

Revista de Derecho Ambiental. Año VI N° 9.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Directora Responsable

Prof. Valentina Durán Medina

Sub Directora Responsable

Prof. Pilar Moraga Sarego

Editores Responsables

Jorge Ossandón Rosales

Antonio Pulgar Martínez

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción

Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso

Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile

Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad de Talca

Revista de Derecho Ambiental (en línea)

Centro de Derecho Ambiental

Facultad de Derecho. Universidad de Chile

Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile

+562 29785354

cda@derecho.uchile.cl

<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



Aplicación de principios ambientales en el control jurisdiccional del actuar de la Administración

Application of environmental principles in the jurisdictional control of the Administrative's actions

Ricardo Irarrázabal Sánchez*

Abogado, PUC

Magíster, U. de Dundee, Escocia

rirarrazabal@uc.cl

Sebastián Luengo Troncoso*

Abogado, PUC

seluengo@uc.cl

Resumen: El presente artículo efectúa un análisis de la actividad jurisdiccional de los Tribunales Ambientales respecto de la aplicación o adjudicación del derecho que ejercen éstos a la luz de los principios jurídicos ambientales, específicamente en el control de la actividad de la Administración del Estado. De esta manera se estudian ciertas problemáticas contemporáneas de la aplicación de principios, ofreciendo algunas propuestas en el control jurisdiccional de la Administración, sobre la base de la revisión de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales.

Palabras clave: Principios jurídicos, jurisprudencia, tribunales ambientales, control jurisdiccional, Administración del Estado.

Abstract: *The present paper makes a critical analysis of the jurisdictional activity of the Environmental Courts about the use or adjudication role of the law that exercise these courts regarding the use of environmental principles, specifically in the control about the*

* LL.M en Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law & Policy, U. de Dundee. Profesor Cátedra Derecho Ambiental en Pontificia Universidad Católica de Chile y en el programa de Magíster LL.M. de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

* Magíster (c) en Derecho, Mención Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Ayudante Cátedra Derecho Ambiental, Pontificia Universidad Católica de Chile

activity of the State Administration. In this way, certain contemporary problematics of the use of principles are studied, offering some proposals connected with the control of the activity of the Administration, based on the review of the case law from Environmental Courts.

Keywords: *Legal principles, jurisprudence, environmental courts, jurisdictional control, State Administration.*

Introducción

El rediseño institucional que se implementó a través de la Ley N° 20.417, no solamente significó un fortalecimiento de la institucionalidad ambiental administrativa, sino que también del control jurisdiccional del actuar de la administración en materia ambiental, a través de la Ley N° 20.600, con la implementación de los Tribunales Ambientales. Esta nueva institucionalidad ha generado un adecuado equilibrio en la superación de la clásica asimetría administración-administrado. En este contexto, y en particular en el control de los actos de la administración, una de las complejidades a las que se enfrenta la función jurisdiccional ambiental radica en la aplicación de los denominados principios ambientales como fundamento para su decisión. La pregunta que se pretende responder es la siguiente: ¿Cuáles son las hipótesis que permitirían utilizar los principios ambientales como fundamento de una sentencia?

Para contestar esta pregunta seguiremos metodológicamente el siguiente esquema: en primer lugar, se efectuará un breve recuento del control judicial de la Administración en nuestro ordenamiento jurídico, con el objeto de entender el contexto y finalidad de control de los Tribunales Ambientales; en seguida, se formularán ciertas consideraciones teóricas en relación a la función adjudicadora del juez y el rol de los principios; a continuación se referirán las problemáticas más relevantes en la aplicación de principios ambientales en nuestro ordenamiento, y; se analizará la aplicación de principios en el control judicial de la Administración a la luz de diversas sentencias de los Tribunales Ambientales.

1. Control jurisdiccional de la Administración

1.1 Control jurisdiccional y Estado de Derecho

El control de la actividad administrativa se erige como uno de los pilares del Estado de Derecho, el cual se caracteriza por el respeto a la división de poderes y el control de los actos arbitrarios de los poderes públicos, en especial de la Administración del Estado. En este sentido, el Estado de Derecho en sentido estricto, designa solo a aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley –limitados o vinculados

por ella— no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos¹. De esta manera “sólo podrá hablarse con propiedad de un Estado de Derecho, al menos en un sistema de régimen administrativo, cuando se encuentre asegurada la vigencia de los siguientes principios: a) separación de poderes; b) derechos fundamentales; c) legalidad; d) control, y e) responsabilidad”². Por lo tanto, el control jurisdiccional de la actividad administrativa “[...] es una exigencia natural de un Estado que se proclama de derecho, porque somete a todos los poderes públicos al orden jurídico, con lo que se proscribe su arbitrariedad y limita estructural y funcionalmente sus posibilidades de actuación”³.

1.2 Reconocimiento del control jurisdiccional

En nuestro ordenamiento jurídico, el control jurisdiccional de la Administración del Estado encuentra fundamento normativo en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República de Chile (CPR); artículos 2° y 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE) y; en el artículo 15° de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA). Las referidas disposiciones constitucionales someten el poder al Derecho a través del desarrollo del principio de juridicidad. Luego, las normas de la LBGAE efectúan una manifestación particularizada de dicho mandato constitucional a propósito de la Administración del Estado, estableciendo el principio del control de la actuación administrativa y disponiendo a continuación una serie de otros principios. Finalmente, la LBPA a través de su artículo 15°, consagra el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, aplicando el principio de control de dichos actos, los que podrán ser revisados mediante recursos administrativos⁴.

Resulta destacable que, a partir del reconocimiento de los principios anteriormente señalados, surja la posibilidad de controlar los actos administrativos por parte de los Tribunales. Dicha consagración permite a los ciudadanos reclamar en contra de la actuación administrativa en particular, lo que deviene a su vez en el contencioso-administrativo. Huelga indicar que el contenido del control jurisdiccional que se ejerce en nuestro ordenamiento tiene por objeto el resguardo de los derechos de los particulares, habida consideración del

¹ Ver: Luigi Ferrajoli, «Pasado y futuro del Estado de Derecho», *Revista Internacional de Filosofía Política* 17 (2001): 31–45; Jürgen Habermas, «El Estado democrático de derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?», *Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense* 2 (2001): 435–458. Entre otros.

² Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición (Santiago: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014), 478.

³ Luis Cordero Vega, *El control de la Administración del Estado*, Segunda Edición (Santiago: Legal Publishing Chile, 2009), 17. En tal sentido ver: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I (Lima: Palestra - Temis, 2011), 502 y ss.

⁴ Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, 478 y ss.

contexto constitucional⁵. No obstante, dicho control en forma alguna puede importar un activismo judicial que vaya más allá de la legalidad o que reemplace el actuar administrativo, ya que ha de sujetarse al marco entregado por las leyes en primer lugar y a los principios jurídicos que se desarrollan a continuación⁶.

1.3 Evolución del control jurisdiccional

En nuestra institucionalidad ambiental, el control jurisdiccional de la actividad administrativa se vio fortalecido con la creación de los Tribunales Ambientales, y es allí donde concentraremos el análisis del rol de adjudicación que desempeñan dichos jueces recurriendo a principios. Sin embargo, resulta conveniente efectuar un breve recuento del control jurisdiccional hasta nuestros días.

El control jurisdiccional de la actividad administrativa, se remonta normativamente al artículo 87⁷ de la Constitución de 1925, donde se reconoció la necesidad de contar con tribunales contenciosos-administrativos por primera vez. No obstante dicho reconocimiento positivo, en el período que transcurrió entre los años 1925 y 1973, los Tribunales de Justicia se declararon incompetentes para conocer de las acciones de impugnación deducidas en contra de los actos de la Administración, debido a que no habían sido creados los Tribunales contencioso-administrativos, salvo aquellos casos en que se intentara aplicar un acto administrativo ilegal en un litigio para el cual si tenía competencia un Tribunal ordinario por vía de excepción⁸.

Luego, con la Constitución de 1980, tampoco fueron creados los mentados Tribunales, sin perjuicio del rol que a este respecto empezó a cumplir el recurso de protección, manteniéndose una disposición similar al antiguo artículo 87 en el nuevo artículo 38 inciso segundo de la Constitución⁹. No obstante, en 1989 con la primera reforma a la Constitución, se suprime toda mención a la expresión “contencioso-administrativo”, dejando de

⁵ Indica Cordero Vega que “la acción (contenciosa administrativa) sólo prosperara si la decisión administrativa impugnada infringe el ordenamiento jurídico y la infracción consiste en una lesión de derechos. La mera infracción objetiva del ordenamiento jurídico no es suficiente para poder estimar el recurso interpuesto. En consecuencia, la Constitución exige una específica conexión de antijuridicidad que (...) se dará solamente cuando la norma infringida sirva también a la protección de los intereses de la recurrente”. Luis Cordero Vega, *El control de la Administración del Estado*, 161.

⁶ Alejandro Vergara Blanco, «Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial», *Temas de Agenda Pública* N° 83, Año 10 (2015).

⁷ Dicho artículo establecía que “[h]abrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

⁸ Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, 525.

⁹ El texto originalmente aprobado en la Constitución de 1980, disponía en su artículo 38 inciso segundo que “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

existir fundamento jurídico para que los Tribunales ordinarios sostuvieran su incompetencia respecto del control jurisdiccional de la actividad administrativa. De esta manera hoy los Tribunales Ordinarios de Justicia son plenamente competentes para conocer del contencioso-administrativo¹⁰.

