

Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*

Jorge Luis Varela Del Solar

Director Académico Post-Título en Derecho Ambiental

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Resumen: El presente trabajo aborda doctrinaria y fundadamente al Derecho Ambiental como parte integrante del Derecho Público, tanto en su dimensión material como formal, adscrita a una evolución jurídica aplicable a esta disciplina.

* * *

Comentarios introductorios

Para muchos de los comentarios y explicaciones con que acá se fundamenta la tesis de este artículo, se han utilizado los casos de El Salvador y Chile. El primer país, por cuanto se trata de una nación centroamericana con una muy temprana sensibilidad en su normativa ambiental. En efecto, en tal país comenzó un serio trabajo legislativo, en la materia, hacia mediados de la década de los noventa, desde la misma base de la ley ambiental, la que fuera fundada sólidamente en una política y una estrategia ambientales coherentes e integrales.

Habiendo el autor de estas líneas asesorado desde su primer momento a El Salvador en tales esfuerzos, país que contó con una importante colaboración, tanto técnica como monetaria, de los Estados Unidos y de países de Europa, para los cometidos antes mencionados, puede decirse, sin temor a errar, que dicha nación mesoamericana fue aquella que tuvo (solo después de México), la primera legislación integral (ecológica y ambiental) en materia de desarrollo sustentable y amparo y rescate de su deteriorado capital natural.

Ello ocurrió, como debe necesariamente serlo, precedido de una estrategia y de una política ambiental nacional, en la que la ley y sus reglamentos se basaron. Además, institucionalmente, se crearon los Vice-Ministerios del Ministerio del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (MARN), los que se denominaron, de Medio Ambiente y de Recursos Naturales, respectivamente, denotando claramente la diferencia entre las políticas de recursos naturales y las de protección ambiental, en tanto las primeras son de acción y las segundas, de omisión.

* Este texto es una versión complementada y actualizada de la publicación "El Derecho Público como Instrumento de la Política Ambiental y como Componente de la Naturaleza Jurídica del Derecho Ambiental", de Jorge Luis Varela, para su curso de "Latin American Environmental Law and Policy", Tulane University Law School Journal (enero-abril 2001).

El Salvador, más aún, como país pionero en materia de reforma ambiental legislativa, con visión integral u holística, en la América Central (insistimos en que solamente después de la Ley General del Ambiente y el Equilibrio Ecológico de México), aún hoy continúa innovando en su transformación legislativa, en el ámbito ecológico (y en el ambiental, también y separadamente), por virtud de lo cual se incorporan instituciones y elementos novedosos y desafiantes del derecho ambiental internacional (y del derecho ambiental comparado)¹.

Un ejemplo de ello es que El Salvador es el primer país de América Latina² donde ya hacia finales de la década del 90 se incorpora la institución de la evaluación ambiental estratégica, como instrumento básico de política pública. Esta es una institución extrapolada de la legislación ambiental de Alemania y de la USEPA de los Estados Unidos, donde todas las acciones gubernamentales federales (no estatales) que puedan tener un impacto adverso significativo en el medio ambiente humano, han de ser previamente analizadas, en un proceso de control político-técnico.

Varias décadas más tarde, éste recién viene legalmente a incorporarse en Chile, a través de la Ley 20.417, de 26 de enero de 2010³. Ella es un instrumento esencial no solamente de la política pública, en materia ambiental, sino que de la economía ecológica de mercado. Nuestro país incorpora este instrumento, con al menos veinte años de retraso respecto de las economías de grado análogo de crecimiento a la suya⁴.

¹ En su Ley del Medio Ambiente, de 4 de mayo de 1998, El Salvador incorpora los principios básicos de la política del medio ambiente, lo cual es previo y fundamental para tener ley y ejecutarla; crea un sistema de gestión nacional del medio ambiente o de gestión ambiental nacional, lo cual incluye la evaluación ambiental estratégica, como su más relevante instrumento; directamente derivado de lo anterior, incorpora la dimensión ambiental, como parte de los planes de desarrollo y del ordenamiento del territorio; crea las auditorías de evaluación ambiental y la fianza de cumplimiento ambiental; consagra canales amplios y diversos de consulta pública en los estudios de impacto ambiental; divide la ley en dos secciones separadas (como ha de ser), la ecología o recursos naturales y el medio ambiente, creando dos sub-ministerios en la materia, con instrumentos diferentes; establece programas de prevención y control de la contaminación; crea instrumentos para las contingencias, las emergencias y los desastres ambientales; finalmente, crea un capítulo sobre las responsabilidades administrativa, civil y penal, donde se contemplan, entre otras cosas, procedimientos administrativos sancionatorios. En enero de 2000 se promulga el Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente, que complementa dicha Ley con los instrumentos de ejecución de las instituciones creadas por la norma básica.

² Los países de la América Central, especialmente El Salvador y Panamá, han siempre estado a la cabeza de los avances en materia de establecimiento y ejecución de legislación y política ambientales (en el contexto de América Latina), dado que éstos han calificado y califican como recipientes de asistencia técnica internacional, por parte de las instituciones técnico-financieras (Banco Mundial, BID, USAID, GTZ, de gobiernos de Holanda, Suecia y otras instituciones), a diferencia de otros países, como Chile, Argentina y Uruguay, que observan un atraso mucho mayor en tales áreas, debido a que por su mayor ingreso per cápita no han podido, desde mediados de la década de los noventa (con excepción de ciertos proyectos específicos), acceder a asistencia constante, por parte de tales organizaciones, en las materias señaladas. Este es el motivo por el cual Mesoamérica tiene un grado de avance mayor, en materia ambiental y cuidado de sus recursos naturales, que Chile, Argentina y Uruguay, por ejemplo.

³ Artículo 7 bis de la Ley 20.247 de 26 de enero de 2010.

⁴ Lo hace 40 años más tarde que los Estados Unidos (USNEPA de, 1970).

Ahora bien, es imprescindible para todo país que se encuentra en un decidido proceso de modificación, ajuste y afianzamiento de su legislación ambiental global (como los Estados latinoamericanos, en la etapa en que, con mayor o menor grado de desarrollo, se hallan) el tener una noción clara del significado y del alcance de las instituciones jurídico-políticas básicas, que informan estos procesos reformables, así como de las normas en sí que se pretende ejecutar.

De lo anterior se desprende que es siempre un ejercicio conveniente el análisis y la revisión del "estado ambiental" de los países de la región. Debe conocerse desde dónde y hacia dónde transitan estos países, en su búsqueda de un equilibrio jurídico-político, en los marcos ambiental, ecológico y de desarrollo sustentable⁵.

Una de las evidencias más fuertes para aquellos que han consagrado su vida profesional al ejercicio del derecho ambiental o la política ambiental es comprobar que aquellos países de la región que han generado y ejecutado sistemas preventivos y de gestión ambiental han tenido mucho más éxito que aquellos que han impuesto un sistema correctivo, de comando y control, el que es más oneroso para las empresas (pues las somete a las normas de las responsabilidades legal y extracontractual) y perpetúa el vicio cíclico de la contaminación y de las penas y multas.

Otra situación que resulta inevitablemente evidente es comprobar que la confusión conceptual conduce a graves errores de aplicación de las instituciones ambientales, y, en último término, a la ineficacia (y eventual ineficiencia, según se explicará más adelante) del sistema normativo ambiental, en general.

Existe actualmente mucha práctica forzada en el ámbito del ejercicio en las áreas ambientales y poca capacidad de teorización o fundamentación de la normativa, lo cual exhibe el ángulo positivo de ser un producto de la "praxis" (sistema inductivo de generación de la normativa) más un aspecto deficitario, que es la fragilidad del sustento de la norma.

Ello estriba en que se hace más conflictivo identificar la transparencia y la legitimidad de las prácticas que implementan las normas ambientales, lo cual, a su vez, conlleva a una mayor dificultad de detectar anticipadamente los problemas de inadecuación entre las políticas y las normas, por una parte, y la realidad en la que se intenta aplicar aquéllas, por otra. El descrito es un fenómeno muy común en la aplicación de la normativa y las políticas ambientales.

⁵ Lo cual incluye, en el ámbito público, la transparencia de la administración y un sistema nacional de evaluación ambiental estratégica, y, en el ámbito privado, la aplicación integral de la normativa sobre responsabilidad social empresarial.

Esta publicación original, en la Universidad de Tulane (New Orleans, Louisiana) ha sido, en efecto, una derivación directa de informes elaborados por el autor para países en el proceso del desarrollo de su legislación ambiental, así como en las fases de procesos de capacitación a asesores jurídicos y fiscalizadores ambientales de los ministerios y comisiones del medio ambiente de la región.

Por lo antes mencionado, se ha llegado a la conclusión empírica de que el conocimiento del lugar que el derecho y la política ambientales ocupan en el derecho, en general, y de la naturaleza jurídica del derecho ambiental, constituyen una etapa previa a la necesaria armonización de los textos legales ambientales. Es una deficiente política legislativa intentar conciliar normativas ambientales que simplemente no pueden armonizarse, pues es una receta segura para el fracaso de la aplicación de políticas públicas.

De esto, está lleno de ejemplos en los países que no tienen éxito en la ejecución de sus planes ambientales (especialmente en aquellos de descontaminación).

1. Nociones fundamentales sobre derecho público y política ambiental

El concepto de derecho público, inexistente como tal en los Estados Unidos, debido a la interpretación expansiva de su Constitución Federal, ha típicamente emanado del derecho europeo continental (romano-franco-germánico), en su origen y uso, y de allí que sea una piedra medular en la cultura jurídica hispanoamericana, primero, y latinoamericana, luego. En los Estados Unidos, lo que más se parece al concepto de derecho público es el denominado derecho municipal y el derecho público (en el concepto norteamericano) es identificado como el derecho codificado o estatutario⁶.

Como se sabe, el derecho público es el invento del constitucionalismo racionalista para limitar los poderes del Estado y es, por ello, aquel que rige y modifica las relaciones entre los gobernantes o Estado Gobierno (detentadores del poder) y los gobernados o Estado-Nación (mandantes destinatarios del poder)⁷.

⁶ Derecho codificado en el derecho norteamericano es la mera recopilación o repertorio de leyes (estatutos, como se les denomina en Estados Unidos) y no tiene relación alguna con el concepto francés de la codificación o sistematicidad temática de un área del derecho, en forma lógica, coherente y consistente. Este es un concepto derivado del iluminismo racionalista cartesiano y kantiano. El código en los Estados Unidos es una noción pragmática, derivada del proceso de "judicial review" y del "case law and statutory law analysis", como normas supletorias del derecho.

⁷ Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, "La Constitución como Dispositivo de Control de Poder", pp. 149-231, Barcelona, 1989, Ariel Derecho, Barcelona.

Las acciones del derecho público están limitadas o dosificadas por una máxima que carece de excepciones en un verdadero Estado de Derecho (tanto por la administración centralizada como por aquella descentralizada). Solamente aquello que está expresamente autorizado por ley es legítimo.

