

Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno

Jorge Luis Varela Del Solar

Master y Doctor en Derecho Ambiental
Director Académico, Postítulo en Derecho Ambiental
Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo

Resumen: La normativa internacional (no solamente de instrumentos ratificados) está forzando modificaciones sustanciales en el derecho interno de los países. Dentro de las áreas del derecho internacional que emergen con gran velocidad y generan revolución (no evolución) en el derecho nacional, sobresale el derecho ambiental.

Los desafíos de la recepción del derecho internacional en el nacional se plasman, en un primer grado, en el proceso de internacionalización del derecho constitucional.

Sin embargo, serias prácticas y deficiencias en el ámbito interno, que son revisadas y sus soluciones propuestas, son las que obstaculizan la auténtica armonización de la normativa nacional con la internacional. El derecho ambiental ha contribuido, también, a dejar de manifiesto tales impedimentos, así como a proveer soluciones a ellos.

Todos aquellos que profesamos una dedicación importante, tanto académica como empírica, por el derecho internacional, advertimos una cada vez más compleja fenomenología y presencia de éste en la vida nacional de los países que son observantes del derecho occidental. Esto significa que la manera cómo se nos muestra y cómo irrumpe la normativa internacional evoluciona en forma creciente, provocando retos en los derechos nacionales, que son más súbitos que aquellos que éstos son capaces de absorber.

Ello es consistente con el mundo actual y sus desafíos sociales, culturales y políticos, catapultados después de la segunda guerra mundial y, con gran fuerza, después de la década del 80, en que las políticas globales son las que se instrumentalizan en los países, sean ellas o no del agrado de dichas naciones.

Por lo anterior, podemos legítimamente sostener que las normas internacionales están forzando (no induciendo) modificaciones sustanciales en el derecho interno de los países. Solamente cuando el derecho interno tiene los instrumentos adecuados de permeabilidad y porosidad, nos encontramos con un derecho auténticamente moderno y adaptable al cambio necesario. Ese es el derecho que se legitimará con el tiempo; esto es, logrará su eficacia y su eficiencia.

Así, la adaptabilidad y la recepción del derecho internacional en el derecho constitucional interno es evidencia de este fenómeno (internacionalización del derecho constitucional) a que ahora aludimos. Es el proceso que prácticamente todos los países del mundo viven, muy vertiginosamente. Ciertamente, sólo aquellos países que tengan instrumentos más flexibles, de receptividad del derecho internacional, serán aquellos que logren sortear, con más éxito, esta compleja fase evolutiva.

Es menester indicar que lo que ahora destacamos, esto es, la recepción en el derecho interno por parte del derecho internacional, es el fenómeno opuesto al que se experimentara en el siglo pasado, que fue el de la constitucionalización del derecho internacional (egreso del derecho interno hacia su influencia exterior o a un sistema regional o mundial normativo naciente), donde especialmente las diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, así como la normativa declarativa clave de la Constitución de la Quinta República de Francia (1958), constituyen fuertes ejemplos de ello.¹

Ambos ejemplos ofrecidos² fueron de gran relevancia y efectos en la génesis de los esquemas y vademecums de derechos humanos,³ en el derecho ambiental internacional, nutrido desde los mismos textos constitucionales de algunos Estados de los Estados Unidos, tales como Montana y Pennsylvania y del derecho humanitario o de conflictos.

Tanto es así, que tales (entre otras) fueron las fuentes nacionales más fecundas de la Declaración de Francia de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

¹ Abundancia de evidencia de ello es exhibida por *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, de Louis Henkin and Albert Rosenthal Editors, Columbia University Press, New York, 1990.

² En especial, por cierto, la Constitución Federal de los Estados Unidos, de 1787, por lo temprano de su influencia.

³ Ver esta materia en detalle en *The International Law of Human Rights*, Paul Sieghart, Clarendon Press, Oxford, 1984 (especialmente en sus páginas 3 a 24).

(1789) y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los textos internacionales y regionales posteriores a ella. De la misma manera lo fue la Constitución Federal de los Estados Unidos,⁴ en gestar el ideario de la Revolución Francesa y su soporte jurídico.⁵

Este fenómeno recíproco y sus repercusiones históricas, en su interpretación jurídico-política, ha sido fascinante, mas su análisis detallado traspasa los límites de esta breve monografía.

Regresando al fenómeno actual (desde mediados de los noventa y, con fuerza, del siglo XXI) de la internacionalización del derecho constitucional, no es aventurado señalar que en el caso chileno dicha corriente se plasma positivamente en la aplicación del artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Esto es una evidencia de *hard law* de tal corriente internacional.

Hemos en el pasado reiteradamente sugerido que al estar los órganos del Estado obligados a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, incluyendo aquellos que se “incorporan” al derecho interno por la vía del acto internacional administrativo de la ratificación, se verifica la accesión constitucional del derecho internacional de los derechos fundamentales, en el derecho interno, en el ámbito de su jerarquía piramidal tope.

