



**JUSTICIA AMBIENTAL.
DOS CARAS DE UN MISMO PROBLEMA**
Comisión de Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de
Control y Reforma Constitucional

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

06 de enero de 2022

Dr. Christian Rojas Calderón
Profesor y Consultor en Derecho administrativo, de aguas y del medioambiente
<https://independent.academia.edu/ChristianRojasCalderón>
crojascalderon@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Agradezco en primer término la posibilidad de hacer una presentación ante esta Comisión, en virtud de la invitación que se me ha hecho llegar. Es un honor para quien se dirige a Uds. que esto se haya podido materializar y que se haga, además, de manera presencial.

Estimo que estas instancias, requieren un despliegue de esfuerzos, de los cuales todos quienes seguimos atentos el desarrollo tanto de las Comisiones de trabajo como de la Convención en general hemos visto en estos intensos meses de trabajo. Ahora, a contar de hoy podré dar cuenta efectiva y testimonio de ello, además de poder realizar un pequeño aporte para el éxito de la alta tarea que se desarrolla aquí.

Dicho lo anterior, diré algo acerca de esta exposición que es la que justifica mi presencia ante Uds.

Se me ha pedido informar acerca de mi parecer respecto de la Justicia Ambiental en términos generales. Y sobre ello, cabe señalar desde ya que esta temática tiene dos acercamientos conceptuales: la *institucional*, que refiere tanto a los tipos de tribunales, como a los procedimientos, los sistemas de control y mecanismos generales de revisión de decisiones que se producen en este campo; y la *material*, que refiere fundamentalmente al acceso, protección, uso y aprovechamiento del medioambiente, recursos naturales, y compensación o reparación en su caso.

Dado los estrechos márgenes de tiempo disponibles, trataré de delinear ambas faces, señalar algunas características, y, asimismo, aventurar e indicar cuáles son los desafíos de nuestro país en ambos frentes. En fin, procuraré presentar algunas ideas conclusivas al cierre.

I.- LA JUSTICIA AMBIENTAL EN TÉRMINOS INSTITUCIONALES

1) La institucionalidad ambiental

A raíz de los cambios institucionales derivados de la Ley N° 20.417 de 2010, de modificación a la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), en

lo relativo al sistema de impacto ambiental e institucionalidad de medioambiente -que, como se sabe, comprendió la creación en su actual conformación del SEA, del MMA y de la SMA, y posteriormente la Ley N° 20.600 sobre tribunales ambientales-, se ha producido un derrotero que conviene analizar en términos institucionales, en vistas del funcionamiento de la orgánica ambiental, que persigue la verificación o concreción - esencial a los efectos de la discusión constitucional- de la norma constitucional vigente establecida en el artículo 19 N° 8, en cuya virtud se asegura a todas las personas:

8.- 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.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente¹.

Precisamente, en el afán de concretar este derecho y deber se construyó la institucionalidad ambiental que nos rige y que comprende un aparato burocrático: SEA, Comisiones de Evaluación Regional, Comité de Ministros, SMA, y Tribunales Ambientales (1° de Antofagasta, 2° de Santiago y 3° de Valdivia).

2) LOS TRIBUNALES AMBIENTALES, Y CRÍTICA AL SISTEMA DE REVISIÓN JUDICIAL

Pese a un muy auspicioso comienzo, con el correr del tiempo se han detectado algunos problemas en el sistema de revisión o control judicial. Paso a continuación a explicarlos brevemente:

¹ Otras normas constitucionales que sirven o pueden servir de guía u orientación se indican a continuación. Conforme el artículo 45 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESPAÑA:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

A su turno, el artículo 20 a de la LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA establece:

[Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales] El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

2.1.) CONFORMACIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES (TTAA)

(a) Concepto y miembros

Conforme el artículo 1º de la Ley Nº 20.600, los TTAA son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias ambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento.

Luego, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2º de la misma ley, cada TA estará integrado por tres ministros, dos de ellos deberán tener título de abogado, haber ejercido la profesión a lo menos diez años y haberse destacado en la actividad profesional o académica especializada en materias de Derecho Administrativo o Ambiental; y el tercero será un licenciado en Ciencias con especialización en materias medioambientales y con, a lo menos, diez años de ejercicio profesional. Cada ministro será nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la Corte Suprema.

