

PEDRO FERNÁNDEZ BITTERLICH. *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001), 390 páginas.

Este comentario tiene por objeto presentar y dar a conocer a la comunidad jurídica la edición del libro del señor Fernández, junto a aquellos aspectos más relevantes de su aporte doctrinario; y, también, ofrecer una evaluación crítica de los mismos y en aquellos puntos que, a criterio de quien escribe esta reseña, merecen una observación desde la perspectiva de la dogmática jurídica, todo ello dentro de los lineamientos que se proponen para esta sección de la Revista¹.

El libro versa sobre una disciplina en particular, con ánimo de abordarla en forma comprensiva y con un buen logro objetivo de aporte doctrinario en cuanto a los fundamentos y principios en que se sustenta. El derecho ambiental constituye una disciplina a la que, con toda razón, se le ha denominado derecho a la supervivencia; y que mi querido maestro, don Godofredo Stutzin, con el acierto y agudeza jurídica que le caracterizan, ha logrado identificar "las dos almas que conviven en su pecho", al demostrar que su contenido mira a dos facetas que le son propias: una que se refiere al medio ambiente humano propiamente tal y la otra, sin excluir la anterior, apunta hacia el mundo de la naturaleza, comprendiendo la totalidad de sus componentes, aunque no tengan una vinculación directa con la vida humana; en todo caso, la disciplina se funda en profundos factores de índole valórico afectivo, espiritual e intelectual².

Dentro de este contexto, el libro del señor Fernández viene a llenar una vaco importante en la literatura jurídica nacional concerniente al derecho ambiental (que en sus orígenes en nuestro país se le denominó como "Derecho del Entorno"), ya que, como se dirá más adelante, su más valiosa contribución a la doctrina lo constituye el hacerse cargo de los fundamentos y principios en los que se basa la disciplina con la visión global e integradora que le es propia; cometido y visión que los textos actualmente publicados sobre la materia han soslayado, tal vez por un mal entendido hábito complaciente o carente de la necesaria formación en derecho ambiental.

El jurista formado en derecho ambiental, desde luego no es aquel que conoce o se maneja en la legislación positiva con incidencia en la materia ni aquel que, con la más reciente novedad legisla-

tiva bajo un brazo y el repertorio antiguo bajo el otro, intentan dictar cátedra sobre la disciplina y asesorar a quienes le consultan para salir del paso frente a determinadas circunstancias; de la misma manera, la sola calidad que el abogado haya obtenido un grado académico superior de maestría en el extranjero tampoco constituye una circunstancia por la que deba de reconocérsele formación en la disciplina. Este personaje, lamentablemente más usual en nuestro medio de lo que debiera, se califica a sí mismo y aparece ante la comunidad como "especialista" en la materia. Tales merecimientos, tal vez aplicados a otra disciplina jurídica, podrían bastar para reconocer en el profesional su calidad de especialista, lo cual, sin embargo no ocurre ni podría ocurrir tratándose del derecho ambiental. En efecto, el jurista formado en derecho ambiental debe poseer una percepción integral e integrada del ambiente, demostrando una comprensión comportamental de esta percepción, que le haga organizar y disponer el pensamiento jurídico (lo jurídico) a partir de lo ambiental, es decir dentro de sus categorías conceptuales (y no al revés) en función de ciertos valores de que le permiten aplicar las metas de los dominios cognocitivo y afectivo en las distintas facetas de su desempeño³.

El libro que se presenta de don Pedro Fernández revela desde su comienzo emanar de un jurista formado en derecho ambiental, y a su contenido destinaré la siguiente reseña bibliográfica. Se expondrá sucintamente el contenido del libro; en seguida, me haré cargo de algunas materias específicas que deben destacarse en que el autor aporta importantes contribuciones a la doctrina nacional; y, finalmente, expondré algunas observaciones críticas a la obra que, a mi juicio, deberían considerarse.

I. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CONTENIDO DE LA OBRA

El libro que se reseña consta de tres capítulos, los dos primeros sin título específico asignado.

En el primer capítulo, se trata de materias como el medio ambiente y los ecosistemas, que aportan los conocimientos extrajurídicos básicos y necesarios para comprender después el sentido

¹ Ver VERGARA BLANCO, Alejandro. Breve historia de la Revista Chilena de Derecho. Crítica bibliográfica en materia jurídica. En Índice de la Revista Chilena de Derecho, Vols. I (1974) - XXV (1998), Anexo III, p. XVI.

² Cfr.: STUTZIN LIPINSKI, Godofredo. La doble personalidad del derecho ambiental. En Ambiente y Recursos Naturales. Doctrina. Separata s/n, p. 37.