En éstos se incluyen los derechos humanos ambientales básicos (expresados en el derecho ambiental administrativo chileno como normas primarias de calidad ambiental)⁶ que nutren el derecho constitucional y el derecho ambiental desde una ventana exterior, desde la que se fijan los límites normativos tolerables, antes de que comience a sucumbir la vida y su calidad, cuando ellos son vulnerados.

Ahora bien, debe tenerse presente, eso sí, que la materia prima de la internacionalización del derecho interno (lo que ingresa, para influenciar y alterar el derecho) no constituye exclusivamente un fenómeno normativo. Este es un fenómeno fáctico-sociológico y económico (recogido, en su letra, por algunos tratados bilaterales de libre comercio), al que sigue el proceso estrictamente normativo.

⁴ Las enmiendas (del Bill of Rights de la Constitución Federal de los Estados Unidos) 1, 5, 9 y 14, particularmente, han sido recogidas por el derecho internacional declarativo de los derechos humanos.

⁵ Op. cit. *supra* *Constitutionalism and Rights...* Véase en él a Louis Henkin, “Constitutionalism and Human Rights”, pp 384 a 396.

⁶ Hemos estimado sostenidamente que tales derechos ambientales fundamentales se violan cada vez que deben decretarse planes de descontaminación, que están aprobados y en ejecución, derivados de zonas geográficas ambientalmente saturadas, lo cual ocurre cuando existen contaminantes que saturan la norma y que tienen un particular grado de afectación de la salud (y hasta la vida) de los seres humanos.

No obstante que nos enfocamos en el comportamiento que el derecho ambiental internacional incorporado tiene en el derecho interno, consideraremos por breves líneas el derecho inmigratorio, para efectos de representar un área moderna en que la influencia internacional (social, cultural y demográfica) ha hecho nacer un tipo de norma nacional. La receptividad de dicho derecho ha sido más fecunda en los países con un mayor grado de inmigración masiva; sin embargo, en otros, en que el fenómeno de la inmigración comienza a desarrollarse, las normas empiezan progresivamente a seguir a aquél.

Lastimosamente, nuestro país es una excepción a ello. Enfatizamos en que los fenómenos migratorios ocurren naturalmente, y sus dimensiones son social, cultural y demográfica.⁷ El derecho, en tales circunstancias, solamente debe dar curso a la inercia y dejarse llevar por las fuerzas gravitacionales de los hechos sociales.

Resistir al cambio deja espacios gigantes de demandas jurídicas no satisfechas, como ocurre actualmente en Chile, respecto de graves deficiencias en la normativa migratoria, que pretenden solucionarse, impotentemente, por la vía del derecho laboral, de la seguridad social o de otras áreas tradicionales, que no están en condiciones de dar respuestas a tales retos o demandas.

Estos requerimientos internacionales masivos (derivados de causas sociales, culturales y económicas) han obligado a que sea fundamental la incorporación (inercial) del derecho inmigratorio al derecho interno, en todas aquellas naciones que comprenden y aceptan el proceso de internacionalización.⁸ Estos son los países que están experimentando (como lo estamos en nuestro país) procesos inmigratorios masivos nuevos.⁹

Volviendo al aspecto meramente normativo, los masivos fenómenos migratorios, como el que vive nuestro país, exigen que deba ordenarse e institucionalizarse el fenómeno de la recepción o la incorporación. De ninguna manera es el único fenómeno que se presenta, pero ciertamente es uno de los que revela, de forma más visible, la disfuncionalidad del sistema jurídico en su dimensión social.¹⁰

⁷ La gestación de megaciudades es una expresión más de la globalización.

⁸ En nuestro país son las escuelas de derecho las primeras que ignoran este fenómeno, al no consultar cursos obligatorios u optativos de derecho inmigratorio, con inusitada pertinacia, a pesar de la fuerza de los hechos, que demandan lo contrario.

⁹ Los fenómenos migratorios selectivos o políticos (contrarios a los masivos) no requieren de procesos legislativos o normativos que los sigan. Estos son los que Chile experimentó, durante mediados del siglo XIX, cuando los gobiernos pelucones de Montt, Prieto y Bulnes, contrataron a Bernardo Philippi (quien fuera enviado por años a Europa) para captar inmigración selectiva en Europa central.

¹⁰ En el concepto de Miguel Reale, al concebir la doctrina del trialismo jurídico; esto es, el derecho como norma positiva, como norma de valor y como norma social.