Adicionalmente, existirán ministros que tendrán el carácter de suplentes.

(b) Características

Desde lo anterior, surgen algunas características que se sintetizan en lo que sigue:

(b.a.) Son órganos jurisdiccionales, es decir, tribunales. Y en cuanto tales ejercen jurisdicción resolviendo conflictos jurídicos con autoridad de cosa juzgada.

(b.b.) Son parcialmente letrados. Es un típico ejemplo de tribunales denominados “escabinados”, donde concurren legos y magistrados técnicos dadas las materias especializadas y complejas del ámbito de actuación que les compete.

(b.c.) Son especiales. Es decir, conocen sólo materias que específicamente se les entrega a su conocimiento y resolución.

(b.d.) Están sujetos a la superintendencia o vigilancia en sus actuaciones, de la Corte Suprema.

(b.e.) Son permanentes. Y están ubicados en los lugares y con la competencia territorial que se indica: Primer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Antofagasta, y con competencia territorial en las Regiones de Arica y Parinacota, de

Tarapacá, de Antofagasta, de Atacama y de Coquimbo; Segundo Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Santiago, y con competencia territorial en las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y del Maule; y Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Valdivia, y con competencia territorial en las regiones del Biobío, de La Araucanía, de Los Ríos, de Los Lagos, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena.

(b.f.) Sus miembros son temporales. A pesar de ser tribunales permanentes, sus miembros duran seis años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos hasta por dos períodos.

(b.g.) Son tribunales contencioso-administrativos. Pues se encargan de controlar entre otras materias, la correcta actuación de la Administración Pública, y de resolver reclamaciones contra actos administrativos.

(c) Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la LTA, los Tribunales Ambientales serán competentes para conocer materias que se transcriben a continuación:

1) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la ley N° 19.300. En el caso de las normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión, conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración, excluyendo la competencia de los demás. Respecto de las normas secundarias de calidad ambiental, los decretos supremos que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto.

2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300.

Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en

que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado.

3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción.

4) Autorizar las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3° de esa ley, y las resoluciones de la Superintendencia que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38 de la misma ley, elevadas en consulta. Será competente para autorizar estas medidas el Tribunal Ambiental del lugar en que las mismas vayan a ser ejecutadas.

5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley No 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

7) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los

instrumentos señalados. El plazo para reclamar será el establecido en el artículo 50 de la ley N° 19.300. Tratándose de las normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión, conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración, excluyendo la competencia de los demás. Respecto de la aplicación de las normas secundarias de calidad ambiental, de los decretos supremos que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y de los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto.

8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

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 que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación.

En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido.

9) Conocer de los demás asuntos que señalen las leyes.

2.2.) CRÍTICAS

En atención a la especialidad de esta comisión, referiré algunas críticas específicas y luego las englobaré en afirmaciones finales.

(2.1.) Con respecto al reclamo de ilegalidad del inciso final del artículo 20 de la LBGMA, relacionada con Ley 20.600 sobre Tribunales Ambientales.

Sobre esto cabe tener presente en primer término y como base el artículo 54 de la LBPA, que establece que interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada.

Es decir, interpuestos recursos administrativos en sede administrativa, el Tribunal Ambiental se encuentra inhibido de conocer de causas de reclamación conforme la norma de habilitación del artículo 60 de la LBGMA con respecto al artículo 17 de la LTTAA, en especial con el numeral 8º.

Ahora bien, una vez conocido un asunto por el TA -en el mismo sentido expresado hasta ahora-, su conocimiento del asunto es igualmente total, pudiendo realizar una determinación acerca de la consistencia de la legalidad estricta de la RCA reclamada, así como de su consistencia fáctica, fundante de la misma, lo que le permite realizar igualmente una calificación de los hechos que fundamentan el acto, condición que es parte de lo que puede tamizarse en su resolución final.

En este sentido, los TA están habilitados por la ley para conocer de causas ambientales en vía jurisdiccional, tienen la misma extensión de conocimiento de estos asuntos.

Sin embargo, su control es judicial y por tanto debe estarse apegado a la legalidad habilitante de su competencia. Los TA no son Administración Pública y, por consiguiente, los controles de tipo invalidatorio si bien analizan el acto administrativo, lo que se enjuicia es el hecho que éste se encuentre ajustado a la legalidad.

