ciñe al sometimiento del principio de legalidad, para aplicar creativamente normas materialmente constitucionales, con el objeto de controlar la actividad de los poderes públicos (ejecutivo así como legislativo), en la defensa de los más vulnerables para resolver de modo equitativo y justo los conflictos ambientales³³⁷. En este sentido, la jurisdicción aparece como el centro de atención en la resolución de los conflictos ambientales y en el avance efectivo hacia la justicia ambiental.

La concepción material de constitución, en este contexto, permite superar los límites estrechos del texto de la constitución formal para desplegar un análisis jurídico de la estructura normativa fundamental de una determinada comunidad política³³⁸. Así, la constitución material (o en sentido amplio) constituye una *Rahmenordnung*, compuesto tanto de procesos como de contenidos sustantivos, que determina la validez jurídica de las normas en un determinado sistema, así como fundamenta la legitimidad del poder político. Así, del mismo modo que no se puede reducir la constitución a puro decisionismo, sin tener en cuenta su despliegue a través de un sistema de normas, tampoco puede caerse en el exceso legalista de reducirla meramente a un texto formal, construyendo la realidad política a un puro sistema de normas.

Como nódulo de significantes políticos, la constitución, en sentido material, deviene fundamento de la legitimidad del poder y expresión del consenso social fundamental, sin que el Derecho constitucional, como disciplina, pueda obviar esta dimensión política³³⁹. Así, el carácter fronterizo del Derecho constitucional lo singulariza en relación otras perspectivas jurídicas y exige la utilización de puntos de vista extrajurídicos en su desarrollo, a la búsqueda del diálogo interdisciplinar. Sin embargo, es importante mantener la centralidad del elemento jurídico, para no llegar a una confusión entre Derecho y política, que deslice al Derecho constitucional por la pendiente del impotente discurso legitimador del poder —incluso del poder emergente o revolucionario—, para centrarlo en su control, como elemento nuclear³⁴⁰.

En este contexto, el Derecho constitucional se reconfigura y se expande hacia normas de origen internacional, supranacional e infraestatal, para aparecer como un conjunto de normas con vocación constitucional que actúan como fundamento de legitimidad y elemento de control del

337 Vid., en general, sobre ello, Jordi Jaria i Manzano, “La identificación del Derecho aplicable en un contexto normativo complejo”, VVAA, *Diálogos sobre la justicia y los jueces*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 2015, p. 89-117.

338 Parto aquí de una idea de constitución material que el reconocimiento de que las decisiones políticas fundamentales pueden haberse tomado en documentos distintos de la constitución formal. En este sentido, vid. Jean-François Aubert, “Notion et fonctions de la Constitution”, Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller (eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Schulthess. Zürich, 2001, p. 5; y Stephen Gardbaum, “The place of constitutional law in the legal system”, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012, p. 173.

339 Vid. Peer Zumbasen, “Carving our typologies and Accounting for differences across Systems: towards a methodology of transnational constitutionalism”, Rosenfeld, Sajó, *The Oxford Handbook...* cit., p. 96.

340 Debe tenerse en cuenta aquí el concepto de constitución material de Constantino Mortati, distinto del que aquí utilizamos. Así, en su obra *La costituzione in senso materiale*, publicada en 1940, Mortati, entiende la noción de constitución material, partiendo de la obra previa de Carl Schmitt y de Hermann Heller, como “organización de las fuerzas sociales establemente ordenadas en torno a un sistema de intereses y fines determinados”, esto es, una idea más fáctica que normativa de constitución, como subraya Javier Jiménez Campo, en “Contra la Constitución material”, VVAA, *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico* (I), Tecnos. Madrid, 1997, p. 42-43.

poder político³⁴¹. La operación de concreción del sistema constitucional deviene así fragmentaria y subjetiva, de manera que la visión monolítica de la comunidad política –definida a partir de una constitución formal que actúa como norma suprema del sistema jurídico– se escinde en un panorama plural de consensos superpuestos que se ofrecen al juez para la construcción de su decisión³⁴². De este modo, el órgano jurisdiccional debe utilizar la argumentación jurídica para construir marcos normativos complejos apropiados para resolver los conflictos ambientales, con el horizonte del control del poder y la garantía del estatus de las personas, que constituyen el núcleo de un Derecho constitucional por lo demás cambiante.

Debe definirse aquí, por lo tanto, un horizonte alternativo al intérprete del Derecho en la configuración de sus estrategias interpretativas, dirigidas a ofrecer un marco normativo de una cierta densidad constitucional en la resolución de los conflictos ambientales. Por supuesto, como cualquier discusión constitucional sería, en realidad se trata de decidir sobre el discurso hegemónico que enmarca el conflicto. En este contexto, el juez tiene en su mano instrumentos para intentar estrategias contrahegemónicas, que permiten deconstruir las opciones desarrollistas que el legislador se ve obligado a promover en el contexto socioeconómico global del capitalismo tardío.

c) Diseño del proceso y de la jurisdicción

Es evidente que la potenciación de las funciones del juez depende, en buena medida de la organización jurisdiccional y del diseño legal del proceso. En este sentido, se discute la idoneidad de introducir modificaciones significativas en la arquitectura del Poder Judicial para canalizar adecuadamente la actuación de los jueces ante el conflicto ambiental. Así, se ha podido apreciar en las diferentes intervenciones realizadas en el Foro desde la defensa de un modelo centrado en el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa tradicional como agente del control del poder ejecutivo y, en consecuencia, de las políticas ambientales –con el papel que corresponda, asimismo, al control constitucional del legislativo–, hasta la creación de órganos jurisdiccionales especializados para la aplicación del Derecho ambiental y la resolución de los conflictos ambientales.

En la situación actual, es difícil pronunciarse sobre la idoneidad de las diferentes soluciones ensayadas en el largo plazo. Si el diagnóstico del que se parte en estas páginas es correcto, el Derecho ambiental tenderá a configurarse como el fundamento jurídico del sistema de reproducción social –esto es, tenderá a adquirir una textura constitucional que le habilite para capacitar a los jueces en el control del poder en el contexto del conflicto ambiental, en las situaciones de injusticia ambiental–. Con ello, puede llegar a suceder que las jurisdicciones generalistas tiendan a “ambientalizarse” y que las jurisdicciones especializadas tiendan a “generalizarse”, en la construcción, despliegue y aplicación de una textura constitucional fundamental definida en términos que hoy calificaríamos como ambientales, de acuerdo con las necesidades sociales en el Antropoceno. En definitiva, en la medida que la reproducción social modela su propia base biofísica, el Derecho, en tanto que expresión y límite del poder, debe tener a configurarse como disciplina del metabolismo social.

d) Cumplimiento y responsabilidad

Otra cuestión relevante, en este contexto, el *enforcement*, esto es, el cumplimiento del Derecho ambiental, así como la exigencia de responsabilidades en el deterioro ambiental. En definitiva, incluso en un escenario de mínimos, esto es, en el contexto de un Derecho ambiental de

341 Así, el Tribunal Constitucional español, en la STC 98/2012, de 6 de noviembre (FJ 9), afirma lo siguiente: “Pues bien, la cultura jurídica no se construye solo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición”.

