



*CENTRO DE ESTUDIOS  
FISCALÍA DEL MEDIO AMBIENTE (FIMA)*

## FISCALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA AMBIENTAL

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CREA EL DEFENSOR DEL  
CIUDADANO Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS PARA CHILE

*Por Diego Lillo Goffreri*

## ÍNDICE

<i>Capítulo</i>		<i>Número de Página</i>
	<b>Introducción</b>	<b>3</b>
<b>I.</b>	<b>El Ombudsman en el Derecho Comparado</b>	<b>5</b>
	i) Concepto	5
	ii) Importancia	6
	iii) Visión de la institución en materia ambiental	7
<b>II.</b>	<b>Proyecto del Defensor Ciudadano en Chile</b>	<b>12</b>
	i) Mensaje del Ejecutivo	12
	ii) Análisis Crítico	15
<b>III.</b>	<b>Competencia ambiental del Ombudsman</b>	<b>24</b>
	i) Ombudsman ambiental y SEIA	24
	ii) Relación con la Sociedad Civil	25
	iii) Acciones Judiciales y Litigación	27
<b>IV.</b>	<b>Conclusiones</b>	<b>32</b>
<b>V.</b>	<b>Fuentes Consultadas</b>	<b>34</b>

## INTRODUCCIÓN

El estado actual de la legislación chilena en materia ambiental presenta uno (o varios) problemas en cuanto a su cumplimiento por parte de los destinatarios. No es un misterio ni una revelación decir que muchas de las normas de incidencia ambiental en nuestra legislación son eludidas o francamente son incumplidas. Hay que sumar a esto que la legislación ambiental chilena es precaria e insuficiente (adquiriendo sólo reciente importancia el estudio del derecho ambiental), por lo cual se propicia más aún la nimia *eficacia*<sup>1</sup> de la ley ambiental y de relevancia ambiental.

Por otro lado, se hace mucho énfasis en la importancia de la participación de la ciudadanía, cuyo interés en que el ambiente sea preservado sería fundamental para amplificar la observancia de las leyes destinadas a protegerlo. Lamentablemente ese interés no está demasiado desarrollado en nuestra sociedad y más aún los escollos legales para exigir su protección son un desincentivo para hacerlo. Según el profesor chileno Pedro Fernández B., el problema de la eficacia de la ley en materia ambiental se podría solucionar perfeccionando la ley de modo que ésta sea un instrumento efectivo para alcanzar los fines que se persiguen con su dictación. Para este fin propone tres tareas que involucran directamente a la comunidad en su conjunto: en primer lugar “*estimular la capacidad de respuesta de la comunidad organizada frente al deterioro ambiental [...]*”; en segundo “[...] *crear en Chile un organismo que vele por el acatamiento de las normas ambientales [...]*”; y por último “[...] *implementar con urgencia programas educacionales que logren internalizar la norma (ambiental) [...]*”<sup>2</sup>.

A la luz del proyecto de reforma constitucional que crea en Chile el “Defensor del Ciudadano”, se hace evidente que al corto plazo el sistema jurídico se puede hacer cargo de la segunda tarea antes mencionada, para lo cual hay que poner especial cuidado en la forma en que dicha nueva institución pueda desenvolverse en materia de defensa del derecho ambiental. El Ombudsman es una herramienta muy útil que debería permitir a la comunidad el acceso más fácil, eficiente y seguro a la concreción de medidas que satisfagan las reclamaciones que se puedan hacer sobre actos de la administración que vulneren la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

El presente estudio comprende una sistematización de varios trabajos e investigaciones en el tema que pretenden ser un esfuerzo por conducir a la dotación de medios suficientes para que el Defensor del Ciudadano tenga un rol importante en la protección del medio ambiente. En el desarrollo expuesto a continuación se presentarán los problemas que la institución del Ombudsman en nuestro país pudiera tener en materia de su competencia ambiental y qué mecanismo se pueden utilizar para salvar estos problemas.

Mediante el análisis crítico del proyecto de reforma constitucional mencionado, se

---

<sup>1</sup> REYES RIVEROS, Jorge. EFICACIA DE LA LEY. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 1996, Vol. 7, pp. 75-84

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. Manual de Derecho ambiental Chileno, editorial jurídica, segunda edición actualizada, pp. 66.

quiere llegar a una conclusión que sirva como un aporte a la institución en proyecto o a otra que cumpla con sus mismas finalidades u objetivos, como se ha planteado en la actualidad con la creación de una Superintendencia de Fiscalización Ambiental, una de las tareas que el Ejecutivo le ha encomendado a la Ministro Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) luego de dictarse recientemente la ley N° 20.173 que le concedió rango ministerial<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Ley 20.173, de 17 de marzo de 2007, publicada en Diario Oficial en fecha 27 de marzo de 2007.

## I. EL OMBUDSMAN EN EL DERECHO COMPARADO

### i) Concepto:

La institución del Ombudsman ha tenido un desarrollo en distintas etapas de la historia con diversos grados de importancia. Ha recibido varios nombres como Defensor de Pueblo, Defensor del Ciudadano, Procuraduría del Ciudadano, etc., pero todos responden a las mismas características jurídicas que forman su naturaleza. Ombudsman proviene de los vocablos suecos “ombud” que quiere decir *representante*; y “man”, que quiere decir *hombre*. Esta noción no solamente es difícil de sustentar por sí misma debido a su vaguedad, sino que además su significado en nuestros días difiere en gran forma a la primitiva institución nacida en Suecia en el año 1809. A su vez, se hace imposible definirlo de forma plena según su naturaleza jurídica, pues ésta varía en los diversos sistemas jurídicos en que se presenta. Sin embargo, de acuerdo a los elementos comunes que los distintos tipos de Ombudsman poseen en el derecho comparado, podemos caracterizarlo como un *órgano no jurisdiccional* dotado de *auctoritas* (o autoridad moral)<sup>4</sup> cuya función es ser un *defensor y promotor* de los derechos de las personas actuando como representante de ellas respecto de sus reclamaciones *en las materias que le competen*.

Como veremos en mayor detalle a continuación, este concepto varía según las funciones específicas que cada legislación le ha otorgado a la institución. De esta manera, es también común, pero no universal, que dicha *defensa y promoción de derechos* se haga respecto de actos u omisiones de la Administración Pública que vulneran garantías o derechos de las personas que son amparados por la Constitución Política o Norma Fundamental, dependiendo del sistema al que nos refiramos. Asimismo, el carácter fundamental de *independencia* que rescatan la mayor parte de las concepciones sobre el defensor tampoco se muestra en todos los modelos, por lo que no ha sido incluida en el concepto que se ha dado anteriormente.

En cuanto a su caracterización podemos reconocer 4 modelos fundamentales con una diferente naturaleza jurídica del defensor:<sup>5</sup>

- a) El *Ombudsman* sueco, el modelo más antiguo: es un órgano que actúa como auxiliar de la función fiscalizadora del poder legislativo y, por lo tanto, dependiente de él. Cabe destacar que sus funciones abarcan el poder de investigación sobre toda la Administración, esto incluye a los órganos de administración de justicia. Puede actuar de oficio o a petición de parte.
- b) El *Parlamentary Commisioner for Administration*, el modelo inglés: también depende directamente del parlamento, en tanto este lo elige, fija su funcionamiento y sus competencias. Nunca puede actuar de oficio, pues las quejas de los ciudadanos deben hacerse primero a un parlamentario quien oficiará de filtro para que sean investigadas aquellas quejas que sean relevantes.

<sup>4</sup> MOURE PINO, Ana María; en “El defensor del pueblo y su establecimiento en Chile”; pp. 8.

<sup>5</sup> Ibídem.

- c) El *Mediateur* francés: es nombrado por el poder Ejecutivo (consejo de ministros), no tiene personalidad jurídica propia, es independiente de cualquier autoridad. No puede actuar de oficio, sino que solo a petición del parlamento (en los mismos términos que el modelo anglosajón, como filtro de peticiones plausibles).
- d) El *Defensor del Pueblo* español: es un organismo independiente de toda autoridad, con *relevancia constitucional*<sup>6</sup> (en tanto cumple una función de vigilancia o control. No tiene una función creadora de derecho, característica de los *órganos constitucionales* propiamente tales). Su objetivo fundamental es la defensa del ciudadano ante abusos por parte de la administración.