(2.2.) Con respecto a la “Invalidación general”

Sobre este punto, cabe recordar que la competencia base de los tribunales ambientales está atribuida por el artículo 60 de la LBGMA y especificada en el artículo 17 de la LTTAA, y respecto de la revisión administrativa especial del artículo 20 LBGMA y relacionadas, se contiene en los numerales 5 y 6 del artículo señalado.

Luego, el numeral 8 del artículo 17 efectivamente contiene una atribución invalidatoria más amplia, llegando a afirmarse que constituye una verdadera *acción general de impugnación ambiental*².

En efecto, la misma refiere a reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental en términos amplios; referido por consiguiente a toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado que tenga competencia ambiental, y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

Cabe tener presente que existe, sin embargo, una prohibición en el mismo numeral relativa a que precisamente respecto de los numerales 5) y 6) del mismo artículo 17, no se podrá ejercer la potestad invalidatoria general de la LBPA sino una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido; existiendo por tanto en este caso un agotamiento previo de la vía administrativa, necesario –por tanto- para impugnar.

(2.3.) Con respecto a “los legitimados”

La *base* se toma a partir del concepto de interesados del artículo 21 de la LBPA en el sentido de reconocer tres posibilidades: el que ha iniciado el procedimiento y que persigue la obtención de un derecho o la tutela de un interés; el que no lo ha iniciado pero puede ver amagado algún derecho del que es titular; y el que no lo ha iniciado ni tiene un derecho comprometido, sino que defiende derechos o intereses colectivos.

Y luego, se especifica en el artículo 18 de la LTTAA la *diferencia*, a saber: en los casos de los números 5) y 6) del artículo 17, las personas naturales y jurídicas que presentaron sus reclamaciones de conformidad a la ley; en el caso del número 7), cualquier persona que considere que los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación, infrinjan la ley, las normas

² BERMÚDEZ SOTO, J. (2014) *Fundamentos de Derecho ambiental*. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso- PUCV, pp. 538-540.

y los objetivos de los instrumentos señalados; y en el caso del número 8), quien hubiese solicitado la invalidación administrativa o el directamente afectado por la resolución que resuelva el procedimiento administrativo de invalidación.

En fin, esta comprensión amplia de quiénes son interesados que pueden solicitar la invalidación, permite que se pueda ejercer la acción de impugnación ante los TTAA, operativizando las disposiciones habilitantes a este respecto. Una interpretación restrictiva, inhibe la acción de la jurisdicción y limita inadecuadamente el ejercicio de la acción general de impugnación.

3) La consecuencia de esta configuración.

(3.1.) Una acotada competencia

La consecuencia es una acotada competencia, cuyos contornos se han ido superando por el “conflicto ambiental”.

Es decir, si se revisa la configuración de los TTAA y de sus materias competenciales, veremos que hay una competencia delimitada en torno a los asuntos que puede y debe conocer.

Ello ha generado muchas críticas. Una muy reciente en torno a la invalidación general, también llamada invalidación impropia³.

Pues bien, conforme ella se plantea que a partir de la oscura redacción del artículo 17 N° 8, se ha desarrollado una teoría de la invalidación impropia, que busca armonizar los diferentes recursos disponibles para someter determinados asuntos a la competencia de los TTAA. Pese a lo cual algunos fallos han ampliado su aplicación más allá de sus términos, en especial las sentencias de CS “Stipicic con Director ejecutivo del SEA (rol 8737-2020) y 3er. TA “Quirquitripay con Fisco (R-25-2019).

Eso -se dice en la crítica- es un error y amerita la realización de distinciones y conexiones que no se han hecho. En especial -me aventuro a indicar-, su vínculo con categorías e instrumentos generales que siguen vigentes, en especial la invalidación

³ Lillo Goffreri, D./ Berríos Bloomfield, A. (2020) “Entendiendo la regla general de la invalidación de actos de carácter ambiental: más allá de la invalidación impropia”. *Justicia Ambiental* N° 12, pp. 303-339.

general de la LBPA y con la denominada Nulidad de Derecho Público, acción sin base normativa y desarrollo puramente jurisprudencial.