342 Vid. Jaria i Manzano, “La identificación del Derecho aplicable...” cit., p. 100.

vocación sectorial, de base gerencial, e inspirado por fundamentos axiológicos débiles –esto es, fundamentalmente, bajo la égida del desarrollo sostenible–, existe un problema muy significativo en relación con el cumplimiento de las normas ambientales, que constituyen limitaciones a la actividad de los agentes económicos, que no aparecen ante la sociedad primariamente como infractores, sino, más bien, como agentes de progreso y generación de bienestar³⁴³.

En esta situación, debe cobrarse conciencia de las resistencias que pueden aparecer ante la exigencia de cambios de comportamiento a través de las normas jurídicas, sobre todo, por parte de actores que se arrogan la capacidad de impulsar el desarrollo y que tienden a considerar la normativa ambiental como un obstáculo casi caprichoso. Es por ello que existe un riesgo de incumplimiento generalizado y, por tanto, de ineficacia del Derecho, lo que supone desafíos evidentes tanto en el diseño de la normatividad, como en la configuración de los agentes destinados a garantizar el cumplimiento del Derecho y la protección de los intereses sociales –esto es, los bienes jurídicos– más frágiles³⁴⁴.

Por otra parte, el carácter poliédrico de la exigencia de responsabilidades que responde a la propia naturaleza transversal del Derecho ambiental no deja de complicar la cuestión. En este sentido, cabe hacer referencia a las normas penales aplicables, a las que deben añadirse las normas administrativas, múltiples y proteicas, así como la posibilidad de instar acciones civiles, si es el caso. Además, cabe constatar que la exigencia de responsabilidades es particularmente difícil por la multiplicidad –y, en ocasiones, el desconocimiento– de los factores que inciden en la causación del daño ambiental, así como por las cuestiones referentes a la prueba, a las que he de referirme, de manera general, un poco más adelante³⁴⁵. De este modo, la pretensión de legitimidad de la actividad económica orientada hacia el desarrollo, la multiplicidad de las fuentes jurídicas en presencia y la complejidad de las dinámicas físicas y sociales ofrecen un panorama difícil en relación con el cumplimiento de las normas ambientales y la exigencia de responsabilidades.

e) *Democracia ambiental y fragmentación*

Debo referirme de nuevo a la cuestión de la democracia. Como hemos visto, las instituciones democráticas tradicionales tienden a erosionar las bases de su propia legitimidad en la medida en que son dependientes y responden ante actores sociales distintos de la ciudadanía³⁴⁶. En este contexto, la democracia representativa tiende a resultar insatisfactoria, de modo que la propia dinámica de la evolución de la economía-mundo capitalista exige la exploración de nuevas formas de democracia más adecuadas para la manifestación de la voluntad ciudadana en una sociedad compleja. De este modo, la democracia debe transformarse y profundizarse a través de su vertiente participativa, de manera que integre la complejidad social ante la poca flexibilidad de la pura aritmética de mayorías y minorías, propia de los instrumentos tradicionales³⁴⁷.

Por otra parte, ello permite, asimismo, modular la mediación de los creadores de la opinión pública, que es determinante en el funcionamiento de la democracia representativa y de la

343 Hermann Heller, en *Teoría del Estado*, FCE. México D.F., 1971 (edición a cargo de Gerhart Niemeyer, traducida al castellano por Luis Tobío), p. 271, ya subrayaba la importancia de la observancia real del Derecho ante el formalismo kelseniano.

344 Como pone de manifiesto Manuel García-Pelayo, en *Derecho constitucional comparado*, Alianza. Madrid, 1984, p. 63., “[l]a norma sólo tiene vigencia jurídica cuando está incorporada a una conducta real: unos preceptos vaciados de contenido sociológico, es decir, que han dejado de regular efectivamente la conducta de los hombres, son un conjunto de proposiciones, pero no de Derecho vigente”.

345 Así, por ejemplo, Iñaki Bárcena y Peter Schütte, en “El principio de precaución en la Unión Europea. Aspectos jurídico-políticos”, *Revista de Derecho Ambiental* 19, 1997, p. 15, apuntan hacia la evidencia de la actuación de conjuntos complejos de causas en el origen de los daños ambientales.

346 Vid. Isabel Vilaseca Boixareu, *Democracia ambiental: una alternativa a la crisis civilizatoria del capitalismo tardío*, tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili. Tarragona, 2016, p. 172ss.

347 Vid., en este sentido, Jordi Jariá i Manzano, “La sombra del Leviatán es alargada: ¿Puede establecerse un marco político común para la convivencia de lo «indígena» y lo «occidental»?”, Antoni Pigrau Solé (ed.), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 546.

democracia directa³⁴⁸. Debe tenerse en cuenta aquí que la opinión pública está muy expuesta a la acción de los grandes grupos de comunicación, lo que refuerza la dependencia de las instituciones democráticas tradicionales de los mercados, con lo que la búsqueda de factores de equilibrio u otras manifestaciones de la voluntad ciudadana, particularmente, a través de la democracia participativa y la fragmentación de los contextos de toma de decisión, cobra interés creciente. Por otra parte, ello contribuye a la preservación y defensa del pluralismo³⁴⁹.

f) Condiciones de apropiación: bienes privados, públicos y comunes

Otro aspecto crucial en el contexto institucional es la definición de la titularidad de los bienes. Como es sabido, el individualismo posesivo gravita al entorno del derecho de propiedad, lo que permite la explotación de los recursos naturales en el marco de una economía capitalista. La protección del medio ambiente acudiendo a las categorías tradicionales, esto es, a los bienes privados e, incluso, a los bienes públicos, que, en definitiva, están bajo el dominio de un titular que actúa en representación de la colectividad, puede que no pueda enfocarse de un modo suficientemente efectivo. Puede, en definitiva, que la definición tradicional de la titularidad de los bienes en la cultura jurídica de matriz europea, que la idea romana de propiedad, en definitiva, sea estructuralmente inadecuada para responder a los retos sociales del Antropoceno³⁵⁰.