El *Ombudsman ambiental*, por su parte podemos reconocerlo como una sub- categoría de esta institución, por lo que su conceptualización será también variable según la naturaleza jurídica que adquiera de acuerdo a la legislación determinada. Lo más común a este respecto es que la existencia del *Ombudsman ambiental* sea en virtud de la entrega de atribuciones especiales a éste en dicha materia, de manera que se hace competente para fiscalizar las posibles vulneraciones a los derechos constitucionales ambientales que han sido conferidos las personas. Según veremos más adelante, otra posibilidad en este sentido es una oficina distinta al Ombudsman en términos generales, que tenga atribuciones exclusivas en materia ambiental, como es el caso mexicano<sup>7</sup>.

## ii) Importancia:

La importancia del ombudman ambiental radica en las funciones que desempeña y que en nuestro país podría enfocarse en dos áreas principales: a) controlando a los órganos de la administración pública y personas privadas que participan en la prestación de servicios de utilidad pública, para que en el desempeño de esas actividades no se vulneren los derechos y libertades de las personas; y b) ser una herramienta de las que menciona el artículo 4 de la Ley de Bases del Medio Ambiente de nuestro país, mediante las que el estado cumple su deber de *facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente*.

- a) Función fiscalizadora: existen en Chile diversos órganos administrativos que tienen competencia ambiental, tales como CONAMA, SERNAPESCA, SAG, DGA, etc. Estos órganos toman decisiones y adoptan políticas que aún siendo válidas y legales pueden causar daño al medio ambiente. A estos órganos debemos agregar a todos aquellos que participan de las actividades de prestación de servicios en las más diversas áreas que puedan tener un impacto ambiental: como ocurre con las Superintendencias de Servicios Sanitarios, de Electricidad y Combustibles, de Telecomunicaciones, así como con los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, etc. Según explicaremos más en extenso en el punto II del desarrollo de este estudio, los privados que serían objeto de control de

<sup>6</sup> VARELA, Joaquín; "Naturaleza jurídica del defensor del pueblo" en Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, Número 8, mayo-agosto 1983, pp. 66-67

<sup>7</sup> Iniciativa de Ley orgánica de la Procuraduría ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal, México. Las referidas competencias son analizadas con posterioridad en este estudio.

Ombudsman también son diversos y son en general todos aquellos que desarrollan la prestación de servicios de utilidad pública, tales como los ya mencionados además de transporte y explotación de recursos naturales. Para precisar este sujeto de control hay que precisar que debemos entender por “servicio de utilidad pública” para estos efectos, lo cual realizaremos más adelante.

- b) Función en la participación ciudadana: aunque este tema también será analizado posteriormente, desde ya se puede señalar que la intervención del Ombudsman en la participación ciudadana abarcaría las tres áreas de ésta según la Ley de Bases del Medio Ambiente, es decir, en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en el proceso de generación de normas y en el derecho a formular denuncias por daño ambiental. Aquí el Ombudsman será crucial en la difusión de la información importante a la comunidad además de entregarle las herramientas necesarias para canalizar los esfuerzos de participación y que ésta no sea solo nominal.

iii) Visión de la institución en materia ambiental:

Existen diversos modelos de Ombudsman Ambiental en las legislaciones del mundo, otorgando distintos grados de importancia específica a la materia y, en consecuencia, distintas competencias en éste ámbito.

- a) España: Las funciones del Ombudsman español están establecidas en el artículo 54 de la Constitución Española, el cual establece que *“Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”*. El título al que se refiere éste artículo es el “Título I: De los derechos y deberes fundamentales”, en el que el artículo 45 se establece el derecho a *“disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*.

En este sistema el Ombudsman posee competencias generales sobre la defensa de los derechos fundamentales que establece la constitución, por lo que el derecho del artículo 45 está tutelado por él. De no efectuar ninguna precisión especial en la nascente regulación del Ombudsman en Chile, su competencia en materia ambiental sería similar a este sistema, sin embargo, se deben hacer algunas observaciones. La norma del derecho constitucional del medio ambiente en el sistema español es más completa que la chilena, en tanto establece en su apartado 3 que *“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño”*. Atendiendo a esto, *“la promulgación del nuevo Código Penal por la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha supuesto el reconocimiento expreso de la tutela penal de los bienes*

*medio ambientales en nuestro ordenamiento jurídico (ordenamiento jurídico español)”<sup>8</sup>. De esta forma dicho Código Penal dedica un Título completo a la sanción “de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” (Título XVI, Código Penal Español), de manera que se hace evidente que la tutela específica del derecho constitucional del medio ambiente posee mayores y más efectivos mecanismos, los cuales no existen en nuestra legislación. Debido a esto una normativa que regule las competencias del Ombudsman chileno en estos términos generales no tendría en nuestro sistema los mismos efectos que en el sistema español.*

- b) Argentina y Perú: La norma constitucional y orgánica que crea a los defensores argentino y peruano es bastante similar en su forma a la española. En el caso argentino, el artículo 86 de la Constitución señala que *“El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. [...]”*.

A su vez, la Constitución peruana señala en el inciso primero de su artículo 162 que *“Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”*.

Como vemos ninguna de estas normas establece específicamente facultades en materia ambiental. Sin embargo, y en contraposición al caso español, dentro de su entramado organizacional reconoce de forma expresa el deber de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales ambientales. Más aún, la práctica le ha dado al defensor un rol fundamental, siendo Perú donde se ha desarrollado con más fuerza la noción del Ombudsman ambiental. Cada año el Defensor del Pueblo peruano debe emitir un informe sobre su actuar durante ese período y en cada uno de los informes dictados desde el período correspondiente a 1997 – 1998 (Primer informe anual de la Defensoría del Pueblo) se dedica un capítulo especial a lo atinente a la protección del medio ambiente. A continuación citamos algunos pasajes de importancia en dichos informes:

- *“Cuidar nuestro entorno natural no es solamente una muestra de buena voluntad o de sentido del ornato, sino básicamente una necesidad vital en la medida en que dañarlo constituye un atentado contra la vida. Consumimos el medio ambiente como si fuera un producto, el único que usamos veinticuatro horas al día y siete días por semana”<sup>9</sup>.*

<sup>8</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Derechos Humanos, estado de derecho y constitución”, Editorial Tecnos, octava edición 2003, pp. 478.

<sup>9</sup> Primer Informe Anual de la Defensoría del Pueblo Año 1997 – 1998, pp. 105.

- *“Los reclamos recibidos por la Defensoría están referidos a residuos que los gobiernos municipales, las industrias y las empresas mineras deberían vigilar más de cerca: relenos sanitarios, relaves, emanaciones gaseosas y fluidos manejados sin el debido cuidado, que perjudican gravemente el sistema ecológico. Lo más peligroso es que se trata de daños que lenta y progresivamente van minando la salud de las personas y expandiendo los focos de infecciones y enfermedades de todo tipo”*.<sup>10</sup>
- *“[...] nos interesa promover mesas de concertación integradas por las instituciones públicas competentes, trabajando con la sociedad civil para su sensibilización y promoción de su participación, a fin de reforzar los mecanismos de participación ciudadana, especialmente las audiencias públicas de Estudios de Impacto Ambiental (EIAs) en las cuales la participación de la ciudadanía requiere del apoyo de profesionales especializados en soporte de sus intereses. A este respecto, se requiere un esfuerzo serio de las autoridades por mejorar su credibilidad frente a la población, a fin de lograr procesos de diálogo y consulta que tengan resultados positivos”*<sup>11</sup>.
- *“Para la Defensoría del Pueblo, la relación que existe entre el goce de los derechos fundamentales y la calidad ambiental es elemental. Es así que concretó su acción en: la evaluación crítica del marco regulatorio e institucional ambiental con enfoque de derechos, el apoyo en la resolución de conflictos socio ambientales, la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal, y la investigación y diagnóstico de la situación ambiental en zonas críticas y cómo esta calidad condiciona negativamente el goce de derechos fundamentales de las personas, en especial en la población más vulnerable”*.<sup>12</sup>

Del caso argentino, si bien tiene un desarrollo más incipiente en la materia, se puede rescatar, como ya dijimos, el reconocimiento explícito de la facultad medio ambiental, lo cual tiene un importante efecto informativo en la ciudadanía, a saber:

*“Facultades del Defensor del Pueblo: En el ejercicio de las misiones que la Constitución Nacional y la Ley le encomiendan, el Defensor del Pueblo de la Nación podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación en todos aquellos casos originados por cualquier repartición de la Administración Pública Nacional (en todo el territorio del país) y las empresas prestadoras de servicios públicos, aún las privatizadas, en relación a los siguientes temas:*

- *mal funcionamiento*
- *ilegitimidad*
- *falta de respuesta a reclamos efectuados*
- *mala prestación, atención o trato*

---

<sup>10</sup> Ibídem

<sup>11</sup> Quinto Informe Anual del Defensor del Pueblo, año 2001 2002, capítulo 2, pp. 120.