1.4 Configuración del control jurisdiccional contemporáneo

El origen de la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa, en especial la de modelos influenciados por el sistema francés¹¹, como el nuestro –inicialmente–, se construyó sobre la base estrictamente revisora de esta jurisdicción, como da cuenta el artículo 87 de la CPR de 1925, basándose en un sistema objetivo. “Sin embargo, durante los últimos 30 años se ha llevado a cabo una ampliación notable del objeto del proceso contencioso-administrativo, produciéndose una evolución desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés que se basa en la del ‘acto’ hacia un sistema subjetivo, más característico del Derecho alemán, en el cual el centro lo constituye la ‘acción’ o ‘pretensión’, tal como lo demuestra el inciso 2° del artículo 38 de la actual Constitución”¹². Sirva este párrafo como prevención del contenido que se le ha de atribuir al rol del control jurisdiccional de la actividad administrativa, cuestión que por temas de extensión no desarrollamos en profundidad.

El control jurisdiccional de la actividad Administrativa se ha distribuido tanto en los Tribunales Ordinarios del Poder Judicial, como en Tribunales Especiales que no forman parte de este, e incluso en los mismos Órganos de la Administración. Con fines propedéuticos y en aras de la extensión, enunciaremos a continuación las principales instancias de control jurisdiccional de la actividad administrativa de acuerdo al órgano encargado de conocer la acción¹³:

- Tribunales Ordinarios: los Tribunales Ordinarios del Poder Judicial conocen de las acciones contencioso-administrativas más importantes, esto es: i) acción de impugnación o de nulidad (o nulidad de Derecho Público); ii) acción de indemnización de perjuicios que persigue la responsabilidad por daños; iii) ciertas acciones y reclamaciones especiales como reclamaciones en contra de Superintendencias, contenidas en leyes especiales; iv) recurso de protección. Además, conocen todo otro

¹⁰ Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, 527.

¹¹ Recordemos que el sistema francés consiste básicamente en someter todo el contencioso-administrativo al conocimiento de jueces “administrativos”, independientes del juez ordinario.

¹² Luis Cordero Vega, *El control de la Administración del Estado*, 155.

¹³ En esto resumimos las principales distinciones realizadas en: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Primera edición peruana. Versión latinoamericana en base a la duodécima versión Palestra-Temis 2006, vol. II (Lima: Palestra - Temis, 2011), 1503 y ss.; Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo: Temas fundamentales* (Santiago: Legal Publishing Chile, 2009), 663 y ss.; Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, 528 y ss.; Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Segunda Edición (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 611 y ss.

tipo de acciones contencioso-administrativas, que no estén entregadas a un órgano jurisdiccional distinto, de modo supletorio y general.

– Tribunales Especiales: órganos jurisdiccionales que no forman ni parte del Poder Judicial, ni parte de la Administración, y que tienen una competencia específica dentro del contencioso-administrativo, relativa a un sector regulado concreto. Aquí debemos ubicar a los Tribunales Ambientales, a los Tribunales Tributarios y Aduaneros, entre otros. Estos Tribunales conocen de acciones contencioso-administrativas especiales, siendo un claro ejemplo el artículo 17 de la Ley N° 20.600 que delimita las competencias de los Tribunales Ambientales.

– Tribunal Constitucional: en el ejercicio del control de la constitucionalidad de los Decretos Supremos del artículo 93 N° 16 de la Constitución, el Tribunal controlaría la actividad jurisdiccional de la actividad administrativa, aunque la mayoría de la doctrina sostiene que primordialmente esta acción reafirma el rol del Tribunal Constitucional como órgano encargado de controlar la adecuación a la Constitución.

1.5 Breve *excursus* sobre el recurso de protección

En la Constitución de 1980, el recurso de protección del artículo 20, ha ocupado un lugar preponderante en el contencioso-administrativo debido a la falta de Tribunales contenciosos-administrativos y al nulo desarrollo de un sistema ordenado de control jurisdiccional. Algunas otras explicaciones del protagonismo del recurso de protección en el contencioso-administrativo pueden darse, tales como como la rapidez con que se puede efectuar y resolver el reclamo mediante el recurso de protección, la falta del desarrollo de jurisdicciones especializadas en el contencioso-administrativo, la inoportuna respuesta de la nulidad de derecho público, entre otras¹⁴.

Ante la falta de una acción constitucional de amparo que protegiera eficaz y oportunamente las garantías individuales de los particulares, nace el recurso de protección, -en palabras del Comisionado Ortúzar- como un “procedimiento de emergencia, [...] que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado”¹⁵. En definitiva, se trata de una acción que tiene su razón de ser en el amparo de garantías constitucionales, el que por la vía de la propietarización de los derechos y la ausencia de remedios juris-

¹⁴ Andrés Bordalí Salamanca e Iván Hunter Ampuero, *Contencioso Administrativo Ambiental*, (Santiago: Librotecnia, 2017), 115; Francisco Zúñiga Urbina, «A propósito de la ‘agonía’ o ‘muerte’ del recurso de protección ambiental», *Revista de Derecho (Escuela de Postgrado)* 7 (2015): 15–42; Iván Poklepovic, «Compatibilidad del recurso de protección ambiental con la competencia del Tribunal Ambiental en el contencioso administrativo del sistema de evaluación de impacto ambiental», en *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, ed. Jorge Aranda, et. al. (Santiago: Thomson Reuters, 2012), 503–520.

¹⁵ Juan Manuel Errazuriz y Jorge Miguel Otero, *Aspectos procesales del recurso de protección* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989), 199.

diccionales eficaces, ha logrado reconfigurarse además como una de las acciones más utilizadas en el contencioso-administrativo.

La principal problemática del recurso de protección como sucedáneo de las acciones contencioso-administrativas, es que dicho recurso no ha sido concebido para satisfacer esa necesidad, resultando palmaria dicha afirmación con las graves restricciones probatorias y procedimentales a que está sujeta su tramitación¹⁶. Lo anterior dista bastante de los estándares mínimos del debido proceso, cooptando en definitiva la posibilidad de efectuarse un control jurisdiccional de la actividad administrativa fundado en sólidos antecedentes. Dicha situación reviste especial gravedad al considerar lo expuesto por el ex ministro de la Corte Suprema, Pedro Pierry, en el sentido de que “[...] este recurso ha sustituido en la práctica el contencioso-administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas. A través de este recurso, los tribunales ordinarios han ampliado el ámbito del control jurisdiccional a límites insospechados, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la Administración”¹⁷.

1.6 Contencioso-Administrativo Especial: Tribunales Ambientales

La creación de los Tribunales Ambientales mediante la Ley N° 20.600 de 28 de junio de 2012, se enmarca en la tendencia del legislador de crear órganos jurisdiccionales especiales en el contencioso-administrativo¹⁸, respondiendo en este caso a la necesidad de controlar el poder entregado a la Administración Ambiental, especialmente a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), creada a su vez mediante la Ley N° 20.417 de 26 de enero de 2010. De hecho, el artículo noveno transitorio de la Ley N° 20.417, agregado por el artículo sexto transitorio de la Ley N° 20.600, supedita el funcionamiento de dicha Superintendencia al funcionamiento de los Tribunales Ambientales¹⁹.

Las competencias de los Tribunales Ambientales comprenden en general las controversias ambientales y demás asuntos que la ley someta a su conocimiento (artículo 1° de la Ley N° 20.600). Con todo, “[...] cuando se analizan las competencias de los TTAA en el artículo 17, [...] se puede concluir que dentro de la materia ambiental, el tribunal conocerá básicamente de la legalidad de los instrumentos de gestión ambiental y de las normas y actos administrativos vinculados a ellos. [...] la naturaleza jurídica de las controversias que

¹⁶ Andrés Bordalí Salamanca e Iván Hunter Ampuero, *Contencioso Administrativo Ambiental*, 15 y ss.

¹⁷ Pedro Pierry Arrau, «Las Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX», *Revista de Derecho (Valparaíso)* 23 (2002): 382.

¹⁸ Cfr. Juan Carlos Ferrada Borquéz, «Los Tribunales que Ejercen Justicia Administrativa en el Derecho Chileno», en *Litigación Pública*, Coord. José Ignacio Martínez, Jaime Arancibia y Alejandro Romero (Santiago: Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2011), 570.

¹⁹ En efecto, dicho artículo establece que “Las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3° (fiscalización ambiental), y III (de las infracciones y sanciones) del Artículo Segundo de la presente ley, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Segundo Tribunal Ambiental.”

se ventilan ante los TTAA es, por regla general, de carácter contencioso-administrativo y específicamente de nulidad o impugnación”²⁰.

Podemos afirmar entonces, que la competencia de los Tribunales Ambientales no es exclusiva en materia ambiental, ya que siguen vigentes competencias ambientales en otros órganos jurisdiccionales, tales como Cortes de Apelaciones y Corte Suprema con el recurso de protección por la garantía del artículo 19 número 8 de la Constitución, o incluso con el recurso de casación que establece el artículo 26 de la Ley N° 20.600²¹. Importa enfatizar que los Tribunales Ambientales concentran el grueso del control jurisdiccional de la actividad administrativa, por lo que nuestro análisis se enfoca en los procesos de aplicación/adjudicación realizados por dichos Tribunales en el ejercicio específico de dichas competencias.

2. Aplicación y creación del Derecho

Dentro del ejercicio jurisdiccional de los Tribunales Ambientales, cabe recordar la clásica distinción que se efectúa entre los supuestos de aplicación y creación del derecho. En dicha distinción se hallan dos corrientes que explican el proceso de adjudicación, otorgando una mayor o menor preponderancia a la discrecionalidad del juez. Una primera corriente asume que el marco normativo está regulado legalmente, y que la función del Tribunal se reduce a verificar los supuestos normativos de la disposición legal y a aplicar el derecho. Esta concepción considera en definitiva que el proceso de aplicación es simplemente un proceso lógico-jurídico de subsunción, donde el juez o tribunal no son más que la boca a través de la cual habla la ley²²⁻²³.

