

PRESENTACIÓN

El Nº 3 de la revista de Derecho Ambiental que presentamos, materializa el compromiso asumido por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en cuanto a mantener esta publicación, y es el resultado de un gran esfuerzo editorial que esperamos satisfaga el interés de quienes actúan en el ámbito de la problemática ambiental.

La presente edición mantiene, en parte, la estructura tradicional de contenidos dividida en dos secciones : Doctrina y Jurisprudencia. Pero, agrega dos nuevas : Documentos y Recensiones.

En la Sección Doctrina se contiene el trabajo del abogado Cristián Banfi, Profesor Asistente de Derecho Civil de esta Facultad (LL.M. University of Cambridge, 2002 y M.Sc. en Derecho Privado de la U.de Chile, 2000) sobre “la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”, en el que plantea, en síntesis, que el sistema de responsabilidad extracontractual chileno presenta limitaciones o dificultades para una eficaz protección ambiental. Efectúa una comparación con el régimen vigente en la Unión Europea e incluye una abundante jurisprudencia nacional en la materia, de la cual extrae como conclusión que ello permite avizorar auspiciosos resultados a futuro.

Un segundo artículo, de la abogada Alejandra Precht (M.L.I. U. of Wisconsin, Madison) de la División Jurídica de CONAMA, señala: “Hacia una protección ambiental efectiva: una mirada desde la óptica del cumplimiento”. Aquí se destaca la insuficiencia del actual sistema sancionatorio frente al incumplimiento de las Resoluciones de Calificación Ambiental establecido en la Ley 19.300 que no centran la preocupación por la efectiva protección del medio ambiente, sino sólo en la aplicación de multas. La autora enfatiza que debieran manejarse diversos procedimientos de cumplimiento basándose en experiencias de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) y del Departamento de Recursos Naturales del Estado de Wisconsin, ambos de USA.

El tema de la “Responsabilidad objetiva por daño ambiental” es tratado en el siguiente artículo por el destacado experto argentino en Derecho Ambiental Prof. Néstor Cafferratta, sosteniendo que esta forma de responsabilidad se justifica plenamente frente a daños ambientales, que por su naturaleza afecta a muchas personas configurando un daño difuso o colectivo, cuya defensa o sanción no tienen respuesta en el marco jurídico del Derecho de daños común, por las complejidades propias del daño ecológico.

En otro artículo, “Implementación del Convenio de Biodiversidad en Chile: avances y desafíos”, los autores, Profesor Eugenio Figueroa (Ph. D. Agricultural and Resources Economics, U. of Maryland; Ms. Sc. Economics, U. Toronto; Director del Centro de Medio Ambiente y Economía de Recursos Naturales de la U. de Chile) y Ricardo Serrano (Ms. Sc. Biología, U. Chile, especialista del Depto. de Recursos Naturales de CONAMA) llaman la atención sobre el hecho de que desde la ratificación y puesta en vigencia en Chile del convenio sobre Diversidad Biológica, sólo algunas medidas puntuales y muy espaciadas en el tiempo han incidido en la implementación de este convenio en el país. Se advierten una serie de problemas y fallas de la normativa ambiental vigente que atentan contra la debida conservación y uso sustentable de los recursos de la biodiversidad nacional en todos sus niveles. Concluyen su trabajo identificando una serie de desafíos que llevados a la práctica contribuirían a revertir la situación planteada.

A continuación Paola González, antropóloga y abogada, en su artículo la “Protección jurídica del Patrimonio Cultural en Chile: diagnóstico, avances y tareas urgentes del Estado en esta materia”, plantea que en cuanto a la protección jurídica del patrimonio cultural indígena, el Consejo de Monumentos Nacionales ha logrado un limitado éxito en su defensa, debido a sus restricciones financieras y de personal, quedando pendientes varios aspectos para mejorar su gestión. En cuanto a las relaciones entre dicho patrimonio y las regulaciones ambientales, en su trabajo la autora pone de manifiesto una serie de vacíos, faltas conceptuales y discrepancias entre la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales y las Leyes N° 19.253 de Protección Indígena y la N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente. Concluye sosteniendo que, desgraciadamente, el proyecto de ley actualmente en trámite legislativo, sobre reforma a la institucionalidad ambiental, omite completamente el tema patrimonial cultural, en especial el antropo- arqueológico.

