

“DERECHO AMBIENTAL CHILENO. PARTE GENERAL”

LEXISNEXIS, SANTIAGO, 2006.
EDUARDO ASTORGA JORQUERA*

RECENSIÓN POR MARCELO CASTILLO SÁNCHEZ¹

El Profesor y Doctor en Derecho Ambiental, don Eduardo Astorga Jorquera, fiel a su prolífica y dedicada producción intelectual, nos entrega una nueva obra suya, en una etapa del conocimiento y desarrollo de dicha disciplina, que nos lleva a sostener que está entrando en su maduración, hecho que podemos advertir por las continuas publicaciones de artículos y libros, reformas legales e institucionales y el intenso debate público sobre la materia.

Precisamente, a poco más de diez años de la promulgación de la Ley n.º 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y de su entrada en vigencia plena, lo que ocurre con la publicación del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aparece *Derecho Ambiental Chileno. Parte General*, que fue precedido por otra obra del autor, *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* (Santiago, 2000), y la obra colectiva, de la cual el Dr. Astorga fue coeditor, llamada “*Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental*”, que es uno de los primeros libros de Derecho Ambiental publicados en el país y obra pionera en esta área del saber. No cito la fecha de publicación de esta obra, porque en su texto no aparece, pero mi memoria la sitúa en el año 1994, cuando el Derecho Ambiental era una especie de ilusión o esperanza (¿lo sigue siendo?) y sus cultores se contaban con los dedos de una mano.

Menciono esa obra, precisamente, porque en ella Astorga no sólo fue editor, sino que publicó un artículo sobre “*Participación ciudadana y acceso a la judicatura*” (pp. 140 y ss.) en que se plantea, precozmente, muchos de los temas tratados en la obra que ahora pasaremos a comentar, especialmente referidos a participación, gestión ambiental,

* Abogado (PUC), Doctor en Derecho, U. de Alicante (1999), Prof. en Magíster de Derecho Ambiental de la Fac. de Derecho de la U. de Chile, Director de Medio Ambiente en CODELCO/ Andina.

¹ Abogado, de Estudio Jurídico “Etcheberry-Rodríguez” Abogados.

bien jurídico protegido, acceso a la información, principio contaminador-pagador, entre otros. Sin desmerecer a los otros autores de *"Memorias..."*, ya que, como dijimos, estábamos en los albores de esta disciplina, el rigor intelectual de Astorga es evidente, porque es el único artículo que tiene citas al final de su texto, lo que da cuenta de su preocupación y estudio por el tema, lo que se ratifica en su última publicación, la que está acompañada de una abundante bibliografía (pp. 357 a 385).

El título de la obra, *Derecho Ambiental Chileno. Parte General*, contiene una promesa implícita: que a ella seguirán otros tomos de parte especial y áreas específicas del Derecho Ambiental. Esperamos que el autor nos deleite con estas nuevas obras a la brevedad.

El libro consta de una presentación y de 13 Capítulos, seguidos de un repertorio de la bibliografía utilizada, que es un compendio bastante completo de la literatura disponible sobre la materia, y está dedicado a dos grandes maestros, como lo era Raúl Brañes, y como lo es Ramón Martín Mateo.

El Capítulo I trata de las "Orientaciones para la Teoría del Derecho Ambiental", destacando en él el tratamiento de temas que son verdaderas piedras angulares del ramo, a saber, el bien jurídico protegido, los principios de Derecho Ambiental y la teoría del Riesgo Ambiental. Este último tema, de amplia discusión y difusión en el Derecho comparado, sobre todo en el de tradición anglosajona, es introducido en nuestro mundo jurídico por el autor, quien en un recuento, no exento de afirmaciones polémicas, como lo innecesario de aplicar las normas primarias de calidad ambiental en las zonas deshabitadas, opina que no compartimos.

El Capítulo II, titulado "Aspectos Constitucionales Relevantes", trata de manera panorámica esta materia, refiriéndose a los aspectos esenciales del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y las discusiones doctrinarias que plantea dicho derecho, con numerosas referencias a la jurisprudencia que se ha dictado por los tribunales. Además, se incluye una breve referencia a la modificación constitucional del inciso 2.º del artículo 20 de la Constitución, de reciente data. Echamos de menos, aunque reconocemos que puede ser innecesario, pues hay abundante literatura disponible, los aspectos procesales del recurso de protección, cuyo Auto Acordado de la Corte Suprema acaba de sufrir importantes modificaciones. Ello porque nos habría gustado conocer la opinión del autor en estos temas.