Otra concepción sostiene que la aplicación del derecho no se limita a la simple subsunción, sino que, en todo proceso de aplicación judicial, adjudicación, se puede dar un supuesto de creación del derecho en los casos en que exista indeterminación o lagunas normativas, limitado por la aplicación de principios²⁴. En efecto, no existe sistema jurídico

²⁰ Jorge Bermúdez Soto, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Segunda Edición (Valparaíso, Chile.: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015), 519.

²¹ Cfr. Bordalí Salamanca y Hunter Ampuero, *Contencioso Administrativo Ambiental*, 107.

²² En el modelo clásico, ideado por Locke y Montesquieu, el juez no era más que la “boca de la ley”, teniendo el parlamento como órgano democrático, un papel mucho más preponderante. En este sentido el juez, y la Administración, debían remitirse a aplicar estrictamente lo señalado por la ley. Esta afirmación se sustenta en la abierta desconfianza en los jueces presente en los albores del Estado de Derecho y el positivismo jurídico, lo que genera la necesidad de contar con un estatuto normativo claro en su aplicación, que permita controlar tanto a gobernantes como ciudadanos.

²³ Cfr. Michele Taruffo, «Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica», *Isonomía* 22 (2005): 11.

²⁴ Principios entendidos como aquello que puede ser fuente informadora del ordenamiento jurídico positivo y subsidiario en defecto de la ley, “[s]on Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares” Cafferatta citando a Vigo y Merlo en Néstor

que esté totalmente definido, sino que siempre existe un alto grado de indeterminación que obliga a los jueces, en virtud del principio de inexcusabilidad, a tener que llenar dichos vacíos utilizando distintos elementos en el proceso de adjudicación.

En este sentido, la corriente positivista que se limita a afirmar que la función del juez se reduce a un proceso de constatación de presupuestos normativos -la identificación de la norma válida a aplicar y la verificación de los hechos descritos en la norma²⁵-, corresponde a una verdadera utopía del “mito positivista”, ya que los jueces al aplicar el derecho no solo han de aplicar normas, sino que también principios, sobre todo –aunque no exclusivamente- en los supuestos de lagunas normativas y casos indeterminados. Esta concepción es defendida ampliamente por Dworkin, para quien el ordenamiento jurídico está constituido por normas y principios “[...] lo que permite sostener que se trata de un sistema cerrado, que se vincula con la moral y en el que la discrecionalidad judicial no existe –puesto que si no hay regla que aplicar siempre habrá un principio jurídico”²⁶.

La concepción que se tenga del rol del juez no es baladí. Con frecuencia las leyes no son suficientes para resolver el asunto controvertido –especialmente en los casos indeterminados–, ya sea porque la norma no se corresponde con el supuesto de hecho, generando lagunas normativas, porque en la solución del conflicto legal sean aplicables varias normas o debido a que la norma aplicable acepte distintas interpretaciones, entre otras hipótesis. De esta manera, generalmente la determinación de la ley aplicable no implica creación alguna, excepto en los casos de indeterminación. En tales casos “[...] la declaración de la ley aplicable también involucra la creación de la ley. Antes de la determinación judicial, la norma [...] se expresa –incluso luego de usar todas las reglas de interpretación- en diversas voces. Después de la determinación judicial, la ley habla con una sola voz. Ha ocurrido un cambio en el conjunto de normas. Un nuevo significado fue creado. [...] Dicha actividad de ‘creación legal’ [...] es un indicativo de la incertidumbre inherente a la propia ley. [...] mientras no podamos superar las limitaciones humanas, tendremos que vivir con leyes inciertas”²⁷.

Esta necesaria construcción normativa del juez en el proceso de adjudicación en los casos difíciles o indeterminados deberá circunscribirse -siguiendo a Dworkin- a los principios jurídicos, de manera que no exista discrecionalidad a cualquier costo y sin ningún límite en la decisión del asunto controvertido. A esto se refiere Dworkin al afirmar que “cuando un caso no está claramente cubierto por una regla [...] entonces el caso no se puede decidir ‘aplicando la ley’. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo, un juez, que

Cafferatta, «Los Principios del Derecho Ambiental», *Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental*, 2009.

²⁵ Cfr. Marta Pérez, «Aplicación y Creación del Derecho. El rol del Juez ante un nuevo Paradigma», *Revista Jurídica* 8 (2004): 283-284.

²⁶ Dominique Hervé Espejo, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015), 110.

²⁷ Aharon Barak, «El rol de la Corte Suprema en una democracia», *Ius et Veritas (Perú)* 26 (2003): 108.

‘ejerza su discreción’, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una ya existente”²⁸.

3. Problemáticas contemporáneas de los Principios Ambientales

3.1 Rol de los Principios Jurídicos Ambientales

Tal y como se indicó previamente, el rol de los principios jurídicos importa su aplicación en la adjudicación que efectúe el juez para el caso concreto, lo que encuentra sustento incluso en normas de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, podría esgrimirse que en virtud del inciso segundo del artículo 76 de la CPR y la regla general de competencia de inexcusabilidad contenida en el artículo 10, inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales (COT), reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, los Tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión, lo que requerirá del juez acudir a la equidad, que en cualquier caso ha de ser limitada por los principios jurídicos²⁹.

El rol de los principios jurídicos dentro de nuestro ordenamiento, tiene que ver con qué se entiende por discrecionalidad judicial en la visión de Dworkin, lo que en cualquier caso será distinto del activismo judicial³⁰, de modo que el concepto de discrecionalidad es relativo³¹. Para clarificar las posibles situaciones en que se ejerce discrecionalidad, Dworkin desarrolla la discrecionalidad en un sentido débil y fuerte. La discreción débil refiere a cuando las normas no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que requieren un razonamiento en función de ciertos parámetros dados por la norma. Por otro lado, la discrecionalidad fuerte, refiere a aquellos casos en que un funcionario no está obligado a seguir ciertos estándares o normas para adoptar una decisión. Para los positivistas, en los casos indeterminados cuando no exista solución en una norma, el juez debe decidir aplicando la discreción en el sentido fuerte. Dworkin se opondrá a dicha proposición, sosteniendo que el juez debe aplicar principios, los que en nuestro ordenamiento jurídico limitarán la discrecionalidad en ambos sentidos, a falta de norma expresa que resuelva el asunto controvertido.

²⁸ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Segunda Edición, trad. por Marta Guastavino (Barcelona: Ariel, 1989), 65-66.

²⁹ Cfr. Patricio Martínez Benavides, «El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional», *Revista Chilena de Derecho* 39, N° 1 (2012): 113-47; María Angélica Figueroa Q., «Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 18 (1996): 187-196; Juan Colombo Campbell, «La jurisdicción en el Derecho Chileno», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 8 (Ene de 1968), <https://revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407>.

³⁰ Cfr. Alejandro Vergara Blanco, «Los jueces en la era del derecho democrático...», 9.

³¹ En los siguientes párrafos seguimos la explicación desarrollada con profundidad en Dominique Hervé Espejo, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*, 112.

Cabe destacar que el rol de los principios ambientales ha sido controvertido por largo tiempo en la doctrina³², planteándose por una parte que estos desempeñarían una función de “[...] principios directivos o rectores [...]”³³ no siendo capaces de dar respuestas concluyentes a cuestiones dogmático jurídicas, “[...] otros en cambio estiman que la naturaleza jurídica de cada uno de los principios es poco clara y debe ser determinada para cada uno de ellos. Finalmente, también se estima que estos principios son vinculantes en la dictación de actos jurídicos (normas o resoluciones), y respecto de ellos la discusión sólo se debe centrar en cuál es su contenido, pero no en si son principios jurídicos”³⁴. De Sadeleer indica que si bien hay un cierto elemento de eslogan político en los principios ambientales “[...] es imposible reducir el uso de principios como el del que contamina paga, preventivo y precautorio a un instrumento de combate político: puesto que se establecen en textos jurídicos sustantivos y son vinculantes para categorías de personas constituyen verdaderas normas jurídicas, incluso si su efecto es a largo plazo en lugar de inmediato. Tampoco es posible criticarlos por el hecho de que darán lugar a demasiados o insuficientes efectos jurídicos, ya que su objetivo primordial es guiar y reformar en lugar de revolucionar”³⁵. De esta manera De Sadeleer sostiene que los principios del derecho ambiental son directivos, y representan una fase intermedia entre el derecho moderno y el posmoderno, el cual enfatizaría la naturaleza pragmática, gradual, inestable y reversible de las normas, propugnando la delimitación de principios ambientales más flexibles y directivos.

Finalmente, De Sadeleer postula la idea de definir un núcleo duro de principios ambientales, en la búsqueda por evitar que estos se vean comprometidos por la simple implementación de principios procedimentales como el de la proporcionalidad. Lo anterior además de clarificar exactamente el contenido de la protección garantizada por estos principios, reduciría la inseguridad legal relacionada con el surgimiento de un “gobierno de los jueces”, asegurando a la vez límites más precisos para los principios del derecho ambiental y protegiéndolos de una aplicación amplia e irrazonable³⁶.

³²Cfr. Aulis Aarnio, «Reglas y principios en el razonamiento jurídico», *Anuario da Facultade de Dereito, Universidade de Coruña* 4 (2000): 503–602; Mario Peña Chacón, “Hacia una Nueva Hermenéutica Ambiental”, *Justicia Ambiental* 6 (2014): 197–227.

³³ Jorge Bermúdez Soto, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 46.

³⁴ Jorge Bermúdez Soto, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 46.

³⁵ Traducción propia de “it is nevertheless impossible to reduce the use of principles such as those of the polluter pays, prevention, and precaution to a tool of political combat: since they are set out in substantive legal texts and are binding on categories of persons they constitute true legal norms, even if their effect is long-term rather than immediate. Nor is it possible to criticize them on the ground that they will give rise to too many or not enough legal effects, for their primary purpose is to guide and reform rather than to revolutionize”. En Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: from political slogans to legal rules*, reimpresión 2008 (Oxford University Press, 2002), 370.