El tema de los “Biocombustibles” es tratado por Annie Dufey, del Instituto Internacional para el Desarrollo y Medio Ambiente de Londres, materia de incuestionable actualidad por su emergente alternativa como fuente energética no tradicional, frente a la problemática de los combustibles fósiles y su contribución al efecto invernadero, con su consecuencia del cambio climático. Sin embargo, la autora advierte que no puede dejar de tenerse presente una serie de efectos colaterales e interacciones entre la producción de los biocombustibles, el medio ambiente, algunos impactos sociales y la seguridad alimentaria, consideraciones que no pueden estar ausentes en el actual debate generado sobre aquellos a escalas global y nacional

La Sección Jurisprudencia se inicia con el aporte del Prof. de Derecho Ambiental de la U. de Buenos Aires y Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Néstor Cafferratta, comentando un trascendental fallo de la Corte Suprema de la nación Argentina, de naturaleza colectiva, atípica, ya que a diferencia de las sentencias de casos individuales, que ponen fin a un proceso, aquella impuso una condena general que recayó sobre varias instituciones públicas y privadas responsables del manejo sanitario-ambiental de una determinada cuenca de la Provincia de Buenos Aires, por la

contaminación generada y no solucionada, requiriéndoles un Programa de Recuperación y Saneamiento de dicha área, como asimismo la seguridad de que no se producirían futuros daños, lo que implica una etapa de cumplimiento en el tiempo y su correspondiente fiscalización. El Prof. Cafferatta concluye, entre otras aseveraciones, que con este tipo de fallos se vislumbra el “ tiempo de las Cortes Verdes”.

Otro interesante artículo es el que presenta Héléne Tigroudja, Profesora de Derecho Internacional Público (U. de Artois y de Tocqueville, Francia) sobre “El derecho a un medio ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, planteando que este derecho, de tercera generación, no está reconocido en los países desarrollados, preferentemente europeos, al mismo nivel o validez que los de primera o segunda generaciones. Afirma que, pese al silencio de la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950, para garantizar el derecho a un medio ambiente sano, ello no ha sido obstáculo para que, por la vía de la jurisprudencia de la Corte Europea, se haya ido abriendo paso a esta defensa pero en forma indirecta, en el marco del derecho a la vida personal, familiar o de la protección del domicilio.

Luego, el ayudante ad-honorem del Centro de Derecho Ambiental (años 2007-08), Sr. Alberto Barros Bordeau, comenta un fallo del Tribunal Constitucional (26 de abril, 2007) pronunciado sobre un requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°80, del MSegpres, que estableció una norma de emisión especial para molibdeno y sulfatos en el estero Carén (VI Región), ya que se estarían flexibilizando los parámetros de emisión para esas sustancias fijados en una normativa anterior, con lo cual se estaría vulnerando la garantía constitucional sobre medio ambiente. En su análisis, destaca la insuficiencia de la Ley N° 19.300 al definir los conceptos de “medio ambiente libre de contaminación”, “contaminante” y “contaminación”, a la hora de aplicarlos para salvaguardar la garantía constitucional aludida, en ausencia de norma que regule un contaminante. Por ello, el comentarista prefiere la primera definición por cuanto atiende a salvaguardar la “calidad de vida de la población”, concepto de más amplia cobertura. En concreto, respecto de lo resuelto por el citado fallo coincide con su fundamentación, al rechazar el recurso, por cuanto efectivamente la autoridad ambiental pudo dictar el Decreto Supremo recurrido, ya que se dio estricto y cabal cumplimiento al procedimiento normado por la Ley N°19.300 y el DS.N°93 /95, y su fundamento, permitiendo dictar normas de emisión específicas considerando “las condiciones y características ambientales propias de la zona en que se aplicarán”.