Esto afecta -a partir de lo que se ha identificado como desorden y/o solapamiento o superposición de acciones⁴- seriamente la actividad de los tribunales, afecta los derechos individuales o colectivos involucrados, y la previsibilidad de la respuesta judicial que conduce -a ser controlada judicialmente- la acción de la Administración Pública, y orienta a los particulares en sus decisiones.

(3.2.) El *revival* del “recurso de protección ambiental”

El panorama antes descrito, justifica la *tentación* permanente de la Corte Suprema para participar en el debate ambiental. Sea modelando la decisión de los TTAA por las vías recursivas existentes -casación-, sea conociendo de asuntos por la vía del jurisprudencial Recurso de Protección Ambiental.

En efecto, en el conocido fallo Quintero-Puchuncaví, entre otro orden de consideraciones, aparentemente hay una especie de renacimiento del que llegó a conocerse como “recurso de protección ambiental”, instrumento muy utilizado antes de la gran reforma a la LBGMA en virtud de la Ley 20.417 y complementariamente con la Ley N° 20.600 de Tribunales Ambientales⁵.

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, con posterioridad a las reformas del año 2010 se declararon inadmisibles numerosos recursos de protección de carácter ambiental, dando como razones que los hechos descritos excedían el objeto del recurso de protección, agregando que las materias planteadas debían ser ventiladas en el procedimiento contenido en la Ley 20.600, ante el Tribunal Ambiental creado especialmente al efecto, lo que se contrapone con la naturaleza cautelar de la acción de protección, aplicando la norma de inadmisibilidad establecida en el N°2 del auto acordado respectivo. Y esto, aparentemente, lo hizo la CS intentando ordenar lo que

⁴ Romero Rodríguez, S. (2013) “Concurso de normas y concurso de acciones en el Derecho procesal civil chileno”. *Ius et Praxis* Año 19 N° 2, pp. 207-250.

⁵ Rojas Calderón, C. (2020) “Alcances jurídico-públicos a partir de la sentencia de la E. Corte Suprema rol N° 5888-2019 en acción de protección por contaminación de las comunas de Quintero y Puchuncaví”. *Sentencias destacadas 2019*. Ediciones LyD, pp. 120-135.

podría ser una doble vía de impugnación judicial de las cuestiones de naturaleza medio ambiental⁶.

No obstante, en los últimos dos años, se ha producido un giro relativo de esa tendencia, acogándose recurso de protección en materia ambiental, siendo casos destacados del último tiempo el de los roles CS N° 15.499, 15.500 y 15.501 de 2019 (caso Altos de Puyay), N° 197-2018 (prospección Minera Terrazas) y el N° 5888-2019 (caso contaminación Quintero-Puchuncaví).

Ello puede deberse a que desde el punto de vista técnico, parece que en todos los citados lo que hay es un escape de cuestiones de orden ambiental, que no alcanzan a debatirse en su propia sede (la de los Tribunales Ambientales), y tiene que venir la Corte Suprema a corregir, a veces con mayor o menos ímpetu, las deficiencias estructurales del sistema de protección medioambiental.

Sobre esas deficiencias estructurales, precisamente es la E. Corte la que ha ido moldeando mucha de esa institucionalidad. De tal manera que así como sucede con respecto al decaimiento administrativo (como fórmula jurisprudencial de término de procedimientos administrativos), en el ámbito medioambiental moldea la institucionalidad ambiental, por ejemplo a través de la figura de la invalidación impropia, en cuya virtud, se la ha reconocido como un reclamo de ilegalidad general, con agotamiento previo de la vía administrativa, para aquellos casos en que no existe un medio de impugnación regulado para actos administrativos ambientales vinculados a un instrumento de gestión ambiental.

La Corte Suprema ha ido delimitando los alcances de esta disposición, incluido el plazo para solicitar la invalidación administrativa previo al ejercicio del reclamo de ilegalidad ante la judicatura ambiental. A este respecto, es posible encontrar dos criterios establecidos por el máximo tribunal.

El primero, asentado bajo la que ha sido denominada *teoría de la invalidación impropia*, ha señalado que el plazo para interponer el recurso de invalidación en sede administrativa sería de 30 días, a partir de una interpretación armónica de las leyes N°

⁶ Boettiger Philipps, C. (2014) "La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria". *Actualidad Jurídica* N° 29, pp. 299-300.