³⁶ Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles...*, 371.

3.2 Principios Jurídicos Ambientales

Para profundizar en las problemáticas actuales de la aplicación de principios, resulta menesteroso repasar brevemente los principios ambientales más importantes reconocidos a nivel nacional e internacional.

3.2.1 Ámbito internacional

En este capítulo damos cuenta de los principios ambientales del Derecho Internacional que más atención han concitado por la doctrina y los tratados internacionales. Esta revisión adquiere importancia, entre otras razones, en la medida que nuestros Tribunales podrían comenzar a recurrir excepcionalmente a diversos instrumentos internacionales para la aplicación de principios en la adjudicación del derecho en el caso concreto; en especial respecto de principios que normalmente carecen de reconocimiento expreso en nuestra legislación interna. No obstante, considerando que los instrumentos a examinar no son vinculantes, y constituyen parte del llamado *soft law*, se debe poner de relieve la constante reticencia de los Tribunales Ambientales a considerarlos para la aplicación de principios³⁷. Ahora, en el ámbito de los principios internacionales del derecho ambiental, se ha propuesto distinguir el tipo de aplicación de los mismos, “pues es muy diferente que ésta diga relación con su rol interpretativo u orientador, que en casos de aplicación *contra legem* o *legal vacuum*”³⁸ (contra ley o ante un vacío legal).

Los principales instrumentos internacionales que han recogido los principios ambientales son³⁹:

- Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano o Conferencia de Estocolmo, de 1972 (Conferencia de Estocolmo);
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo o Cumbre para la Tierra, de 1992 (Cumbre de la Tierra);
- Conferencia de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible, de 2002 (Río +10), y;

³⁷ Cfr. Osvaldo Urrutia Silva, «Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y derecho internacional del medio ambiente», *Revista de Derecho* 40 (2013): 475–507; Pilar Moraga Sariago, «Los principios del derecho ambiental según la jurisprudencia nacional», *Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema (Informes Académicos)*, 2015, http://decs.pjud.cl/Documentos/Academicos/Jurisprudencia_Principios_Derecho_Ambiental_Pilar_Moraga.pdf.

³⁸ Pilar Moraga Sariago, «Los principios del derecho ambiental según la jurisprudencia nacional», 25.

³⁹ Cfr. Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Tercera Edición (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 22 y ss.; José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, (Madrid: McGraw-Hill, 1999); José Juste Ruiz y Mireya Castillo Daudí, *La Protección del Medio Ambiente en el Ámbito Internacional y en la Unión Europea*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 19 y ss.; Sergio Montenegro Arriagada, Dominique Hervé Espejo, y Valentina Durán Medina, *Los tratados ambientales : principios y aplicación en Chile*, (Santiago: CONAMA, 2001).

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable, de 2012 (Río +20).

Esta enumeración es sin perjuicio de que existan numerosos instrumentos internacionales en el marco de la gobernanza ambiental, combate al cambio climático, entre otras materias, que sin duda han contribuido a enriquecer el panorama⁴⁰. En base a dichos cuerpos normativos y a la Doctrina, hay un consenso general⁴¹ en que los principios del derecho ambiental se conforman al menos por:

- Principio de la soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o áreas más allá de la jurisdicción nacional⁴²;
- Principio preventivo⁴³;
- Principio precautorio⁴⁴;
- Principio contaminador-pagador⁴⁵;
- Principio de cooperación⁴⁶;
- Principio de desarrollo sustentable^{47,48};
- Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas⁴⁹;
- Principio de no regresión⁵⁰, y;
- Principio de justicia ambiental⁵¹.

⁴⁰ V.gr. Convenio Internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos (1954); Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y su protocolo (1985); Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y sus protocolos (1992), entre otros.

⁴¹ Cfr. Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 187; Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles...*, 1; Alejandro Lago Candeira, «Principios Generales de Derecho Ambiental», en *Diccionario de Derecho Ambiental*, ed. Blanca Lozano Cutanda y Enrique Alonzo García (Madrid: Iustel, 2006), 1456; José Juste Ruiz y Mireya Castillo Daudí, *La Protección del Medio Ambiente en el Ámbito Internacional y en la Unión Europea*, 46; Eduardo Astorga Jorquera, *Derecho ambiental chileno. Parte general.*, Cuarta Edición (Santiago: Abeledo Perrot Chile, 2014), 13; Bermúdez Soto, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 46; Hervé Espejo, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*, 125.

⁴² Principio 2, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

⁴³ Principio 11, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

⁴⁴ Principio 15, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

⁴⁵ Principio 16, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

⁴⁶ Principio 27, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

⁴⁷ Principio 3, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

⁴⁸ Principio 4, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

⁴⁹ Principio 7, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

⁵⁰ Párrafo 20, Documento Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible: El futuro que queremos, (2012). Cfr. Mario Peña Chacón, *El principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano*, (San José de Costa Rica: PNUD, 2013), 8, http://www.aida-americanas.org/sites/default/files/Doc_CR_Principio_No_Regresi%C3%B3n_Ambiental.pdf.

⁵¹ Traducción de la profesora Hervé Espejo de la definición extraída del documento elaborado por el National Environmental Justice Advisory Council “*Meaningful Involvement and Fair Treatment by Tribal Environmental Regulatory Programs*” en Dominique Hervé Espejo, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*, 58.

3.2.2 Chile

Una de las características de la Ley N° 19.300, es que pese a que su artículo 2° contempla un catálogo de definiciones, en ella no se define ningún principio, a diferencia de otros cuerpos legales, como la Ley N° 20.920 sobre fomento al reciclaje. Con todo, la consagración legal de principios, si bien ayuda a su correcta aplicación, ello puede de alguna manera limitar los mismos, ya que quedarían acotados a lo expresamente definido.

El caso de la Ley N° 19.300 no obstante es distinto, por cuanto los principios ambientales se encuentran mencionados en el Mensaje de la Ley, y no en su texto expreso. En este sentido, el propio Mensaje señala cómo cada uno de los principios se manifiesta en los varios Instrumentos de Gestión Ambiental, lo que lleva a que la aplicación y materialización de los principios ambientales se haga efectiva en la implementación de los distintos Instrumentos de Gestión Ambiental o mecanismos de tutela (por ejemplo, en el caso del principio de responsabilidad).

De esta manera, la labor de los jueces estribaría en dilucidar cómo, en la aplicación e implementación de los instrumentos de gestión y de los mecanismos de tutela, han sido debidamente aplicados los principios ambientales. De esta forma, la finalidad de los principios ambientales de acuerdo a la lógica de la Ley N° 19.300, apunta básicamente a principios que han de informar el desarrollo e implementación de la gestión ambiental y los mecanismos de tutela. Por ello, en el proceso de adjudicación, lo primero siempre será aplicar la Ley N° 19.300, ya que la ley encarna los principios ambientales y frente a situaciones indeterminadas o lagunas normativas, podrían aplicarse los principios, pero siempre a la luz de la Ley N° 19.300, y bajo el expreso mandato del inciso 2° del artículo 76 de la Constitución en que respecto a los tribunales, establece que “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

Los principios mencionados en el Mensaje de la Ley N° 19.300 son los siguientes:

3.2.2.1 Principio Preventivo

Según el Mensaje de la Ley, "mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales"⁵². En la Ley N° 19.300 se recoge en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), la educación ambiental, los Planes de Prevención y de Descontaminación (PPDA), y las normas sobre responsabilidad por daño ambiental, entre otras. Respecto al principio precautorio, este no se encuentra enunciado en el Mensaje presidencial de la Ley N° 19.300, por lo que el Ejecutivo al concebir la Ley N° 19.300 no

⁵² Mensaje Presidencial Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

habría distinguido entre el principio preventivo y el precautorio. Adicionalmente, no existe una manifestación clara de este principio ni en instrumentos de gestión, ni en los mecanismos de tutela. La principal diferencia entre ambos principios está dada por la certeza científica que se tenga de las consecuencias ambientales que pueda generar una determinada actividad. Ante el desconocimiento de dichas consecuencias se habla del principio precautorio, y frente a la certeza de los impactos ambientales que conlleva una actividad se actuará dentro del principio preventivo.

3.2.2.2. Principio contaminador-pagador

“Se funda en la idea de que el particular que actualmente contamina, o que lo haga en el futuro, debe incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación”⁵³. En la Ley N° 19.300 se recoge en el SEIA, las normas de calidad y emisión, PPDA, y fuera de esta en instituciones como las normas de manejo y disposición de residuos peligrosos, entre otras.

3.2.2.3. Principio de gradualidad

“Tendencia que defiende la moderación sin renunciar a un objetivo a largo plazo”⁵⁴. Este principio establece la aplicación de la normativa ambiental de forma escalonada en su aplicación, de manera que los impactos de su implementación puedan ser integrados con eficacia, tanto por el regulador como por los regulados. Una manifestación del principio de la gradualidad, son los plazos de vigencia con que se establecen o fijan las normas de emisión, ya que, según la rigurosidad de sus disposiciones, y el bien jurídico ambiental protegido, pueden plantearse distintos períodos de vacancia.

3.2.2.4. Principio de la responsabilidad

“Se pretende que los responsables por los daños ambientales reparen a sus víctimas de todo daño. Además, se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado”. Se refiere claramente a la responsabilidad por daño ambiental.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Diccionario de Neologismos, <http://brangaene.upf.es/spes>.