³ Sobre este punto ver: VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael. El derecho ambiental ante la enseñanza y la investigación. En Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 3, 1983, p. 179.

de las normas de derecho ambiental; seguidamente, trata la evolución del pensamiento ambiental, en que reseña las distintas líneas que sustentan el fundamento del derecho ambiental tanto a nivel internacional como nacional, y analiza con detención el concepto de "desarrollo sustentable" a nivel global y con aplicación en el país; y finalmente, se ocupa del concepto de derecho ambiental, sus características y de la identificación y exposición de sus fuentes internacionales y nacionales.

En el segundo capítulo, se trata primero de la institucionalidad ambiental en Chile, en que el autor describe en términos generales las diferentes entidades competentes en la materia y sus relaciones funcionales, debiéndose destacar la acuciosidad del autor para detectar aquellos aspectos relevantes y luego plantear un acertado diagnóstico y juicio crítico sobre ese particular; en seguida, se analizan materias como el daño ambiental y las acciones judiciales a que da origen, donde el autor se hace cargo del tema de la responsabilidad por daño ambiental y se extiende al análisis de las instituciones jurídicas relacionadas con ella, tales como la responsabilidades subjetiva y objetiva, su crítica, las acciones de reparación, de indemnización y de requerimiento, las características del daño ambiental y lo que el autor denomina "elementos jurídicos de la protección ambiental", en que se refiere a la necesidad de una responsabilidad objetiva en esta materia, la prescripción de las acciones en materia ambiental y otras instituciones de interés. Luego, el libro trata de la gestión ambiental, a cuyo cargo examina los elementos reconocidos con tales fines, y donde el autor hace importantes aportes a la doctrina jurídica nacional en lo referente al reconocimiento e importancia de la participación ciudadana en esta materia. Después, se expone y desarrolla todo lo relacionado con el denominado Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vigente en el país. Termina este capítulo con el tratamiento del sistema de áreas silvestres protegidas del Estado, en que se exponen sus fuentes y regulación vigente.

El capítulo tercero del libro, que se titula "Principales Normas Jurídicas de Incidencia Ambiental", contiene una exposición en base a las normas que el autor quiso agrupar en compartimientos sectorizados que, sucesiva e independientemente cada uno de ellos, se limitan a reseñar la legislación concerniente a las normas sobre protección del suelo, del aire, contaminación acústica, protección acuática, biodiversidad y el medio ambiente construido. En este capítulo, sin embargo, lamentablemente el autor se apartó del rigor científico que lo caracterizó en el desarrollo anterior de la obra, y se limitó a exponer los textos legislativos previa sistematización básica, sin mayores aportes a la doctrina jurídica, desperdiciando a mi juicio la oportunidad para haber efectuado un estudio serio e integral de tales materias, como se hubiere querido esperar de su versación y experiencia.

El libro contiene como Apéndice el documento denominado "Principios para la Formulación de una Política Nacional Ambiental", conocido también como "Carta de Costa Brava", que fue elaborado por la Asociación Chilena de Derecho Ambiental en el año 1987; y que constituye un documento de la mayor trascendencia para el desarrollo de esta disciplina jurídica en el país.

II. ASPECTOS DESTACADOS DE LA OBRA

Dentro de los múltiples aportes doctrinarios que el autor hace en la obra que se comenta, me permito destacar específicamente los que a continuación se indican, en atención a la relevancia que plantean para el desarrollo de la disciplina en el país:

- a) La acertada conexión que realiza el autor en lo relacionado con la definición legal de "conservación del patrimonio ambiental" y la necesidad de racionalidad en uso de los recursos naturales, particularmente en cuanto a los efectos prácticos interpretativos que esta vinculación puede tener en las actuaciones de los entes del Estado y de los particulares.
- b) Los aportes en la identificación y análisis los fundamentos en que se ha basado la evolución del pensamiento ambiental nacional e internacional; y la justificación y legitimidad que, por esto mismo, debiera reconocérsele la normativa jurídica que se integra al derecho nacional desde afuera.
- c) Sin duda uno de los aportes más trascendentales de la obra lo constituye la minuciosa elaboración que el autor realiza del concepto de "desarrollo sustentable", con el criterio propio del jurista formado en derecho ambiental, que lleva a establecer relaciones, aplicar conceptos abstractos a realidad y allegar a conclusiones de tremenda importancia ética y práctica; siendo decidora su comprensiva convicción de que "lo sustentable debe obligar a un cambio de conducta frente a la naturaleza, deberá la sociedad aprender, entre otras cosas, a privilegiar lo duradero por lo desechable y lo necesario por lo superfluo, economizando recursos; a lograr que en un proceso productivo los costos de la contaminación sean tan privados como las ganancias; que la línea de producción no termina en el consumo, sino en el desecho" (párrafo 2.13, pág. 45). Esta convicción, a su turno, guarda armonía con lo enseñado por el maestro del derecho ambiental en cuanto a la perspectiva humilde e integral con que el ser humano debe observar el medio que le rodea⁴.