19.300 y N° 20.600, que establecen dicho plazo para los diversos recursos que contemplan. El otro criterio más reciente, sostiene que el plazo para la interposición del recurso de invalidación ante la autoridad administrativa sería de dos años, basado en que el artículo 17 N° 8 de la Ley N°20.600 se funda en el artículo 53 de la Ley N°19.880, disposición que contempla el plazo de dos años para la invalidación administrativa.

Esto, incluso ha llevado a sostener que sostiene que el contencioso-administrativo de la Ley N° 20.600 es un procedimiento “sumarísimo”, cuya precariedad genera dos consecuencias negativas: limita tanto el contradictorio de las partes en el juicio, como las facultades revisoras del tribunal ambiental⁷.

4) Mecanismos constitucionales para resolver estas cuestiones⁸

4.1.) Unidad jurisdiccional

La integración de los TTAA al Poder Judicial (PJ), como tribunales especiales les permitirá dotarles de las garantías de la jurisdicción: independencia, imparcialidad, inamovilidad,; y a sus funcionarios las mismas garantías al formar parte del PJ como son estar sujetos a un único estatuto orgánico que establece los requisitos de acceso a la judicatura, sus atribuciones, competencias, deberes, prohibiciones y causales de cesación en el cargo, responsabilidad por conductas cometidas en el ejercicio del cargo, de las que deben asumir personalmente las consecuencias previstas en las normas penales, civiles, administrativas, etc.

Ello, generaría, sin lugar a dudas, mayores certezas en los justiciables.

4.2.) Conformación orgánica

En el marco del aspirado establecimiento de un contencioso administrativo en la Nueva Constitución, podría establecerse un tribunal especial de este tipo en las

⁷ Méndez Ortiz, P. (2018) “La precariedad del contencioso ambiental”. *Ius et Praxis* Año 24 N° 3, pp. 525-552.

⁸ Se coincide casi completamente con lo expuesto en esta Comisión N° 6 por la Red Chilena de Investigadores en Derecho Procesal (RED PROCESAL), en sesión del 03 de noviembre de 2021, Minuta: “Poder Judicial y sistemas de justicia”, pp. 4-6. Disponible en https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=519&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

cabeceras de cada región, colegiado, con varias salas una de las cuales debería ser la sala medioambiental.

Asimismo, conocidas son las críticas y también los aportes que hacen los ministros especialistas “en ciencias”, tanto en la apreciación como en la resolución de los asuntos.

Sin embargo, un tribunal de estas características -máxime cuando sus controles son esencialmente de legalidad⁹- debiera estar integrados únicamente por jueces letrados, debiendo en todo caso existir un consejo técnico compuesto por profesionales del mundo de las ciencias naturales a lo menos.

4.3.) Sistema consistente de acciones

Dada la conformación indicada, y a objeto de preservar condiciones complementarias: acceso a la justicia y certeza jurídica (como previsibilidad), debiera existir un sistema de recursos muy acotados, en especial la eliminación o prohibición del “recurso de protección ambiental”, cuyo efecto distorsionador justificó precisamente los TTAA.

En caso de aceptarse recursos ante la Corte Suprema (la nulidad o casación en cualquiera de sus variantes) debería pensarse en una sala contencioso administrativa compuesta por jueces/ministros especializados.

II.- LA JUSTICIA AMBIENTAL EN TÉRMINOS MATERIALES

1) La base conceptual

Ahora bien, en el segundo sentido anunciado, sobre la Justicia Ambiental en su variante material conviene señalar algunas cosas esenciales.

⁹ En este orden, el artículo 106 de la Constitución Española es una clara muestra de eso (y puede ser un modelo a seguir):

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria **y la legalidad de la actuación administrativa**, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.
2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Por *justicia ambiental* se entiende la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de la situación comunitaria y de las capacidades de tales personas y su participación en la adopción de las decisiones que los afectan¹⁰.

Precisada la noción de justicia ambiental, cabe referirse y analizar los elementos constitutivos de ella para justificar, en primer lugar, por qué se ha adoptado esta noción y no otra diversa y, en segundo lugar, para derivar directrices destinadas a su implementación. La distribución de las cargas ambientales, así como de los beneficios que el medio ambiente brinda, constituye, en realidad, una pregunta propia de lo que se entiende por “justicia distributiva”. Esta pregunta tiene cada vez más relevancia en la medida que los bienes ambientales son más escasos y las posibilidades de cargas e impactos sobre los mismos son, por el otro lado, cada vez mayores.