El Capítulo III sobre "Instrumentos de Gestión Ambiental" es el más extenso del libro y ello es concordante con la propia tesis de Astorga acerca de la "hipertrofia" del SEIA. Dado la naturaleza eminentemente procedimental de este Capítulo, quiero detenerme en dos temas novedosos y de amplia repercusión. El primero de ellos es el de los conceptos jurídicos indeterminados y las definiciones en la Ley N° 19.300, al cual el autor asigna importancia para la operatoria de la "discrecionalidad administrativa". Llama la atención su afirmación de que el rol del "SEIA chileno es básicamente el de "mejorar" los proyectos, más que el de evaluar su sustentabilidad". No sabemos si ello es una opinión o constatación del autor, conocida por nosotros, pero no por ello menos polémica. En segundo lugar, sobre los bienes jurídicos protegidos, sostiene una tesis novedosa y original en cuanto a que "el Derecho Ambiental no tiene por función proteger una sumatoria de recursos o componentes del ambiente, sino más bien resguardar las funciones propias de estos recursos, que es el elemento o factor común que los concatena, y que corresponde en definitiva a los servicios ambientales de estos recursos".

El Capítulo IV “Procedimiento para la Dictación de las Normas Primarias y Secundarias de Calidad Ambiental y de Emisión”, el Capítulo V “Los Planes de Prevención y Descontaminación” y el Capítulo VI “Los Planes de Manejo” tratan estas materias de manera dogmática, acorde con su naturaleza normativa.

El Capítulo VII sobre “Fiscalización”, trata según el autor, “uno de los aspectos más críticos de nuestro Sistema Normativo Ambiental” donde “la actual superposición de competencias, la ineficiencia en la utilización de recursos humanos y materiales, y el modelo coordinador no han resultado suficientes para garantizar efectivamente el cumplimiento de la legislación ambiental”. En este capítulo el autor reitera su antigua propuesta de crear una “Superintendencia de Medio Ambiente” y un diseño de regulaciones sobre control integrado de la contaminación. Además, propone un interesante modelo dualista de fiscalización, basado en la diferencia entre la fiscalización de recursos naturales y la contaminación ambiental, en contraposición al sistema monista existente, que trata a todas las materias por igual, aunque ontológicamente sean distintas. Atendida la agudeza de Astorga, no nos sorprendería en el futuro una nueva propuesta basada en un sistema plural de fiscalización.

En el Capítulo VIII “Instrumentos Económicos”, el autor engarza lo jurídico con lo económico, temas que no siempre van de la mano. Richard Posner nos da cuenta de ello. Astorga nos dice que estos instrumentos “representan una combinación de principios, criterios y mecanismos que, combinados con técnicas de mercado, resultan una excelente oportunidad para, en forma flexible, cumplir exigencias ambientales sin que necesariamente se verifiquen aumentos de costos significativos, sino paradójicamente todo lo contrario”.

El Capítulo IX se refiere a “Política Ambiental” y el Capítulo X a “Institucionalidad Ambiental”, temas que son tratados en forma breve, creemos no por egoísmo intelectual, ya que conocemos muchas opiniones y tesis del autor, todas muy interesantes, sino que por tratarse de temas muy polémicos y contingentes. Una nueva edición debiera referirse al modelo o figura de Ministro de Medio Ambiente propuesto para nuestro país.

El Capítulo XI trata de una antigua materia conocida del autor: “La Participación Ciudadana en el Sistema Normativo Ambiental Chileno”.

El Capítulo XII, “Responsabilidad Ambiental”, analiza este tema desde la perspectiva penal y civil, proponiendo un tema emergente en nuestro Derecho, como son los “criterios para la evaluación del daño”. Astorga introduce el concepto de *costo de reposición*, en que “el titular directamente o a través del Fondo de Protección Ambiental debe hacerse cargo de reparar o restablecer el medio ambiente o alguno de sus componentes a la situación base previa al daño, o en subsidio asegurar su función ambiental”.

Por último, en el Capítulo XIII titulado “Temas Emergentes vinculados al Derecho Ambiental” nos habla de la “Bioseguridad”, “Pueblos Indígenas” y “Gestión Territorial Integrada”, con lo que el autor introduce nuevos elementos de discusión en la agenda.

Para concluir, queremos señalar que esta obra es de lectura obligada y un texto imprescindible, no sólo por su sólida fundamentación jurídica y rigor intelectual, sino que por que trata temas de antigua data o introduce nuevos temas, pero de una forma refrescante y renovadora. ¡Felicitaciones a su autor!