3.2.2.5. Principio participativo

“Es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que para lograr, una adecuada protección del medio ambiente se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática”⁵⁵. Este principio se manifiesta en la Ley como requisito en los procesos de creación de normas ambientales, y también como un deber de promoción y de respuesta impuesto a los órganos del Estado en la gestión ambiental⁵⁶. En este sentido el artículo 4° de la Ley N° 19.300 indica que “[e]s deber del Estado facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente”.

3.2.2.6. Principio de la Eficiencia

“Manifestaciones de este principio se encuentra, en primer lugar, en que las medidas que adopte la autoridad para enfrentar los problemas ambientales, sean al menor costo social posible, y que se privilegie, además, instrumentos que permitan la mejor asignación de los recursos que, tanto el sector público como el privado, destinen a la solución del problema. Para ello se requiere de instrumentos que permitan la adecuada flexibilidad en la asignación de los recursos”⁵⁷. En la Ley N° 19.300 se recoge, entre otros, en su artículo 45, el cual indica el contenido mínimo del PPDA, señalando en su letra g que deberá indicarse “[l]a estimación de sus costos económicos y sociales”.

3.3 Problemáticas en cuanto a la aplicación de los Principios Ambientales

En este acápite trataremos algunas de las problemáticas más importantes en la aplicación de principios ambientales, en el proceso de adjudicación que llevan a cabo los Tribunales Ambientales al controlar la actividad administrativa. Las disyuntivas que se suscitan respecto a actuaciones administrativas como resultado de insuficiencias legislativas, “[...] obliga a evaluar, sancionar y regular, y luego controlar esas decisiones, en base a criterios cuyos límites no están previamente fijados”⁵⁸, llevando a “[...] tomar decisiones difíciles por medio de sentencias judiciales cuyos efectos relativos son problemáticos para el

⁵⁵ Mensaje Presidencial Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

⁵⁶ Dentro de los Instrumentos de Gestión Ambiental, destaca la manifestación del principio participativo en el SEIA, al alero de lo dispuesto en los artículos 26 a 31 en el párrafo titulado “De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental”. Igualmente destaca en la elaboración de las Normas de Calidad Ambiental y de la Preservación de la Naturaleza y Conservación del Patrimonio Ambiental, de los PPDA, y de las Normas de Emisión de contaminantes, a partir de lo señalado en el artículo 32, 49 y 50 de la Ley N° 19.300 y reglamentos pertinentes.

⁵⁷ Mensaje Presidencial, Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

⁵⁸ Edesio Carrasco Quiroga, «Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales (2013 – 2015)», en *Anuario de Derecho Público 2016* (Santiago: Universidad Diego Portales, 2016), 315.

diseño general de decisiones regulatorias [...]”⁵⁹, así se verá “[...] cuánta agresividad debe tener el control judicial, pudiendo afectar la legitimidad democrática de la decisión administrativa si la exacerba o cuánta deferencia administrativa debe existir, pudiendo afectarse, también en ese caso, la eficiencia y la competencia técnica, junto con la responsabilidad política en caso de concederla en demasía”⁶⁰.

Las problemáticas en cuanto a la aplicación de los principios ambientales podrían resumirse básicamente en tres ejercicios que debieran permitir responder las siguientes preguntas.

3.3.1. ¿Cuándo estamos en presencia de una laguna o de un caso indeterminado que podría significar la aplicación de un principio?

Esta respuesta resulta fundamental, ya que la posibilidad de aplicar principios, de acuerdo a nuestra Constitución, solamente se abre cuando existen lagunas o casos indeterminados o también llamados difíciles. Para ello, resulta esencial la necesaria confrontación entre los hechos con la ley, de tal manera de comprobar la existencia de las mentadas lagunas o casos difíciles. Esto se debe complementar a su vez con la idea de que en muchos casos -tal y como se constatará en el capítulo siguiente- los Tribunales recurren usualmente a los principios jurídicos para enriquecer el acervo dogmático de decisiones adoptadas en base a normas.

3.3.2. Principios aplicables

Una vez que exista claridad respecto a la existencia de lagunas o indeterminación legal, resulta necesario detenerse en cuáles principios podrían eventualmente aplicarse. Al respecto, tenemos tres grupos de principios: aquellos que están consagrados directamente en nuestra legislación –por ejemplo, el caso de la Ley N° 20.920 sobre fomento al reciclaje–, aquellos que están mencionados en el Mensaje de la Ley N° 19.300 y que se manifiestan en distintos Instrumentos de Gestión Ambiental y mecanismos de tutela, por lo que su consagración legal es indirecta, y finalmente aquellos del ámbito internacional o que pueda descubrir el juez, que amparamos bajo la definición del profesor Vergara Blanco, como “[...] valores que formulan los jueces para rellenar lagunas o resolver casos difíciles, están investidos de una carga valórica y de aceptación social y democrática similar a la que se obtiene de la aprobación de las leyes en los parlamentos; su descubridor no es ni un filósofo

⁵⁹ Edesio Carrasco Quiroga, «Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales...», 315.

⁶⁰ Edesio Carrasco Quiroga, «Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales...», 315.; Cfr. Alejandro Vergara Blanco, «Los jueces en la era del derecho democrático...».

ni un parlamento, es el juez”⁶¹. Resulta evidente, que la aplicación de los señalados tres grupos de principios debiera darse bajo una lógica de prelación, partiendo por los consagrados directamente por nuestra legislación, luego por los consagrados en forma indirecta y finalmente los del ámbito internacional o descubiertos por el juez.

Otro problema que podría plantearse es que existan, dentro de cada grupo, principios que podrían ser contradictorios en cuanto a su aplicación. Un ejemplo podría ser la aplicación del principio de eficiencia o de gradualidad versus el principio de “el que contamina paga”, en que se exija una completa internalización de las externalidades ambientales. Para determinar la aplicación de un principio en preferencia del otro resultará necesario dilucidar cómo, en la aplicación e implementación de los Instrumentos de Gestión Ambiental y de los mecanismos de tutela, se ha llevado a cabo dicha actividad bajo la inspiración de los principios ambientales, lo que resulta especialmente relevante en relación a los principios señalados en el Mensaje de la Ley N° 19.300. En consecuencia, la actividad administrativa deberá regirse primordialmente por los instrumentos y mecanismos de tutela establecidos en la ley, a la luz de los principios que posibilitaron su consagración legal. Con todo, del abanico de opciones legítimamente disponibles para determinar la aplicación de estos principios, también debiera subyacer el principio de la gestión ambiental y de la primacía de la persona, en el espíritu del Mensaje de la Ley N° 19.300 y de acuerdo a lo establecido en el Principio N° 1 de la Declaración de la Tierra, que coloca a las personas al centro de las preocupaciones del desarrollo sustentable⁶².

3.3.3. La aplicación de Principios

La tercera pregunta que se debiera responder, una vez que se haya aclarado que corresponde la aplicación de principios y que se haya definido qué principios se han de utilizar, estriba en definir la forma en cómo han de aplicarse dichos principios y en qué situaciones. Al respecto, resulta esencial entender el contexto de cada principio y su consagración, ya sea en forma directa, indirecta o extraída del ámbito internacional o descubierta por el juez.

Lo primero y más relevante, es que siguiendo la lógica constitucional del artículo 76 de la CPR, no debieran aplicarse los principios contra texto expreso de la ley. Además, y con una lógica de certidumbre, cuestión fundamental en el mundo del derecho, es que además de lo ya señalado respecto a la prelación de los grupos de principios, los principios del tercer grupo –ámbito internacional y por descubrir–, han de tener una utilización residual y

⁶¹ Edesio Carrasco Quiroga, «Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales (2013 – 2015)», 315; Alejandro Vergara Blanco, «Los jueces en la era del derecho democrático...», 5.

⁶² En este sentido la garantía del artículo 19 número 8 de nuestra Constitución reconoce una inspiración antropocéntrica de protección del medio ambiente con el fin de resguardar la vida e integridad del ser humano en un medio ambiente libre de contaminación. Cfr. Rodrigo Guzmán Rosen, *La Regulación Constitucional del Medio Ambiente en Chile. Aspectos Sustantivos y Adjetivos* (Santiago: Lexis Nexis, 2005).

bastante excepcional. En este mismo sentido, si existieran contradicciones entre principios, pero de distintos grupos, debiera optarse por aquel que corresponda al grupo que tenga prelación respecto a los restantes.

Por otra parte, el contexto de los hechos que se describan –por ejemplo, si lo que se discute tiene que ver con un instrumento de gestión ambiental específico– permitirá entender qué principios corresponden y cómo han de aplicarse, lo que resulta especialmente necesario en relación a los principios mencionados en el Mensaje de la Ley N° 19.300, dado que ellos inspiraron los distintos mecanismos de gestión y tutela, constituyendo manifestaciones de los mismos.

Finalmente, toda la discusión planteada tiene relación directa con el control de los Tribunales al actuar administrativo ambiental, por lo tanto, detrás debiera subyacer siempre el análisis de racionalidad de las actuaciones de la Administración.

4. Jurisprudencia de los Tribunales Ambientales en el control de la Administración

En este capítulo ofrecemos un estudio de la jurisprudencia, tanto del Segundo como del Tercer Tribunal Ambiental, en particular respecto de ciertas sentencias que dan muestra de las problemáticas contemporáneas aquí tratadas. Omitimos el análisis de sentencias de la Corte Suprema, en aras de la extensión de este artículo y por haber sido ya estudiadas profusamente por la doctrina⁶³.