Esta máxima del derecho público es ocasionalmente quebrada por instituciones locales y municipales, en el ámbito de la protección ambiental, las que históricamente han ejercido el poder administrativo de autoridad, con carácter discrecional, no obstante que sus actos administrativos son reglados y estrictos⁸.

Por contraste, en el derecho privado (naturaleza excepcional del derecho ambiental, en lo que a los contratos ambientales se refiere)⁹, rige plenamente la ley de las partes y de su autonomía. Esta modalidad de acción ha venido, en todos los ámbitos del derecho, a complementarse también por cláusulas arbitrales ad hoc, que son fuente obligatoria para las partes que contratan en estos términos y se someten a legislaciones sustantiva y procesal especiales.

El concepto clave de divorcio entre un segmento del derecho y otro se encuentra expresamente contemplado en la parte declarativa de al menos nueve Constituciones del hemisferio interamericano, en términos tales como “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”.

La primera parte del aforismo anterior, eso sí, aun cuando se trata de un derrotero fundamental de hermenéutica constitucional, no es aplicable en algunas de las instituciones contemporáneas del derecho ambiental, en que para que opere un reconocimiento, un bono o una certificación, es necesario demostrar que ha habido adicionalidad; esto es, que la conducta observada, de cumplimiento ecológico o de desarrollo sostenible (legal, científico y económico), vaya más allá del mínimo estándar exigido por la ley ambiental¹⁰.

⁸ En el caso chileno, la arbitrariedad o discrecionalidad en la cosa pública ya es y debe ser algo del pasado, desde la promulgación de la Ley N° 20.285 (de 2008), Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso de Información de la Administración el Estado.

⁹ Entre otros tipos de contratos, únicos del derecho ambiental, existen aquellos denominados contratos CRADA (cooperative research and development agreement) que son los instrumentos jurídicos que el derecho ambiental comparado ha diseñado para armonizar los intereses (justa distribución de beneficios compartidos) de las partes en las transacciones, en que ambas deben obtener frutos que se deriven directamente de la utilización y explotación comercial de los recursos genéticos (material biológico que contiene información hereditaria, necesaria para la vida) y de la diversidad biológica de un país. Los contratos CRADA benefician directamente a las comunidades locales o países que son dueños de los recursos y también regulan beneficiosamente a industrias tales como farmacéutica, medicina botánica, horticultura, biotecnología y de cosméticos, entre otras.

¹⁰ La adicionalidad es un elemento esencial de la responsabilidad social corporativa (RSE), la cual reviste componentes o dimensiones legal, técnica y económica. No es suficiente con el mero cumplimiento de la ley ambiental.

Ahora bien, en todo trabajo realizado por los agentes del Estado en el diseño, origen, implementación, interpretación limitada, fiscalización y ejecución del sistema global de derecho y política ambientales, prevalecen las normas del derecho público. En este punto debe hacerse una nueva distinción, sin embargo. El derecho público es la norma rectora del derecho ambiental procedimental o procesal, que es el área donde los aplicadores y fiscalizadores (*enforcement agents*) de las normas ambientales y reglamentarias ejercen. Ello es válido tanto para el área nacional como para los fiscalizadores y aplicadores de la normativa ambiental, en el área local o comunal.

Es allí donde solamente deben aplicarse las normas estrictísimas y restrictivas del derecho público, donde la arbitrariedad y la discrecionalidad se confunden. Ella ha de reducirse a una mínima expresión, en todas y solo aquellas funciones en que las actividades funcionarias y cotidianas de la burocracia ambiental así lo permitan.

Lo anterior está prácticamente restringido a las actividades que guardan relación con el otorgamiento de permisos ambientales y aquellos de tramitación y aprobación de estudios y declaraciones de impacto ambiental. No sabemos aún la forma en que este sistema se irá a presentar en el contexto de la nueva institucionalidad, cuando la autoridad autorizante del título ambiental (resolución de calificación ambiental) sea el Servicio de Evaluación Ambiental¹¹. Esperamos que su función esté estrictamente sometida a las normas del derecho público, en beneficio de los titulares constitucionales del título ambiental, sin espacio alguna a la discrecionalidad.

Por contraste, la interpretación amplia o expansiva, donde no solo puede, sino que debe haber cabida para efectos de flexibilidad, de elasticidad para el conocimiento científico y de crecimiento y acomodo normativos es el área del derecho ambiental sustantivo, por excelencia. De ello se deduce que deben tenerse particularmente claros los criterios sobre cuándo se está en uno u otro ámbito (procesal y sustantivo). Principios radicalmente opuestos operan, como marcos de acción, en uno u otro caso.

En la etapa en que muchos países de la región se encuentran en el presente, en lo que compete a la labor de los entes gubernamentales encargados de la instalación, aplicación y ejecución del sistema normativo de protección ambiental¹², siempre han de primar los principios rectores del derecho público, para garantizar los derechos constitucionales de los habitantes y para que los actos

¹¹ Artículo 1 letra "d" de la Ley 20.417 (de enero de 2010), sobre modificaciones a la Ley de Bases del Medio Ambiente.

¹² En especial, en países como el Uruguay, Perú, Panamá y Chile, que se encuentran reforzando o renovando su institucionalidad ambiental.

administrativos reglados de la autoridad ambiental sea restrictivos, estrictos, y no discrecionales.

En el mundo del derecho público ambiental procesal¹³ es imperativo alcanzar unificación o univocidad de criterios, especialmente cuando son múltiples las autoridades intervinientes en las gestiones sometidas, en un proceso u otro, a autorizaciones de la autoridad ambiental. Cuando los procedimientos carecen de uniformidad y cuando existen hoyos negros de discrecionalidad, en la interpretación y en la aplicación de la norma procesal ambiental, no solamente se vulnera (por parte de la administración) el principio rector de transparencia de los actos públicos administrativos, sino que se violan derechos constitucionales fundamentales, tales como el de la igualdad y aquellos amparados por el orden público económico¹⁴.

Ahora bien, siempre en el contexto de las acciones en el pleno ejercicio de la soberanía del Estado, la política ambiental, por su parte, consiste en el balance adecuado de principios, directrices e instrumentos emanados del Estado-Nación (a través de sus mandatarios, los agentes del Estado-Gobierno, que son sus ejecutores) destinado a la ejecución global y cabal de programas de protección ambiental, de conservación y restauración o rescate¹⁵.

No obstante el concepto holístico anterior, la política ambiental –por la misma naturaleza de los múltiples instrumentos (jurídicos y extrajurídicos) de que dispone– debe encontrarse orientada prioritariamente a los programas anticipatorios o de prevención de las actividades contaminantes o que causan desequilibrio o distorsiones graves en el real crecimiento económico de un país, por ser esencialmente insustentables¹⁶.

Existe hoy una demostración disponible, con pruebas tangibles o numéricas (aplicable para países altamente industrializados y para aquellos en franca vía al desarrollo) en cuanto a que las naciones que han enfatizado en los instrumentos preventivos de la contaminación y de la política ambiental¹⁷ y en un sistema efectivo de implantación de las mejores y más adecuadas prácticas de gestión ambiental¹⁸, se encuentran en un estado óptimo de protección de sus recursos

¹³ Como lo son, de manera ejemplar, la concesión de permisos sectoriales, la aplicación de multas, la iniciación de sumarios, por parte de autoridades competentes o los rigurosos procedimientos destinados a la aprobación final de un proyecto u obra, a través de la resolución de calificación ambiental.

¹⁴ Artículo 19, números 2, 3 y 21 de la Constitución chilena.

¹⁵ Rescate es el término que utiliza la legislación ambiental de los países de la América Central. En su caso ha sido literalmente así (mayor mérito aún) luego de que sus recursos naturales han sufrido degradación severa, luego de guerras civiles nacionales, en el siglo XX.

¹⁶ Aquellas que depredan, insosteniblemente, el capital natural.

¹⁷ Tales como Pollution Prevention Strategies e Industrial Ecology

¹⁸ Tales como Best Management Practices y Best Available and Practicable Technologies.

naturales, de amparo duradero del medio ambiente (reducción de la tasa de contaminación, por vertimiento y por emisiones) y de crecimiento económico con sustentabilidad y solidez¹⁹. Los instrumentos jurídicos ambientales modernos, asimismo, deben fortalecer tal proceso y no obstaculizarlo.

En suma, el desarrollo equilibrado de una política nacional ambiental es imposible de obtener si los instrumentos y la estructura de la misma han sido diseñados sin ser complementados y debidamente ejecutados, por un marco jurídico ambiental coherente e integral.

Contrariamente, aquellos países que han elaborado legislación o normativa ambiental (especialmente durante la década del 90), sin haberla fundado previamente en una política o estrategia ambiental nacional, jamás han podido lograr una consistencia y efectividad en la aplicación de las leyes ambientales. Más aún, en la ejecución de éstas existe la inevitable tendencia a vulnerar el orden del derecho público, a través de la dispersión normativa, de la falta de uniformidad de los actos administrativos y de los actos discrecionales, convertidos en práctica consuetudinaria.

Es imposible concebir un sistema eficiente de protección ambiental (en instrumentos normativos y de política pública) si la estructura de la política ambiental nacional no tiene cabida en el armazón institucional del país y si no cuenta ésta con un financiamiento y un equipamiento (humano y material) adecuados. En suma, el diseño de la protección de los recursos naturales y de la política preventiva de la contaminación, debe estar dotado de un balance sostenible entre política y derecho; entre estrategias de prevención y vehículos de reparación²⁰.

Asistimos hoy en la región interamericana al fenómeno que muchos de los instrumentos jurídicos existentes (en su gran mayoría, códigos anquilosados y vetustos para los nuevos retos del derecho) fueron diseñados para confrontar situaciones histórica, social, económica y culturalmente diferentes. Ellos se levantan hoy, más que nunca antes, como obstáculos estáticos para las ciencias jurídicas contemporáneas, cuando se enfrenta el abogado moderno con la necesidad de identificar y aplicar soluciones a problemas ambientales serios y urgentes, en una dimensión anticipatoria y preventiva más que castigatoria o legalmente represiva. Esto, tan solo por mencionar el área que ahora nos compete analizar.

¹⁹ Que es solamente aquel que da la inversión real en el capital natural y la valorización de las externalidades ambientales negativas en las cuentas nacionales económicas.

²⁰ Un ejemplo de la falta esencial de este balance se da en la política incoherente, imperfecta y deficiente que por tantos años se ha aplicado para el plan de descontaminación de Santiago, para el que pareciera existir la convicción de que la química del aire y los contaminantes-metales pesados se eliminan por decreto o normativa o a través de soluciones de transición.

Hasta hace muy poco, el derecho latinoamericano había sido un sistema jurídico que siempre ha privilegiado la corrección por sobre la prevención. Es exclusivamente en los últimos años que los mecanismos preventivos de resolución de disputas se han impuesto o, al menos planteado, como opciones viables en las relaciones jurídicas y comerciales.

Debemos dejar claramente consignado que la antigua dialéctica legal e histórica, de los sistemas pura o predominantemente punitivos es frontalmente incompatible con el mundo de las responsabilidades subjetivas y los retos ambientales. No hay derecho ambiental sin prevención.