El mundo en el que nos adentramos es un mundo nuevo. Por esa razón, los conceptos utilizados tradicionalmente quizá no sirven del todo. En este sentido, más allá de los bienes de titularidad privada, merece una reflexión preguntarse si los bienes públicos (o colectivos) coinciden conceptualmente con los bienes comunes, categoría a la que parecen ajustarse la naturaleza en su conjunto, la atmósfera, los océanos, etc. Así, seguramente, cabe distinguir entre los bienes de todos, los bienes públicos, y los bienes comunes, que no serían de nadie y sobre los que no habría relación de dominio, sino, en el contexto del Antropoceno, obligación de cuidado³⁵¹. En este contexto, cabría empezar a pensar el Derecho en términos distintos de los heredados de la pandectística, a lo que me referiré al abordar las cuestiones metodológicas que nos plantea el Antropoceno. En cualquier caso, la cuestión de la protección jurídica a los bienes comunes, me parece que es, uno de los desafíos ambientales más relevantes al que nos enfrentaremos en el futuro.

g) Mediación y gobernanza: nuevas formas del poder

Finalmente, debe decirse algo sobre la innovación institucional. En este sentido, en páginas anteriores, me he referido insistentemente a la degradación de las instituciones democráticas tradicionales y al papel de los jueces como garantes de los bienes más frágiles y de las personas minorizadas. Sin embargo, he puesto el énfasis en prácticas y herramientas tradicionales, esto es, en la jurisdicción ejercida en un sentido estricto, el decir el Derecho para resolver el caso (el conflicto) concreto. Sin embargo, es probable que la nueva situación exija, asimismo, nuevas estrategias, en las que el Derecho no es meramente descubierto y aplicado, sino, en cierto modo construido y acordado; en las que no es algo dado, sino algo por hacer³⁵².

348 Sobre las relaciones entre el Parlamento y la opinión pública, vid., particularmente, Javier Pérez Royo, "El Parlamento contemporáneo y los medios de comunicación", Francesc Pau Vall (coord.), *Parlamento y opinión pública*, Tecnos. Madrid, 1995, p. 19-28. La evolución de los acontecimientos, sin embargo, ha tendido a agravar la incidencia del espectáculo mediático en la configuración de la opinión pública y en la degradación del espacio democrático.

349 Debe avanzarse, en consecuencia, en un respeto sustancial hacia la diversidad cultural, como apunta el artículo 2 de la Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005), que se refiere, explícitamente a la dignidad igual de todas la culturas, lo que constituye el fundamento para el diálogo intercultural y la creación de un espacio político efectivamente compartido en una gobernanza global más respetuosa con la diversidad y más equitativa.

350 Se trataría, en definitiva, de promover la construcción de "un spazio sociale diverso da quello istaurato dall'individualismo possessivo". Vid. Patrizia Macchia, *Normativa a tutela dell'ambiente e disciplina del sistema produttivo nell'ordinamento giuridico elvetico*, Jovene. Nápoles, 1994, p. 4.

351 Vid., en este sentido, Rafael Ibáñez, Carlos de Castro, "Los comunes en perspectiva: eficiencia versus emancipación", *El procomún y los bienes comunes*, Dossier n.º. 16, Economistas sin Fronteras, 2015, p. 8-12.

352 En este sentido, la idea de la construcción social del Derecho tiene una cierta tradición en el ámbito del

En este sentido, la mediación nos ofrece pistas sobre la construcción de consenso –seguramente inestables– que permitan resolver los conflictos ambientales y aprender a construir procesos sociales más respetuosos con la naturaleza, al mismo tiempo que responden, en un contexto concreto, a las demandas ciudadanas de bienestar, reconocimiento y equidad. Asimismo, con una cierta prevención, ya que es un término marcado por su utilización los lenguajes hegemónicos del capitalismo tardío, puede rescatarse la idea de la gobernanza, como ámbito flexible y fluido para la construcción del consenso y el ejercicio del respeto, más allá de la concepción tradicional del gobierno como voluntad legítima e inapelable.

4. Cuestiones metodológicas

Debemos cuestionarnos asimismo hasta qué punto la evolución normativa, el pluralismo jurídico que se nos impone, comportan un cuestionamiento de las asunciones metodológicas propias del positivismo legalista, en el cuyo seno se materializa la formación y la socialización de los juristas. En este sentido, parece razonable pensar que los cambios institucionales a los que hemos hecho referencia, el hecho de que la textura del Derecho muta y se hace más compleja, dúctil, inasible, deben tener un impacto en el modo de estudiar, de interpretar y de aplicar el Derecho. De ahí que sea necesario prestar atención también a las cuestiones metodológicas.

Parece bastante evidente, en definitiva, que la propia riqueza de la producción normativa en estos momentos conlleva el avanzar hacia un cambio cultural desde el punto de vista de la metodología jurídica y de la interpretación del Derecho. Por otra parte, la toma de conciencia del carácter limitado y vulnerable de la base biofísica que sostiene los procesos de reproducción social, así como su labilidad ante la acción humana, el Antropoceno, en definitiva, exigen, asimismo, un replanteamiento no solo en las instituciones y en la sustancia del Derecho, sino también en la metodología jurídica. Finalmente, cabe admitir esto mismo conlleva una progresiva necesidad de estrategias cognitivas interdisciplinares, que respondan a la complejidad de la realidad, al mismo tiempo que a la capacidad humana de alterarla.

A la hiperespecialización de la tecnología desencadenada en que desemboca el proceso de apropiación del mundo que supone la Modernidad, cabe oponer una perspectiva holística que sea respetuosa con las necesidades sociales del Antropoceno, así como más apropiada para la comprensión de la complejidad del mundo³⁵³. Todo ello, conlleva, a mi juicio, considerarse seriamente la innovación y la creatividad en un contexto jurídico, ámbito en el que habitualmente han estado proscritas en beneficio de la seguridad. De hecho, la seguridad jurídica debería verse seriamente discutida en un contexto, como vamos a ver, de incertidumbre, de modo que el Derecho debería también superar su aspiración a la fijación incontrovertible y a la previsibilidad de sus contenidos³⁵⁴.

Derecho constitucional. Así, Peter Häberle, en Alemania se ha referido a la sociedad abierta de intérpretes de la constitución, como señala Ernst-Wolfgang Böckenförde, en “I metodi dell’interpretazione costituzionale. Ricognizione e critica”, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè. Milán, 2006 (edición italiana a cargo de Michele Nicoletti y Omer Brino), p. 79ss. En el caso de Estados Unidos, esta idea cuenta asimismo con una larga trayectoria histórica. Así, Francis Lieber, un significativo jurista norteamericano la primera mitad del siglo XIX, concebía la interpretación jurídica como un proceso deliberativo en el marco de la República, en el que los ciudadanos participaban en cumplimiento de un deber cívico. Vid. Guyora Binder, Robert Weisberg, *Literary Criticisms of Law*, Princeton University Press. Princeton, 2000, p. 50.