¿Por qué es el caso del derecho inmigratorio (entre otros) muy relevante? Este cuadro destacado, junto a otros múltiples, hace que nuestro país llegue atrasado al cambio jurídico o al reconocimiento de la inercia de los hechos que se imponen desde afuera, al tener políticas de fronteras permeables. Así, el proceso de la receptividad jurídica está llegando tarde y está llegando incompleto. Este no es consistente con la velocidad de la revolución social (demografía social), con la permeabilidad cultural, con la liberalización del comercio internacional ni con la globalización económica.

El derecho chileno está llegando atrasado para servir al cambio o a la mutación social. Esto es tan pernicioso como llegar atrasado al cambio científico, a la equidad social o a las demandas económicas. El derecho chileno se comporta aún como globalifóbico y no sabe maduramente recepcionar el derecho internacional y sus vertientes más legítimamente invasivas del derecho interno.

Lo hacemos poco, como en el derecho penal internacional (al reconocer lentamente sus procedimientos); lo hacemos tarde, como en el derecho ambiental internacional (tarde no para firmar tratados pero sí para adaptarnos efectivamente a ellos, que es lo que realmente importa y tiene valor); o bien lo hacemos mucho, como al acceder a organismos internacionales técnicos, como la OCDE, sin estar preparados para ello, teniendo que satisfacer la universalidad de demandas que se nos impone, para ser miembros de la élite internacional de naciones.

No hay reacciones adecuadas en el proceso de recepción del derecho internacional. Esto significa que el derecho chileno tiene (y siempre ha sufrido de ello) problemas serios de motricidad fina.

La adhesión a la OCDE es precisamente otro ejemplo evidente que interpela a la responsabilidad en esta materia. Si de algo ha servido ya haber sido miembro activo de la OCDE, por más de un año, es para haber desnudado las asimetrías existentes entre lo que se es y lo que se anhela ser o se muestra que somos, frente al concierto internacional de naciones.

En efecto, carecemos de criterios equilibrados y sistemáticos, así como de tasa y medida, en la recepción del derecho internacional, tanto normativo como institucional. El derecho chileno ofrece movimientos y desplazamientos torpes y toscos, que no ayudan en el proceso de balancear la demanda social y económica con la oferta normativa de soluciones, reales, modernas, ágiles y concretas.

Fuera de la inexistencia del derecho inmigratorio y de los desfases existentes en el derecho ambiental, que acusan estas anomalías normativas o desajustes siconormativos, el derecho bancario chileno es otro ejemplo claro, para revelar

estas deficiencias. Nuevamente intentando evidenciar lo que es empírico, todos sabemos que el extranjero que, pretendiendo invocar prácticas de derecho comparado, en materia jurídica bancaria, intenta operar en nuestro país, el giro ordinario de una nueva entidad legal extranjera, en proceso de constitución con arreglo a las leyes chilenas, se enfrenta a una burocracia jurídica (no solamente práctica) paralizante y que genera hemiplejía en el desarrollo de negocios y en la credibilidad internacional.

Entonces, ¿cómo es que se recepciona el derecho internacional en el derecho interno? Estimamos que los vehículos contemporáneos más pertinentes para lograr este propósito son tres:

(1) con adaptación y permeabilidad al cambio, modificando prontamente aquello más fácilmente modificable, que es la normativa de los procedimientos administrativos y, eventualmente, las normas emanadas de la potestad reglamentaria de aplicación o de ejecución (como las prácticas y los procedimientos locales y municipales);

(2) con la simplificación de la legislación y su consiguiente disminución, en cantidad y profusión legislativa. Ello se logra colocando un torniquete para detener la hemorragia legislativa permanente.

En efecto, los países latinoamericanos tienen la tendencia a estimar que habrá mayor felicidad de los habitantes (destinatarios de las normas), más demandas satisfechas y mayor y mejor paz social, en tanto más leyes y normativas existan, capaces de regular hasta la más mínima actuación (expresión de alteridad) del hombre. Pensamos que la máxima, sin embargo, debe ser precisamente la opuesta y eso es lo que enseñan los países jurídicamente más modernos.

Debemos comprender que es pernicioso e ineficiente caer en la dinámica equivocada de creer que porque hay más legislación, tendremos menos problemas. La evidencia empírica demuestra lo inverso.

La profusión legislativa conduce directamente a la ineffectividad y a la confusión. Hay abundantes estudios empíricos, en el derecho norteamericano (por la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane, en New Orleans), de los profesores Edward Sherman y Lawrence Ponoroff, dos grandes empiristas y tratadistas de arbitraje, en el derecho contemporáneo), en los que se reconoce que hay una fuerte relación, directamente proporcional, entre el exceso de normativa y el incumplimiento de la ley. Ella se incumple por confusión y por desincentivo.