4.1 Segundo Tribunal Ambiental

4.1.1. Sentencia Rol R-5-2013, Sergio Reiss Greenwood en contra de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental

En este caso, relacionado con el proyecto de la Concesión Ruta 66, Camino de la Fruta, se recurre al mensaje de la Ley N° 19.300⁶⁴ para dar por asentado el principio de la participación y de acceso a la información, como un principio general en el marco del SEIA. De esta manera afirma el sentenciador que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 26 a 31 *quater* de la Ley N° 19.300, estos instrumentos “[...] sólo pueden ser aplicados e

⁶³ Cfr. Luis Cordero Vega, *Jurisprudencia Ambiental: Casos Destacados*, Segunda Edición (Santiago: Legal Publishing, 2013); Osvaldo Urrutia Silva, «Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y derecho internacional del medio ambiente»; Pilar Moraga Sariago, «Los principios del derecho ambiental según la jurisprudencia nacional»; Edesio Carrasco Quiroga, «Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales...»; Jorge Bermúdez Soto y Dominique Hervé Espejo, «La Jurisprudencia Ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas», en *Anuario de Derecho Público 2016*, (Santiago: Universidad Diego Portales, 2016), 237–55; Andrés Bordalí Salamanca e Iván Hunter Ampuero, *Contencioso Administrativo Ambiental*.

⁶⁴ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-5-2013, de 16 de agosto de 2013, Considerando 25° y ss.

interpretados en la medida que aseguren una participación informada de la comunidad en el proceso de evaluación [...] como un principio de validez central [...]”⁶⁵. En definitiva, el Tribunal acoge la reclamación y establece que el principio de participación, reconocido en el Mensaje de la Ley N° 19.300 y desarrollado en el SEIA, debe primar en la actividad de la administración por sobre la reserva de información, que solo procede de forma excepcional. A mayor abundamiento se cita el Principio 10 de la Declaración de Río 1992⁶⁶, notando de igual manera su falta de efecto vinculante, por lo que, si bien se agrega dicha Declaración a la fundamentación, no se utiliza para aplicar el principio participativo, el cual solo concurriría a resolver el asunto controvertido en cuanto se recoge a través de Instrumentos de Gestión Ambiental de nuestro ordenamiento.

4.1.2. Sentencia Rol R-2-2013, Consorcio Energético Nacional S.A. en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental

En este caso, relativo al proyecto Central de ERNC Tagua Tagua, el Tribunal afirma que el principio preventivo⁶⁷ está reconocido positivamente en nuestro ordenamiento pero que “[...] el principio precautorio no se encuentra recogido explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico; el principio 15 de la Declaración de Río de 1992, que lo contiene, es una norma no vinculante que no puede aplicarse, sin más, de forma directa ante evaluaciones de proyectos concretos”⁶⁸. Continúa el juzgador indicando que, en virtud del principio preventivo, desarrollado en el SEIA, se podría fundar el rechazo de un proyecto concreto, no así en el precautorio, por lo que el Director Ejecutivo solo podría obrar válidamente en tal sentido, resolviendo rechazar la reclamación interpuesta en contra de la resolución. En este fallo, el Tribunal ha establecido el criterio de que la actividad administrativa se ha de conducir y controlar exclusivamente en base a los Principios Jurídicos Ambientales reconocidos y desarrollados explícitamente en nuestro ordenamiento interno, reconociendo la falta de vinculatoriedad de otros principios reconocidos exclusivamente en declaraciones internacionales de *soft law*.

⁶⁵ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-5-2013, Considerando 29°.

⁶⁶ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-5-2013, Considerando 30°.

⁶⁷ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-2-2013, de 1 de octubre de 2013, Considerando 28° y ss.

⁶⁸ Un aspecto de gran interés en el futuro de la jurisprudencia ambiental, será ver el uso que hagan los Tribunales respecto de la Ley N° 20.920, que Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, ya que en su artículo segundo reconoce explícitamente que “[l]os principios que inspiran la presente ley son los siguientes: [...] g) Precautorio: la falta de certeza científica no podrá invocarse para dejar de implementar las medidas necesarias para disminuir el riesgo de daños para el medio ambiente y la salud humana derivado del manejo de residuos.”

4.1.3. Sentencia Rol R-6-2013, Rubén Cruz Pérez y otros en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente

En este caso, relativo al proyecto minero Pascua Lama, el Tribunal declara que, al acoger la legitimación activa de los reclamantes “[...] ha sido coherente con el principio de acceso a la justicia ambiental”⁶⁹. Dicho principio se manifestaría en nuestra legislación mediante la expansión de la legitimación activa ante problemas ambientales, lo que quedaría de manifiesto en el artículo 18 de la Ley N° 20.600, en relación al concepto de área de influencia de la Ley N° 19.300. A continuación, el Tribunal cita el Principio 10 de la Declaración de Río 1992, y la Convención de Aarhus, para delimitar el concepto de Justicia Ambiental como Principio. De esta manera, el Tribunal aplica un Principio Jurídico Ambiental, en la medida que constata su incorporación implícita en normas de nuestro ordenamiento interno, dicho de otro modo, el sentenciador comprende que la aplicación de un Principio Jurídico Ambiental ha de proceder en la medida que tenga un reconocimiento a lo menos implícito en nuestra legislación. Lo anterior pone en duda los límites a la justiciabilidad de los Principios Jurídicos Ambientales, ya que en prácticamente todos los casos podrá construirse una interpretación de las normas que permita tener por reconocido un principio, generando conflictos de aplicación con principios reconocidos explícitamente.

4.1.4. Sentencia Rol R-22-2014, Fernando Dougnac Rodríguez y otros en contra del Ministerio del Medio Ambiente (Decreto Supremo N° 20 de 2013)

En esta sentencia, relativa a la Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable (MP10), el Tribunal indica que “la exigencia de revisión –de a lo menos cada 5 años dispuesta por la Ley N° 19.300– se hizo imposible de cumplir por el excesivo tiempo que tomó el procedimiento, vulnerándose de esta manera el principio de no regresión”⁷⁰. Así, el Tribunal acoge las reclamaciones considerando entre otras argumentaciones, la vulneración del principio de no regresión, el que estaría implícitamente reconocido en la Ley N° 19.300.

Cabe destacar la prevención del Ministro Rafael Asenjo, dentro de la cual se indica que el principio precautorio si bien solo está reconocido explícitamente en la Ley N° 20.657, y en la jurisprudencia, ha de ser el estándar de control del Decreto que establezca o derogue la Norma de Calidad sobre Material Particulado de 10 micrones, ya que si este fue el estándar considerado por la Administración en la promulgación de la norma, ha de ser el mismo estándar el que se aplique para juzgar la debida fundamentación de la derogación o revisión de la Norma con posterioridad. Por otro lado, respecto del principio de no regre-

⁶⁹ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-6-2013, de 3 de marzo de 2014, Considerando 23° y ss.

⁷⁰ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-22-2014, de 16 de diciembre de 2014, Considerando 33°.

sión se plantea que pese a no estar reconocido explícitamente⁷¹, se podría utilizar su espíritu, contenido en diversos Tratados de Libre Comercio (TLC) celebrados por Chile, como el TLC con Canadá y los Estados Unidos de América. Luego el Ministro destaca los principios de la “mejor tecnología disponible” y la “mayor rentabilidad económica y social”, indicando que pese a que ambos principios no están reconocidos legalmente, se han de implementar gradualmente en la gestión pública ambiental de acuerdo al desarrollo del país. Finalmente, señala el Ministro Asenjo, que los principios ambientales serían una “herramienta interpretativa de uso obligatorio”⁷² cuando corresponda, para entre otras cosas lograr una mejor revisión jurisdiccional.

Resulta de particular interés la prevención del Ministro Asenjo, entre otras cosas, en cuanto dictamina que la aplicación de un Principio Jurídico Ambiental no reconocido en nuestra legislación, para el control de la actividad administrativa, procede en ciertas hipótesis. Para el caso en comento la aplicación procederá en el control jurisdiccional del acto administrativo, cuando la Autoridad haya aplicado el principio durante la tramitación del acto que esta misma revise con posterioridad.

4.1.5. Sentencia Rol R-35-2014, Sánchez Pérez Sandra en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (Res. Ex. N° 0373/2013)

En esta sentencia, relativa al proyecto “Mejoramiento integral de la infraestructura ferroviaria tramo Santiago- Rancagua” de EFE, el Tribunal sigue un razonamiento similar al de la causa Rol R-5-2013 –Camino de la Fruta–, ya que acoge la reclamación en contra de la Administración, reiterando el reconocimiento del principio participativo en la legislación nacional e internacional, y afirmando que “[l]a participación de la comunidad en la evaluación de impacto ambiental de los proyectos y/o actividades adquiere [...] el carácter no solo de un principio general sino un requerimiento sustantivo e insustituible cuya facilitación es elevada, a mayor abundamiento, en el artículo 4° de la Ley N° 19.300, a ‘deber del Estado’”⁷³. En definitiva, con esta sentencia se confirma una amplia utilización del Principio 10 de la Declaración de Río 1992 por el Tribunal, como fundamento suficiente de disposiciones legales y reglamentarias internas. No obstante, debido a su carácter de *soft law*, el Tribunal limita el control de la actividad administrativa ambiental en base a las instituciones de derecho interno que desarrollen dicho principio.

⁷¹ Pero sí implícitamente en disposiciones como la obligación de revisar las normas de calidad cada 5 años, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 19.300.

⁷² Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-22-2014, párrafo número 26 de la prevención.

⁷³ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-35-2014, de 18 de febrero de 2016, Considerando 47°.