Ahora bien, por el carácter preventivo de la política ambiental, su principio informante es el del desarrollo sustentable. Hacia éste debe encaminarse aquélla, pues es su meta. No existe otra vía más adecuada y eficiente para el Estado ni para la empresa que aplicar los instrumentos concretos del desarrollo sostenible, que son las estrategias de prevención ambiental en la aplicación de las políticas públicas. La evaluación ambiental estratégica es una herramienta fundamental para ello, pero ciertamente no la única.

La política ambiental del Estado (como acto de Estado) es comprensiva de sus instrumentos, que están destinados a ejecutarla y otorgarle el carácter jurídicamente vinculante, tanto para gobernantes como para gobernados. De allí que el derecho público sea el sistema jurídico que regla la política ambiental.

En tal contexto, en lo que se refiere a los mecanismos de la política ambiental, los países anglosajones reconocen la siguiente distinción gradual en los instrumentos diseñados para proteger el medio ambiente y los recursos naturales:

- (a) Policy (Política)
- (b) Guidelines (Directrices o Lineamientos)
- (c) Norms (Normas Técnicas)
- (d) Standards (Estándares)
- (e) Methods (Métodos)

Esta clasificación es la que denominamos “la pirámide jerárquica de los instrumentos de la política ambiental” (el derecho público de la política ambiental). Tales instrumentos se encuentran encabezados por los parámetros de dicha política.

Paralela y análogamente a este esquema opera la pirámide jerárquica constitucional de los instrumentos jurídicos que se utilizan para edificar la pirámide de los instrumentos políticos ambientales. A ella nos referimos más adelante.

A la jerarquía de los instrumentos de política la denominamos (pidiendo prestado el modelo piramidal kelseniano) **la pirámide de los instrumentos de la política ambiental**. A la de los textos jurídicos se la puede denominar **la pirámide de los instrumentos o normas jurídicas o legales**.

Existe una simetría lógica entre ambas pirámides. En primer lugar, inversamente a lo que podría aparentar por su gradualidad jerárquica descendente, las normas, estándares, parámetros y métodos constituyen elementos de más estricta regulación jurídica normativa que la política y los lineamientos, no obstante que estos últimos son más difíciles de ser alterados o modificados, dado que atienden a una razón de Estado más imperativa y necesaria.

Dentro de "policy" se encuentran comprendidos todos los componentes jurídicos de más alto rango del derecho público y también los extrajurídicos, que constituyen sus instrumentos de ejecución. En otras palabras, en la clasificación anterior, el término "policy" abarca o tiene su correspondencia normativa con los instrumentos jurídicos, con impacto ambiental, de mayor jerarquía (Constitución, tratados internacionales y normas jurídicas con rango legislativo superior o con mero rango de ley).

En otras palabras, la simetría radica en que los instrumentos jurídicos del derecho público que están naturalmente destinados a ejecutar la política de "Estado" ambiental son solamente aquellos que se encuentran en las tres primeras esferas o categorías funcionales y operativas del sistema jurídico o de la pirámide de las normas jurídicas. Esto es lo que opera adecuadamente y no de otra manera.

Cuando esta relación técnica y simétrica, en el sistema de analogía entre instrumentos de política e instrumentos jurídicos, se confunde, la agencia o ministerio ambiental del país respectivo carece de herramientas aptas para la política pública ambiental, pues no hay correspondencia, en derecho público, entre políticas y normativa legal. La agenda ambiental, en tal caso, carece de consistencia, de fuerza, de legitimidad jurídica y de convicción entre los destinatarios de las mismas.

En efecto, regular las directrices de política ambiental nacional, a través de reglamentos y decretos, es una gravísima confusión en política pública en medio ambiente. Es pretender curar una meningitis con aspirinas y es sinónimo de no comprender la complejidad de las metas ambientales de un país ni los instrumentos jurídicos de derecho público que son aptos para tal función.

El elemento más deficitario de esta modalidad es que se menoscaban la dignidad y la naturaleza esencial de la política ambiental, como política fundamental de Estado. Ello deja de manifiesto un mecanismo de inequidad en la aplicación de ella.

Paralelamente, el problema inverso es tanto o más inaceptable. En ocasiones, se utilizan instrumentos de jerarquía jurídica superior (tratados, Constituciones o convenciones), para resolver problemas de mera administración ambiental. En efecto, en ocasiones se utilizan instrumentos jurídicos de jerarquía superior, en la pirámide normativa, para dar respuesta a necesidades de gestión ambiental menor, local o de parámetros específicos (determinar normas técnicas aplicables a zonas saturadas o áreas específicas de la industria), a través de normativa con rango de ley o equivalente a ella. Esto es un desfase equivocado de política pública ambiental. Es como utilizar portaaviones para eliminar una plaga de mosquitos.

Así como lo anterior deja de manifiesto un sistema inicuo, la “legalización” de normativa específica que debe ser reglamentaria coloca en evidencia otro factor de política equívoca.

Los parámetros, estándares, métodos científicos y normas técnicas requieren de instrumentos jurídicos fáciles y rápidos de modificar, toda vez que evolucionan con gran celeridad con el cambio científico y el avance tecnológico. La norma legal emanada de la potestad legislativa es de lenta evolución y por ende anquilosa o inmoviliza la pronta necesidad de cambio y evolución, que es esencial a las disciplinas del medio ambiente.

Los dos problemas de desfases y desarmonía entre medios de la jerarquía de los instrumentos de la política ambiental y aquellos de la jerarquía de los instrumentos jurídicos constituyen una fuente de ineficiencias e inmovilismos graves en los sistemas ambientales en países de América Latina.

Todo lo anterior es de suma relevancia, dado que el diseño de la macropolítica ambiental debe ir directamente de la mano con la interpretación, aplicación, implementación y ejecución de los instrumentos jurídicos de más alta jerarquía. Hemos insistido reiteradamente en otras publicaciones que la única manera de que la política ambiental nacional goce de una naturaleza universalmente ejecutoria (no con aplicación desordenadamente selectiva) y tenga naturaleza efectivamente vinculante para todos los habitantes es que sus lineamientos fundacionales se establezcan por la ley fundamental de la República.

Dicho lo anterior en otros términos, solamente si se observa una correspondencia y analogía proporcional entre política nacional e instrumentos jurídicos mandatorios, ella tendrá un carácter fundacional y vinculante, para gobernantes y gobernados. A la política ambiental y su aplicación corresponden instrumentos jurídicos de jerarquía proporcional, que son los mecanismos de arquitectura adecuada para su ejecución.

El siguiente es un cuadro de analogía proporcional, donde existe correspondencia horizontal entre instrumentos de la política e instrumentos jurídicos:

Pirámide Jerárquica de la Política

Política
Lineamientos-Estrategias
Normas técnicas
Estándares-Parámetros
Métodos- Procedimientos

Pirámide Jerárquica de los Instrumentos Jurídicos

Constitución-NRL²¹
Constitución-NRL
Reglamentos-Decretos
Reglamentos-Decretos
Decretos-Resoluciones-Dictámenes

Paralelamente, en el orden descendente, los planes de acción y mecanismos operacionales de la política deben encontrarse a la par con los instrumentos legales de inferior jerarquía, toda vez que aquéllos han de ser revisados periódicamente y deben estar plasmados en instrumentos legales susceptibles de rápida modificación²².

Una vez más, a cada instrumento de la política ambiental corresponde una norma jurídica precisa para su implementación. Es el argumento más sólido que confiere a la política ambiental su legitimidad y es su única garantía de éxito, conciliando estabilidad con movilidad.

Más aún, no es reiterativo (debido a los riesgos que su inobservancia causa) que esta noción sea adecuadamente reforzada, dado que común y erróneamente los instrumentos jurídicos, destinados a servir a la elaboración e implementación de la política ambiental, son separadamente referidos y analizados respecto de la política ambiental misma, pretendiéndose conferir prioridad a lo uno por sobre lo otro. Estos (componentes de la política ambiental) incluyen a aquéllos (instrumentos de derecho público) en una dinámica tridimensional o triple relación.

Primero, los documentos jurídicos son fuente de la política; esto es, le confieren fuerza legitimante originaria (lo que hace que tenga fuerza vinculante y eventualmente sancionante para toda la población); segundo, ellos son los mecanismos de ejecución de ésta (la política es teórica e inaplicable si no es normativa); y tercero, el derecho es uno de los instrumentos esenciales de la política, al cual se le unen otros extrajurídicos. Todos ellos, igualmente efectivos, en tanto sean utilizados en el máximo de su eficiencia y adecuadamente.

²¹ Normas con rango de ley, sean ellas leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado o leyes ordinarias. Nomenclatura de tipología legislativa adoptada por la Constitución de Francia, del 58 (Quinta República, promulgada el 4 de octubre de 1958), seguida por la Constitución chilena de 1980. Francia trata sobre la jerarquía de las leyes especiales, en el capítulo del Consejo Constitucional (Artículos 56 a 63 de su Constitución reformada, de 1958).

²² Ello por cuanto los planes operacionales han de estar sometidos a eventuales modificaciones derivadas de catástrofes naturales sobrevinientes, entre otros factores legítimos de alteración.

Ahora bien, las normas (ambientales técnicas y no jurídicas) y los estándares deben encontrarse contenidos dentro de la esfera rectora del derecho público escrito, en los niveles intermedios o bajos de jerarquía. Tanto ellas como éstos jamás deben ser objeto de ley (como muchas veces, equivocadamente, lo son), toda vez que requieren, por la necesidad de constante evolución técnica, de un mecanismo jurídico que sea objeto de pronta revisión y ágil modificación. Ellos deben rápidamente satisfacer los requerimientos flexibles y cambiantes de las ciencias ambientales.

El derecho público contemporáneo (siempre atento al mundo actual de necesidad instantánea) simplemente no puede estar destinado a llegar tarde a las demandas científicas. Como sucede normalmente cuando ello ocurre, o la ley se transforma en absolutamente innecesaria e ineficaz (un texto inerte y estáticamente obsoleto, según más adelante se explica) o bien, en caso de que ella sea coercitivamente aplicada (como ambientalmente obsoleta), la misma frena y anquilosa la ciencia y su constante devenir.

No existe otra área del derecho donde esta correspondencia y armonía entre política pública y el adecuado y pertinente texto instrumental jurídico sea más vital para la consecución del objetivo estatal, perseguido por el derecho ambiental.

Dentro de la esfera del derecho escrito, las normas y los estándares (los de la esfera del derecho ambiental no son una excepción) deben ser únicamente regidos por el mundo de la jerarquía o potestad reglamentaria (reglamento y decretos).

Más aún, la tendencia evolutiva de las normas y los estándares ambientales se encuentra aconsejando, cada vez más, en el derecho ambiental comparado, el tratamiento e incorporación de normas, estándares y métodos, dentro de la esfera de los anexos o apéndices a los reglamentos o de los instrumentos ejecutivos de inferior categoría jerárquica a la de un reglamento (decreto simple o instrucciones)²³ o incluso en el ámbito jurídico más elemental del derecho público y el derecho administrativo, cual es el de las ordenanzas municipales. Este último caso es el que tendrá lugar, en caso de que exista un auténtico proceso de descentralización administrativa.