Como lo anticipábamos al comienzo del texto, el derecho ambiental chileno es un ejemplo notable, en el sentido correcto, en este punto específico. No

obstante que discrepamos en muchas materias sustanciales con la misma (como más adelante lo mencionamos, al tratar el reduccionismo de la visión administrativa), hay que reconocer que la reforma legislativa, de simplificación y orden normativos (iniciada en enero de 2010), ya comienza a entregar óptimos empíricos, con respecto de la tasa de cumplimiento normativo, por parte de las empresas y de división nítida de atribuciones, por parte de la autoridad.

Una evidencia sólida de ello es la eficacia progresiva que ha ido alcanzando la red del Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes y también la aplicación del Decreto N° 138, sobre la declaración de emisiones, aun antes de entrar plenamente en vigencia la institucionalidad ambiental plena de fiscalización, con la Superintendencia del Medio Ambiente, los tribunales ambientales y su marco sancionatorio e infraccionario.

(3) el tercer y final procedimiento de recepción del derecho internacional es el de la adecuada y oportuna reforma normativa interna: Esto está casi siempre expresado en los dos primeros artículos o párrafos de los tratados o instrumentos internacionales, con la siguiente fórmula: “Los Estados se obligan a adoptar todas las medidas jurídicas y administrativas que correspondan, en el ámbito interno, para hacer cumplir las obligaciones del tratado”.¹¹

He aquí el problema.

Una vez más, el mejor ejemplo de esta forma tercera de recepción está en lo que vive excepcionalmente el derecho ambiental nacional promulgado (originalmente, internacional ratificado), al incorporar en la legislación interna la normativa técnica de los tratados ambientales ratificados. El caso más típico y de mejor exposición a esta metodología es el del Tratado COPs (de los Contaminantes Orgánicos Persistentes) y su consiguiente plan de implementación nacional, como parte de la denominada “agenda química”¹² del Estado chileno.

Se trata lo anterior de una excepción en el derecho ambiental, adecuada y pertinentemente recepcionado en el país. En ningún otro de los entre 15 y 20 tratados multilaterales ambientales activos de que el Estado chileno es ratificante y que “ejecuta” internamente ha ocurrido un proceso de política pública y normativa de recepción integral del instrumento internacional.

En el caso del Tratado COPs (Convención de Estocolmo), este proceso se logró gracias a una asistencia directa del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el país, pero es menester recalcar que esto se ha producido

¹¹ La fórmula es ligeramente variable, siendo la citada aquella del Tratado de los Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs).

¹² Denominado así el programa de control, reducción y eventual eliminación de químicos sintéticos y químicos industriales, internacionalmente prohibidos o restringidos.

por las características y condiciones especiales que dicho tratado ha impuesto en los países ratificantes. Ello se ha dado en uno solo de la casi veintena de instrumentos aplicables en el ámbito interno, por virtud de la recepción.

No obstante lo anterior, no existe impedimento ni excusa alguna para que no se verifique este proceso en cada tratado ambiental multilateral ratificado por el país, debido a que existe una cantidad importante de financiamiento internacional para países que se espera cumplan con una correcta aplicación y ejecución del tratado.

GTZ, USAID, Banco Mundial, JICA, Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo y otras instituciones de fomento de países donantes y de instituciones financieras mundiales reservan fondos para la implementación sustantiva y material de tratados ambientales, en el ámbito interno de países receptores. Esta modalidad es altamente subutilizada y nunca antes, en el caso chileno, fue usada de la manera que lo ha sido en el Tratado COPs (Convención de Estocolmo).

Los obstáculos internos que impiden que uno de estos tres mecanismos de conversión o recepción se aplique dinámicamente (algo causado por la traba del derecho chileno, en su motricidad fina y en su natural movimiento retardado a tolerar el cambio) es lo que lleva muchas veces al fenómeno del anquilosamiento o de la hemiplejía del derecho, donde éste no cumple con su objetivo ni fin.

Ahora bien, como está casi ya inferido, por lo dicho hasta ahora, el fenómeno de recepción del derecho internacional, en o hacia el interno, es mucho más expedito, eficiente y funcional en los países de derecho inductivo o casuístico, que en aquellos de derecho estático o codificado, por la dificultad de mutación o cambio de estos últimos hacia alteraciones sociales y culturales, de evolución natural.

Esta facilidad funcional en la recepción se ve con claridad en el trabajo jurisprudencial de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que, al ser una corte constitucional, opera como el gran arquitecto del cambio social en ese país, por lo que proporciona criterios de equilibrio sustentable entre mutación y estabilidad; entre cambio y permanencia. La Corte Suprema de los Estados Unidos ejecuta un examen de recepción, en cada uno de sus fallos, y, en especial, en aquellos que revisa por la vía de "certiorari".¹³

¹³ Por virtud del Writ of certiorari, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos se autoarrogó competencia constitucional para conocer de los asuntos que tienen particular relevancia, jurídica, política o social, aunque el asunto haya estado radicado en un juzgado de distrito o primera instancia.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema Federal, en una multiplicidad de sentencias, “The flexibility is necessary to the legal system because it allows the law to adapt to evolving conditions and to accommodate new factual situations. Although there is much flexibility, the stabilizing effect of *stare decisis* is strong. The tension between restraint and freedom, between stability and change is in the essence of the legal system”.