<sup>12</sup> Noveno informe del Defensor del Pueblo, abril – diciembre 2005, capítulo 2, pp. 113-114

- *insuficiencia de información*
- *violaciones a los derechos humanos, del usuario y del consumidor*
- *cuestiones atinentes a la preservación del medio ambiente*<sup>13</sup>

c) Inglaterra: Anteriormente se expusieron las características del Ombudsman en el sistema inglés, debido a lo cual es innecesario hacerlo nuevamente en este acápite. En cuanto al tema ambiental de dicho sistema, el Parlamento está asesorado por la “Royal Commission on Environmental Pollution” o RCEP (Comisión Real sobre Contaminación Ambiental), pero esta institución no es un Ombudsman propiamente tal, pues no tiene la competencia para realizar acciones directas contra el gobierno central o los gobiernos locales. Su función es fundamentalmente aconsejar al Parlamento sobre los principios generales que debe seguir, así como guiar la opinión pública en la materia. Considera en sus investigaciones tanto la realidad nacional como internacional y tiene libertad para aconsejar al Parlamento en las materias que estime necesarias. Además la comisión es la encargada de llevar a cabo investigaciones ambientales encargadas por el gobierno, para las cuales cuenta con total independencia de éste<sup>14</sup>.

Evidentemente el sistema anglosajón no es “exportable” pues su sistema de organización política es demasiado atípico en relación a los demás, debido a los principios que lo rigen (monarquía parlamentaria, basada en la lealtad política de los distintos actores).

d) México: La legislación ambiental mexicana tiene un importante desarrollo en el marco de las Leyes del Equilibrio ecológico y la protección al ambiente, general de Asentamientos humanos, de Aguas Nacionales y Forestal. En virtud de la ley Ambiental de 21 de diciembre de 1999, fue necesario crear una Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial (PAOT) para el distrito federal mexicano, en complemento a toda la red normativa en la materia. “*La ley ambiental impulsa la generación de una autoridad ambiental y urbana con atribuciones para intervenir en forma oportuna y adecuada en la solución de los problemas ambientales, armonizando el avance normativo con el fortalecimiento institucional*”<sup>15</sup>.

La PAOT tiene entre sus facultades, según lo establecido en el artículo 5 de su Ley Orgánica, denunciar ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones o incumplimiento a la legislación administrativa y penal, en materia ambiental y del ordenamiento territorial, Conocer e investigar sobre actos; hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación en materia ambiental y del ordenamiento territorial; Emitir recomendaciones ante las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal, municipal y del Distrito Federal, con el propósito de

<sup>13</sup> Sitio Web informativo del Defensor del Pueblo de la Nación, <http://www.defensor.gov.ar/institucion/quees-sp.htm>

<sup>14</sup> <http://www.rcep.org.uk>

<sup>15</sup> Iniciativa de Ley orgánica de la Procuraduría ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal, pp. 1, México.

promover el cumplimiento de la legislación ambiental y de ordenamiento territorial; Formular y validar dictámenes técnicos y periciales respecto de daños y, en su caso de la reparación de los mismos, perjuicios ocasionados por violaciones o incumplimiento a las disposiciones jurídicas en materia ambiental y de ordenamiento territorial; etc. todo esto con carácter de funciones exclusivas, lo que provee a la procuraduría de una gran eficacia.

A su vez, esta institución cumple el rol de aunar funciones en materia ambiental que con anterioridad a su creación estaban repartidas en otros órganos de la administración (Secretaría del Medio Ambiente y Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda) por ser atribuciones esencialmente conexas entre sí. *“En la realidad se ha percibido que la intervención desarticulada de las autoridades encargadas del cumplimiento de las normas de usos del suelo y de las autoridades ambientales conlleva duplicidades, además de que con frecuencia tienen una intervención que, o bien se contrapone, o bien resulta inadecuada por la dispersión de atribuciones”*<sup>16</sup>.

Es evidente que el proyecto chileno del Ombudsman no tiene una intención tan demarcada en el ámbito ambiental, sino que se ve tratado de una forma tangencial en el plano de los derechos y garantías constitucionales, por lo que no sería posible aplicar un modelo tan minucioso como el mexicano. Sin embargo nos servirá para más tarde realizar un diseño tentativo de las atribuciones que podría tener el Ombudsman chileno. Según todo lo analizado pareciese que el modelo peruano, como el argentino, serían los más adaptables a nuestra realidad normativa.

---

<sup>16</sup> Iniciativa de Ley orgánica de la Procuraduría ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal, pp. 1, México.

## II. PROYECTO DEL DEFENSOR CIUDADANO EN CHILE

### i) Mensaje Ejecutivo:

El mensaje presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje Nº 214-350 de 17 de noviembre de 2003) se basa en la necesidad de “*perfeccionar la forma y modo en que el Estado y los particulares desarrollan actividades destinadas a satisfacer las necesidades de la colectividad [...], dotando a la comunidad de mecanismos modernos para el resguardo de sus derechos frente a tales actividades*”,<sup>17</sup>

Esto tiene su fundamento en distintos factores jurídicos, administrativos y constitucionales, los cuales en su conjunto han sido denominados por los autores como la constitucionalización del derecho. Entendemos por este proceso aquel en que la Constitución deja de ser un mero catálogo de derechos públicos y una descripción de los órganos y funciones del poder público (que cada vez se tiende a engrosar más), para constituirse en la norma que estructura el ordenamiento jurídico, sea éste de derecho público o privado, sometiendo la observancia de aquellos derechos y principios a la persona y entregando medios eficaces para sancionar los atentados a los mismos.<sup>18</sup> En este contexto se hace patente la problemática de cómo se contrarresta tal magnitud de la organización de la administración y cómo el destinatario exige el respeto a sus derechos en virtud de su relación jurídica con aquella.

Al no existir un procedimiento especial sobre lo contencioso-administrativo de aplicación general en nuestra legislación (y sin entrar en la controversia doctrinal sobre la competencia de los tribunales ordinarios en la materia) el casi único mecanismo jurisdiccional efectivo de tutela de los derechos constitucionales es el recurso de protección, “*esto probablemente explica las construcciones doctrinales y jurisprudenciales que se han hecho en su aplicación extensiva, jugando un rol decisivo en el control jurídico de la actividad administrativa*”.<sup>19</sup> Debido a esto es del todo razonable la instauración en Chile del Ombudsman en particular para dar una mayor y más accesible protección al ciudadano de sus derechos constitucionales ante actos de la administración, por lo cual la necesidad de modernización en este ámbito de la que habla el mensaje presidencial podría verse satisfecha. Reiteramos que lo importante es que dicha satisfacción no sea meramente nominal y tome en cuenta todos los aspectos en que podría verse involucrada la acción del Ombudsman.

Siguiendo el esquema propuesto por José Ignacio Pinochet y Carolyn Contreras<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje Nº 214-350 de 17 de noviembre de 2003).

<sup>18</sup> Apuntes del ramo Teoría General del Derecho elaborado por los alumnos, prof. QUINTANA BRAVO, Fernando., Facultad de Derecho Universidad de Chile, segundo semestre 2006.

<sup>19</sup> FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, BORDALI SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo” Rev. derecho (Valdivia), jul. 2003, Vol. 14, pp. 67-81.

<sup>20</sup> PINOCHET, O., José Ignacio y CONTRERAS G., Carolyn, A., “Ombudsman y medio ambiente:

en su investigación “Ombudsman y medio ambiente”, se pueden identificar tres puntos principales que abarca el proyecto de reforma constitucional antes analizado, los cuales son a) Objetivos, b) Sujetos de control y c) Bien jurídico protegido. A continuación desarrollaremos cada uno de estos puntos en forma separada.

a) Objetivos:

“... *Velar por que la actividad de la administración, en particular aquella de prestación, se realice con pleno respeto a los derechos y libertades de las personas.*”<sup>21</sup>. Esto impone al defensor las tareas de proteger y promover los derechos contemplados en las garantías constitucionales del artículo 19, frente a los actos de la administración<sup>22</sup> suscitados en el contexto de una relación jurídica entre ésta y el ciudadano. La naturaleza de esa relación jurídica y los efectos que ella produce para efectos de la interpretación de esta tarea será motivo de desarrollo posterior en la investigación.