Una vez más, este requerimiento creciente se debe a que los instrumentos legales deben estar al servicio de la ciencia y no obstaculizarla. La ciencia am-

²³ La misma tendencia se observa en los tratados internacionales ambientales técnicos (como los derivados de la agenda química, de la diversidad biológica o del cambio climático), donde los estándares, parámetros y componentes físico-químicos o biológicos se incorporan en anexos o apéndices.

biental nos enseña, cada día, cómo los estándares ambientales se encuentran en constante evolución y que difieren, por el lugar y el tiempo de su aplicación.

La suma conjugada y “puesta en operación” de los instrumentos jurídicos descritos más arriba (aquellos de jerarquía superior, comprendidos dentro del concepto de “política” y aquellos de jerarquía inferior, contenidos en las nociones de “estándares y métodos”), constituye un elemento sustantivo de la política ambiental global, a los cuales (instrumentos) se les suman los componentes extrajurídicos de ésta (política), tales como la participación de las variables ambientales en las cuentas nacionales económicas, la gestión ambiental, la internalización de externalidades ambientales negativas y la educación ambiental²⁴.

Es clave señalar que la efectividad y el funcionamiento de la política ambiental, y especialmente el éxito en su aplicación, no pueden ser medidos en un país, sin que los requisitos que se enuncian a continuación se hayan satisfecho en plenitud.

Que la suma de los instrumentos, lo que acá denominaremos como “el sistema jurídico ambiental” se encuentre operativa, funcional o en operación, significa que tales textos jurídicos, que conforman la pirámide jerárquica hayan completado al menos tres de cuatro fases separadas. Tales fases jurídicas son: promulgación, vigencia, eficacia y eficiencia. En esta parte de la publicación, en sus aspectos básicos y formales, seguimos muy de cerca la tesis, en la materia, del profesor chileno de derecho civil, en Valparaíso, Rafael Valenzuela Fuenzalida.

- a) La **Promulgación** del texto legal ambiental significa que los textos jurídicos han sido adoptados, aprobados y gozan de vigor o vigencia jurídica²⁵. En palabras distintas, son normas jurídicamente vinculantes y obligatorias para toda la comunidad, por mandato de la Constitución²⁶.

Una etapa casi instantánea a la anterior es la de la publicación, la cual no es contemplada en este recuento por no ser jurídicamente técnica y por cuanto se trata de un acto de mera ficción legal. La fase siguiente a ella sí que constituye una etapa relevante en la ejecución normativa del derecho ambiental.

²⁴ Todos ellos son instrumentos de la GAN (Gestión ambiental nacional o macrogestión ambiental pública).

²⁵ No solamente los textos legales ambientales, con origen en el derecho interno, sino que los instrumentos internacionales (tratados o convenciones) que, habiendo sido negociados y firmados por el Estado respectivo, luego son ratificados y promulgados como ley interna. Sin perjuicio de lo anterior, los tratados ambientales exigen que normas legales y administrativas internas adopten normativa de ejecución y se adapten sustantivamente al contenido del tratado, pues el derecho internacional ambiental es no autoejecutivo o no autoimplementable, por naturaleza, según se explica más adelante en el 5.1 de esta monografía.

²⁶ Artículos 3, 4, 6, 7, 19 N° 3 y 20 de la Constitución chilena.

- b) La **vigencia** de la norma involucra una cuestión puramente técnica o de derecho, la que no es susceptible de gradación, y es la que alude a su existencia como tal; esto es, como modelo o parámetro anticipatorio, descriptivo, normativo, prescriptivo y vinculante, que deja las conductas preestablecidas, como debidas, y prevé la aplicación de una penalidad o sanción para el caso de la inobservancia a ella.

La vigencia de la norma de derecho público es la que otorga o confiere la esencia del sistema codificado europeo, que no acomoda generalmente al derecho ambiental regulatorio, dado que aquél es un instrumento estático del derecho y, por ello, carece de los elementos de dinamismo que el derecho ambiental reclama²⁷.

Con todo, cuando se predica que una norma jurídica ambiental es una norma vigente (como lo son muchos de los marcos regulatorios ambientales básicos de América Latina), se está dando cuenta de que la norma simplemente existe y que está produciendo efectos en el mundo del derecho, como un instrumento regulador del comportamiento social, aunque los efectos que produce en el derecho ambiental pueden ser obsoletos, por no estar la norma técnicamente al día. Si la norma tiene vigencia significa que goza de imperio.

Desde esta perspectiva, dice el profesor Valenzuela Fuenzalida, la norma jurídica es aún considerada en estado de reposo. La norma jurídica está o no vigente. Ella no puede estarlo parcialmente. Hasta ahora nos encontramos en estas dos fases, en los meros y simples requisitos procedimentales de vida, sin los cuales la norma carece de existencia formal y, por ello, no tiene por qué ser obedecida por sus destinatarios.

Las dos siguientes fases normativas son sustantivas y son, por ello, las de mayor significancia para conocer la utilidad del sistema jurídico ambiental y, aun más importante, para diagnosticar su impacto social, su adaptabilidad y su aceptación.

Elas son la eficacia y la eficiencia. La primera es de gran relevancia para la realidad ambiental actual para los países de la región latinoamericana, toda vez que es un factor orientador sobre el examen que debe adoptarse respecto del realismo de la normatividad del medio ambiente actual en el país.

- c) La **eficacia** de la norma jurídica ambiental se refiere a una cuestión de hecho y, por ello, susceptible de gradación. Ella alude a la medida en que

²⁷ Ello hace que el derecho sajón, como derecho casuístico (case law) o generado por la jurisprudencia (judge-made-law) sea más compatible y consistente con la naturaleza evolutiva y dinámica del derecho ambiental y de las ciencias ambientales, a las cuales aquél ha de seguir y normar.

las conductas o comportamientos sociales imperados o regidos por sus mandatos, aportan o satisfacen, en la realidad, la solución requerida por el problema que se tuvo en consideración al tiempo de su establecimiento o promulgación.

En el caso de la normativa ambiental, ello significa que la norma debe prevenir las conductas contaminantes, por la vía de la inacción u omisión de conductas ambientalmente punibles u ofensivas, y en el caso de la normativa ecológica, la norma ha de ser eficaz, si ampara realmente el capital natural, por la vía de la acción.

La eficacia demanda un ejercicio de conformidad y adecuación. La norma eficaz es la norma pragmática, programática, realista, gradual y funcional. Todas éstas son, de suyo, varios de los componentes esenciales de la norma jurídica ambiental.

Así, el sistema jurídico ambiental, que satisface cabalmente los caracteres esenciales de la macropolítica ambiental (responsabilidad, gradualidad, realismo, funcionalidad y otros), que hacen referencia a los principios rectores de acción, en la aplicación de las normas y la política ambientales en la región, y que son identificados también como tendencias contemporáneas del derecho ambiental, será ciertamente un sistema eficaz, en tanto proporciona los insumos técnicos para lograr los objetivos perseguidos.

En lo que se refiere a la situación específica de los países de la región latinoamericana, para que el diagnóstico o examen de eficacia del sistema jurídico ambiental haya de tener lugar, deben haber llegado a cabal conclusión las etapas previas de promulgación y vigencia, no solamente de la normativa ambiental legislativa básica, sino que de la reglamentaria, que le infunde aplicabilidad, la complementa y la operativiza. En este caso particular, el actual examen de eficacia del sistema jurídico ambiental es, en algunos casos, especialmente prematuro, y ²⁸ en otros casos, es aún imperfecto.

Continuando con la noción de eficacia, cuando se sostiene que una norma jurídica ambiental, de derecho público, es eficaz, no se está haciendo otra cosa que reconocer²⁹ que las respuestas conductuales reclamadas por su contenido preceptivo o regulatorio han sido, en efecto, las apropiadas para encarar y confrontar la situación que motivó su imposición y entrada en vigor.

²⁸ En el caso chileno, luego de haberse aprobado, en enero de 2010, las reformas sustanciales a la Ley de Bases del Medio Ambiente, deberán las mismas entrar plenamente en vigencia, luego de lo cual vendrán los exámenes de eficacia y de eficiencia.

²⁹ Extrapolación, en este caso, de un concepto general del derecho, elaborado por el profesor Valenzuela Fuenzalida, en Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, número 23, segundo semestre, 1983, Valparaíso.

Se reitera que este examen no es factible de realizar cabalmente, con un diagnóstico jurídico-científico certero, hasta que todos los instrumentos jurídicos (superiores e inferiores en la pirámide jerárquica) de la política ambiental se encuentren, por lo menos, promulgados y vigentes.

Por ello, un examen de la eficacia de la política nacional ambiental de un país (ciertamente para el caso chileno) no será posible responsablemente realizar, hasta que sus instrumentos jurídico-políticos de ejecución se encuentren promulgados y vigentes, como mínimo. Aunque sea difícil de concebir que ello ocurra, esto es lo que aqueja a muchos países, como el nuestro, en que no es posible efectuar, con una institucionalidad inexistente o bien inmadura, un examen integral de la legitimidad operacional de los sistemas jurídicos y marcos regulatorios ambientales, bajo el prisma del derecho público³⁰.

Estimamos indispensable que, en la práctica internacional del medio ambiente, los países aceleren lo más posible las acciones necesarias para la conclusión integral de las dos fases del sistema jurídico ambiental (promulgación y vigencia), de toda la normativa estrictamente necesaria (sin asfixiar o exacerbar el aparato público de normativa ambiental, pues ello es paralizante y altamente contraproducente), sin perjuicio de que se cumpla constitucionalmente con todas las etapas inherentes a estas dos fases (dentro de las que son esenciales las consultas ciudadanas). Una vez concluido ello, deberá existir, con regular periodicidad, un examen de ajuste y conformidad, que es el que técnicamente hemos denominado acá "diagnóstico de eficacia del sistema jurídico ambiental".

La eficacia de la norma jurídica ambiental supone su vigencia, mas ésta no garantiza su eficacia, de lo cual resulta (como ocurre actualmente con muchos sistemas jurídicos ambientales) que se puede estar frente a un sistema vigente, que sea total o parcialmente ineficaz, especialmente en el logro de las metas ambientales inicialmente contempladas. Creo que esta situación es particularmente evidente, en el caso de la legislación ambiental chilena, lo cual ha forzado a introducir reformas institucionales sustanciales, en enero de 2010.

Estas tres son las fases esenciales del sistema jurídico ambiental, que han de constituir, además, los criterios de utilidad, aceptación y conformidad, por parte de la población, con respecto de la normativa ambiental, incluyendo en ella los instrumentos de política ambiental.