A continuación, el director responsable de esta revista y redactor de esta presentación, Prof. Sergio Montenegro, comenta sendos fallos de la ltma.Corte de Apelaciones de Arica y de la Excma.Corte Suprema de Justicia, sobre el caso conocido como “contaminación por plomo” en Arica, que resolvieron a favor de los afectados por dicha contaminación, condenando a la empresa Promel, que había efectuado la depositación de los residuos contaminados, aplicando las normas de la Ley N° 19.300 sobre responsabilidad por daño ambiental, en lo que dice relación a la disposición sobre prescripción especial, desechando la alegación de aquella en cuanto a aplicar la regla general sobre prescripción del Código Civil, y al Servicio de Salud de Arica, imponiendo una indemnización de perjuicios a favor de los mismos afectados, aplicando las disposiciones sobre responsabilidad del Estado por “falta de servicio”.

La siguiente Sección “Documentos” incluye las Conferencias Magistrales expuestas con ocasión de las terceras jornadas de Derecho Ambiental (Aula Magna de esta Facul-

tad, 25 a 27 de octubre de 2006), por parte de ex – Directores Ejecutivos de CONAMA, Abogados Ana Lya Uriarte y Rafael Asenjo, sobre “Exigencias, desafíos y oportunidades para el Chile del Bicentenario” e “Institucionalidad pública ambiental: aplicación o transformación”, respectivamente. Tal como se aclara en la introducción general a esta sección, por diversas razones de orden logístico y de plazos no pudo incorporarse ambas presentaciones en el texto y publicación de las actas correspondientes a dichas jornadas, pero se mantuvo el compromiso de publicarlas, aún con cierto retraso, habida consideración de su valioso aporte a la discusión ambiental nacional y su plena vigencia, coincidiendo con el inicio del trámite en el Congreso Nacional del proyecto de ley sobre reforma a la institucionalidad ambiental.

En la primera de ellas, la actual Ministra de Medio Ambiente plantea que a partir de las recomendaciones del Informe de la OCDE sobre desempeño ambiental de Chile, se derivan una serie de desafíos para los sectores público y privado, en especial para el primero, en cuanto a diseñar una nueva institucionalidad ambiental, perfeccionar el marco jurídico, optimizar su fiscalización, implementar políticas y planes de acción relativos a biodiversidad, humedales, cambio climático, etc. Estos desafíos no están exentos de dificultades, pero pueden convertirse en claras oportunidades para avanzar en el desarrollo sustentable del país.

Por su parte, Rafael Asenjo, en esa ocasión Presidente del Directorio del Centro de Estudios para el Desarrollo (CED), desarrolla un proceso de revisión histórico, desde la creación de CONAMA, bajo el modelo consagrado en la Ley N° 19.300, para demostrar cómo a través de los últimos tres gobiernos de la Concertación el sistema de coordinación y dirección interinstitucional diseñado, que debiera haber fortalecido a un mismo tiempo las capacidades sectoriales que pretendía integrar con una dirección coordinadora eficaz y suficiente, derivó, sin embargo, en una institucionalidad débil de bajo perfil. Todo ello agudizado con una escasa prioridad y respaldo político del más alto nivel de gobierno. Frente a la propuesta de la Presidenta de la República, en su programa de gobierno 2006-2010, que incide en temas ambientales proponiendo una serie de cambios institucionales, el expositor plantea sus dudas sobre la viabilidad de ellos, dada su complejidad y, sobre todo, la posibilidad de efectuar un amplio debate partiendo por una evaluación sobre la labor de CONAMA, detectando las fallas del sistema y sus responsables. Propone, finalmente, una serie de tareas para una eficaz gestión ambiental nacional y regional.