Sin embargo, existen también otros aspectos de la justicia ambiental que escapan a la justicia distributiva y que se han incorporado al debate por aquellos autores que sostienen que la desproporción en las cargas ambientales constituye un efecto, y no la causa de la injusticia ambiental, la que se manifiesta de distintas maneras y no solamente desde la perspectiva del uso indeseado del territorio o de la inequitativa distribución de los riesgos ambientales

2) Su conexión con los *riesgos*¹¹

Los *riesgos* son aquellos “que no tienen un origen natural ajeno a la intervención humana, sino que se debe precisamente a la acción del hombre que va precedida así de una decisión, de la que se puede ser más o menos consciente en función del conocimiento que se tenga sobre los posibles efectos, pero decisión humana al fin”¹².

¹⁰ Hervé Espejo, D. (2010) “Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol XXIII N° 1, pp. 9-36.

También en Hervé Espejo, D. (2015) *Justicia ambiental y recursos naturales*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso – PUCV, pp. 23-74.

¹¹ Rojas Calderón, C. (2019) *Riesgos y Derecho administrativo. Desde el control a la regulación*. Santiago. DER ediciones, pp. 79-83.

¹² ESTEVE PARDO, J. (1999) *Técnica, riesgo y Derecho*. Barcelona: Ariel, p. 29.

Por ello, se trata de situaciones creadas por los seres humanos, que dependen en última instancia de una decisión; que son posibles de dotarlas de configuración y/o estructura; y se caracterizan además por una escasa probabilidad, aunque también por los elevados daños una vez que éstos se producen¹³.

Así, el estudio y conocimiento de los riesgos y la solución a los problemas que se plantean a partir de ellos, permitiría una mejora en su gestión desde el nivel de anteproyectos (en la industria, en el Legislativo, en la Administración), incorporando propuestas para controlar, mitigar o eliminar pérdidas potenciales y aprovechar oportunidades para gestionar los riesgos eficientemente y, de paso, fomentar una sociedad más justa en todo orden, con sólidos y vigentes valores, así como la promoción de la transparencia, publicidad y rendición de cuentas.

Para ello, entre otros medios, surge el Derecho Ambiental en cuanto instrumento normativo que tiene por objeto la protección del patrimonio ambiental –el entorno-, con el fin de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana, la mejora de calidad de vida presente y de las generaciones futuras¹⁴.

Ahora conviene señalar que *el riesgo* se conecta normativamente de manera directa con el Derecho Ambiental, toda vez que la finalidad del derecho subjetivo público contenido en el artículo 19 N° 8 de la CPR, es conceptualmente desarrollado en el artículo 2 letra m) de la LBGMA al definir lo que se debe entender por medio ambiente libre de contaminación, a saber: *(...) aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de 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.*

Lo antes dicho tiene relevancia para nuestra temática específica, toda vez que resulta significativo el rol que tienen los niveles normativos en, por un lado, la determinación del riesgo permitido, y, por otro, la gestión de dicho riesgo; sin olvidar la responsabilidad por la concreción de esos riesgos en daño.

¹³ MAY, S. (2012) “Nuevos riesgos, seguridad y prevención: sobre la transformación del Estado moderno y su forma de actuación jurídica”. Pérez Alonso, E. y otros. Edits. *Derecho. Globalización, Riesgo y Medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 306-309.

¹⁴ BERMÚDEZ SOTO (2014) 35-36.

De este modo, debe dejarse de lado una perspectiva de operatividad de este sistema basado en una visión regular y tradicional –segura podría agregarse-, para dar pie a una instrumentación jurídica caracterizada por medios ágiles de respuesta, que tutelen al mismo tiempo tanto los derechos de las personas como la actividad económica y los intereses generales dentro de los cuales están claramente presentes la tutela del medio ambiente, de la salud, y de una serie de derechos y cargas basados en una exigencia en la legalidad o una construcción jurisprudencial. Una adecuada comprensión de aquello, ya hace tiempo fue descrita entre nosotros al reconocer amenazas, tendencias y desafíos de la globalización frente a la protección ambiental como: contaminación transfronteriza, la exportación de la contaminación, la desigualdad tecnológica, la efectividad y vigencia de la normativa, el desarrollo sostenible, y su vinculación con la calidad de vida de las personas¹⁵.