³⁰ Es lo que en el derecho constitucional ambiental de USA se denomina examen o test de "compelling state interest". No es posible examinar si la normativa ambiental es indispensable para el fortalecimiento del Estado y del Estado de Derecho, si la misma carece de institucionalidad del todo o bien ella está inmadura. Par. 102 (2©) de National Environmental Policy Act (NEPA). Roger W. Findley & Daniel A. Farber, "Environmental Law in a Nutshell", West Publishing, Co., California, 1990.

En el orden temporal, habiéndose satisfecho las tres anteriores, se incorporará la cuarta y última fase, que es la del examen de eficiencia de la norma jurídica ambiental, de derecho público. En una estimación, que varía de país en país, esta fase ha de ser evaluada entre 5 y 10 años, después de que el sistema jurídico ambiental ha entrado en vigencia y un tiempo similar, después de que se exhiban periódicos exámenes de eficiencia del mismo sistema.

d) La **eficiencia** de la norma ambiental, como la eficacia, se refiere a una cuestión de hecho, "fáctica", y por ende se encuentra sometida a gradación (*incremental stages*). Ella alude al obedecimiento o sometimiento efectivo, espontáneo o provocado, del "deber ser" o contenido sustantivo, impuesto por la normativa ambiental vigente.

El obedecimiento o bien la inobservancia efectiva del sistema jurídico es algo que puede solamente ser analizado, o más precisamente, evaluado, después de un tiempo considerable, en que las normas vigentes (que contienen la política nacional ambiental y sus instrumentos) han operado en la práctica, en los ámbitos nacional, provincial y sectorial.

La eficiencia de la ley, donde se identifican y encuentran normalmente (todos) los componentes sociológico (norma de conducta), positivo (norma de derecho) y axiológico (norma de valor)³¹ es la violentada cuando a la norma ambiental se le impide madurez en su aplicación.

Se ha podido presenciar, como un hecho público y notorio, que en muchos países de la región (con un crónico problema de ineficiencia en la norma ambiental) se ha pretendido aplicar, experimentalmente, diferentes modelos ambientales legislativos, en forma sucesiva, sin habérseles permitido a los mismos un proceso de afianzamiento. En otras palabras, no se ha posibilitado que actúen los componentes o parámetros de "control o examen de eficiencia de la norma ambiental".

Cuando la norma jurídica ambiental es obedecida u observada por convicción real³² (y no por una mera imposición exógena, como ocurre con las normas que se derivan exclusivamente de un racionalismo jurídico iluminista y kantiano), se puede decir que ella ha adquirido legitimidad y eficiencia totales.

Solamente cuando y después de que se ha logrado esta etapa de eficiencia, por la que se sabe por qué se cumple con la norma ambiental y por qué no, es

³¹ Norma jurídica en la teoría tridimensional del derecho del tratadista brasileiro Miguel Reale.

³² Donde los habitantes optan por cumplir con las normas luego de un proceso de autoconvicción de que la vida en un ambiente equilibrado y sano es un derecho fundamental.

procedente contemplar la elaboración de normas ambientales, que describen tipos o conductas penales atentatorias contra el ambiente.

Solamente en tal caso es legítimo que se castiguen, en situaciones límites, la inobservancia y contravención a las conductas aceptadas por voluntad popular, como necesarias para la vida en comunidad. La convicción de cumplimiento de la norma está fundada en el máximo y el mínimo de tolerancia social³³, para el incumplimiento normativo³⁴.

*La norma jurídica ambiental de derecho público que no se encuentra aún legitimizada por el **test de la eficiencia** debe solamente procurar cambiar el hábito y la conducta de la comunidad a la que rige, a través del ejercicio de acciones preventivas y de normas de gestión (las que en su génesis son derecho público, aunque estimulen la iniciativa privada, dado que, al final del día, son fiscalizadas por el ente estatal).*

*No se deben, en esta fase previa a la legitimización de la norma, establecer normas punitivas o castigatorias tempranas, que son instrumentos para desestimular el cumplimiento voluntario de la norma ambiental³⁵. Si este fuera el caso, el derecho ambiental debió, como disciplina jurídica, haberse gestado como una mera división especializada del derecho penal, sin autonomía respecto de éste. La realidad, sin embargo, no puede ser más distante de ello. **La pena penal (a menos que sea inevitable) es la negación esencial del derecho ambiental.***

No es la tribuna para tratar esto ahora, pero la constitucionalidad de las conductas tipificadas, en tipos penales ambientales, está casi siempre en cuestionamiento por ser figuras penales de delitos de peligro y por la tendencia

³³ Test de la máxima tolerancia social es el que determina los niveles o parámetros máximos de contaminación que el cuerpo social puede soportar, sin exigir el pago de una compensación o carga individual. Este es un concepto que debería aplicarse en Chile, dado que está constitucionalmente fundado, en el Artículo 19 N° 20 (igualdad de la repartición de las cargas públicas) es un principio fundamental de la igualdad del derecho público, en el orden público económico, como factor fundacional de la Constitución de 1980. En este acápite constitucional es donde los tributos por contaminación se encuentran legitimados.

³⁴ Por ejemplo, será el cuerpo social el que indique, a través de la eficiencia de la ley ambiental respectiva, cuál será el máximo social tolerable para los estándares de contaminación de una ciudad, tal como Santiago. La norma de derecho público que determine tal parámetro permisible será la resultante de un pacto social de tolerancia o permisividad. Más allá de lo socialmente tolerable (para legitimar la norma de aplicación), deberá imponerse un gravamen o desincentivo, como podría ser un instrumento de gestión o GAN, tal como un impuesto a la contaminación, aplicado al delta de polución, más allá del límite tolerable, que fija la eficiencia de la norma. Así es normada la tasa de los tributos fiscales-ambientales a la contaminación, en USA y Europa.

³⁵ Existe evidencia empírica mundial de ello, en el cumplimiento de la norma ambiental, contrariamente a lo que tiende a creerse. Esto es particularmente demostrable en los países con sistemas aún institucionalmente inmaduros pero con rigurosos sistemas punitivos, de derecho penal ambiental especial (ciertos Estados de Brasil, algunos países de la Unión Europea, algunos Estados de los Estados Unidos, Venezuela, Jordania o Colombia, por citar algunos).

manifiesta de los tipos ambientales a describir legislativamente leyes penales en blanco³⁶.

Solamente cuando se ha logrado legitimidad y eficiencia real (por convicción) de la norma ambiental de derecho público, su violación grave (en el caso de que sea no solamente constitutiva de un mero agravio civil o administrativo) será portadora de un disvalor severo, que merezca ser penalizado penalmente³⁷.

Los indispensables diagnósticos periódicos sobre la eficacia del sistema jurídico ambiental (que han de incluir, si es recomendable, modificaciones o reformas a la legislación ambiental) determinarán si el mismo goza o no de eficiencia, luego de un lustro o, probablemente, de una década de revisiones de sus sistemas.

Cuando se sostiene del sistema jurídico ambiental que es eficiente, se presume su promulgación, su vigencia y su eficacia. En tal caso, se quiere significar que los mandatos contenidos en las normas han alcanzado, en el transcurso del tiempo, un grado satisfactorio de aplicación y cumplimiento, sea por sometimiento o convicción voluntaria de la población a la norma ambiental (súbditos de la norma ambiental de derecho público), o bien sea por la acción fiscalizadora o compulsiva de los agentes encargados de hacerla cumplir (efecto imperio de la norma).

Estas cuatro categorías o fases son válidas, por la relación continente a contenido, para la política ambiental, en tanto el sistema jurídico ambiental es un instrumento de ejecución. Estas fases ineludibles hacen imperativo para los países de la región iberoamericana observar rigurosamente las fases de ejecución de la norma.

³⁶ Amplia experiencia, en la materia, en cuanto a la protección penal de medio ambiente. Aunque no de una manera tan precisa, por lo oportuno de la advertencia, el problema fue tempranamente vislumbrado por autores visionarios, tanto en países en vías de desarrollo como en industrializados y desarrollados. En Alemania, Francia, España e Italia, véanse Miguel A. Cobos Gómez de Linares, "La Protección Penal del Medio Ambiente en Alemania, Francia e Italia", en *Derecho y Medio Ambiente*, Madrid, 1990; Luis Rodríguez Ramos, "Presente y Futuro de la Protección Penal del Medio Ambiente" (idem); José Francisco Martínez Rincones, *El Delito Ecológico*, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1978 (visión muy pionera); *Droit de la Protection de la Nature et de l'Environnement*, LGDJ, París, 1973; "Ambiente: Saggiosui suoi Aspetti Giuridici", en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, número 1, 1973; Paulo Affonso Leme Machado, *Dereito Ambiental Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1982; Miguel Patiño, *Legislación Ambiental Colombiana*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1985; Raúl Brañes, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp 223 y 224. Por último, véase US CERCLA (SuperFund), 42, USCA, Pars. 9601 to 9675 on Criminal Liability, in *Selected Environmental Statutes*, West Publishing, Co., Sain Paul, Minn., 1992.

³⁷ Sin perjuicio de que el sistema jurídico tiene, actualmente, suficientes instrumentos desincentivadores (no todos los que debiera, sin embargo, en el caso chileno) y eventualmente penalizadores de las conductas que degradan el capital natural y contaminan los diferentes cuerpos receptores, incluyendo regímenes de responsabilidad civil objetiva, por daño ambiental (*strict liability*) en tres casos, en el derecho chileno. Jorge Luis Varela Del Solar, "Las Fases Esenciales de la Responsabilidad Ambiental: Preventiva y Correctiva, Instituciones Comparadas entre el Derecho Norteamericano y el Chileno", *Actualidad Jurídica*, Facultades de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago y Concepción, Año XI, Número 21, Santiago, enero 2010, páginas 63 a 65.

Todo lo anterior nos lleva a demostrar que, en el ámbito de la protección ambiental y los instrumentos destinados para este efecto, es un ejercicio teórico, erróneo e irresponsable el intentar separar el mundo del derecho público ambiental respecto del de la política ambiental.

El derecho público es el pilar fundamental en la ejecución de la política ambiental³⁸, y ésta, a su vez, se ejercita en forma significativa, a través del mundo jurídico-normativo, como su vehículo natural.

No podemos concluir este capítulo sin destacar que la población toda (actualmente denominada por los organismos político-financieros internacionales, como “civil society”)³⁹ es un actor fundamental en la aplicación y ejecución de las políticas ambientales –si se anhela a que éstas sean eficaces y eventualmente eficientes– y el derecho público es el puente comunicacional más relevante que existe entre los detentadores y los destinatarios del poder, especialmente en áreas tales como la de la protección y el rescate de los recursos naturales y del medio ambiente, donde se exige un balance equitativo, participativo y sustentable de todos los actores del Estado de Derecho.

La participación de la población es simultáneamente un derecho inderogable y un deber ineludible.

2. Aplicación jerárquica y eficaz de las normas de derecho público

Para que toda la esfera jurídica del derecho público opere en forma jerárquica y equilibrada, al servicio de la aplicación de la política ambiental, es necesario que los detentadores y destinatarios del poder conozcan sus derechos y obligaciones, con total transparencia, desde la cima del ordenamiento jurídico, en jerarquía descendente. El conocimiento descendente de la normativa jurídica será lo que posibilite la aplicación, también descendente, de la misma.