La parte final de esta edición inaugura una Sección de Recensiones, muy propia de una publicación de esta naturaleza, conteniendo dos aportes de destacados juristas nacionales, comentando sendas obras ambientales. En la primera de ellas, el Prof. de Derecho Penal de esta Facultad y Ministro de la Excma. Corte Suprema de Justicia, Carlos Kunsemüller, recensionista la obra “Derecho Penal del medio ambiente. Estudios y propuesta para un nuevo Derecho Penal Ambiental chileno”, de que es autor el Prof. Jean Pierre Matus (Universidad de Talca) junto a tres colaboradores. Destaca la importancia de este texto al abordar el problema, en sí conflictivo, de la instrumentalización para una adecuada tutela penal del “bien jurídico medio ambiente”, no obstante existir consenso en torno a su urgente protección. Conuerda con los autores en cuanto a la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de marcos punitivos aplicables a quienes dañen gravemente componentes del medio ambiente, como asimismo la importancia que reviste el hecho de la existencia de acuerdos internacionales que obligan a definir tipos penales ambientales. Resulta muy interesante, agrega, el examen que se hace del Derecho

Penal Internacional del medio ambiente, como también las referencias en el Derecho Comparado (Alemania, Gran Bretaña, EE.UU., España, Brasil y Argentina). Finalmente, el comentarista reconoce como un gran aporte, para el futuro tratamiento de este tema, el contenido del Capítulo VII, en el que se exponen las ideas matrices para un proyecto de ley destinado a instaurar una nueva protección penal del medio ambiente en Chile.

La otra reseña, a cargo del abogado Marcelo Castillo Sánchez, recae sobre la obra "Derecho Ambiental chileno. Parte General", cuyo autor es el destacado Dr. en Derecho Ambiental, Prof. Eduardo Astorga. El comentarista describe la estructura temática de la obra, llamando la atención a algunos de sus capítulos. Entre ellos, el de "Aspectos constitucionales relevantes", refiriendo las discusiones doctrinarias a que ha dado lugar la garantía sobre medio ambiente libre de contaminación, reconociendo la interesante Jurisprudencia de Tribunales sobre ello, pero echa de menos un análisis sobre aspectos procesales del recurso de protección ambiental. En el capítulo sobre "Instrumentos de Gestión Ambiental", el abogado Castillo discrepa sobre el calificativo de "hipertrofiado" que el autor atribuye al sistema de evaluación de impacto ambiental y que éste ha llegado a desempeñar el rol de "mejorar" los proyectos que a él ingresan en lugar de evaluar su real "sustentabilidad", opinión también discutible según el comentarista. De los demás capítulos, el abogado Castillo destaca el referente a "Fiscalización", coincidiendo con el autor en cuanto a que esta materia es una de las más críticas del actual sistema de gestión ambiental, esperando se mejore con la propuesta incluida en la reforma a la institucionalidad ambiental en trámite, consistente en la creación de una Superintendencia de Fiscalización Ambiental. También se espera por el comentarista que, en una obra de continuación a ésta, el Prof. Astorga aborde más en detalle y, conforme al avance de la reforma antes señalada, los temas tratados en los capítulos "Política Ambiental", "Institucionalidad" y "Participación ciudadana", sin dejar de destacar los capítulos sobre "Instrumentos económicos", "Responsabilidad Ambiental" y "Temas emergentes", todo lo cual constituye un gran aporte a la escasa literatura jurídica ambiental en el país.

Agradecemos, muy especialmente, al Sr. Decano de la Facultad, Prof. Roberto Nahum Anuch, por su permanente apoyo a las actividades del Centro de Derecho Ambiental y, en particular, para mantener esta publicación; a los miembros del Comité Editorial; a todos los autores de los trabajos que sustentan esta nueva edición de la Revista, y a los distinguidos evaluadores externos que intervinieron en la calificación de aquellos. Asimismo, destaco la colaboración de las profesoras investigadoras de este centro, Valentina Durán M. y Pilar Moraga S., y al investigador asociado del mismo, Prof. Luis Cordero V., en el proceso de diseño y estructuración de esta publicación, como también en la revisión sustantiva y final de los artículos, y a los ayudantes ad-honorem (2008) Solange Villarroel, Alberto Barros y Jorge Aranda, en la estandarización de los textos, y a nuestra secretaria Sra. Fanny Quintanilla, por su trabajo de recopilación y coordinación final de los trabajos.

Prof. Sergio Montenegro Arriagada
Director del Centro de Derecho Ambiental y
Director Responsable de la revista