4.1.6. Sentencia Rol R-86-2015, Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico Cultural de Viña del Mar en contra de la Res. N° 1135-2015 del Comité de Ministros

En esta sentencia, relacionada al Proyecto del Hotel Punta Piqueros, el Tribunal acoge la reclamación interpuesta, fundando parte de su decisión en que el principio participativo y de acceso a la información ambiental habría sido vulnerado al no haberse podido evaluar si las observaciones realizadas fueron debidamente consideradas, ya que no se habría facilitado el acceso a la información del Proyecto a la comunidad. En este sentido el Tribunal discurre en la misma postura⁷⁴ sostenida en las sentencias de las causas roles R-5-2013 (Camino de la Fruta) y R-35-2014 (Mejoramiento ruta ferroviaria Santiago-Rancagua) respecto del principio participativo, relacionándolo a su vez con las dimensiones distributiva y participativa de la Justicia Ambiental. El Tribunal nuevamente recurre al Principio 10 de la Declaración de la Tierra para controlar la actividad administrativa, en la medida que se desarrolla dicho principio en nuestra institucionalidad ambiental.

4.2 Tercer Tribunal Ambiental

4.2.1. Sentencia Rol R-2-2014, Montoya Villarroel Carlos Javier con Superintendencia del Medio Ambiente

En esta sentencia, relativa al Proyecto de loteo Tres Bocas, el Tribunal acoge la reclamación interpuesta en contra de la SMA, reafirmando que “el principio preventivo constituye un elemento clave para la Administración y los involucrados en los procedimientos del sistema de evaluación de impacto ambiental”⁷⁵, por lo que la determinación del impacto y magnitud de los proyectos específicos, es labor del SEIA, y no de la SMA. De tal modo, el juzgador controla la actividad de la Administración en base a la vulneración del principio preventivo, en la medida que dicho principio se desarrolla por el instrumento de gestión ambiental clave de nuestra Institucionalidad: el SEIA.

4.2.2. Sentencia Rol R-25-2016, Corporación para el desarrollo de la Región de Los Ríos con Ministerio del Medio Ambiente

En esta sentencia, relativa al Decreto Supremo N° 1/2015 del Ministerio del Medio Ambiente, el cual establecía la Norma Secundaria de Calidad Ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del río Valdivia, el Tribunal acoge la reclamación interpuesta ordenando anular dicho Decreto debido a ciertas deficiencias, rela-

⁷⁴ Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-86-2015, de 27 de octubre de 2016, Considerando 15° y ss.

⁷⁵ Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-2-2014, de 30 de mayo de 2014, Considerando 93°.

tivas principalmente al Análisis General de Impacto Económico y Social (AGIES). Para justificar dicha decisión el Tribunal desarrolla entre otras argumentaciones el análisis técnico-económico y la evaluación costo-beneficio y costo-efectividad en los Principios 10 y 15 de la Declaración de Río 1992⁷⁶, lo que sería consistente con la legislación nacional. Más adelante desarrolla el principio de eficiencia y el principio de gradualidad⁷⁷, citando el mensaje presidencial de la Ley N° 19.300 y luego como se incorporan en los artículos 32, 40 y 47 de la misma Ley, a propósito de los Informes de Impacto Económico y Social. Finalmente se refiere al principio participativo y su manifestación en la Ley N° 19.300 y en el procedimiento de elaboración de las Normas de Calidad, rechazando las alegaciones de su vulneración. En definitiva, el Tribunal anula el Decreto, controlando la actividad de la Administración sobre la base de Principios Jurídicos Ambientales desarrollados directamente en normas aplicables al caso en disputa.

Esta es tal vez, la sentencia donde más Principios Jurídicos Ambientales se han utilizado para controlar la actividad de la Administración ambiental. No obstante, el recurso a los principios en la función de adjudicación del caso concreto, se manifiesta nuevamente de forma secundaria, con el fin de enriquecer el ejercicio argumentativo del fallo, sin constituir por sí mismos la base de la decisión. Con todo, lo notable de este fallo es que la mención de principios se funda en expresos artículos de la Ley N° 19.300, lo cual corrobora la tesis de que los principios se manifiestan en dicho articulado.

4.2.3. Sentencia Rol R-30-2016, José Horacio Cayún Quiroz con Comité de Ministros

En esta sentencia, relativa al Proyecto Central Hidroeléctrica de Pasada Mediterraneo, el Tribunal acoge la reclamación y rechaza una de las alegaciones del Comité de Ministros fundado en que de acuerdo al principio preventivo “[...] son los servicios públicos quienes deben velar porque se impidan o minimicen efectos significativamente adversos para el medio ambiente en los proyectos evaluados (art. 8° inc. 1° CPR, art. 4° inc. 2° LBGMA)”⁷⁸, por lo tanto “[...] contraría este principio el sostener, como lo hace el Comité de Ministros en su Informe, que sería infundada una observación si un ciudadano –que hizo observaciones durante la etapa de participación pertinente– no fue preciso(a) ni en qué parte o acción un proyecto produciría un impacto ambiental significativo respecto de la comunidad [...]”⁷⁹. Es destacable cómo el Tribunal nuevamente controla la actividad de la Administración en base a un Principio Jurídico Ambiental, solo en la medida que se encuentra

⁷⁶ Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-25-2016, de 29 de Septiembre de 2016, Considerando 17°.

⁷⁷ Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-25-2016, Considerando 21° y ss.

⁷⁸ Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-30-2016, de 17 de noviembre de 2016, Considerando 68°.

⁷⁹ Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-30-2016.

incorporado en normas de nuestro ordenamiento, y desde las limitaciones que reviste dicho reconocimiento.

De la revisión efectuada se puede desprender que los Tribunales Ambientales han establecido el criterio de que la actividad Administrativa se ha de conducir y controlar exclusivamente en base a los Principios Jurídicos Ambientales reconocidos y desarrollados en nuestro ordenamiento interno, relevando la falta de efecto vinculante de principios reconocidos exclusivamente en declaraciones internacionales del *soft law*. De esta manera los Tribunales aplicarán un Principio Jurídico Ambiental en el ejercicio de adjudicación, en la medida que constaten su incorporación en normas de nuestro ordenamiento interno, ya sea a través de un reconocimiento explícito o implícito.

El recurso a los principios en la función de adjudicación del caso concreto se manifiesta constantemente de forma secundaria, con el fin de enriquecer el ejercicio argumentativo del fallo, mas no con la intención de resolver de forma principal y exclusiva el asunto controvertido, lo que se puede atribuir esencialmente al abundante entramado normativo vigente en nuestro ordenamiento. Por otro lado, se constata una amplia utilización del Principio 10 de la Declaración de Río 1992 por los Tribunales Ambientales, no obstante debido a su carácter de *soft law*. Los Tribunales limitan el control de la actividad administrativa ambiental en base a las instituciones de derecho interno que desarrollen dicho principio.

Destaca la prevención del Ministro Asenjo en la Sentencia Rol R-22-2014, en cuanto dictamina que la aplicación de un Principio Jurídico Ambiental no reconocido en nuestra legislación procederá en el control jurisdiccional del acto administrativo, cuando la Administración haya aplicado dicho principio durante la tramitación del acto que esta misma revise con posterioridad. De esta manera, la opinión del Ministro establece un nuevo criterio de aplicación de principios jurídicos ambientales en el proceso de adjudicación del caso en controversia, lo que otorga una mayor flexibilidad a la aplicación de principios en base a una especie de principio de congruencia. Empero el carácter no vinculante de los actos preparatorios de un acto administrativo, es importante destacar cómo el sentenciador ha buscado justificar debidamente la aplicación de principios en los casos en que exista indeterminación. En este sentido recordamos que, dentro de los criterios de solución de aplicación de principios, estas declaraciones de la Administración que reconozcan nuevos principios jurídicos en los actos preparatorios del acto administrativo, solo tendrán valor en la medida que no pugnen con Principios Jurídicos Ambientales reconocidos explícita o implícitamente en instrumentos vinculantes, como por ejemplo normas vigentes de nuestra legislación.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anteriormente señalado, se constata una correcta interpretación del significado y sentido de los distintos Principios Ambientales por parte de los Tribunales Ambientales, situación que contrasta con algunas menciones que la Corte Suprema ha hecho de determinados Principios Ambientales, por ejemplo, los principios

preventivo y precautorio, en los que ha confundido su aplicación⁸⁰. Con todo, resulta de importancia observar de cerca la forma cómo los Tribunales Ambientales seguirán aplicando los Principios Ambientales en sus sentencias, y cómo ello debiera influir en las sentencias de la Corte Suprema.

5. Conclusiones

El control de los actos arbitrarios de la Administración en temas ambientales se vincula directamente con el respeto al principio de la división de poderes en un Estado democrático. Al reconocer la posibilidad a los ciudadanos de poder accionar en contra de la actuación administrativa para obtener el reconocimiento y/o constitución de sus derechos, se genera lo que caracterizamos hoy en día como el contencioso-administrativo. En nuestra institucionalidad, el control jurisdiccional de la actividad Administrativa ambiental se ha visto acentuado con la creación de los Tribunales Ambientales, cuyas competencias, esencialmente de carácter contencioso-administrativo –en específico de nulidad o impugnación– concentran el grueso del control jurisdiccional en esta rama del derecho.

Dentro del ejercicio de la función jurisdiccional de los Tribunales Ambientales, se dan supuestos de aplicación y de creación del Derecho, especialmente en los casos de indeterminación, donde, por diversas razones, las leyes –o reglas– no son suficientes para resolver el asunto controvertido. En el proceso de adjudicación de estos casos de indeterminación, el juez efectúa una necesaria creación o construcción normativa para resolver el caso concreto, que deberá circunscribirse –siguiendo a Dworkin– a los principios jurídicos, de manera que no exista discrecionalidad ilimitada en la decisión del asunto controvertido.