⁴ Ver STUTZIN LIPINSKI, Godofredo. Un poco de humildad. "Debemos cambiar nuestras ideas

- d) El concepto que consagra sobre derecho ambiental, recoge nítidamente aquel compartido por la Asociación Chilena de Derecho Ambiental, en cuanto se reserva esta denominación para el conjunto de normas, doctrina y principios que reconoce como bien jurídico protegido el resguardo de los sistemas ambientales, con una perspectiva global e integradora, que lo diferencia de la mera "legislación de incidencia ambiental"; concepto que el autor de la obra ha sabido rescatar e integrar eficazmente en su exposición⁵.
- e) Dentro de la identificación de las fuentes del derecho ambiental, resulta de interés destacar la consideración que hace el autor de las Encíclicas de la Iglesia Católica, como una fuente internacional de la disciplina, refiriéndose luego acerca de los aportes que justifican ese reconocimiento.
- f) En lo que respecta al análisis crítico que realiza el autor a ciertas instituciones o realidades jurídicas ambientales, debe destacarse aquellas que expresamente considera la obra concernientes a la institucionalidad ambiental establecida en la nueva legislación (pág. 109); a la definición legal de "contaminación" contenida en ella misma (pág. 139); a la prescriptibilidad de las acciones judiciales sobre medio ambiente (pág. 129); y al sistema de evaluación de impacto ambiental (pág. 202 en adelante), todas ellas con argumentos técnicos y jurídicos merecedores de la mayor consideración dogmática.
- g) En materia de daño ambiental, el autor ofrece la identificación y análisis de las características que le reconoce, a saber: la velocidad, la imperceptibilidad, la irreversibilidad y la universalidad. Relacionado con esta materia, aborda y justifica fundadamente la necesidad de una imprescriptibilidad que debieran tener las acciones legales que tiendan a reparar el daño ambiental, en base a aquellas características y las consideraciones de lógica y racionalidad que expone con la merecida detención. Materia esta donde no existe en el país acuerdo en la doctrina, la norma jurídica es oscura y donde actualmente se puede constatar la tendencia de sostener precisamente lo

contrario, es decir, acotar el tiempo en que debe responderse por los daños al ambiente derivado de actividades u operaciones legítimamente desarrolladas⁶.

- h) En cuanto al sistema de evaluación de impacto ambiental imperante en el país, junto con el juicio crítico antes señalado, el autor aborda con profundidad el tema del seguro ambiental y la autorización provisoria de funcionamiento, demostrando acabadamente la inconsecuencia que esto tiene con el contexto de la legislación en que se inserta. De la misma manera, se extiende a régimen previsto para el otorgamiento de permisos: en este punto, sin embargo, si bien detecta la omisión de algunos otros permisos no señalados en el respectivo reglamento, no se hizo cargo el autor de algo que resulta evidente, y consiste en la incoherencia de señalaren un reglamento una especie de lista de los "permisos ambientales sectoriales" que se consideran para los efectos de la evaluación ambiental de un proyecto, en circunstancias que semejante opción reglamentaria carece de fundamento jurídico, resulta incompleta y errónea, como se ha dicho (se omiten permisos ambientales importantes y se consideran otros que no lo son), e impide la natural integración de las materias.

III. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA OBRA

Dentro de la facultad que justifica la libertad de publicar y entregar a la comunidad jurídica una obra y del espíritu que debe informar la función de la *recensión bibliográfica*, se exponen a continuación ciertas apreciaciones críticas a la obra que se comenta, que estimo oportuno considerar a tales respectos.

- a) Quizá la más ostensible de las observaciones que pudieron realizarse a esta obra jurídica lo constituya la incoherencia de haber desarrollado el capítulo tercero, que trata de la normativa positiva respecto de los diferentes componentes del ambiente, en base a comparativos de legislación, incluso de leyes y reglamentos, lo cual no guarda concordancia alguna con los principios que deben orientar el trabajo del jurista de abordar las materias en forma integrada y por instituciones o hechos jurídicos, sin respecto a determinada ley o decreto. Tal vez esta misma circunstan-

preconcebidas y actitudes programadas en nuestras relaciones con el mundo natural; abrir los ojos, la mente y el corazón ante el universo viviente del cual formamos parte. (...) de manera que aprendamos a ver, comprender y sentir la naturaleza como algo a lo cual nosotros pertenecemos, junto con los demás seres que gozan del don de la vida". En Ausencia de San Francisco, Santiago, 1989, p. 195.