Usando la definición de “promover” del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, podemos elaborar el concepto de la función promotora del Ombudsman, que es aquella por la cual se inician e impulsan procesos de educación, información y difusión sobre los derechos fundamentales protegidos por la constitución, con el fin de que los ciudadanos, informados y dotados de este conocimiento, exijan en su relación con la administración el respeto y observancia de ellos.

El proyecto en su sección “3. *Instrumentos de la Defensoría para ejercer su rol tutelar*” del punto “V. *El Proyecto de Reforma Constitucional*”, no se refiere a ningún mecanismo específico para dar cumplimiento a esta función promotora, se limita a hablar los medios por los cuales el Ombudsman dará cumplimiento a su función de defensa (informes, ejercicio de acciones judiciales, recomendaciones). No es baladí referirse a estos instrumentos, pues el Ombudsman en su calidad de órgano del estado se regirá por el principio de legalidad de derecho público, en virtud del cual no se pueden exceder, contradecir o violar las normas que lo regulan. Según esto, si no se entrega a la ley la facultad de fijar dichos instrumentos (cosa que el proyecto no hace ni menciona) podríamos entrar en una discusión sobre la legalidad de esos mecanismos. A modo de propuesta, algunos de los instrumentos de la actividad promotora del Ombudsman debiesen ser:

- *Elaboración de campañas educacionales e informativas con organizaciones de ciudadanos (sindicatos, juntas de vecinos, corporaciones, ONGs, etc.).*
- *Elaboración de campañas publicitarias que insten a su receptor a informarse.*

---

análisis de la institución y propuestas a la luz del proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile”, en SEGUNDAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO AMBIENTAL “Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales y Alternativas “, editorial LexisNexis, año 2004, pp. 149 a 172.

<sup>21</sup> Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003).

- *Difusión de aquellas.*
- *Recepción de opiniones y reclamos en la elaboración de un Informe de Opinión Pública.*

La función “protectora” o de defensa del Ombudsman es aquella mediante la cual intercede por el interés particular de uno o más ciudadanos de modo de resguardarlo de un perjuicio real o amenaza de tal, ante actos de la administración del Estado surgidos de la relación jurídica entre ésta y aquellos.

Las vías que el proyecto contempla para el desarrollo de esta función, como ya dijimos, son tres: 1) Desarrollar *investigaciones* y elaborar *informes*; 2) *Ejercicio de acciones judiciales*, sin referencia a los detalles de la litigación y sus costas, lo cual contemplaremos más adelante a modo de propuesta; y 3) *Sugerencias y recomendaciones* a las entidades prestadoras. En esta función se ha puesto más hincapié, por lo que tiene un desarrollo más completo en el proyecto (a excepción de lo ya dicho respecto del punto 2.), por lo que no amerita hacer mayores observaciones al respecto.

#### b) Sujetos de Control:

El Ombudsman que se propone tiene como sujeto de control los órganos de la administración del Estado, indistintamente se trate de órganos públicos o personas privadas, que ejerzan actividades de prestación de servicios públicos o de utilidad pública.

En este sentido el proyecto no es del todo ideal, pues circunscribe el control del Ombudsman a aquellas prestaciones de la administración por las cuales el usuario realiza una contraprestación pecuniaria.<sup>23</sup> En términos más simples, el usuario solo puede reclamar ante el Ombudsman actos lesivos de sus derechos constitucionales respecto de servicios públicos o de utilidad pública por los que paga.

Resulta dudoso lo que sucede en los casos en que organismos de la administración no cumplen su trabajo cuando este les viene designado por ley y el cual deben cumplir de oficio, pues en lo estrictamente técnico el usuario no paga directamente por esa actividad. Hay que señalar que si bien puede estar contemplado en la expresión “... *Velar por que la actividad de la administración, en particular aquella de prestación...*”, la importancia que se le da a las actividades que no son de prestación es residual en el desarrollo del proyecto. ¿Es correcto considerar que el “usuario no paga” por ese trabajo? Y, por ende, ¿quedan fuera del control del Ombudsman todas las actividades que según esta clasificación son de “no prestación”?

Es evidente que toda actividad tiene un costo económico y en el caso de las actividades del Estado ese costo es asumido por él, el cual a su vez está conformado por la toda comunidad. El proyecto quiere que se controlen aspectos meramente

<sup>23</sup> “Desde la perspectiva de los prestadores de los servicios de utilidad pública, la actividad dirigida al otorgamiento del servicio involucra la explotación de una industria o actividad económica y, por ello, los servicios públicos referidos son retribuidos por el usuario mediante el pago de un precio o tarifa”. Letra a), número 2., punto V., Mensaje Nº 214-350 de 17 de noviembre de 2003

técnicos como malos tratos en la entrega del servicio, prestación incompleta de servicios, discriminaciones arbitrarias, etc. En otras palabras y extremando el argumento, el sujeto controlado es gráficamente el individuo que atiende mal en la ventanilla, pero deja fuera problemas mucho más graves e importantes. Por ejemplo, al tenor de su texto quedarían fuera del control del Ombudsman los casos de corrupción en la administración, pues muchos de los casos en que se suscita no entrarían en la categoría de actividad de prestación. Creemos que el sujeto de control debiese ser la administración en su concepto amplio, no solo aquella que tiene un relación directa con el usuario, puesto que de no ser así continuaríamos un trance de falta de transparencia del funcionamiento de la administración a los ojos de la ciudadanía, lo cual es evidentemente lo que se quiere evitar con la creación del defensor.

c) **Bien jurídico protegido:**

El bien jurídico protegido son los derechos e intereses de los ciudadanos que les son otorgados en virtud de las garantías constitucionales. Este punto no reviste mayor análisis, puesto que se refiere en sentido amplio a aquellas garantías del artículo 19 de la Constitución. Debemos eso si destacar que dentro del llamado “interés” que plantea el proyecto, no se debe dejar de lado el interés público como ética de la administración pública, por lo que el bien jurídico que se quiere proteger con el Ombudsman es mayor de lo que luego se desarrolla (como ya dijimos, la exagerada atención al daño potencial en razón de la actividad de prestación). Esto es, la administración como patrón guía debe presumir que existe un “interés personal” de cada usuario en el “interés público” y su trabajo es respetar ese interés y concretarlo caso a caso, no puede abandonar esa noción básica, puesto que, si así fuere, no existiría diferencia alguna entre la prestación de un servicio público o de utilidad pública y la prestación de un servicio privado.

Siguiendo este concepto con la amplitud propuesta, en materia ambiental no son pocos los organismos que quedarían adscritos al control del Ombudsman. Hay que tomar en cuenta aquellos con competencia ambiental directa y aquellos con competencia de relevancia ambiental. Según esto el Ombudsman podría verificar, entre otras cosas, la regularidad del otorgamiento de concesiones mineras, de obras y servicios públicos, así como el cumplimiento de las funciones de órganos llamados a velar por la correcta entrega y uso de esas obras y servicios (superintendencias de servicios públicos, ministerios, etc.).

ii) **Análisis crítico – Problemas de interpretación del proyecto y su relación con la competencia ambiental del defensor:**

a) **Actividad controlada:**

Como ya adelantamos, el proyecto se centra en el control de la actividad de

prestación de servicios públicos y de utilidad pública, sean estos prestados por particulares o la administración pública. “... el concepto de prestación, entendido en sentido técnico, se vincula con la existencia de una concreta relación jurídica entre dos sujetos, de cuya relación la prestación constituye el objeto. La prestación, por tanto, es una actividad de hacer que un sujeto debe efectuar en beneficio de otro sujeto, a quien se proporciona una utilidad concreta en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria entre las dos partes”; “la prestación tiene por objeto proporcionar una utilidad concreta a los particulares, sea esta utilidad de orden asistencial o de orden económico. La prestación ha de tener por objeto directo e inmediato la satisfacción, en sí y por sí, de necesidades individuales de importancia colectiva. La actividad prestacional es positiva y material”<sup>24</sup>.