Esto también se vislumbra en los países de derecho casuístico, con gran claridad, en el área del derecho ambiental, el que es recepcionado, en los Estados Unidos, Brasil, Jordania, Filipinas, Australia, Japón y Alemania (incluso, de alguna manera, en Costa Rica), desde una perspectiva casuística o inductiva, dando una cabida, más temprana y más eficiente, a los cambios científicos y tecnológicos –que el derecho ambiental reclama– entre otras cosas, para atender a las demandas más urgentes relacionadas con las normas primarias de calidad ambiental (como lo indicáramos antes, así se denominan técnicamente las normas ambientales a que se refiere el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, en tanto comprometen la vida del ser humano, y, por ende, sus derechos esenciales).

Por ello es que los derechos ambientales, como derechos humanos internacionales, están dentro de la esfera protectora del artículo 5°, inciso segundo (doctrina constitucional norteamericana y alemana del “*compelling state interest*”). Esta recepción es de más constitucionalmente reconocida en el artículo 19 número 8 inciso segundo de la Constitución chilena, como deber del Estado u obligación ambiental de hacer, por parte del Estado Gobierno, en relación con la aplicación jurisprudencial de cada uno de los derechos mencionados, que se reconocen en la parte dogmática de la Constitución.

He aquí una mutación esencial del derecho internacional, de la cual ciertamente es corresponsable el derecho ambiental. En los mencionados países (especialmente en ellos), son las empresas, las industrias –personas jurídicas– los agentes económicos (destinatarios primeros o finales del derecho internacional ambiental ratificado) aquellos que generan los cambios en el derecho ambiental, toda vez que los tribunales (a través del “*judicial review*” o revisión de los actos legislativos, por parte del poder judicial) lo permiten y lo estimulan. Esta institución, por ello, es uno de los pilares jurídicos del Estado de Derecho norteamericano.¹⁴

A través de una herramienta expedita y constitucional, como es el *judicial review* (derivado de la teoría de los frenos y contrapesos de los poderes del Estado), las

¹⁴ Expresión máxima del principio constitucional de los frenos y contrapesos (*checks and balances*), que es el regalo del constitucionalismo de los Estados Unidos al mundo, en contraste radical con el principio de la división o separación de poderes, que es la contribución del constitucionalismo de Francia al mundo libre.

cortes federales y estatales tienen las atribuciones de declarar toda legislación inválida o nula cuando es ella contraria a la constitución respectiva, sea federal o del Estado. De tal forma es difícil que exista estancamiento legislativo, en aquellos casos en los que hay normas anquilosadas o que no permiten el cambio social.

Ahora bien, por la aplicación del “*judicial review*”, como instrumento funcional, en el derecho ambiental (normativa muy profusa), los actores jurídicos privados generan cambios de tal naturaleza, que alteran las normas legislativas por la vía judicial y hacen suyas las del derecho internacional, a través de la aplicación directa (sin reconocer intermedio) del derecho internacional, como ocurre con los instrumentos internacionales de gestión ambiental, que sustituyen a las normas legales de derecho duro y de comando y control ambiental, que de suyo no satisfacen las normas de derecho ambiental ni cumplen con su fin y propósito.¹⁵

Por ende, la dinámica regularmente lenta, castigadora (estrategia “*end of pipe*” y no preventiva), reactiva, morosa y débil del derecho interno latinoamericano, es antitética respecto de la naturaleza esencialmente no autoejecutoria (del derecho internacional ambiental) y que también demandan las nuevas áreas del derecho. Dicha dinámica obstaculiza, con dificultades estructurales, la incorporación o recepción del derecho internacional, por falta de instrumentos adecuados y expeditos en el derecho interno.

El derecho ambiental es complejo y técnico. Su materia prima es metajurídica, por lo que no puede ser proporcionada por el derecho en sí. El derecho ambiental tiene plena autonomía y, ciertamente, no es derecho administrativo. El nutriente más importante del derecho ambiental está en las disciplinas científicas que conforman la sustancia de la normativa ambiental y sin la cual no existe precisamente normativa alguna.

Eso es exactamente lo que conduce a su naturaleza no autoejecutoria, dado que la complejidad de su disciplina obliga a la norma ambiental técnica incorporada (desde el derecho internacional) a que existan técnicas de adaptación e implementación, pues la norma no se incorpora o implementa por sí misma, como en casi toda otra área del derecho en que solamente basta con el trámite de la mera promulgación y de la publicación, para que la ley sea tal y el tratado aplicable en el ámbito interno.