353 En este contexto se ubicaría la llamada hipótesis Gaia, formulada por James Lovelock. Vid. James Lovelock, Lynn Margulis, “Atmospheric homeostasis by and for the biosphere: the Gaia hypothesis”, *Tellus* XXVI (1-2), 1974, p. 2-10. Asimismo, cabe contemplar aquí el teorema de Bell, en relación con la interdependencia de las partículas subatómicas. Vid. Jordi Pigem, “L’estructura trinitària de la realitat i la intuïció cosmoteàndrica”, Ignasi Boada (ed.), *La filosofia intercultural de Raimon Panikkar*, CETC, Barcelona, 2004, p. 51.

354 En definitiva, la incertidumbre también aumenta en el ámbito del Derecho, con la consiguiente erosión de la idea de seguridad jurídica, en un contexto dúctil a la operación hermenéutica destinada a fijar el contenido del Derecho en el caso concreto como un consenso siempre frágil y provisional. Vid., en relación con ello, Eva Desdentado Daroca, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 45.

a) Cambio cultural e interpretación del Derecho

La riqueza del material normativo es creciente y reconducir ese material normativo al caso concreto en una argumentación razonablemente coherente y, sobre todo, convincente desde el punto de vista social, es algo que supera la tradicional subsunción del caso en la norma general o la analogía inductiva del precedente³⁵⁵. En el caso del Derecho de matriz continental, el principio de legalidad tradicional, que comporta el sometimiento del juez a la ley, está en crisis y creo que lo va estar mucho más en el futuro. En este contexto, la interpretación jurídica supera el texto concreto para rescatar el contenido normativo del conjunto complejo de referencias en presencia, que solo aparecen como normas a partir del propio acto de interpretación, de modo que la norma se encuentra en este último y no en el propio texto, punto de partida del proceso hermenéutico³⁵⁶.

Ello explica la importancia de la motivación en las sentencias judiciales, como acto de fijación del contenido normativo implícito en los textos de referencia –y ello, de modo independiente a cómo, psicológicamente, el juzgador llega a su convicción sobre el contenido de la norma–. En definitiva, como se ve en la práctica judicial, la motivación no se limita a repetir los textos, sino que los desarrolla argumentativamente para llegar a una solución al caso concreto. Así, la interpretación jurídica que lleva a la decisión jurisdiccional no se limita a una mera aplicación subsuntiva –como querría el positivismo legalista– o una simple ponderación –como querría el llamado neoconstitucionalismo–, sino que aparece como un acto complejo en el que se argumenta sobre la selección, jerarquización y dotación de sentido de los materiales normativos en presencia³⁵⁷. En este contexto, el discurso jurídico aparece como un diálogo evolutivo entre intérpretes que reposa en un material textual cada vez más complejo, con el objeto de resolver los conflictos dentro de unos parámetros socialmente aceptables.

Se trata de avanzar, en definitiva, hacia un Derecho centrado en la interpretación y la argumentación, que suponga un paso más allá de las restricciones impuestas por el positivismo legalista de raíz pandectística, para proporcionar el discurso que se deriva del sistema constitucional en presencia, descubriendo el núcleo del consenso social expresado en él y haciéndolo disponible para el control del poder político. Ello conlleva, asimismo, reconocer el lenguaje constitucional como escenario de conflicto y de creación de hegemonía, donde los diferentes actores participan en la articulación de espacios políticos más o menos inclusivos³⁵⁸. De este modo, construye el sistema, le da coherencia y lo hace practicable en el problema concreto que se plantea. A partir de ahí, es posible desarrollar de manera coherente y consistente una argumentación jurídica con el horizonte de la justicia ambiental.

b) Interdisciplinariedad

En un contexto de decisiones complejas que no sólo tienen un aspecto técnico-jurídico, sino que, por una parte, intentan interpelar a la sociedad y, por la otra, necesitan manejar conceptos relativos a la base biofísica, pero también a la organización social, es evidente que la interdisciplinariedad en los órganos de decisión jurisdiccionales se plantea como una exigencia, con todo lo que ello supone. Ello es así en la medida que el jurista y, particularmente, el juez pretendan continuar jugando un papel relevante en la gestión de los conflictos sociales, y en la generación de consensos de legitimidad que contribuyan a la cohesión y a la sostenibilidad de las comunidades políticas.

La cuestión de la interdisciplinariedad, en consecuencia, se proyecta, por una parte, en la formación del jurista. En este sentido, debe subrayarse, de entrada, la importancia de una perspectiva amplia en relación con el propio Derecho, lo que implica la superación de la compartimentación tradicional en áreas, así como la toma en consideración de una manera seria y sustantiva del

355 Vid. Jacques Chevallier, “Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique”, *Revue de Droit Public* 3, 1998, p. 668.

356 Este énfasis en el acto de interpretación como momento normativo ha sido sostenido particularmente por Riccardo Guastini. En este sentido, vid. Juan José Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta. Madrid, 2003, p. 100-101.

357 Vid. Juan Antonio García Amado, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2007, especialmente, p. 270-271.

358 Vid. Carlos de Cabo Martín, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta. Madrid, 2014, p. 59.

Derecho comparado³⁵⁹. A partir de ahí, debe considerarse la necesidad de construir pasarelas con otros saberes sociales, como la economía o la sociología, así como con los diferentes ámbitos de la tecnociencia, no tanto a través de la profundización especializada en dichos campos, como mediante el diálogo interdisciplinar. Por otra parte, como veremos seguidamente, debe considerarse aquí también el papel de los conocimientos tradicionales, de acuerdo con una idea abierta de la construcción de la verdad (procesal) que permita la resolución del conflicto concreto. Por ello, debemos considerar seguidamente las cuestiones de carácter epistemológico.

5. Cuestiones epistemológicas

Efectivamente, la necesidad de disciplinar la acción humana sobre la base biofísica de los procesos de reproducción social introduce la necesidad de fijar el conocimiento en relación con sus efectos, lo que comporta, asimismo, el conocimiento en relación con el funcionamiento del medio humano en general. En este contexto, a priori, el conocimiento científico, que se ha ido configurando como patrón epistemológico dominante a lo largo de los últimos cinco siglos, se presenta como referencia inmediata. Sin embargo, en un contexto pluralista y de justicia en términos no solo distributivos, sino también de reconocimiento, cabe relativizar esta pretensión de monopolio sobre la verdad de la tecnociencia, que, por otra parte, se ve sometida a la incertidumbre³⁶⁰. Estos aspectos son cruciales en la construcción de la prueba y, en consecuencia, de la verdad procesal, de la que depende, en definitiva, la identificación del Derecho aplicable.

a) Políticas de la verdad: ‘sound science’ y conocimientos tradicionales

Los procesos hegemónicos de reproducción social, centrados al entorno de la persistencia de la acumulación capitalista, implican, asimismo una cierta visión de la verdad, una cierta interpretación de la experiencia. Efectivamente, capitalismo y tecnociencia constituyen los elementos fundamentales de la Modernidad³⁶¹. La tecnociencia despliega una razón instrumental, encaminada a permitir el dominio del ser humano sobre la naturaleza, en unos términos de explotación y utilidad que van paralelos al desarrollo del capitalismo, siendo ambos procesos operaciones de cuantificación que determinan las políticas de la verdad y los métodos de valoración, que se proyectan en la definición de los hechos en el marco de los conflictos ambientales³⁶².