El sistema jurídico ambiental jerarquizado, eficaz y eficiente, se logrará con la aplicación y ejecución de sus normas “top-down” y no “bottom-up”, esto es, desde el tope de la pirámide hacia abajo y no inversamente.

³⁸ GAN o gestión ambiental nacional.

³⁹ Los organismos que administran la agenda ambiental internacional y otorgan préstamos para proyectos de tal área se refieren, en materia ambiental, a la sociedad civil o “civil society”, haciendo referencia directa a los actores medioambientales, que gozan de derechos y están sujetos a obligaciones en la materia. En Chile se le denomina “la ciudadanía”. Esta denominación constituye un grave error constitucional, dado que por virtud del artículo 13 de la Constitución chilena, ciudadanos son solamente los chilenos mayores de 18 años.

2.1. Normas constitucionales de relevancia ambiental: directas-indirectas-casuales-deliberadas

Según lo hemos detallado en otras publicaciones sobre derecho constitucional ambiental, las normas constitucionales que producen efectos ambientales pueden ser directas o incidentales.

Las primeras son las que han sido diseñadas expresamente para producir tales efectos, por el constituyente, tales como la del artículo 19 numerales 8 y 24 y la del artículo 20 de la Constitución chilena. A ellas también se les denomina normas constitucionales ambientales deliberadas.

Por contraste, las normas indirectas o incidentales son aquellas que producen un efecto marginal (no deseado expresamente al dictarse o generarse la norma) en cuanto al ejercicio de derechos y obligaciones ambientales. Ejemplo de ello es el artículo 19 en sus numerales 3 ó 21. A éstas también se les denomina normas constitucionales ambientales casuales⁴⁰.

Es menester recordar que la fuente originaria de esta publicación fue de análisis de la Constitución de El Salvador, específicamente, dado que se trata del texto constitucional del hemisferio americano (de 1983), que mayor número de disposiciones ambientales tiene, tanto deliberadas como casuales⁴¹, lo cual no es una consecuencia de un accidente, sino que de asistencia técnica y jurídica internacional continua, por varias décadas, de gobiernos europeos y de la agencia de desarrollo internacional norteamericana, como ya antes se mencionara.

Otro texto constitucional latinoamericano con un significativo impacto de normativa ambiental es el del Paraguay, en el que también (como en el caso de El Salvador), existen normas de política nacional ambiental, como rectoras de derecho público, en el ámbito de la máxima jerarquía en ambas pirámides⁴².

⁴⁰ Esta nomenclatura también la recoge, entre nosotros, Raúl Brañes de Rafael Valenzuela Fuenzalida (cit supra).

⁴¹ Las disposiciones constitucionales de la parte dogmática de la Constitución de El Salvador que tienen relevancia ambiental son los Artículos 1, 2, 6, 8, 11, 15, 18, 32, 35, 53, 55, 65 y 69. Las normas constitucionales de la parte orgánica de la Constitución de El Salvador que tienen relevancia o impacto ambiental están en los Artículos 13, 14, 21, 54, 101, 102, 103, 106, 110, 113, 117, 144, 145, 146, 149, 203, 207, 246 y 247 de dicho texto.

⁴² La Constitución Nacional del Paraguay, de 1992, aborda tempranamente (en el derecho constitucional ambiental comparado) normas fundamentales de política pública ambiental, entre los Artículos 4 y 8. En efecto, el Título II, sobre los derechos, deberes y garantías, contiene su capítulo I sobre la vida y el medio ambiente, en el cual se encuentra el Artículo 7 inciso segundo, que ordena que la política y la normativa ambiental orientarán la legislación y la política gubernamental. En otra publicación sobre la evolución constitucional de los derechos ambientales de la región (y la constitucionalización del derecho ambiental), hemos explicado que la Constitución de Paraguay se encuentra en la fase tres de desarrollo constitucional de derechos ambientales, siendo ésta la de las Constituciones que consagran normas sobre política pública ambiental y, más aún, vinculan directamente el derecho a la vida con el del derecho humano al medio ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Esta no es la tribuna pertinente para estudiar cada una de las disposiciones citadas, la mitad de las cuales son normas ambientales directas, pero es menester indicar que el análisis y el estudio pormenorizado de ellas tendrá un efecto significativo en todos los textos legales y ambientales de inferior jerarquía, en el país.

El Salvador es un ejemplo de una coherencia y consistencia entre normas jurídicas ambientales de derecho público y política pública ambiental informante y legitimante de aquéllas. Todas las normas constitucionales deben ser cuidadosamente observadas, pues ellas son las que informan los macroprincipios de la política ambiental y tienen una incidencia fundamental en la aplicación de la ley marco⁴³ o nacional del medio ambiente y en sus respectivos reglamentos (general y especiales).

Tanto las normas constitucionales de derecho ambiental directo como aquellas de impacto ambiental incidental (tanto sustantivas como procedimentales) deben ser observadas y aplicadas en los instrumentos jurídicos ambientales de inferior valor, tanto de rango legislativo como de la potestad reglamentaria.

2.2. Normas jurídicas de jerarquía legal

Estos son todos los textos de categoría normativa de ley, comenzando por la ley básica de medio ambiente de un país⁴⁴, que deben estar promulgados y vigentes (al menos). Existen normas y preceptos, aun dentro de una ley básica de medio ambiente, que deben ser modificados y puestos al día, con relativa periodicidad, con el propósito de ajustar ésta a la Constitución⁴⁵.

Solamente una revisión periódica de la legislación ambiental, para acoger las modificaciones institucionales y normativas que correspondan, hará que la ley alcance un objetivo ulterior de eficacia y de eventual eficiencia.

⁴³ En el caso de El Salvador, Ley del Medio Ambiente, con 116 artículos, siendo los tres primeros dedicados a la política nacional del medio ambiente y su Artículo 17 dedicado a la evaluación ambiental estratégica, que es la institución en la que la intersección entre derecho público y política ambiental se plasma de una manera más viviente y efectiva.

⁴⁴ Incluyendo los tratados internacionales ratificados o que contienen normas de *ius cogens* (en el caso chileno, cuyo rango constitucional es equivalente al de ley) con excepción de aquellos tratados internacionales ratificados por Chile, que contengan derechos humanos ambientales fundamentales, en cuyo caso entran en la categoría de jerarquía constitucional, reconocida por el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena.

⁴⁵ No es una política legislativa adecuada que las leyes del medio ambiente definan conceptos (a menos que sean nociones sola y estrictamente jurídicas), dado que los conceptos científicos y técnicos del medio ambiente (y sus estándares y parámetros) evolucionan constantemente, de acuerdo al avance científico, a las condiciones de la industria, por las localidades geográficas en los que se miden y con arreglo al estándar a que el país respectivo se acoja.

Entre la literatura jurídico-técnica comparada, es notable el ejemplo de la legislación ambiental de El Salvador, que con acierto y una política legislativa de derecho público adecuada, integra y cohabita armónicamente en su interior el derecho ambiental y la política ambiental, con un juego simétrico entre crecimiento, adaptabilidad y flexibilidad al cambio, por un lado, y estabilidad y seguridad mínimas, por el otro.

2.3. Normas jurídicas de jerarquía reglamentaria

Tales cuerpos son todos aquellos que se encuentran en la base de la pirámide de textos jurídicos. Son todos aquellos derivados de la potestad reglamentaria, extendida y de aplicación. Estudios prolijos de confección de dichos cuerpos legales, por abogados especializados en medio ambiente y técnicos y científicos en el área respectiva (y no meras comisiones de estilo, en el mejor de los casos, como ocurre) han de ser los que diseñen, redacten y apliquen estos textos, de manera tal que ellos sean instrumentos de derecho público inferiores, capaces de reflejar y ejecutar, integralmente, en el ámbito normativo y de estándares o bien en el sector comunal o local, las políticas públicas de Estado en materia ambiental.

Cuando la vigilancia de quienes deben velar para que ambas pirámides jerárquicas se armonicen y tengan un estricto régimen descendente, es descuidada, o, lo que es más deficiente aún, cuando la legislación y las regulaciones emanan de un acto de imprudente improvisación o forzado por un mero motivante internacional, jamás habrá eficacia ni menos aún eficiencia en el sistema jurídico ambiental nacional⁴⁶.

La experiencia internacional, en materia ambiental, es elocuente y abundante. Ella es que las normas ambientales no se consolidan (en eficacia y eficiencia), cuando el afectado por éstas no percibe estar cumpliendo con una disposición que comprende, que la hace suya y que interpreta como indispensable para su presente, su futuro, el del mundo y su país, el de sus hijos y el de su empresa y su comunidad⁴⁷.

Dentro de las unidades más elementales de preceptos de la potestad reglamentaria y, por ende, de la jerarquía piramidal del derecho público, encontramos

⁴⁶ Deficiencia que ha sido un lugar común, por años, en América Latina, con excepción de la experiencia de la América Central, cuyo ejercicio de edificación de su estructura de política ambiental y de instrumentos jurídicos ambientales ha sido diseñado en forma científica y de manera concienzuda. Los resultados, en términos de desarrollo sustentable de la región y de madurez de su sistema de amparo ambiental y cuidado de su capital natural (después de un proceso que se iniciara en la década de los noventa), comienzan a ser evidentes en este primer decenio del siglo.

⁴⁷ No obstante que ello es materia de una monografía diferente, en este vínculo de percepción y conciencia es que se funda la íntima relación entre protección ambiental, desarrollo sustentable y responsabilidad social empresarial (RSE).

los decretos simples, las instrucciones e instructivos, las circulares generales, los dictámenes⁴⁸ y las ordenanzas municipales. Todos estos textos han de observar no solamente los mandatos constitucionales y legales, sino que aquellos derivados y contenidos en los instrumentos internacionales ambientales.

Ahora bien, la jerarquía piramidal de las normas jurídicas, en muchos países de la región (casi sin excepción en la América Central), consagra que los instrumentos internacionales (tratados y convenciones), debidamente ratificados por la instancia constitucional del país, tienen primacía o prevalecen por sobre las normas de rango legal, en caso de existir conflictos entre los tratados y las leyes (potestad legislativa)⁴⁹.

En varios países de la región, el principio de primacía internacional ambiental se encuentra constitucionalmente consagrado de la siguiente manera, regularmente: la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para el país respectivo. De lo anterior se desprende que los tratados o instrumentos internacionales ambientales, de mayor significancia actual en el mundo, los cuales gozan de un elevadísimo grado de ratificación por parte de los países de la región, prevalecen por sobre cualquier obstáculo o entorpecimiento que las normas legales de un país puedan imponerles⁵⁰.

Esta norma jerárquica constitucional, ante el derecho internacional ambiental contemporáneo, es de vital importancia, pues el grado de estrictez normativa y regulatoria de los tratados, tanto en materia de medio ambiente construido (*man-made environment*) y en materia de ambiente físico-químico o ambiente natural (*natural environment*) es muy superior a la rigurosidad de la legislación ambiental interna⁵¹.