El carácter de no autoejecutoriedad del derecho ambiental internacional incorporado es el que reclama adaptación, modificación, ajuste, derogación, simplificación y promulgación de normas internas sustantivas, de manera tal

¹⁵ Normas ambientales de comando y control se denominan aquellas que son correctivas y no preventivas. Las normas ambientales de comando y control son parte del derecho penal o del derecho administrativo, por lo que no solamente desvirtúan la naturaleza del derecho ambiental, sino que hacen que el mismo derecho ambiental (que es preventivo, por esencia) deje de tener sentido y vigencia.

que pueda aspirar a ser eficaz y de aplicación real. En efecto, la causa preeminente de la falla en la aplicación eficaz de las normas ambientales (jurídicas y técnicas) se debe a que existen intentos de aplicar éstas sin un ejercicio de adecuación o adaptación real, previamente ejecutado.

Por contraste, cuando hay países que han completado el ejercicio integral de recepción y de ejecutoriedad interna (de legislación que fuera antes meramente internacional), ellos hacen también suyas las normas severas de penalidad internacional y del ejercicio de los instrumentos de gestión ambiental.

A estas normas, ya legitimadas por la incorporación auténtica, debemos estar sujetos los chilenos y, por cierto, no solamente a incorporarnos a ser parte de entes fiscalizadores y normativos internacionales, como OCDE, con exigencias incumplibles, por no existir una plataforma adecuada para satisfacerlas.

Solamente el compromiso vinculante, por parte de un país, de observar y hacer observar la legislación internacional ratificada da garantías internacionales de que el acto ratificatorio ha sido honesto y verdaderamente consciente; es una carta de crédito, para la comunidad jurídica internacional, de que habrá una auténtica adhesión a estándares internacionales, en el ámbito interno.

Un ejemplo de tal severidad y de compromiso verdadero (si la norma se cumple y ejecuta a cabalidad) está dado por el tenor del artículo 10-B del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Chile y Australia, el que se refiere a la expropiación de mercancías en comercio internacional e indica que no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios, no discriminatorios, de una Parte, que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente (voz análoga a la del articulado de la agenda química internacional, en sus tratados respectivos). La aplicación de una norma de tal envergadura efectivamente da garantía de una adhesión integral y auténtica de la normativa internacional.

El citado es un ejemplo claro, fuerte y vinculante del derecho ambiental internacional bilateral, como paralelo al multilateral, que goza de sus propias herramientas para ello. Tal norma ejecutoria debería ser de expedita aplicación en nuestro país, por lo demás, debido a que una muy similar existe en nuestra Constitución, en su artículo 19, números 3, 16 y 19, donde se recepciona el derecho internacional que ampara los límites a las libertades individuales, al menos teóricamente en la materia. La incorporación o recepción que la Constitución chilena favorece y reconoce (por los preceptos citados) es obstaculizada en el marco legal nacional (de norma de rango legislativo).

La norma citada en el TLC entre Australia y Chile (atenta a ser aplicada y ejecutada por el primer país) es la fuente legítima del derecho internacional bilateral

de embargos y confiscaciones, por violar una parte la normativa del derecho internacional ambiental, que ya ha sido introducida en los países, como derecho interno.

Una norma análoga existe cuando un país vulnera su propia legislación (de derecho ambiental internacional multilateral ratificado) y es por eso que un cargamento de salmón, vino, fruta o minerales podría ser confiscado en un país receptor (de preferencia europeo), por haber el país exportador violado una norma ambiental internacional (legal o técnica), derivada originalmente del derecho ambiental ratificado.

Esto no solamente es posible gracias a la naturaleza no autoejecutoria del derecho ambiental, sino a que el derecho internacional ambiental tiene como sujetos principales (de la obligación ambiental) de derecho a las empresas e industrias (aun más que al Estado, como destinatario de ellas), en el ámbito interno de los países.

En los casos antes señalados, la confiscación no será un acto expropiatorio, en tanto exista inobservancia del derecho internacional ambiental. En el caso nuestro, cuando además se viola una norma ambiental primaria, dicha inobservancia constituye una violación constitucional, por virtud del artículo 5° inciso segundo. Nos encontramos, en tal caso, con una vulneración grave (de doble grado) del ordenamiento jurídico ambiental, en el tope de la jerarquía jurídica.

Existen inconsistencias graves, en el ejercicio de los deberes de incorporación y de recepción, que hacen que el Estado chileno adolezca de lo que hemos denominado bipolaridad internacional. Nuestro Estado es visto, internacionalmente, como un ejemplar firmante y "cumplidor" de tratados y de compromisos internacionales, lo cual se ha exacerbado desde el año 1990 hasta ahora, por la conducta ratificadora del Estado aparato. Nuestro discurso internacional es que somos grandes y virtuosos baluartes del derecho internacional. Por ese motivo, precisamente, es que fuimos acreedores (en relativamente breve plazo) de ingresar al club internacional de los privilegiados: la OCDE.