Al comienzo del texto del proyecto se deja la posibilidad de que el Ombudsman pueda controlar la actividad de la administración del Estado, planteado en estos términos genéricos, con atención particular a la actividad de prestación, lo cual no es un disparate, ya que es natural pensar que los reclamos de los ciudadanos serán en su mayoría producto de irregularidades de prestación. Al avanzar en su lectura nos damos cuenta que esa idea se difumina y finalmente solo habla de la actividad de prestación, lo cual encoge en gran medida el área de competencia del Ombudsman.

Sería más óptimo considerar que la administración no solo debe responder ante la ciudadanía con arreglo a las garantías constitucionales respecto de sus relaciones contractuales con particulares, sino que debe responder también de que el cumplimiento de las obligaciones legales que le han sido entregadas se haga con la misma adecuación a esos derechos. No existe una naturaleza distinta entre ambos actos, si nos remitimos a los más básicos principios de la administración todos aquellos actos nacen en virtud del contrato social que impone la obligación de no violar el acuerdo de todos los individuos expresado en el “interés común”<sup>25</sup>. La división hecha es artificial e improcedente, puesto que para los efectos de las repercusiones que los actos de la administración tienen en los particulares deben ser considerados un todo indivisible. El proyecto extrapola el concepto de prestación propio del derecho privado, pero aquel no puede ser utilizado de modo satisfactorio en este caso.

Siguiendo la lógica anterior, en materia ambiental el Ombudsman debiese tener competencia sobre los actos que siguen, entre otros, considerados por su importancia en la materia:

- Otorgamiento de concesiones de obras públicas: el impacto ambiental de las obras públicas como carreteras, represas, obras portuarias, etc., es evidente. Según la letra k) del artículo 7 del Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas de 1996, señala que para que se decida sobre el otorgamiento de una concesión se debe evaluar la factibilidad técnica del proyecto en licitación en

<sup>24</sup> Letra a., número 2., punto V., Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003

<sup>25</sup> ROUSSEAU, Jean, J., “El contrato social”, Libro II, capítulo V, pp. 14. Edición disponible en Internet

atención a “*consideraciones de carácter ambientales y ecológicas, como son por ejemplo ruidos, belleza escénica en el caso del trazado caminero, plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados, evaluadas por expertos y habida consideración de su costo con relación al valor total del proyecto*”<sup>26</sup>. Es necesario que el Ombudsman tenga la facultad de acceder a la información de las licitaciones para que pueda emitir una opinión calificada sobre la viabilidad ambiental de los proyectos, de forma tal que no se tome la decisión sin antes escuchar a quien es el representante de los posibles afectados.

- Otorgamiento de concesiones de servicios públicos: siendo a este respecto consultado el profesor Francisco Agüero<sup>27</sup>, experto en servicios públicos concesionados, se concluye que no hay una norma específica de la regulación de la concesión que obligue a obtener una autorización ambiental para poder tomar la decisión de la concesión. Sin embargo, en virtud de la Ley N° 19.300, de Bases del Medio Ambiente, en su artículo 10, letras A) y O) (sanitarias) B), C) y D) (electricidad) y J) (gaseoductos), se impone la obligación de someter a estos proyectos a una evaluación de impacto ambiental. En este caso el control es doble, pues además de la evaluación de impacto ambiental, la Superintendencia del respectivo servicio (Electricidad y Combustibles, de Servicios Sanitarios, etc.) está llamada a fiscalizar que la concesión se lleve a cabo dentro de los límites en que fue otorgada. Por esto, en una eventual infracción de la concesión en el aspecto ambiental, podría el Ombudsman poner en conocimiento del asunto a la Superintendencia correspondiente o bien evaluar el trabajo de ésta en su función fiscalizadora.
- Proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Esto de manera general, en relación al artículo 10 de la Ley de Bases del Medio Ambiente. La forma en como *influye* el actuar del Ombudsman la revisaremos con más detalle en el capítulo sobre las competencias ambientales del órgano. Los proyectos correspondiente al mencionado artículo que no están mencionados anteriormente de forma específica como parte de la actividad de otra institución controlada son:

*“e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas;*

*f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos;*

*g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en*

<sup>26</sup> DECRETO N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, de 31 de octubre de 1996, publicado en Diario Oficial con fecha 18 de diciembre de 1996, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164 de 1991.

<sup>27</sup> Francisco Agüero, Abogado, Universidad de Chile. M.Sc. en Regulación Económica y Competencia, City University London. Profesor de la cátedra "Regulación de Servicios Públicos", en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

*alguno de los planes a que alude la letra siguiente;*

*h) Planes regionales de desarrollo urbano, planes intercomunales, planes reguladores comunales, planes seccionales, proyectos industriales o inmobiliarios que los modifiquen o que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas;*

*i) Proyectos de desarrollo minero*

*k) Instalaciones fabriles,*

*l) Agroindustrias, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales, de dimensiones industriales;*

*m) Proyectos de desarrollo o explotación forestales en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales;*

*n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos;*

*ñ) Producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas;*

*p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita.*

*q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas.”*

- Actos de la Subsecretaría de Transportes: Tomando en cuenta que “*Su principal función (la de la Subsecretaría) apunta a generar políticas, condiciones y normas para desarrollar un sistema de transporte eficiente, seguro y amigable con el medio ambiente [...]*”<sup>28</sup>” y que las emisiones que produce el transporte afectan a toda la comunidad, las reglas de emisión dictadas por la función normativa de la Subsecretaría de Transportes debiesen poder controlarse desde dos ámbitos:
  - o En el momento de la creación de la norma debe verificarse que los estándares utilizados sean racionales y concordantes en consideración al estado de la contaminación atmosférica y que se justifique su elección en orden a saber si se trata del estándar mejor indicado.
  - o En el momento de la fiscalización, que ésta se realice conforme a derecho y se utilicen los medios de coacción de que dispone la Subsecretaría para sancionar a quienes contravengan las normas.

<sup>28</sup>

Sitio Web informativo de la Subsecretaría de Transportes, sección “Funciones”

- Actos de la Dirección General de Aguas: En cuanto a la creación de normas de incidencia ambiental que realiza la Dirección General de Aguas, debemos atender a tres actos principales en los que podría ejercer su control el Ombudsman. Estos son: i) Constituir originariamente el derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas; ii) Autorizar proyectos de modificaciones que se deseen efectuar en cauces naturales o artificiales (cambio de trazado, alteración o sustitución de obras de arte y construcción de nuevas obras); iii) Aprobar proyectos y autorizar la construcción de obras hidráulicas (embalses de capacidad superior a 50.000 m<sup>3</sup> o cuyo muro tenga más de 5 metros de altura; acueductos que conduzcan más de 2 m<sup>3</sup> /seg. y los que conduzcan más de ½ m<sup>3</sup> que se proyecten próximos a zonas urbanas; además de los sifones y canoas que crucen cauces naturales<sup>29</sup>. Todos estos actos debiesen ser otorgados conforme a derecho y de una forma transparente y pública, siendo el Ombudsman llamado a velar por ello.

#### **b) La actividad de privados dentro de la actividad controlada:**

En primer lugar hay que señalar que el Ombudsman no puede interferir en asuntos o conflictos provenientes de relaciones privadas entre particulares. Esto es, la actividad netamente de privados no puede ser objeto de control del Ombudsman.

La actividad de privados, entonces, puede ser objeto de control cuando se ejecuta en cumplimiento de un contrato de derecho público celebrado entre ese privado y el Estado en su función administrativa. Unos de estos contratos (el de más importancia) se denomina concesión, que se divide generalmente en concesión de servicio público y concesión de obras públicas.

La primera se define como “*contrato administrativo en virtud del cual el Estado otorga el derecho a un ente privado, de prestar un servicio público con características monopólicas que la ley ha puesto a cargo de un determinado organismo estatal por medio de un procedimiento previo llamado licitación.*”<sup>30</sup> Por su parte el contrato de concesión de obra pública “... *implica que la Administración contrate con una persona privada u otra persona pública, la ejecución de la obra y la explotación, conservación o mantenimiento de la obra pública, durante un determinado período, cobrándose el concesionario mediante una tarifa, que pagan los usuarios o beneficiarios*”<sup>31</sup>.