Siguiendo a De Sadeleer, el rol de los Principios del Derecho Ambiental es fundamentalmente directivo, representando una fase intermedia entre el Derecho moderno y el posmoderno, el cual enfatizaría la naturaleza pragmática, gradual, inestable y reversible de las normas. En este sentido, dicha delimitación flexible y directiva de los principios jurídicos ha de importar su aplicación en la adjudicación que efectúe el juez en el caso concreto. Así, en los casos difíciles o de indeterminación, donde no sea posible determinar la norma aplicable, el juez deberá acudir a los Principios Jurídicos Ambientales, lo cual coincide con el inciso 2° del artículo 76 de la Constitución que previene a los Tribunales que no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

Algunas de las problemáticas más importantes en la aplicación de Principios Ambientales en el proceso de adjudicación que llevan a cabo los Tribunales Ambientales son las que siguen: ¿Cuándo y cómo hay que aplicar un principio? Y de inmediato ¿Cuál principio? La labor de los jueces en el proceso de adjudicación debiera tener por objeto diluci-

⁸⁰ Por ejemplo, en los casos Corte Suprema, Rol N° 2463-2012, de 11 de mayo de 2012 y Corte Suprema, Rol N° 2138-2012, de 27 de julio de 2012.

dar cómo, en la aplicación e implementación de los Instrumentos de Gestión Ambiental y de los mecanismos de tutela, han sido debidamente aplicados los Principios Ambientales frente a una situación de indeterminación y en que debiera subyacer el principio de la sustentabilidad, esto es, de la gestión ambiental y de la primacía de la persona, de acuerdo a lo establecido en el Principio N° 1 de la Declaración de la Tierra y que es la gran inspiración de la Ley N° 19.300, de conformidad al espíritu del Mensaje y de la propia Ley. En consecuencia, la actividad Administrativa deberá regirse primordialmente por los instrumentos y mecanismos de tutela establecidos en la ley, a la luz de los principios que posibilitaron su consagración legal.

Efectuada una cabal revisión de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales a la fecha, en el control de la actividad Administrativa, es posible verificar una escasa aplicación de los Principios Jurídicos Ambientales. En este sentido las contadas ocasiones en que se recurre a principios es generalmente para reforzar argumentativamente decisiones ya adoptadas en base a normas vigentes de nuestro ordenamiento interno.

Las hipótesis de aplicación de Principios Jurídicos Ambientales, se dan siempre en base a normas del Derecho interno que previamente los hayan reconocido, de manera que no se aplican directamente principios contenidos en disposiciones del Derecho Internacional contenidas en instrumentos no vinculantes, como las Declaraciones de la Cumbre de la Tierra o Río +20. Bajo este criterio la noción de reconocimiento de un principio jurídico en nuestro ordenamiento, y que sigue nuestra jurisprudencia, es un reconocimiento expreso o implícito.

A través de las sentencias comentadas, es posible identificar la introducción de nuevos criterios en la aplicación de Principios Jurídicos Ambientales, a saber: reconocimiento implícito de los principios en la legislación interna, y; control jurisdiccional del acto administrativo en base a principios no reconocidos positivamente en nuestra legislación, pero aplicados por la autoridad en la creación del acto.

A la fecha, tanto el Segundo como el Tercer Tribunal Ambiental han seguido una línea jurisprudencial similar en la aplicación de principios durante el control jurisdiccional de la actividad Administrativa. Habrá que esperar el transcurso de un mayor tiempo de funcionamiento de estos Tribunales, lo que considera los pronunciamientos del Primer Tribunal Ambiental, para dilucidar la resolución de las problemáticas enunciadas en esta ponencia a través de tendencias más claras.

Bibliografía

- Aarnio, Aulis. «Reglas y principios en el razonamiento jurídico». *Anuario da Facultade de Dereito, Universidad de Coruña* 4, (2000): 503–602.
- Astorga Jorquera, Eduardo. *Derecho Ambiental chileno. Parte general*. Cuarta Edición. Santiago: Abeledo Perrot Chile, 2014.
- Barak, Aharon. «El rol de la Corte Suprema en una democracia». *Ius et Veritas (Perú)* 26 (2003): 108–14.

- Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Tercera Edición Actualizada. Santiago, Chile.: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014.
- Bermúdez Soto, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Segunda. Valparaíso, Chile.: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.
- Bermúdez Soto, Jorge, y Dominique Hervé Espejo. «La Jurisprudencia Ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas». En *Anuario de Derecho Público 2016*, Universidad Diego Portales, 237–255. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2016.
- Bordalí Salamanca, Andrés, y Iván Hunter Ampuero. *Contencioso Administrativo Ambiental*. Santiago: Librotecnia, 2017.
- Cafferatta, Néstor. «Los Principios del Derecho Ambiental». *Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental*, 2009.
- Carrasco Quiroga, Edesio. «Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales (2013 – 2015)». En *Anuario de Derecho Público 2016*, 283–316. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2016.
- Colombo Campbell, Juan. «La jurisdicción en el Derecho Chileno». *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 8, N° 8 (Enero de 1968). <https://revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407>.
- Cordero Vega, Luis. *El control de la Administración del Estado*. Segunda Edición. Santiago: Legal Publishing Chile, 2009.
- Cordero Vega, Luis. *Jurisprudencia Ambiental: Casos Destacados*. Segunda Edición. Chile: Legalpublishing, 2013.
- Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Segunda Edición. Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Segunda Edición, Traducción de M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.
- Errazuriz, Juan Manuel, y Jorge Miguel Otero. *Aspectos procesales del recurso de protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- Ferrada Borquéz, Juan Carlos. «Los Tribunales que Ejercen Justicia Administrativa en el Derecho Chileno». En *Litigación Pública*, 570. Santiago: Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2011.
- Ferrajoli, Luigi. «Pasado y futuro del Estado de Derecho». *Revista Internacional de Filosofía Política* 17, (2001): 31–45.
- Figuroa Q., María Angélica. «Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad». *Revista de Estudios Historico-Juridicos* 18, (1996): 187-196.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Primera edición peruana. Versión latinoamericana en base a la duodécima versión Palestra-Temis 2006. Vol. I, II y III. Lima: Palestra - Temis, 2011.
- Guzmán Rosen, Rodrigo. *La Regulación Constitucional del Medio Ambiente en Chile. Aspectos Sustantivos y Adjetivos*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.
- Habermas, Jürgen. «El Estado democrático de derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?». *Anuario de derechos humanos, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense* 2, (2001): 435–458.
- Hervé Espejo, Dominique. *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.
- Juste Ruiz, José. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

- Juste Ruiz, José, y Mireya Castillo Daudí. *La Protección del Medio Ambiente en el Ámbito Internacional y en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Lago Candeira, Alejandro. «Principios Generales de Derecho Ambiental». En *Diccionario de Derecho Ambiental*, Dirigido por Blanca Lozano Cutanda y Enrique Alonzo García. Madrid: Iustel, 2006.
- Martínez Benavides, Patricio. «El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional». *Revista Chilena de Derecho* 39, N° 1 (2012): 113–147.
- Montenegro Arriagada, Sergio, Dominique Hervé Espejo, y Valentina Durán Medina. *Los tratados ambientales : principios y aplicación en Chile*. Santiago: CONAMA, 2001.
- Moraga Sariego, Pilar. «Los principios del Derecho Ambiental según la jurisprudencia nacional». *Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema (Informes Académicos)*, 2015. http://decs.pjud.cl/Documentos/Academicos/Jurisprudencia_Principios_Derecho_Ambiental_Pilar_Moraga.pdf.
- Peña Chacón, Mario. *El principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano*. San José de Costa Rica: PNUD, 2013. http://www.aida-america.org/sites/default/files/Doc_CR_Principio_No_Regresi%C3%B3n_Ambiental.pdf.
- Peña Chacón, Mario. «Hacia una Nueva Hermenéutica Ambiental». *Justicia Ambiental* 6, (2014): 197–227.
- Pérez, Marta. «Aplicación y Creación del Derecho. El rol del Juez ante un nuevo Paradigma». *Revista Jurídica (Argentina)* 8 (2004): 285–92.
- Pierry Arrau, Pedro. «Las Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX». *Revista de Derecho (Valparaíso)* XXIII, (2002): 377–404.
- Poklepovic, Iván. «Compatibilidad del recurso de protección ambiental con la competencia del Tribunal Ambiental en el contencioso-administrativo del sistema de evaluación de impacto ambiental». En *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*. Editado por Jorge Aranda, et. al., 503–520. Universidad de Chile: Thomson Reuters, 2012.
- Sadeleer, Nicolas de. *Environmental Principles: from political slogans to legal rules*. Reimpresión 2008. Oxford University Press, 2002.
- Sands, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. Tercera Edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo: Temas fundamentales*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2009.
- Taruffo, Michele. «Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica». *Isonomía* 22 (2005): 9–18.
- Urrutia Silva, Osvaldo. «Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y derecho internacional del medio ambiente». *Revista de Derecho (Valparaíso)* 40 (2013): 475–507.
- Vergara Blanco, Alejandro. «Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial». *Temas de Agenda Pública (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, 2015.
- Zúñiga Urbina, Francisco. «A propósito de la ‘agonía’ o ‘muerte’ del recurso de protección ambiental». *Revista de Derecho (Escuela de Postgrado)* 7 (2015): 15–42.

Jurisprudencia

Corte Suprema. Rol N° 2463-2012. 11 de mayo de 2012.
Corte Suprema, Rol N° 2138-2012. 27 de julio de 2012.
Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-2-2013. 1 de octubre de 2013
Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-5-2013. 16 de agosto 2013.
Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-6-2013. 3 de marzo de 2014.
Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-22-2014. 16 de diciembre de 2014.
Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-35-2014. 18 de febrero de 2016.
Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-86-2015. 27 de octubre de 2016.
Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-2-2014. 30 de mayo de 2014.
Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-25-2016. 29 de septiembre de 2016.
Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-30-2016. 17 de noviembre de 2016.

Recibido: 7 de septiembre de 2017.

Aceptado: 27 de diciembre de 2017.

Filiación institucional de los autores:

Ricardo Irarrázabal, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
Sebastián Luengo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.