Una vez cobra vida la tesis que con insistencia hemos expresado en diversos foros. El intentar llenar vacíos legislativos, a través de normas reglamentarias, es inexcusable en todo tiempo y circunstancia (a menos que haya correspondencia jerárquica en

⁴⁸ Con excepción de aquellas emanadas de la Contraloría General de la República, que son las que velan por el Estado de Derecho en el derecho público.

⁴⁹ Esta solución es similar a la contemplada en el Artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena, pero en el caso de la mayoría de los países de la América Central, los tratados e instrumentos internacionales tienen rango o jerarquía constitucional, en todo caso y siempre y no solamente tratándose de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como lo es la calidad de la vida.

⁵⁰ Este es uno de los motivos (de varios) por los cuales los tratados ambientales (aquellos destinados a prevenir la contaminación, distinguiéndolos de los tratados ecológicos) inician su articulado, indicando "cada parte prohibirá y/o adoptará las medidas jurídicas y administrativas que sean necesarias para..." (Convención de Estocolmo, sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs): uno de los tres tratados de la columna vertebral de la agenda química)

⁵¹ En el caso chileno, aproximadamente entre 65 y 70% de las obligaciones ambientales globales de las empresas e industrias tiene su fuente en el derecho internacional ambiental ratificado por el país. Una consideración completamente diferente es, sin embargo, que haya un bajísimo grado de fiscalización de dichas normas.

la pirámide de normas, entre norma legal y norma técnica) y ello constituye una gravísima violación del orden constitucional, del Estado de Derecho y del derecho público. Es muy común, por desgracia, en los ordenamientos legales ambientales de nuestra región.

Estas irracionalidades e inconsistencias jurídicas internas al sistema jurídico-político ambiental son rápidamente detectadas, por medio del ejercicio ciudadano de los mecanismos que el mismo sistema aludido ofrece para su autoevaluación. Así, basta un solo reclamo sustantivo, ante un órgano como una contraloría general (o entidad análoga, en el respectivo país), acción de constitucionalidad (en tanto proceda) ante la corte o tribunal constitucional o bien acción cautelar o tutelar de un derecho constitucional (acción de amparo, mandato de seguridad o recurso de protección, dependiendo del país), para que todos los esfuerzos legislativos ambientales peligren, debido a incompetencia orgánica.

3. Naturaleza interdisciplinaria de las ciencias ambientales. Carácter especial del derecho y la política ambientales

Se explicó el carácter inter y multidisciplinario de las ciencias ambientales, en tanto ellas cruzan transversalmente todas las áreas de las ciencias exactas y de las humanas, especialmente, dado que están destinadas a modificar hábitos y conductas del ser humano.

El diálogo interdisciplinario, en consecuencia, es el que ha de seguir obligatoriamente al quehacer ambiental. Toda otra forma de trabajo es parcial e insuficiente para confrontar un problema que es de suyo integral.

Los países que tienen experiencias involutivas en su desarrollo ambiental (por la deficiencias expuestas hasta ahora) normalmente han experimentado diálogos ambientales herméticos o que se realizan por compartimentos; médicos con médicos; abogados con abogados; economistas entre sí o ingenieros entre sí. En ellos no hay riqueza temática ni enriquecimiento recíproco, con el ángulo que cada técnico trae a la agenda ambiental.

En las disciplinas ambientales (atípicas y transversales, por la naturaleza de las cosas) debe existir el disenso entre ellas. Este no solamente es posible, sino que conveniente y necesario.

4. Naturaleza eminentemente evolutiva de las ciencias ambientales. Conflictos y ventajas

Directamente conectado con el punto anterior, las ciencias ambientales (dentro de las que ciertamente se incluye el derecho público ambiental), la economía ambiental y la política ambiental, son eminentemente evolutivas, por lo que reclaman instrumentos que posibiliten su movilidad.

Por la razón anterior, el instrumento jurídico que se ajusta a las mismas (en tanto se halle en su rango jerárquico debido) es el reglamento, dado que éste goza también de naturaleza flexible y funcional.

El carácter evolutivo de las disciplinas ambientales hace que el diálogo intercientífico sea complejo. Por eso mismo, es fácil encontrar discrepancias severas, incluso al interior de una misma disciplina, en la manera de concebir la vía hacia el desarrollo sustentable y sobre los mecanismos para utilizar en ello. La discrepancia, erróneamente, se considera como conflicto u obstáculo y no como vía legítima de cada disciplina hacia una solución que exige la participación de todos los afectados por los retos ambientales: técnicos y habitantes comunes a quienes afectan las normas en el diario vivir.

La necesidad del diálogo interdisciplinario se debe a que el objeto material del estudio de todas las disciplinas del ambiente es común para todas ellas: la biósfera. Esta constituye lo más complejo y extenso del objeto de investigación que pueda ser examinado por el hombre. Este es el motivo, además, por el cual el derecho ambiental es joven y evolutivo.

5. Pirámide jerárquica de las normas jurídicas del medio ambiente

Hemos ya repasado que la pirámide jurídica jerárquica kelseniana de las normas está encabezada por la Constitución, a la que le siguen (comúnmente y en condiciones generales) los tratados internacionales. Luego de ello se encuentran las normas emanadas del Poder Legislativo (preceptos legales), para seguir en el orden jerárquico descendente con las normas de la potestad reglamentaria (general y particular).

El orden jerárquico de todas las normas descritas es inversamente proporcional a la susceptibilidad de enmienda o reforma de que adolecen. A menor jerarquía, mayor flexibilidad.

5.1. Evolución del derecho ambiental internacional y comparado contemporáneo

No existe en el mundo del derecho de hoy un área que evolucione más vertiginosa y dinámicamente que el derecho internacional y comparado ambiental sustantivo⁵², en sus vertientes tanto de incorporación y adaptación de los instrumentos internacionales al ámbito de cumplimiento y aplicación internos en los Estados, como en la de la tendencia de armonización progresiva y codificación de las normas ambientales nacionales (como debe constantemente ocurrir) a las exigencias impuestas por las instituciones a las que los países acceden y por los instrumentos internacionales que los Estados ratifican⁵³.

Tenemos que advertir, en esta tribuna, que existe siempre un carácter relevante en la disciplina del derecho internacional ambiental contemporáneo. Los tratados internacionales ambientales son esencialmente “*non-self executing*” o “*non-self implementing*” (no autoejecutorios).

Ello significa que para su cabal aplicación, en el ámbito interno, los mismos requieren –luego de concluidos los procesos de ratificación o adhesión, por parte de los respectivos Estados– de las normas jurídicas necesarias para la adopción sustantiva del tratado en el ámbito interno.

El derecho ambiental es probablemente la única área del derecho contemporáneo en que por su naturaleza y su complejidad técnica, requiere de la adaptación y adecuación de la norma sustantiva interna en la materia. Existe una incorporación compleja del derecho internacional al interno.

El proceso denominado “accesión o incorporación sustantiva” se manifiesta normalmente a través de la promulgación de leyes especiales y de reformas a los sistemas institucionales. De la norma sustantiva de derecho internacional ambiental, que se convierte en ley interna de la república, han de emanar derechos y obligaciones que son, muchas veces, de vital orden para la comunidad interna de los Estados.

⁵² No obstante que no podemos dar cuenta de esta afirmación acá, con detalle, sí adelantamos una explicación, al concluir esta monografía (capítulo 6).

⁵³ En el caso chileno, la necesidad de adaptación de su legislación interna está ordenada por las entidades supranacionales a que accede (como por ejemplo, los requerimientos ambientales y de desarrollo sustentable de OCDE, desde el 15 de diciembre de 2009) y por la perpetua vocación del Estado chileno de ratificar todo tratado internacional medioambiental disponible, aun cuando el país no tenga la voluntad política, la adaptabilidad o consistencia jurídica ni la capacidad económica de aplicarlo e implementarlo.

5.1.1. *Tratados. Conflictos de supremacía e interpretación con la ley de medio ambiente*

Para ejemplificar esta tensa relación, que en materia ambiental existe en muchos países de la región, tomaremos nuevamente como ejemplo a El Salvador. El Artículo 144 de la Constitución de dicho país (como varias otras de Centroamérica) declara que la ley no puede modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente, como tampoco lo acordado en tratados ambientales subregionales mesoamericanos, ratificados por El Salvador y que en caso de conflicto entre el tratado y la ley (norma jurídica de precepto legal), prevalecerá el tratado.

Desde el punto de vista técnico, los conflictos jurídicos pueden revestir diversas formas, mas en todas ellas las normas y el bien jurídico protegido por el tratado tienen primacía respecto de aquellos bienes resguardados y contemplados por la ley.

Ponemos especial énfasis en que esto reviste significativa importancia, tratándose de las ciencias ambientales, dado que los instrumentos internacionales ambientales (multilaterales, regionales o subregionales) normalmente contienen normas más estrictas de responsabilidad y mayor grado de obligaciones ambientales, que aquellas contempladas en las leyes marco de cada país.

5.1.2. *Normas internacionales de ius cogens o derecho consuetudinario*

Este es uno de los tópicos más complejos del derecho internacional actual, especialmente respecto del impacto de jerarquía en el derecho interno. El derecho internacional ambiental se encuentra generando, día a día, profusión de normativa ambiental⁵⁴, principalmente en materia de normas obligatorias para los ratificantes originales de los instrumentos internacionales⁵⁵.

Son muchas las conductas y “hábitos ambientales de la comunidad internacional” que pasan a formar parte del catálogo de normas internacionales vinculantes, por vías alternativas a la letra grande de los tratados internacionales. La forma cómo esto se plasma, en tanto fuente del derecho ambiental, supera los objetivos de esta monografía.

⁵⁴ Especialmente a través de resoluciones vinculantes, emanadas de las conferencias de las partes de los tratados, de las resoluciones generadas por la secretaría de los respectivos tratados y por la incorporación de nueva normativa sustantiva en anexos de tratados y convenciones y a través de protocolos adicionales a los tratados (véase el 5.1.4 de este texto).

⁵⁵ En materia de residuos tóxicos, agenda química, cambio climático, bosques, diversidad biológica, bioseguridad y especies en peligro de extinción, solamente para citar las más relevantes.

5.1.3. Ratificación ordinaria de tratados ambientales

La ratificación ordinaria o regular es aquella que el Estado celebra con arreglo al derecho internacional y por la que se inicia el proceso interno (meramente formal e insuficiente) que culmina con la conversión del instrumento internacional en ley de la república. Como antes observamos, la ratificación es el paso inicial hacia la ejecución del instrumento internacional.

5.1.4. Ratificación extendida (resoluciones de las conferencias de las partes) de los tratados ambientales

La ratificación extendida es la que se deriva de la ratificación ordinaria o regular. Por virtud de la ratificación extendida o analógica, el Estado acepta perpetuamente (sin perjuicio de la validez y efectos legítimos de las reservas válidamente introducidas al momento de la firma de instrumento) todas las resoluciones de las conferencias de las partes al tratado correspondiente, que se han incorporado *ipso iure* al mismo texto central⁵⁶.