Existe una razón económica para darle un control más activo a las actividades que se ejercen en razón de un contrato de concesión, puesto que importa un beneficio

<sup>29</sup> Sitio Web informativo de la DGA, sección “Preguntas Frecuentes”

<sup>30</sup> SOTO KLOSS, Eduardo “La concesión de servicio Público. Notas para una precisión conceptual en el derecho chileno”, páginas 113 a 115.

<sup>31</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela) “LA CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA CONCESIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS”, versión Internet [www.zur2.com/fcjp/113/hdezmen.htm](http://www.zur2.com/fcjp/113/hdezmen.htm).

económico sostenible en el tiempo para el privado. Esto significa que en el diseño del proyecto a licitar, el privado va a tender a minimizar los costos y maximizar los beneficios quedando la ciudadanía vulnerable ante posibles perjuicios en la entrega del servicio (mala entrega, excesiva onerosidad, mala mantención, cobertura insuficiente, etc). Evidentemente esto puede tener un costo ambiental que podría ser evitable o disminuible.

La razón de ser de este punto es que se presume que el Estado administrador al delegar mediante una concesión una actividad de carácter “público” en un privado, está delegando algo que es del interés público, por lo que debe ser ejecutado, en la medida de lo posible, de la misma forma en que el Estado lo haría de tener los medios para hacerlo, esto es, con arreglo a las garantías constitucionales de las personas. Así mismo debiese suceder con la explotación de recursos naturales cuyo titular es el Estado, como en el caso de las minas, tema que abordaremos en el párrafo subsiguiente.

Es recomendable que el Ombudsman realice este control sobre los privados en estricta relación a los actos, comunicaciones y otra información con que cuente la autoridad administrativa, pues es probable que no sea una tarea exitosa el acceder a la información de los entes privados (esto es un tema suficiente para otra investigación). En este sentido puede emitir recomendaciones a los concesionarios e instarlos a rendir cuentas ante la administración pública y ante la opinión pública.

Una de las más importantes falencias que tiene el Ombudsman ambiental es quedar incompetente frente del actuar de los principales emisores, como son las compañías mineras. Si bien en estos casos estamos ante una concesión, la naturaleza jurídica de aquella es completamente distinta a las ya descritas. No obstante lo establecido por el artículo 1 del Código de Minería, según el cual el Estado es el dueño de todos los tipos de yacimientos mineros sin perjuicio de que el inmueble donde se encuentren pueda tener un dueño distinto, el derecho de explotación y exploración se otorga a los particulares mediante una concesión minera, la cual es un derecho real inmueble cuyo tratamiento jurídico es el mismo que se les da a los derechos reales de tal índole regulados por el Código Civil.

A su vez el artículo 2 de dicho Código señala que todos los actos de los que es susceptible la concesión como derecho real son normados por la ley civil, con la limitante de que no se pueden oponer a las reglas del código de minería y a la ley orgánica constitucional correspondiente. Esto no es suficiente para hacer una clasificación que permita incluir la minería en la actividad controlada por el Ombudsman, pues estamos frente a un derecho real de carácter privado que nace en virtud de un contrato regulado por una ley especial, razón por la que no puede ejercerse en contradicción a ésta. Por esto podemos concluir que este contrato está mal denominado “concesión”, pues su marco jurídico es de carácter netamente privado, pese a que las repercusiones de la actividad afectan el interés público en varios ámbitos.

De esta manera, la actividad minera dejó de ser una actividad propia de la administración del Estado con miras al desarrollo del país y su sociedad, para pasar a ser exclusiva del ámbito privado donde se produce la paradoja de que los beneficios no son para toda la comunidad (aún tratándose de bienes que le

pertenecen al Estado), pero los daños sí los sufre la comunidad toda, en especial en lo que respecta al deterioro del medio ambiente.

### c) Independencia del Ombudsman:

El Ombudsman, si bien tiene por fin controlar la actividad de la administración del Estado, es parte de la red administrativa. Esta noción puede acarrear el problema de la dependencia institucional o política e incluso presupuestaria respecto de un órgano superior a él.

En este ámbito el proyecto señala que el Ombudsman es un órgano constitucional de carácter autónomo y “*no se encuentra sometido a la supervigilancia o tutela de ningún otro órgano público, así como tampoco proceden respecto de él poderes de dirección o coordinación*”.<sup>32</sup> Esta condición pone en un plano de igualdad al Ombudsman en cuanto a su independencia orgánica respecto de otros sujetos de derecho público de carácter constitucional como el Ministerio Público o la Contraloría General de la República. Con mecanismos más o menos análogos (requisitos para ser designado, características del cargo, por ejemplo<sup>33</sup>) se propende a asegurar que la designación de quienes componen estos órganos sea la única dependencia relativa de otra autoridad, pero su funcionamiento es libre de presiones e interés políticos, económicos, socioculturales, etc. La forma de designar al defensor chileno no admite mayor análisis por lo ya dicho.

*“El defensor del ciudadano será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo de la Cámara de Diputados, adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio en sesión especialmente convocada al efecto”<sup>34</sup>*

Ahora bien, ¿por qué habría de interesarle a la administración crear un órgano que la controle y, por ende, la limite en su actuar?, ¿que interés tendría el Presidente en crear y financiar un órgano que se dedicaría a censurar públicamente los abusos de la administración? Las respuestas a estas preguntas bordean la frontera entre la ética y el derecho, sin embargo cabe destacar que otros sistemas jurídicos basados en el presidencialismo (como los de Perú<sup>35</sup> y Argentina<sup>36</sup>), para no dar pie a estas preguntas, han preferido que la designación del defensor la realice el parlamento con aceptación del presidente y no al revés como en el caso chileno, de modo de que no se produzca la duda razonable sobre el correcto actuar en su función de controlar a la administración, por la sencilla razón de que el Presidente es constitucionalmente la cabeza de la administración y como tal podría buscar que en

<sup>32</sup> Número 1., punto V., Mensaje Nº 214-350 de 17 de noviembre de 2003

<sup>33</sup> “Para ser nombrado defensor se debe ser abogado con diez años a lo menos de posesión de dicho título profesional, haber cumplido cuarenta años y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio [...]”

“El defensor del ciudadano gozará de inamovilidad en su cargo, será inviolable por las opiniones que exprese en las sugerencias, recomendaciones o informes que emita [...]” incisos 2º y 3º del artículo 89 C.-, Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile.

<sup>34</sup> Artículo 89 C.-, inciso 1º Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile.

<sup>35</sup> Título II, artículo 2, inc. 1, Ley Nº 26520, Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Perú.

<sup>36</sup> Artículo 2 de la Ley de creación del Defensor del Pueblo, correspondiente al Texto ordenado de la Ley 24.284 y su modificatoria, Ley 24.379, Argentina.

el ejercicio de esa función cuente con la menor cantidad de barreras posible. Si bien la fórmula de designación ha funcionado en Chile para otros órganos, la prevalencia de la decisión presidencial podría causar en el caso del Ombudsman que la función de éste sea sólo nominal, en el peor de los casos, una mera pantalla.

La cuestión de la independencia del Ombudsman va de la mano con la cuestión de su financiamiento. Frente al sistema de asignación de presupuestos (expresado anualmente en la ley de presupuesto nacional) podemos decir que existen, a grandes rasgos, dos alternativas de financiamiento, de las cuales solo una es aplicable al Ombudsman como órgano constitucional. En primer lugar, se asigna un presupuesto anual disponible para ser determinado por cada ministerio para las instituciones administrativas que dependen directamente de ellos (órganos centralizados). Es evidente que este no podría ser el caso del Ombudsman frente a la calidad de órgano autónomo de autoridad alguna. En segundo lugar la ley de presupuesto asigna financiamiento específico a los órganos que no dependen de la administración y a aquellos que son creados a nivel constitucional (órganos descentralizados y órganos autónomos). El sistema de financiamiento del Ombudsman debe necesariamente ser este, lo que no soluciona el problema por completo. ¿Cómo se asegura que el presupuesto asignado al Ombudsman sea suficiente como para garantizar un actuar satisfactorio? Por un lado tenemos que el Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda (Dirección de Presupuestos) asigna los presupuestos (obedeciendo a parámetros más o menos objetivos), es a la vez la cabeza del sujeto de control del Ombudsman y, por otro lado, si estuviese en las manos de cada órgano determinar su presupuesto necesario para funcionar, lo más probable es que no habría dinero para todos ellos.