La razón instrumental que se canaliza a través de la tecnociencia se compromete en un proyecto de domesticación de la naturaleza basado en el descubrimiento de regularidades predecibles en el marco de un sistema general de leyes, que son establecidas, siempre de modo provisional, a través de la dualidad hipótesis-experimento³⁶³. No se trata, por lo tanto, solo de comprender el mundo, sino de ponerlo al servicio de las necesidades humanas, concebidas, fundamentalmente, como consumo de recursos, en el contexto de la economía capitalista. Con ello, es fácil establecer el vínculo entre la ciencia y los procesos de reproducción social hegemónicos, así como que el paradigma de comprensión-dominación que sostiene el funcionamiento de la economía-mundo capitalista supone el desprecio y la marginación de otras formas de conocimiento, desarrolladas en contextos culturales distintos de la Modernidad occidental culturas diferentes de la nueva civilización moderna³⁶⁴.

359 En este sentido, vid. Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press. Oxford, 19983, p. 21-22.

360 Cabe aquí, inevitablemente, una referencia al principio de Heisenberg, según el cual es imposible determinar al mismo tiempo la velocidad y la posición de una partícula, lo que constituye el patrón de la concepción de la incertidumbre en el contexto de la cultura de la Modernidad tardía. Vid., en relación con ello, Roger Penrose, *La nueva mente del emperador*, Grijalbo-Mondadori. Barcelona, 1991 (versión castellana de Javier García Sanz), p. 314ss.

361 Vid. Jordi Jaria i Manzano, *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 50ss.

362 Vid., en este sentido, Chevallier, “Vers un droit post-moderne?...” cit., p. 661.

363 Vid. Martin Heidegger, “La época de la imagen del mundo”, *Caminos del bosque* cit., p. 67.

364 Evidentemente, ello va a conducir a la desaparición de buena parte del patrimonio cultural humano y de formas de conocimiento “no científicas” que implicaban otras maneras de relacionarse con el entorno, como pone de manifiesto Lewis Mumford, en *The Pentagon of Power*, Harvest/HBJ. San Diego, Nueva York, Londres,

En resumen, la expansión de la civilización moderna occidental, esto es, del capitalismo y la tecnociencia, consiste, en buena parte, “la conquista y sujeción a la racionalidad de la técnica de todos aquellos territorios externos que se resisten a ser invadidos por la sociedad”³⁶⁵. Con ello, se compromete la supervivencia de los conocimientos tradicionales y se excluye como forma de valoración legítima todo aquel discurso que no se sostenga en términos cuantitativos, tanto desde el punto de vista de la práctica social, concebida en términos de economía capitalista, como desde el de la interpretación de la experiencia, concebida en términos de tecnociencia.

En este contexto y de acuerdo con la idea de justicia ambiental apuntada más arriba, que la ciencia tenga el patrimonio del conocimiento es algo que, seguramente, ha de revisarse, proporcionando canales de expresión y concediendo sentido a los conocimientos tradicionales que constituyen tanto patrimonios de valor extraordinario –la diversidad cultural merecería una consideración análoga a la biológica–, como elementos de protección de formas de vida que la toma en consideración exclusiva de las formas de la verdad hegemónicas condena irremisiblemente –con las consiguientes objeciones en términos de equidad y de sostenibilidad–³⁶⁶.

Por otra parte debe tenerse en cuenta, incluso en términos de una consideración del conocimiento científico como único conocimiento legítimo, que la ciencia que se produce y que pretende condicionar la verdad procesal no responde a un programa de investigación neutro y desinteresado destinado a construir una imagen lo más precisa y fiable posible de la realidad, sino que se despliega de acuerdo con determinadas orientaciones que vienen definidas por el acceso a los recursos económicos para la investigación³⁶⁷. En este sentido, las inequidades no se producen solo en el reparto de los recursos, sino también en la generación del conocimiento que va a justificar esa distribución. En consecuencia, cabe considerar que la tecnociencia no constituye un conocimiento neutral y que su pretensión de exclusividad en la configuración de la experiencia legítima debe ser matizada. Es por ello que los conocimientos tradicionales deben ser atendibles ante los tribunales, especialmente para el caso de los lugares donde existen comunidades indígenas.

b) Incertidumbre y principio de precaución

Por otra parte, debemos tener en cuenta que, incluso dentro de patrones estrictamente tecnocientíficos, hay acuerdo en relación con la incertidumbre sobre las consecuencias de nuestras decisiones y la proyección de estas en el futuro. La base biofísica de los procesos de reproducción social es un sistema complejo, extremadamente sensible, como hemos visto, a la acción humana, que acaba determinando en buena parte su configuración, pero que, por causa de la acumulación de múltiples relaciones internas que son desconocidas en su totalidad, no puede desplegarse como acción consciente. El conocimiento disponible no puede proporcionar propuestas concluyentes ni respuestas unívocas en relación con las consecuencias de las decisiones que determinan la transformación humana del entorno³⁶⁸. Ello constituye el fundamento del principio de precaución, que proyecta la responsabilidad exigible en el contexto del Antropoceno, en un escenario incierto³⁶⁹.

1974, p. 14ss.

365 Vid. Melucci, *Vivencia y convivencia...* cit., p. 30.

366 Vid. Jordi Jaria i Manzano, “Circles of Consensus: the Preservation of Cultural Diversity through Political Processes”, *Utrecht Law Review* 8 (1), 2012, p. 94. En este sentido, cabe señalar, como lo hace H. Patrick Glenn, en *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford-New York, 20073, p. 73, que el “*chthonic law* [esto es, el Derecho tradicional en contextos indígenas] is environmentally friendly, in a way which most ecological debate in the west does not fully reflect”.

367 Vid., en este sentido, Laurelyn Whitt, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, Cambridge University Press. Cambridge, 2009, p. 60ss.

368 Vid. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, Alberto Acosta, Esperanza Martínez (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Abya-Yala. Quito, 2009, p. 46.