Existe una incorporación o extensión automática en las obligaciones ambientales del Estado respecto de la comunidad internacional ratificante. El fenómeno de la ratificación extendida es particularmente relevante en materia ambiental, dado que los aspectos más sustanciales y vitales en la aplicación de los tratados, se derivan de las conferencias de las partes de los mismos así como de la aplicación de sus protocolos, apéndices y anexos.

Esto es así, por la naturaleza dinámica, evolutiva y constantemente creciente de la política ambiental mundial y de su legislación internacional.

Cuando se examina, por ende, la primacía o prevalencia de un tratado sobre una ley ambiental nacional, por existir conflicto entre ambas, deben examinarse también todos los elementos que se le han incorporado al tratado, por la vía de la ratificación extendida, toda vez que constituyen obligaciones para el Estado-Nación.

5.2. Riesgos graves de legislar a través de reglamentos, pretendiendo llenar vacíos dejados por las leyes ambientales

La tendencia de muchos países de legislar a través de la potestad reglamentaria o de reglamentos es una política legislativa ambiental inadecuada, por todo

⁵⁶ Probablemente el ejemplo más claro, en materia ambiental, sean las cientos de resoluciones que se aprueban en cada Conferencia de las Partes, en uno de los tratados más activos y fecundos en el derecho internacional que es la Convención CITES, de 1973 (Convención de Washington), sobre comercio internacional de especies de flora y fauna amenazadas y/o en peligro de extinción, cuya secretaría mundial se encuentra en Ginebra, Suiza.

lo antes ya explicado. Es además una política inconstitucional. Deja la puerta abierta para que por la vía de la inconstitucionalidad, válidamente impetrada, pueda derribarse el sistema jurídico ambiental. Lamentablemente esta es una práctica común, en circunstancias de que es improcedente por violar la simetría de las pirámides jerárquicas del sistema ambiental.

5.3. Riesgos de sancionar o penar a través de reglamentos, sin sujeción a los mandatos constitucionales, legales y de los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el país respectivo

Como se anticipara, de la misma manera, existe la errada tendencia a penalizar o a imponer penas de naturaleza penal, a través de reglamentos, lo cual constituye una práctica inadecuada e inconstitucional. Ella se encuentra prohibida por el derecho penal internacional y su doctrina⁵⁷.

Una vez más, se corre innecesariamente el riesgo paralizante de inducir sentencias judiciales constitucionales que derrumban o severamente alteran el sistema jurídico-político ambiental. Esto, además, es extremadamente oneroso y desincentivador para empresas, industrias e individuos que han invertido en un modelo ambiental cuya legitimidad se cuestiona, solamente por una política legislativa irresponsable.

En este contexto, es digna de individualizarse la pena de confiscación⁵⁸, la que por ejemplo, en el caso del Artículo 106 de la Constitución de El Salvador, se encuentra prohibida, sea que ella se aplique en su dimensión de pena penal o de simple pena administrativa. Los actos confiscatorios son extremadamente peligrosos, dado que conllevan el germen de la inconstitucionalidad en el derecho público⁵⁹.

5.4. Consistencia normativa en materia ambiental

5.4.1. Controles verticales de sujeción y conformidad

Por controles de sujeción y conformidad de naturaleza vertical nos referimos a los que se derivan directamente de la pirámide jerárquica antes descrita. En efecto, los instrumentos jurídicos inferiores deben ajustarse (sujeción y conformidad) a los superiores, sustantiva y procedimentalmente.

⁵⁷ Véase, *et al.* Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, Volumen I, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1976, páginas 50 y ss.; Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, páginas 35 y ss.

⁵⁸ Regularmente utilizada en algunos países de la región, en el proceso de decomiso policial o aduanero de especies o subespecies CITES (Costa Rica, México, Paraguay, Bolivia).

⁵⁹ En el caso del derecho chileno, el acto confiscatorio debería cumplir con dejar incólumes los derechos garantizados en el Artículo 19 números 3, 7, 8, 21 y 24, con arreglo al Artículo 19 número 26 de la Constitución de la República.

El examen de conformidad va de abajo hacia arriba. En caso de que el reglamento vulnere principios, directrices o disposiciones expresas de las leyes, tratados o de la misma Constitución, el primero debe ser modificado y ajustado, con el propósito de evitar que sufra ataques, durante su vigencia, que pongan en riesgo el sistema jurídico ambiental. Esto es lo que se denomina prevención legislativa, en cuanto evita la restauración ex post, después de que el daño se ha producido. En materia ambiental esto es doblemente perjudicial, por el costo económico que ello implica para los destinatarios de la norma, en especial si ellos son personas jurídicas.

Los controles verticales de sujeción o conformidad, en el derecho público comparado, son cuatro⁶⁰, los que corresponden precisamente a los cuatro grados o jerarquías de instrumentos jurídicos, anteriormente explicados:

- 1) Constitución
 - 2) Tratado o instrumento internacional
 - 3) Ley
 - 4) Reglamento
-
- 1) Examen Vertical de Supremacía Constitucional, por el que se garantiza la jerarquía suprema vertical (de forma y fondo) de la Constitución, en toda circunstancia y respecto de todo el ordenamiento jurídico nacional.
 - 2) Examen Vertical de Exequibilidad, por el que se garantiza la primacía constitucional por sobre los tratados internacionales. Esta noción nació y es única, como instrumento, al derecho constitucional de Colombia⁶¹.
 - 3) Examen Vertical de Prevalencia, por virtud del cual se garantiza la primacía del tratado internacional por sobre la ley, cuando existe conflicto entre ambos⁶².
 - 4) Examen Vertical de Legalidad, por el cual se garantiza la primacía de la ley por sobre el reglamento.

⁶⁰ En el derecho constitucional ambiental comparado.

⁶¹ Capítulo 4 sobre la jurisdicción constitucional, Artículo 241 número 10 de la Constitución de Colombia de 1991. La exequibilidad de los tratados internacionales existe, por cuanto éstos tienen una jerarquía de norma legislativa, lo cual es el caso en la gran mayoría de los países de América del Sur (a diferencia de América Central y El Caribe).

⁶² Este es el examen a que da lugar la hipótesis de hecho, cada vez que se aplica el Artículo 5° inciso segundo de la Constitución chilena.

Ahora bien, existen instrumentos jurídicos internos e internacionales (de diversa naturaleza, cuyo examen técnico sobrepasa a este ensayo) que permiten efectuar los exámenes de control verticales, antes mencionados. Algunos de ellos son:

1) La interpretación consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶³, por virtud del Artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante la trascendencia del estudio de este examen o instancia consultiva (ejercicio de la jurisdicción consultiva de la Corte), no es pertinente hacerlo acá. Este es un instrumento internacional o externo de control vertical de juridicidad (sujeción y conformidad), para los exámenes 2 y 3 más arriba indicados.

2) La acción constitucional tutelar o cautelar de amparo (con diferentes nombres constitucionales, tales como mandato de seguridad, acción de tutela, acción de amparo o acción de protección), ejemplificada en el Artículo 86 de la Constitución de Colombia, Artículo 20 de la Constitución de Chile, Artículo 5 (LXIX) de la Constitución de Brasil o Artículo 200 (2) de la Constitución de Perú, por citar solamente algunos casos. Este es un instrumento interno o nacional de control vertical de juridicidad (sujeción y conformidad) para los exámenes 1, 2 y 3 más arriba enunciados.

3) El recurso constitucional de exequibilidad (del derecho constitucional de Colombia). Este es un instrumento interno de control vertical de juridicidad (sujeción y conformidad) para el examen 2, más arriba expuesto.

5.4.2. Controles horizontales o transversales de compatibilidad y armonización

Por controles de compatibilidad y armonización de naturaleza horizontal nos referimos a los que se derivan de la necesidad de coordinación entre los reglamentos (de ellos entre sí o intraórgano) y particularmente de los reglamentos ambientales especiales, respecto de las leyes de bases y sus textos complementarios con rango legislativo.

⁶³ Con gran aplicación en materia ambiental, especialmente a través del Artículo 11 del Protocolo de San Salvador, sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica). Los derechos humanos ambientales, muy erróneamente y con una deficiente política legislativa internacional, se han incorporado en el Protocolo y no directamente en la Convención, como derechos humanos básicos y fundamentales. Esta es una falla grave del sistema interamericano y se debe a una concepción y percepción equivocadas del derecho ambiental, en el Sistema Interamericano. En publicaciones e instancias institucionales internacionales especializadas hemos solicitado que este error sea enmendado, dando razones para ello y ofreciendo vías alternativas de solución para ello. La nomenclatura divisoria entre derechos humanos de primera a tercera generación es no solo doctrinaria e históricamente equivocada, sino que obsoleta y discriminatoria.

Incluso dentro de los reglamentos ambientales especiales del país, ha de existir un vínculo horizontal de prioridad (espacial y temporal). De la incompatibilidad horizontal de los reglamentos y sus potenciales conflictos entre sí puede derivarse otro riesgo para la estabilidad del sistema jurídico ambiental en vigencia, impidiendo así su eficacia y posterior eficiencia.

6. Naturaleza jurídica sustantiva y procedimental del derecho ambiental

En un escueto análisis de una temática que exige gran dedicación, debemos solamente decir, para terminar, que por todo lo dicho antes, el derecho ambiental goza de una naturaleza de derecho público (eclipsa a la minoritaria de derecho privado, en el reino del derecho ambiental contractual) en una doble vertiente, tanto en su área sustantiva como en su dimensión procesal o de derecho formal.

Las razones invocadas hasta ahora en este estudio han hecho que el derecho ambiental se diseñe, escriba, analice, aplique y ejecute, de acuerdo a nuevos parámetros que difieren de los tradicionales del derecho histórico. Esto, además, da razón esencial del derecho ambiental como depositario de la materia más sustancial de las ciencias jurídicas.

- 1) El derecho ambiental evoluciona de acuerdo con los principios inductivos de acción; no deductivos, como tradicionalmente ha ocurrido con el derecho, desde Roma hasta el presente. Se ajusta con mayor propiedad al sistema judicial, como generador de derecho y como fuente prioritaria del mismo, más que a un derecho estático de códigos.
- 2) La fuente primigenia más relevante del derecho ambiental es el derecho internacional ambiental contemporáneo, escrito y consuetudinario (con todas sus condiciones únicas).
- 3) El derecho ambiental se encuentra determinado, en su fuente originaria, por su objeto de protección: la biosfera, a la cual nada escapa, siendo la única área del derecho en que ello ocurre.

Estas tres características fundamentales hacen que el derecho ambiental (como derecho público) haya impuesto cambios estructurales y no meramente conjunturales, en el mundo contemporáneo del derecho.

Para cerrar, estimamos que dichos cambios son irreversibles y serán extrapolados, cada vez con más propiedad y fuerza, a otras áreas del derecho, en el siglo XXI, al menos en sus dos primeros caracteres, en tanto aplicables a las demás disciplinas jurídicas.