La forma en que mejor podemos dar solución a esto es determinando la naturaleza administrativa del Ombudsman como órgano, desde el punto de vista que plantea el proyecto de reforma constitucional en su texto citado al comenzar este acápite. En atención a las necesidades de independencia del poder administrador central, el proyecto señala que es menester que esta institución sea un “órgano autónomo”, esto es, en los términos en que señala el profesor Carlos Carmona Santander<sup>37</sup>, aquellos órganos que “[...] están al margen de los vínculos jurídico administrativos, pues escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela: se autodeterminan, funcional y administrativamente, y sus directivos son autoridades inamovibles”<sup>38</sup>. La gran diferencia entre los órganos descentralizados y los autónomos es que los primeros si están sujetos a facultades de supervigilancia, tienen un control atenuado en relación al que se ejerce respecto de los órganos centralizados.

La escasez de órganos autónomos en nuestro país (y la consiguiente proliferación de órganos descentralizados) nos puede llevar a pensar que el Ombudsman va a seguir ese destino. Esto si tomamos en cuenta que esta clase de organismos se

<sup>37</sup> Carlos Carmona Santander, profesor de las cátedras “Derecho Administrativo” y “Responsabilidad del Estado” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogado de la Universidad de Chile, Jefe de la División Jurídica Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

<sup>38</sup> CARMONA SANTANDER, CARLOS, Texto “Unidad III: La organización administrativa, Primera parte”, página 79, apuntes de clases de la cátedra de “Derecho Administrativo”, Santiago 2005.

considera “independiente” del Poder Administrativo central, pero aún así existen facultades de supervigilancia y control sobre ellos. Esta situación sería un completo absurdo para una institución llamada a controlar la actividad de la administración, puesto que el controlado se volvería controlador a su vez. Es de absoluta importancia que el legislador sea completamente fiel a la intención del proyecto de reforma constitucional para que el Ombudsman tenga la eficacia que se le quiere dar.

### III. COMPETENCIA DEL OMBUDSMAN AMBIENTAL

En esta sección nos adentraremos en el tema central de esta investigación en cuanto a su objetivo de exponer una serie de propuestas para construir una institución que sea un real aporte para la participación ciudadana en el tema ambiental.

Antes dijimos que, por ejemplo, en los sistemas peruano y argentino no hay una mención normativa muy específica en cuanto a la competencia ambiental del Ombudsman, pero si toma relevancia al momento de que la institución entra en funcionamiento. Esto es a nuestro juicio lo más importante: que el Ombudsman sea en la práctica una vía efectiva y eficiente para que la ciudadanía se informe de la trascendencia ambiental de las actividades controladas y a su vez sean defendidos sus derechos constitucionales respecto de esos actos.

Por lo mismo, si bien pudiesen no nombrarse o enumerarse las competencias específicas dentro de una normativa general que regule al Ombudsman (nos referimos a las normas de Reforma constitucional y Ley Orgánica, principalmente), es conveniente que estas competencias salgan enunciadas en las normas de su funcionamiento interno, como sucede en los ya mencionados casos peruano y argentino. Es necesario recalcar que lo que enunciaremos a continuación son las competencias específicas del Ombudsman en materia ambiental, sin perjuicio de la actividad controladora en los términos descritos en el capítulo anterior.

i) **Ombudsman ambiental y SEIA** (Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental): Como representante y defensor de los derechos de la ciudadanía, el Ombudsman tiene un rol fundamental en aquellas actividades en que la ley llama a la ciudadanía a participar emitiendo opiniones que podrían guiar a la toma de una decisión de implicancia ambiental.

Según el Párrafo 3 del Título II de la Ley de Bases del Medio Ambiente (en adelante LBMA), que se refiere a la “Participación Ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, se intenta facilitar la participación ciudadana informada en el procedimiento ya citado, sin embargo, dicho intento no consta de demasiados esfuerzos por concretarlo. En primer lugar, el canal principal de información de un proyecto que se está sometiendo a SEIA es el requisito de publicación de dicho proyecto en el Diario Oficial y en un periódico regional.

Es iluso pensar que este medio es suficiente para lograr llamar la atención de un conglomerado de posibles afectados por la ejecución de un proyecto, cuyas características culturales no son siempre las idóneas para captar el mensaje publicado. En otras palabras, hay que tomar en cuenta que en casos de proyectos que afectan lugares rurales de nuestro país, nos podemos encontrar fácilmente con una población analfabeta o simplemente aislada del desarrollo tecnológico y mediático. Aquí surge la primera función del Ombudsman en esta materia: **Mantenerse informado e informar a los eventuales afectados (o interesados) de un proyecto que está siendo sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.**

A contar de la publicación antes señalada, empieza a correr un plazo de 60 días dentro de los cuales las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y las personas

naturales afectadas formulen sus objeciones u observaciones fundadas y de forma escrita, es decir, un informe.

Cabe destacar el plano de profunda desigualdad que la ley establece entre quienes presentan un proyecto y quienes se oponen a él. Es natural que cada proyecto tome en su diseño previo a su implementación un plazo sumamente extendido de planeamiento, algunos pueden tomar hasta varios años en llegar a ver la luz. Frente a esta programación detallada, minuciosa y de largo plazo, se encuentra la famélica posibilidad de los afectados de *informarse, investigar y oponer objeciones* dentro de 2 meses. Lo anterior se ve agravado con la escasez de tiempo para analizar la información recibida, dado que normalmente es de gran número o volumen,

Es evidente que la ley tiene un problema por sí sola al dar esta clase de tratamiento a este punto, pero a la vez existe el obstáculo de las propias dificultades que tienen los particulares para fundar sus observaciones (ya mencionamos dos ejemplos: analfabetismo y aislamiento). De esto entonces, y mientras la ley siga tal y como se encuentra, podemos extraer la segunda atribución del Ombudsman en la participación ciudadana en el contexto del SEIA: **asesorar técnicamente a los particulares en la elaboración de observaciones a proyectos sometidos a SEIA y representarlos de oficio, si fuese necesario, en la presentación de dichas observaciones.**

Esta función le da además una mayor seriedad a las observaciones formuladas, en cuanto a que se remiten las preocupaciones particulares de los individuos a expertos en la materia, lo que también funcionaría como un filtro de las numerosas y, a veces, infundadas inquietudes que los particulares puedan tener. Para esto, el Ombudsman tiene otras atribuciones en el plano de su relación con la sociedad civil, pues sería poco eficiente que fuese esta misma institución la que tuviera a su cargo expertos en las más numerosas áreas que puedan verse afectadas. Como adelanto diremos que estas actuaciones las puede solicitar el Ombudsman a distintas organizaciones civiles que se dedican a determinados temas.

Finalmente, en el contexto del SEIA queda una última instancia de participación ciudadana, esto es, la presentación de recurso de reclamación por la indebida ponderación de las observaciones formuladas. Acá la función del Ombudsman es similar a la anterior: **prestar asesoría técnico – jurídica en el recurso que presentan los particulares o recurrir de oficio una resolución que no ha ponderado debidamente las observaciones hechas por los posibles afectados.**

ii) **Relación con la sociedad civil:** Siendo la naturaleza del Ombudsman un defensor de los derechos de la ciudadanía, difícilmente pudiese llevar a cabo a plenitud su labor si no existiese entre él y las organizaciones que componen la sociedad civil, una coordinación técnica que propicie la correcta difusión de la información útil desde el Ombudsman a la sociedad y, por otro lado, la canalización de las inquietudes sociales desde la sociedad al Ombudsman. En este sentido es de gran utilidad que dicha coordinación se realice con entidades que desarrollan actividades similares o convergentes a las del Ombudsman, pero de una forma más específica. Esta relación de colaboración se da sin perjuicio de la relación directa que necesariamente debe existir entre el Ombudsman y los sujetos particulares, sean personas naturales o personas jurídicas, en la que debiese funcionar

como una especie de servicio de “atención al cliente”.

En la medida que mantengan independencia del poder político y del poder económico, las organizaciones más indicadas para tener esta relación de coordinación con el Ombudsman son las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs)<sup>39</sup>. Más aún, las ONGs que debiesen considerarse mayormente son aquellas que, como ya dijimos, prestan una utilidad similar a la ciudadanía, ya sea de oficio o a petición de un individuo determinado. Siendo estas organizaciones un escalón inferior al Ombudsman, en lo que a la concreción de la fiscalización se refiere, no es demasiado importante tomar en cuenta detalles de la conformación, procedencia o intereses reales de la ONG, pues el Ombudsman actuará siempre como filtro de los reclamos que pudiesen llegar a su conocimiento.