⁵ Sobre esta materia ver: VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael. Obra citada en nota 3, p. 187.

⁶ Cfr.: GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio. Plan de cierre y abandono en faenas mineras. Conferencia inaugural II Jornadas de Derecho de Minería, Coquimbo, noviembre de 1999. En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 2000.

- cia impidió que el autor pudiera desarrollar su gran versación y experiencia en la materia, sin aportar dicho capítulo prácticamente ningún desarrollo jurídico que merezca ser rescatado. Se trata, simplemente, de aquel tipo de pasajes que el jurista nacional don Alejandro Vergara Blanco suele denominar meros "textos legislativos", los que, por lo mismo, poco o nada aportan a la literatura jurídica ni sirven para encontrar o aclarar el sentido de las normas.
- b) Por otra parte, en el plano formal, se advierte una descuidada redacción, en que abundan las citas incompletas de textos y jurisprudencia; denominaciones ambivalentes para una misma ley (a la Ley N° 19.300, el autor le denomina indistintamente como "de Bases Generales del Medio Ambiente" y como "la Ley Ambiental" o simplemente como "la Ley", como si no hubiere otras de importancia o consideración).
- c) No se comparte con el autor lo que este sostiene en cuanto a que "en Chile, salvo la actual Ley de Bases del Medio Ambiente" la legislación que se ha calificado de relevancia ambiental carece de "perspectiva alguna de globalidad" (párrafo 3.4., pág. 50). Lo anterior, por cuanto dicha ley no puede sino ser considerada como una más de entre aquellas que conforman las fuentes positivas del derecho ambiental, existiendo en nuestro país, desde hace tiempo, varias normas que se orientan en la perspectiva adecuada, con alto grado de eficacia potencial (como sucede por ejemplo con la norma sobre prevención de contaminación de los recursos naturales contenida en el artículo 11 del D. L. 3.557, de 1980, sobre Protección Agrícola; las prevenciones de contaminación marina de la Ley de Navegación; las exigencias contenidas en la Ley N° 3.133, de 1916, sobre neutralización de residuos industriales; o, en materia forestal, ciertas prohibiciones contenidas en la antigua Ley de Bosques, y con aquellas de fomento forestal que consagran el concepto de "terrenos de aptitud preferentemente forestal"; y la ley que permite crear los "distritos de conservación de suelos, bosques y aguas", y en fin, en la ley N° 4.601, sustituida en 1996, sobre protección de la fauna silvestre), todas las cuales sí contienen normas de la mayor consideración y que se encuentran forjadas con la perspectiva integradora propia de la legislación ambiental, sin merecer, en consecuencia, ser descartadas en una pretendida mayor consideración de una nueva ley.
- d) Otra circunstancia que debe representarse dice relación a la especial consideración que tiene el autor por las definiciones que se contienen en la referida ley ambiental, a tal punto que llega a reprochar al legislador el hecho de no haberse precisado con mayor latitud determinados conceptos que en ella emplea (como sucede cuando, refiriéndose a los componentes del medio ambiente, reprocha que "Sin embargo, la ley no señala cuáles son dichos componentes", en párrafo 1.8, pág. 19). A este respecto, debe representarse que recientes leyes ambientales dictadas en el país, como las de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley sobre Pesca y Acuicultura y Ley sobre Caza y Fauna Silvestre, entre otras, han exacerbado una tendencia insólita de establecer largos listados de definiciones legales sobre materias que son de una ciencia, y que, por lo mismo, en atención a las normas del Código Civil que orientan la interpretación de las leyes, resultan innecesaria, y, en algunos casos, incompletas o erróneas, ya que se encuentran forjadas en la presión de la función legislativa, que no siempre atiende los dictados de la ciencia. Por consiguiente, el hecho que una de estas leyes no contenga todos los elementos técnicos de un concepto, no debe sorprender en manera alguna.
- e) En materia de fuentes nacionales del derecho ambiental, llama la atención que el autor haya omitido deliberadamente la consideración de la ley interna como fuente positiva de la disciplina, priorizando, en cambio, aquella adoptada a través de convenios internacionales, disposiciones donde, como mi querido maestro acertadamente ha denunciado, se produce un manifiesto contraste entre la ficción de la norma y la realidad sobre la que se aplica, a grado extremo, y en que "en vez de actuar sobre la realidad, la sustituye; en vez de ser un medio, llega a ser un fin en sí misma", de manera que a veces la existencia de estas leyes ficción resulta ser peor que la mera ausencia de la ley, pues se evita la "pérdida de credibilidad de la norma jurídica"; en fin, una especie de espejismo legal⁷.
- f) Por otra parte, al tratar de las restricciones y limitaciones susceptibles de imponerse legalmente a los derechos constitucionales con la finalidad de proteger el medio ambiente, concretar la función social del dominio de preservación del patrimonio ambiental o de proteger el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el autor sostiene que semejantes restricciones y obligaciones no debieran dar lugar a indemnización, aunque se llegue a afectar con ello los atributos esenciales de tales derechos. En efecto, luego de reseñar que los derechos son relativos, señala que "con respecto de las restricciones y limi-