En el otro extremo de la bipolaridad, en cambio, ¿qué sucede al interior de nuestro país con el efectivo y real cumplimiento de la normativa internacional ratificada? ¿Hay un cumplimiento franco y anticipado de cumplir con el deber de la incorporación o de la recepción? ¿Por qué es que existe tanta dificultad en el proceso de la recepción o incorporación del derecho internacional?

Pues bien, la respuesta es simple. El grado de trastorno o complejidad del Estado se deriva de nuestro perpetuo "síndrome de ratificación compulsiva" (SRC)

de tratados o instrumentos internacionales, sean multilaterales o bilaterales. El Estado chileno negocia, firma y ratifica cuanto instrumento internacional se le coloca enfrente o se le invita a participar.

El conflicto, sin embargo, a que esta conducta lleva en el derecho ambiental es que, por ser éste técnico y científico (su naturaleza) y por ser las empresas e industrias de los países ratificantes los sujetos primarios del derecho ambiental, en el cumplimiento de sus normas, siendo aquéllas las destinatarias y ejecutoras principales de éstas, son precisamente las tales industrias y empresas las que tienen la más fuerte carga financiera de la aplicación de la normativa ratificada (sin ejercicio coherente de adaptación interna).

Lo que ocurre en materia ambiental es que el Estado chileno (por su SRC) ratifica un tratado sin antes estudiar detenidamente a quiénes obliga, cómo los obliga, qué obligaciones económicas y de adaptación normativa impone dicha convención y, finalmente, cuánto cuesta al país la aplicación del tratado, en términos de costos sociales, financieros y económicos, para todos los actores de cumplimiento obligatorio.¹⁶

Cuando un Estado ratifica un tratado procesal penal de extradición no requiere más que trámites meramente formales o de procedimiento, pues dicho acto es administrativo y se agota en ello. Cuando el mismo Estado ratifica un tratado ambiental, está ejecutando y adoptando una complejísima y multidisciplinaria tarea de política pública, que ha de ser precedida de un prolongado estudio y de un esfuerzo colectivo interno del Estado potencialmente afectado.

He aquí el reto del derecho ambiental al derecho internacional. Como los tratados ambientales tienen la naturaleza antes indicada y reclaman, como "*conditio sine qua non*" de su existencia, ejercicios drásticos y sustantivos de incorporación y recepción (y no meramente un acto administrativo burocrático y formal, como es la promulgación ejecutiva), no se les puede reducir a una aplicación meramente administrativa.

El error del SRC, esto es, una ratificación compulsiva e irresponsable de los tratados ambientales (sin que incluso algunos tribunales del país lleguen a comprenderlos adecuadamente en su contenido y objetivos) lleva al reduccionismo jurídico del derecho ambiental. Por éste entiendo la tendencia equivocada de percibir el derecho ambiental –que es técnico, científico, sustantivo, multidisciplinario y metajurídico– como meramente un derecho administrativo y de procedimientos.¹⁷

¹⁶ Como antes lo advirtiéramos, la gran excepción al SCR del Estado chileno ha sido el proceso de ratificación de la Convención de Estocolmo o Tratado COPs, en el año 2005.

¹⁷ De ser el derecho ambiental una mera expresión del derecho administrativo o derecho público, no debería entonces existir aquél, como disciplina sustantiva e independiente (como naciera en los Estados Unidos y Alemania), lo cual conduce el argumento al mismo absurdo. Así, abundantemente lo

Una cosa es causa de la otra. El reduccionismo es el efecto erróneo de un vicio mayor: el SRC.

Como la profusión de instrumentos internacionales ambientales ratificados por el país es tal, Chile tiene la percepción que para cumplir con el derecho ambiental hay que emprender solamente dos acciones: (a) ratificar, pues así cumplimos con la norma, y (b) elaborar un sistema administrativo, burocrático y muy cerrado, de evaluación de impacto ambiental, que es una herramienta imperfecta y parcial de control ambiental –ya dejada de lado en varios países modernos– meramente procedimental y que en nada resuelve o se hace cargo de los problemas sustantivos de la política o gestión ambiental nacional del país.¹⁸ Por el contrario, como lo hemos testimoniado recientemente en el derecho chileno, ella otorga, al final de su proceso, un título jurídico feble e imperfecto, como lo es la resolución de calificación ambiental, que puede ser anulada políticamente.

Lo verdaderamente relevante, al aplicar (como debiera aplicarse) el derecho ambiental chileno, es que entre el 60% y el 70% de las obligaciones ambientales diarias, de las empresas e industrias se derivan o se han derivado del derecho internacional ambiental sustantivo ratificado: que ya es hoy derecho nacional (sea a través de normativa ambiental sustantiva, como de normativa ambiental técnica). La abundancia de normativa genera inconsistencias crónicas y los peligros de tal proceso subyacen crónicamente en el derecho ambiental, si no se comprende ni se aplica correctamente.