En este sentido, el primer cometido que corresponde a los poderes públicos en relación a los riesgos, es la determinación y decisión sobre el riesgo que se acepta (*RISK ASSESSMENT*), lo que requiere de su conocimiento y valoración y que genera una referencia normativa. El segundo cometido es la gestión del riesgo (*RISK MANAGEMENT*) que previamente ha sido aceptado, a través de lo cual se ejerce un modelamiento, acciones y control sobre el riesgo, lo que posibilita adoptar las medidas necesarias para su reducción, y que atiende fundamentalmente a las instancias y sujetos que desarrollan esas funciones¹⁶. De esta manera, los dos ámbitos referidos –el normativo y el de operación- se erigen como centro de la regulación, gestión y control de los riesgos. Luego, la determinación y decisión del riesgo permitido puede realizarse con carácter general o de manera particular, en virtud de la atribución de dosis medidas y competencias de poder jurídico –concretado en potestades administrativas-, que el ordenamiento atribuye o debe atribuir a los órganos encargados de dicha determinación o gestión en su caso. En fin, no debe perderse de vista un tercer cometido, que opera sólo en el supuesto que se produzcan daños, en cuyo caso

¹⁵ BERMÚDEZ SOTO, J. (2004), “Globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del Derecho Internacional del Medio Ambiente”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (RDPUVCV)*, XXV, pp. 55-63.

¹⁶ ESTEVE PARDO, J. (2017 b) *Derecho del Medio Ambiente*. Madrid: Marcial Pons, pp. 67-75.

corresponde determinar y aplicar adecuados mecanismos de atribución o adjudicación, lo que genera un sistema de responsabilidad por el riesgo concretado en daño (*RISK LIABILITY*).

Sobre ello, recientemente Esteve Pardo señala “Una instalación en funcionamiento puede mostrar, de manera objetiva y científicamente constatable, un nivel de riesgo mucho más alto que el se asociaba a ella, el riesgo que se conocía, cuando se autorizó. Ese nuevo conocimiento de un riesgo mayor habrá de imponerse entonces sobre la referencia jurídica que la autorización establece, revisándola o revocándola. La regulación de riesgos, en su fase de gestión como veremos, actúa entonces modulando el contenido y perfil de la autorización para adaptarlo a los conocimientos que se adquieran sobre el riesgo generado por la instalación”¹⁷.

3) Consecuencias

Un sistema construido sobre la base de la Regulación Basada en Riesgos (RBR), responde de manera más oportuna, precisa y justificada a las situaciones donde se presentan ejemplos de injusticia ambiental (en esta variante material ahora).

Ello, pues para una actividad específica que provoca impactos ambientales e un territorio determinado, forma parte del “ADN” regulatorio: prever, gestionar y responder.

Ello en vez del tradicional donde las autorizaciones administrativas (todas las que necesitan los proyectos, incluso alguna vez se habló de “permisología” como un vicio sistémico), no se conectan con la gestión (inspección, supervisión, vigilancia o cualquier variante fiscalizadora), y menos con los sistemas de responsabilidad, sea del titular sea de la autoridad autorizante.

Ese continuo abuso a la paciencia de titulares, ciudadanos y funcionarios -por lo agregar ineficiente sistema-, puede verse mejorado sustantivamente al incorporar la RBR en todas las áreas generadoras de riesgos.

¹⁷ Esteve Pardo, J. (2021) “La regulación de riesgos. Gestionar la incertidumbre”. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* Nº 96-97, pp. 32-33.

4) Mecanismos constitucionales para atender estas situaciones

Sería esperable que en la Nueva Constitución se incorporaran estos elementos nuevos, específicamente o, mejor, como parámetros: regulación basada en riesgos, análisis coste beneficio, continua mejora regulatoria, simplificación administrativa, entre otros.

De este modo, se produciría e internalizaría el coste de cada acción, y se modelarían de mejor manera los riesgos, evitando de paso su alta ocurrencia.