369 Vid. Blanca Lozano Cutanda, “La ‘ecologización’ de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1, enero-marzo 2002, p. 178-179.

En este sentido, la capacidad humana de transformar su medio que define el Antropoceno como era planetaria va aparejada al carácter imprevisible de la acción antrópica, ya que no pueden establecerse de manera fiable todos los efectos que comporta. Esto exige una posición de prudencia en los procesos de reproducción social, en la medida que se pretende alcanzar una relación sostenible entre la sociedad y su soporte biofísico³⁷⁰. En este contexto, el principio de precaución constituye la concreción jurídica del juicio sobre el riesgo, de modo que aquellos riesgos plausibles y no asumibles socialmente, quedan bloqueados por el ordenamiento jurídico³⁷¹. Ello se proyecta sobre el control que deben ejercer los tribunales sobre las decisiones de los otros poderes del Estado, constituyendo un nódulo hermenéutico que debe definir la operación de identificación del Derecho aplicable al caso concreto.

c) La construcción de la prueba

De lo dicho anteriormente, debe concluirse una problematización en relación con la construcción de la prueba, ya que la determinación de los hechos que dan lugar al conflicto viene condicionada por el tipo de conocimiento utilizado. En este sentido, debe subrayarse la necesidad de que el juzgador cobre conciencia de su papel activo en el establecimiento del relato de los hechos, ya que no puede limitarse a mero receptor de una realidad incontrovertible fijada por los correspondientes expertos por causa tanto de la incertidumbre, como del sesgo que la información fáctica puede llegar a tener³⁷². Ligado con la interdisciplinariedad, a la que se ha hecho referencia, ello seguramente implica una actitud abierta, pero al mismo tiempo crítica, en relación con el conocimiento que se aduce para el establecimiento de los hechos. Más allá, puede considerarse, como es el caso de los tribunales ambientales chilenos, la incorporación de especialistas legos en la composición de los órganos juzgadores. En cualquier caso, ello exige un juez que va más allá de la subsunción de un supuesto de hecho que asume acríticamente en un marco jurídico delimitado y seguro.

Debe señalarse, por otra parte, que el marco epistemológico hegemónico margina y excluye las concepciones culturales incompatibles con la mentalidad economicista y tecnófila dominante, de modo que se establecen una políticas de la verdad y unos criterios de valoración que favorecen, en última instancia, la externalización de los costes y su repercusión sobre las poblaciones locales, en la medida en que no son contabilizados en tanto que costes y, con ello, los perjuicios producidos dejan de tener relevancia desde el punto de vista jurídico, ya que no pueden conceptuarse en términos fácticos comprensibles y atendibles desde el punto de vista de la racionalidad instrumental dominante. Este es el marco en el que se producen preferentemente los conflictos ambientales. Por ello, una identificación del Derecho aplicable más allá del legalismo formalista, a la que me he referido más arriba, debe ir aparejada a una construcción crítica de la prueba, que responda a los criterios de sostenibilidad y equidad que deben fundamentar la decisión judicial sobre el conflicto ambiental.

6. Cuestiones axiológicas

Terminaré con una referencia a las cuestiones axiológicas que suscita la crisis civilizatoria de la Modernidad tardía, que se define alrededor del eje de la problemática ambiental y, en particular, como muestra más nítida de la entrada en el Antropoceno, en relación con el cambio climático. En este sentido, todas las temáticas tratadas anteriormente apuntan hacia cambios significativos en los valores hegemónicos, para acercarlos a los problemas, las necesidades y las insuficiencias que afronta la humanidad en el presente. Así, las cuestiones axiológicas son tremendamente importantes y nos llevan a revisar algunas de las asunciones fundamentales que hemos heredado en el marco cultural al que pertenecemos. Veamos algunos de los aspectos más destacados en relación con ello.

370 Vid. Bárcena, Schütte, “El principio de precaución...” cit., p. 15.

371 Vid. Wilhelm Mecklenburg, “Über das Apriorische der Bundesfernstrassen”, Ludwig Krämer, *Recht und Um-Welt. Essays in Honour of Prof. Dr. Gerd Winter*, Europa Law Publishing, Groningen, 2003, p. 115.

372 Vid. Javier Hernández García, “Prueba y motivación: la construcción conceptual de la condena penal”, Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Jordi Jaria i Manzano (coord.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p. 279ss.

a) *Antropocentrismo vs. ecocentrismo*

En primer lugar, debo hacer referencia al debate entre ecocentrismo y antropocentrismo, que se ha puesto de manifiesto en algunas ponencias del Foro y, en particular, en relación con el Estado de Derecho ambiental. En este punto, se produce una tensión notable en relación con la cultura jurídica hegemónica, que, a partir de la idea de la dignidad de la persona como bien jurídico supremo, gravita al entorno a los derechos humanos³⁷³. En este sentido, la introducción de elementos no humanos no tanto como medios, sino como fines, produce un cierto desconcierto³⁷⁴. La mutación del carácter de bien jurídico que se predica de la naturaleza es aquí el punto central. Ya no se trata de protegerla desde una perspectiva instrumental, sino de tomar en serio su condición de bien por sí misma y no tanto por su utilidad para los seres humanos³⁷⁵.

En el contexto de los cambios culturales que implica el Antropoceno, en el ámbito del Derecho, la transición hacia una perspectiva no antropocéntrica parece de los más determinantes, ya que se pone en cuestión el punto de vista hegemónico en la construcción de la civilización moderna, que constituye el esqueleto de las formas de reproducción social hegemónicas en el sistema-mundo capitalista. Por ello mismo, esta transición supone un cuestionamiento de los conceptos jurídicos centrales en la formación y la práctica del jurista, contruidos al entorno de un fundamento pandectista, que presupone el individuo propietario como matriz de sentido última en el despliegue del Derecho como disciplina social³⁷⁶. Tanto en la academia como en la praxis forense, tal transformación encuentra barreras culturales muy resistentes y, con ello, se sitúa en el centro del debate sobre la construcción de un Derecho ajustado a las necesidades sociales que plantea el Antropoceno.

b) *El Estado ambiental de Derecho*

En el contexto precitado, se ha ido desarrollando la idea del Estado ambiental de Derecho, que, por una parte, supone una toma en consideración seria de las cuestiones ambientales en la práctica institucional, lo que enlaza con la cuestión del cumplimiento de las normas “ambientales”, a la que ya me he referido, y, por otra parte, supone una conceptualización de las transformaciones axiológicas que implica la transición hacia el Antropoceno³⁷⁷. En este sentido, el Estado ambiental de Derecho supondría un cuestionamiento no solo de la centralidad del ser humano, a la que ya me he referido, sino también en relación con las matrices conceptuales fundamentales en la configuración del Derecho, esto es, el debilitamiento de la centralidad de los derechos y el reforzamiento de las responsabilidades, al entorno de las ideas de cuidado y mayordomía³⁷⁸. Parece claro, al menos de momento, que el Estado ambiental de Derecho es más una elaboración académica y jurisprudencial, que no una opción constitucional formal, lo que enlaza con la superación de la idea tradicional de constitución y su progresiva transformación en estrategia narrativa para construcción de un discurso de control del poder en el caso concreto, esto es, en la práctica jurisprudencial.