Mientras no existan las herramientas adecuadas, habrá serias inconsistencias y falacias en la aplicación del derecho internacional técnico. De allí que hayamos sugerido que tenemos una faz frente al mundo, como los grandes guardianes y arquitectos del derecho internacional, y otra interna, para nosotros, en que aparecemos ejecutando políticas públicas erróneas, estériles o, simplemente (lo cual es aún peor), dejando de ejecutarlas cuando debemos, pues el sistema sustantivo ha sido sustituido por uno meramente procesal y administrativo.

Entonces, ¿qué herramientas hemos sugerido que son esenciales para invertir estos serios errores de inconsistencia, en la normativa ambiental?

evidencian los grandes defensores del derecho ambiental, como disciplina sustantiva e independiente. En los Estados Unidos, entre otros, Edith Brown Weiss, Durwood Zaelke, Preston Scott, Steve Roady y David Hunter; en México, Raúl Brañes; en España, Ramón Martín Mateo, y en Brasil, Antonio Augusto Cancado Trindade.

¹⁸ Una de las muchas consecuencias del reduccionismo administrativo (del derecho ambiental) de una porción de cultores del derecho ambiental chileno es que el derecho ambiental (sin ser propiamente tal verdadero derecho ambiental sustantivo, como lo es en muchos países que privilegian los instrumentos de gestión ambiental) es impotente de responder, con instrumentos de sustentabilidad sustantivos, a dilemas de política pública, tales como el de cómo conciliar el resguardo de los recursos naturales con una política energética de desarrollo y con un crecimiento económico sostenido.

- 1) simplificación de la legislación interna,
- 2) ejercicio de derogación de legislación y de normativa regulatoria o reglamentaria innecesaria, paralizante, vetusta o redundante,
- 3) proceso precalificatorio, jurídico y técnico de la legislación o normativa internacional (prerratificación): negociación y firma,
- 4) ejercicio interno de consistencia constitucional (examen jerárquico piramidal), que ha de ser un ejercicio jurídico e integral. Ello no se satisface meramente con la atribución constitucional del Tribunal Constitucional, de conocer la constitucionalidad del tratado que sea sometido a la aprobación del Congreso. Este es un ejercicio ex ante y que, muchas veces, se agota en un proceso de constitucionalidad formal y no material,¹⁹ y
- 5) ejercicio interno de consistencia técnica (qué significan las normas; a quién obligan las normas; cómo lo hacen; desde cuándo y cuánto cuesta la aplicación del tratado; qué tan oneroso es para los destinatarios nuevos de las normas internacionales ambientales). Este es el ejercicio de un "scanner ambiental" que determinará el diagnóstico de la consistencia o falta de ella, para introducir correctivos relevantes en la aplicación, ejecución e interpretación normativa.

Por último, la consistencia no ha de ser solamente un ejercicio normativo, respecto de los instrumentos internacionales, compulsivamente ratificados, sino que también la consistencia, como examen de diagnóstico (o scanner), ha de aplicarse antes (preventivamente) de que lleguemos a ser parte de instancias económicas y normativas del primer mundo (como de la OCDE).

Los desfases entre nuestro país y OCDE son eminentemente normativos. Claro, los hay también sustanciales y culturales, como los escasos y mal aplicados estándares de protección, real y efectiva, de la propiedad intelectual y del valor que en ella subyace.²⁰ En ello hay problemas sustantivos severos; pero es la esfera o factor formal-regulatorio el que acusa el ángulo distorsionado en la ecuación.

La recomendación final es realizar los ejercicios serios y necesarios, de política legislativa y política pública coherente, en las áreas del derecho que han generado revolución del derecho, más que evolución (como el derecho ambiental), para que el divorcio entre la normativa interna, respecto de la internacional, se disminuya en su grado máximo.

¹⁹ Véase el artículo 93, números 1 y 3 de la Constitución chilena.

²⁰ Por no haber una cultura de respeto pleno por la propiedad intelectual, en nuestro país, es que no es posible aplicar adecuadamente varios de los tratados ambientales ratificados por el país. Esta es una de las críticas más sustanciales y permanentes de la OCDE a Chile.

Mientras esto no ocurra, el derecho ambiental no podrá aplicarse en forma eficaz y eficiente y, por ello, no podrá servir su objetivo primordial, que es la consistencia y armonía entre las leyes del hombre y las de la naturaleza o, de otra forma dicho, el objetivo esencial del derecho ambiental, que es la restauración de los equilibrios (naturales y sociales) perturbados por causa de actividades humanas insustentables y alteraciones éticas de jerarquías y prioridades.