⁷ Ver STUTZIN LIPINSKI, Godofredo. La ley como sustituto de la realidad. En separata s/n, p. 43.

taciones de los derechos esenciales con fines ambientales, se ha hecho mucho caudal acerca de si debe o no indemnizarse”, y agrega que a su juicio “las restricciones y limitaciones a derechos determinados por razones de conservación ambiental o de vivir en un medio ambiente libre de contaminación no significan una privación de ese derecho, razón por la cual no procede pago de indemnización ya que no se trataría de una expropiación”, adicionando este razonamiento con consideraciones de doctrina constitucional y cierta jurisprudencia que interpreta en apoyo a su posición (párrafo 3.6.4, pág. 74). Por cierto, debe respetarse esta doctrina, por el hecho de emanar de un autor con gran versación y experiencia en derecho ambiental, y pese a entender la buena intención que ella envuelve, debo necesariamente dejar constancia que no comparto este predicamento, pues siempre he sostenido que al consagrarse la posibilidad de restringir determinados derechos para los fines indicados, al mismo tiempo se le ha colocado al legislador lo que se podría denominar “límites a las limitaciones”, es decir, que so pretexto de estar estableciendo obligaciones y limitaciones a tales derechos no puede llegar al extremo de privar del bien sobre el que recae el derecho de propiedad ni afectar los atributos esenciales del mismo ni, en general, afectar la esencia del derecho ni impedir su libre ejercicio, como se previene en los números 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución; y si así se hiciera, la ley o es ilícita o se convierte en expropiatoria, corriendo el riesgo de ser inaplicable⁸.

- g) En lo tocante a la pretensión de autor de la existencia de una denominada “acción penal

ambiental” (párrafo 5.8.5., pág. 130), debo representar mi aprensión, pues, como se ha dejado precedente legal, se corre el riesgo de llegar a desnaturalizar el derecho penal y el derecho administrativo económico, como suele suceder con las normas en que se ha considerado esta posibilidad, y se deja testimonio en materias concretas de derecho agrario y derecho de la sanidad pública, siendo a la larga menos eficaces estas sanciones punitivas, que en cambio, un adecuado y eficiente mecanismo de control y sanción administrativa⁹.

A modo de conclusión, se puede señalar, a ciencia cierta, que el libro del señor Fernández constituye una obra jurídica de gran significancia para la disciplina del derecho ambiental en el país, pues presenta los fundamentos jurídicos auténticos de este derecho en forma clara y comprensible; y que al hacerse cargo con esa perspectiva del análisis de conceptos, instituciones y hechos, deja abierto el debate en la comunidad jurídica para abordar esos mismos conceptos con la altura y merecida dedicación con que lo ha hecho el autor; y a quien, a través de esta modesta tribuna, le expreso mis felicitaciones por tan importante contribución al estudio del derecho, siendo para mí motivo de gran satisfacción haber tenido la oportunidad de presentarlo a la comunidad jurídica a través de estas breves líneas que lo han reseñado.

Alberto Cortés Nieme

Abogado

Secretario Ejecutivo Asociación
Chilena de Derecho Ambiental

⁸ Cfr.: CORTÉS NIEME, Alberto. Protección jurídica del suelo frente a la actividad minera. (Memoria de Licenciado, Universidad Católica de Valparaíso, enero 1993), p. 136; y más generalmente: EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986; Tomo II, p. 376; y Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de febrero de 1987, en cuyo Considerando 21 se precisa jurisprudencialmente cuando se entiende que un derecho es afectado en su esencia y cuando se impide su libre ejercicio, en R.D.J. Tomo LXXXIV, segunda parte, sección sexta, p. 4.

⁹ Sobre este punto ver: SIMUNOVIC ESTAY, Yerko y CORTÉS NIEME, Alberto. Comentarios al libro del primero: Introducción al Estudio del Derecho Agrario; y al Manual de Procedimiento Sancionatorio. Santiago, 1999.