373 Efectivamente, como pone de relieve Peter Häberle, en “La «teoría de la Constitución como ciencia cultural» en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental”, Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos. Madrid, 2004, p. 26, la dignidad humana constituiría “la premisa antropológico-cultural del Estado constitucional”.

374 Vid. Klaus Bosselmann, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Ashgate, Farnham, Burlington, 2008, p. 79.

375 Vid. Jonas, *El principio de responsabilidad...* cit., p. 227.

376 El predominio del individuo sobre la colectividad, imprescindible a la organización emergente en la Modernidad, impone incluso una manera de mirar el mundo, como señala Jean Gebser, en *Origen y presente*, Atalanta. Girona. 2011 (edición castellana de J. Rafael Hernández), p. 26-27, con la incorporación de la perspectiva, que implica un punto de vista (individual) y, con ello, la superación del mundo imperspectivístico de la colectividad, propio de las formas artísticas prerrenacentistas o no occidentales.

377 La idea de Estado ambiental de Derecho (*ökologisches Rechtsstaat*) empezó a desarrollarse en Alemania durante los años ochenta del siglo pasado. Vid. Michael Ronellenfitsch, *Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht*, Duncker & Humblot. Berlín, 1995, p. 10. Desde entonces, ha ido desplegándose en diferentes contextos culturales.

378 He desarrollado esta cuestión en mi trabajo “El constitucionalismo de la escasez...” cit.

c) *Clima, Antropoceno y responsabilidad*

El cambio climático constituye el crisol donde todos los problemas que plantea la práctica social en el Antropoceno encuentran un ámbito de visualización privilegiado. En este sentido, es evidente que el cambio climático pone de manifiesto la capacidad de transformación antrópica de la base biofísica de los procesos de reproducción social y, con ello, se presenta como espacio significativo paradigmático de la transición hacia la nueva era geológica. Es aquí, por lo tanto, el lugar conceptual donde pueden comprenderse adecuadamente el tipo de cambio que la entrada en el Antropoceno no reclama a la sociedad.

Como he dicho anteriormente, el Antropoceno supone un estadio, no sólo histórico-social sino también natural, que se caracteriza por el hecho de que los seres humanos tienen una capacidad de modificación significativa de su entorno natural. Parece obvio que ello debería tener algún impacto en el núcleo axiológico en el sistema. A mi juicio, ese impacto tiene que ver con el principio de responsabilidad, que pasaría a substituir a la idea de autodeterminación personal como centro valorativo del sistema jurídico, lo que supondría una impugnación de la idea mayoritaria de los derechos como núcleo axiológico del sistema³⁷⁹. El principio de responsabilidad, por otra parte, exige una reflexión seria sobre el reparto de los costes en el despliegue de los procesos de reproducción social, lo que enlaza con la cuestión de las políticas de la verdad, así como pone de manifiesto el papel nuclear de la externalización –esto es, la socialización selectiva y, en consecuencia, inequitativa de los costes– en la construcción y desarrollo de la economía capitalista.

Cabe señalar aquí que el sistema de precios excluye de manera significativa determinados perjuicios al medio ambiente, no los integra y, con ello, estimula la degradación del mundo que nos rodea, lo que supone, a la postre, un problema crucial en relación con la disciplina de la actividad humana en el contexto del Antropoceno. En relación con la internalización de los costes ambientales, en la medida que afronta el aspecto clave que los produce, a saber, la existencia del intercambio desigual en la economía-mundo capitalista, la justicia ambiental supone, pues, una idea fundamental clave en la construcción de un enfoque alternativo a la cuestión que nos ocupa.

d) *Nuevos principios: ‘in dubio pro natura’ y no regresión*

En el desarrollo conceptual del llamado Estado de Derecho ambiental, a través de su elaboración tanto académica como jurisprudencial, van apareciendo nuevos principios, complementarios, de alguna manera, a los de precaución, responsabilidad y cooperación, que constituirían, a mi juicio, su núcleo fundamental y su expresión más cabal. Voy a referirme aquí, de manera sumaria, a dos de los principios que fueron objeto de debate a lo largo del Foro. En primer lugar, debo señalar la progresiva consolidación del principio *in dubio pro natura*, que se ha ido desarrollando, sobre todo, en América Latina y, particularmente, en la praxis de los tribunales en Costa Rica y Brasil. El principio *in dubio pro natura* requiere una reflexión que, a mi juicio, tiene que ver con la toma de conciencia de los cambios profundos que implica el principio de precaución³⁸⁰.

Creo, sin embargo, que es posible distinguir el principio de precaución del principio *in dubio pro natura*. En este sentido, el primero podría concebirse como un principio de carácter interpretativo, que definiría un horizonte axiológico para el control del poder, de acuerdo con la idea de impedir los riesgos socialmente inasumibles en un contexto de transformación antrópica comprehensiva del entorno, mientras que el segundo tendría un carácter operativo, en el sentido que permitiría adoptar la interpretación más favorable a la protección de la configuración jurídicamente deseable de la base biofísica para el caso de interpretaciones concurrentes en el caso concreto.

Finalmente, cabe referirse aquí a otro de los principios relativamente nuevos que se van consolidando en el presente, sobre en el contexto de la práctica jurisprudencial. Se trata del principio de no regresión del Derecho ambiental, esto es, de la inaceptabilidad –en consecuencia, cabría concluir, la inconstitucionalidad– de las normas jurídicas que impliquen un retroceso desde el punto de

379 En este sentido, vid. Rolston III, Holmes, “Rights and Responsibilities on the Home Planet”, *Yale Journal of International Law* 18, 1993, p. 252.

380 En este sentido, cabe señalar que el deslinde aparece en ocasiones ciertamente dudosos, como se pone de manifiesto en J. Russo, R.O. Russo, “*In dubio pro natura*: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales”, *Tierra Tropical* 5 (1), 2009, p. 73-82.

vista del nivel de protección ambiental adquirido en un cierto momento, lo que, nuevamente, nos coloca en la senda del despliegue del principio de precaución³⁸¹. En definitiva, como puede verse, el Antropoceno implica un desafío completo a las concepciones hegemónicas del Derecho que exige una reflexión profunda y comprehensiva a todos los miembros de la comunidad jurídica.

381 El principio de no regresión se incorporó, de algún modo, al documento final de Río+20, *El futuro que queremos*, gracias, en buena parte, a la presión ejercida por la comunidad internacional de iusambientalistas, a través del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement y la Comisión de Derecho Ambiental de la IUCN. Vid. Michel Prieur, "Prólogo", Mario Peña Chacón (dir.), *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. San José, 2013, p. 8. El principio va abriéndose camino desde entonces. Incluso una jurisdicción más bien tibia en relación con las cuestiones ambientales, como es el Tribunal Constitucional español, la ha incorporado a su jurisprudencia, si bien con efectos más bien testimoniales, como se pone de manifiesto en la STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2.c).



PALABRAS DE DESPEDIDA

RAFAEL ASENJO

MINISTRO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Muchas gracias, no me puedo resistir a hacer una pequeña sugerencia en relación al último punto que tocó Jordi, a quien agradezco muy especialmente el enorme esfuerzo que ha hecho por tratar de consolidar la variedad de temas sobre los cuales hemos conversado en estos dos días.

Más que el principio de la no regresión, que significa en el fondo no retroceder, mi interpretación es cómo mantenernos y quedarnos ahí, lo cual en los temas ambientales es particularmente relevante, yo prefiero el principio de la progresión, seguir avanzando, mejorar siempre, no quedarnos en el status quo sino pensar en un mejor futuro, esa es una discusión que se está dando hoy en día en los medios del derecho ambiental y no me pude resistir a hacerla presente.

Ahora diré unas breves palabras, muchas gracias a cada uno de ustedes, principalmente a los que viajaron de lejos para aceptar nuestra invitación y compartir sus experiencias.

Presidentes y Ministros de Tribunales Ambientales de países lejanos, académicos de importantes universidades del extranjero y de nuestro país, funcionarios públicos con distintas responsabilidades en gestión ambiental, muchos y muchas colegas y profesionales chilenos.

Permítanme ejemplificar el esfuerzo que han hecho ustedes en Manuel Pulgar Vidal,, amigo peruano desde hace más de 30 años, que viajó por menos de 24 horas para estar con nosotros directamente desde la COP21 de Marrakesh, para volver allá mismo hoy en la mañana.

Gracias a los expositores que con sus ideas desarrolladas en muy buenas presentaciones, nos han permitido reflexiones oportunas y necesarias para el actual momento de la justicia ambiental en nuestra región y a todos ustedes que participaron activamente con sus inquietudes y preguntas que generaron tan interesantes debates.

Gracias a todos y a todas, quienes desde el Tribunal y en el equipo de organización y producción han permitido el desarrollo de un evento tan bien estructurado y mejor organizado.

Tratándose de la justicia ambiental, sin duda que nos encontramos ante un objetivo, una meta a alcanzar a través de una justa aplicación del estado de derecho en materia ambiental.

Este objetivo es hoy una realidad, aun inicial en nuestro país, pero tiene por delante, particularmente en nuestra región, un enorme desarrollo y crecimiento donde el análisis de las antiguas y nuevas experiencias, de los distintos modelos y alcances, jugará un importante rol en la expansión y creación de nuevos Tribunales Ambientales especializados, consolidando a estos como un espacio claro y transparente para resolver los conflictos ambientales que afectan a nuestras empresas y comunidades. Está claro para nosotros que este camino ya no tiene vuelta atrás.

He podido observar diversos cuestionamientos, así como desafíos para los Tribunales Ambientales en Chile, por ejemplo, que ya no habría dudas entre nosotros en que es necesario reformar la Ley 20.600.

En esta compleja empresa de reformar la Ley es posible distinguir, al menos, algunos aspectos susceptibles de modificación:

a) Los aspectos procesales: Tal como lo reveló el profesor Matías Insunza, los procedimientos contemplados en la Ley 20.600 requieren de modificaciones sustantivas, para poner al derecho procesal efectivamente al servicio de la protección del medio ambiente, más cuando la remisión al Código de Procedimiento Civil es claramente insuficiente, e incluso a veces inconducente. La reforma a este código es absolutamente urgente y necesaria.

b) Aspectos Orgánicos; Yo creo que como país debemos hacer un esfuerzo para resolver los aspectos orgánicos de los Tribunales Ambientales. ¿Se van a instalar o no los tres que establece la ley?, ¿se declara desierto o no el concurso del Tribunal de Antofagasta y se llama a un nuevo concurso?, ¿se consolidan o no los tribunales existentes en un único tribunal hasta que se den las condiciones fácticas y financieras para crear progresivamente nuevos tribunales con una relación entre ellos que eviten la dispersión jurisdiccional?, ¿por qué no conversar y discutir sobre estos temas?

c) Otro aspecto que me llama mucho la atención es que sería interesante fomentar la conciliación y los arreglos alternativos de solución de controversias. La exposición de Soraya Amrani fue particularmente inspiradora en este punto. No voy a olvidar sus palabras acerca de “la verdadera mediación”

d) Nombramientos: De una vez por todas deberían revisarse urgentemente las instituciones involucradas y el procedimiento de designación de los ministros de estos tribunales, considerando con amplitud y franqueza temas desde el período del mandato de los ministros, así como todos aquellos aspectos que afectan o podrían afectar la verdadera independencia y autonomía de esta justicia especializada y por último reforzar los mecanismos que permitan al tribunal contar con un respaldo científico necesario y de alta calidad al servicio del derecho para cumplir de mejor manera nuestra tarea.

Nos sentimos particularmente contentos y orgullosos del esfuerzo que todos hemos hecho y con los resultados alcanzados en estas dos jornadas. El esfuerzo realizado por todos merece el mayor reconocimiento. Estoy seguro que el Tribunal Ambiental de Santiago ha comenzado a consolidar un liderazgo que es necesario cultivar y mantener en este tipo de foros.

Pensando ya en la tercera versión de este Foro, deberíamos empezar a pensar en ir creando una red de magistrados ambientales, académicos y pensadores, pasando a estudiar cuál es el rendimiento práctico de los principios en la resolución de los conflictos ambientales, transitando pausadamente desde lo teórico a lo práctico para llegar al estudio de casos emblemáticos de jurisdicción ambiental que ya hemos conocido en nuestro país.

El desafío está delante de todos nosotros, la tarea no será fácil pero puede ser muy útil al futuro sustentable de nuestras sociedades. Les agradezco muy especialmente el esfuerzo a todos y a todas, los invito a seguir trabajando juntos por un mejor y más justo mundo para todos, ara nuestros hijos y los hijos de nuestros hijos

Muchas gracias.