A modo de ejemplo, a continuación veremos qué clase de ONGs del área ambiental son a nuestro juicio las más indicadas para coordinarse con la acción del Ombudsman y de qué forma lo pueden hacer (esto sin tomar en cuenta a aquellas organizaciones de defensa de derechos humanos en general):

- ONGs nacionales de Derecho Ambiental: entendemos por éstas a las organizaciones no gubernamentales chilenas que proveen representación judicial (litigación) y extrajudicialmente (estudios de doctrina, investigación) a la ciudadanía en la resolución de problemas ambientales de relevancia jurídica. El apoyo técnico que en esta área pueden prestar estas organizaciones al Ombudsman es de gran riqueza e importancia, debido a que su actuar es mucho más específico y por lo tanto conocen mejor el ámbito en que se desenvuelven. La organización podría entonces hacer partícipe al Ombudsman de una reclamación importante en materia ambiental que necesitase de una mayor difusión a nivel comunitario, en dicho sentido, el poder de la función difusora e informativa del Ombudsman se coordinaría con la capacidad técnica de las ONGs.
- ONGs internacionales de Derecho Ambiental: son aquéllas que fomentan y prestan apoyo técnico a la defensa del medio ambiente por medio del derecho en el ámbito internacional. Usualmente se proyectan al ámbito nacional mediante las organizaciones mencionadas anteriormente, por lo que su forma de coordinación es similar. Eso sí, cabe destacar que a la luz del derecho internacional pueden aparecer incluso más situaciones que merezcan control, aunque no necesariamente impliquen litigación en ese ámbito.
- ONGs nacionales e internacionales de defensa del medio ambiente: fuera del ámbito del derecho, entendemos por estas a aquellas organizaciones que se dedican a denunciar, difundir, informar sobre malas prácticas que generan o podrían generar daños ambientales, así como defender a la ciudadanía de estas amenazas por medio de mecanismos no relacionados con el derecho. Nos

---

<sup>39</sup> La definición de ONG no es un tema exento de debate, sobre todo en relación a su naturaleza política. Por esto, para comprender el texto de este estudio utilizaremos una definición amplia como la que da el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es decir, Organización de iniciativa social, independiente de la administración pública, que se dedica a actividades humanitarias, sin fines lucrativos.

referimos a organizaciones como Greenpeace, o WWF, cuyo actuar no sucede en los tribunales. Estas organizaciones también cuentan con expertos en la materia que podrían prestar un gran servicio a la función del Ombudsman.

Dentro de la definición amplia de ONGs, especial importancia adquieren hoy, a la luz de la legislación vigente, las “Asociaciones de Consumidores”, las cuales se definen como “ [...] la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés”<sup>40</sup>.

El campo de intersección entre la competencia del Ombudsman y de estas asociaciones es evidente, pero la gran ventaja que puede tener la coordinación entre ambas entidades es que se les ha dotado de la capacidad de ejercer “acciones de clase” (las cuales también debiesen poder ser interpuestas por el Ombudsman, como se propondrá en el punto que sigue). Dichas acciones pueden definirse como “*Aquella que provee de una fórmula por la cual existiendo un amplio grupo de personas (clase) interesadas en un asunto, una o más pueden demandar o ser demandadas como representantes del grupo, sin que sea necesario juntar a todos ellos*”.<sup>41</sup>. En este sentido, si existiese un actuar colaborativo entre el Ombudsman y las asociaciones de consumidores, el éxito de las acciones de clase sería quizá mayor que si se diesen por esfuerzos individuales. Las acciones de clase como herramienta en el derecho ambiental son fundamentales para la reparación del daño, sobre todo en Estados Unidos de América donde han tenido mayor desarrollo (como “Class Actions”).

iii) **Acciones Judiciales y Litigación:** Partiremos este punto dando un listado de las acciones que el Ombudsman pudiese patrocinar, siempre enfocados en el ámbito de su competencia ambiental. Sin embargo cabe señalar desde ya que el gran conflicto de esta propuesta se encuentra en el segundo tema, relativo a la litigación, puesto que no existe una regla general para esta clase de órganos en esta materia. Para configurar un modelo ideal de la eventual normativa de la litigación del Ombudsman, nos referiremos principalmente a dos órganos que ejercen una actividad de importancia administrativa en el plano judicial, tales son el Consejo de Defensa del Estado y la Corporación de Asistencia Judicial.

a) Acciones judiciales ambientales: En general el Ombudsman debiese estar dotado de la facultad de patrocinar las acciones ambientales que se entregan a sujetos determinados, pero que evidentemente abarcan el interés de un grupo mayor o de la comunidad

<sup>40</sup> Artículo único, número 6), Ley número 19.955, que modifica la Ley Nº 19.496 SOBRE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.

<sup>41</sup> MONTENEGRO A., SERGIO, “LAS ACCIONES DE CLASE EN MATERIA AMBIENTAL Y SU POSIBLE INCORPORACION AL REGIMEN JURIDICO CHILENO”, Presentación PowerPoint con motivo de las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Centro de Estudios Ambientales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2004.

completa. Consideramos que, no obstante la relevancia en cuanto a la reparación del daño, las acciones indemnizatorias son de exclusiva iniciativa privada, puesto que la evaluación del daño es algo totalmente subjetivo, en el sentido de que no es generalizable (esto por la existencia del daño moral, para el cual no existe un patrón general de evaluación). Esto nos deja fundamentalmente dos acciones en que el Ombudsman podría intervenir como patrocinante o directamente como demandante:

- **Acción Ambiental:** corresponde a la acción del artículo 53 de la ley de Bases del Medio Ambiente, según el cual *“producido el daño ambiental se concede acción para obtener la reparación del ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”*. Los titulares de esta acción son *“las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades por los hechos acaecidos en su territorio y el Estado por medio del Consejo de Defensa del Estado”*<sup>42</sup>. La lectura de este precepto nos lleva al siguiente problema: ¿dónde cabe el Ombudsman en la titularidad de la acción?, ¿es necesario reformar esta norma? En pos de la claridad interpretativa y de la certeza jurídica lo ideal sería que esta norma fuese modificada en orden a que el Ombudsman sea expresamente titular de esta acción. Sin embargo, la problemática que presenta la reforma constitucional para recién crear al Defensor, hace muy difícil que se ponga atención a este detalle (sobretudo tomando en cuenta la obvia reticencia de la administración para ser controlada).

Sería conveniente entonces llegar a una solución interpretativa, para lo cual debemos hacer un alcance previo: la acción a que se refiere el artículo ya citado, es como el común de las acciones de iniciativa individual, es decir, no es una “acción de clase” en los términos antes descritos. Esto conlleva a que la única acción ambiental que es de una naturaleza colectiva es la que interpone el Estado a través del Consejo de Defensa del Estado. Sin embargo, la realidad dicta que al Estado no le interesa siempre litigar en asuntos ambientales, sobre todo cuando el daño se produce en virtud de una actividad de la administración.

Aquí es donde entra la importancia del Ombudsman, pues si por un lado existe una titularidad colectiva de la otorgada al Estado como el órgano que aglomera a toda la comunidad, el colectivo que denominamos “ciudadanía” debiese estar en un plano de igualdad. Esta situación se hace aún más evidente cuando el artículo separa la acción civil indemnizatoria de carácter netamente individual de la acción ambiental, que en atención a la naturaleza del daño que se pretende reparar por medio de ella, debiese ser una acción colectiva. En conclusión, *el Ombudsman podrá ser titular de la acción ambiental en representación de las personas naturales o jurídicas privadas, respecto de la acción ambiental originada por el daño ambiental de las actividades controladas por él* (las cuales se han descrito latamente en el punto ii. a) del capítulo II).

- **Acción de requerimiento:** es la acción que otorga el artículo 56 de la Ley de Bases del Medio Ambiente. Esta acción puede ser ejercida por *“[...]las municipalidades y*

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. Manual de Derecho ambiental Chileno, editorial jurídica, segunda edición actualizada, pp. 134.

*los demás organismos competentes del Estado en materia ambiental ante el juez de letras en lo civil del lugar en que concurre la infracción o del domicilio del afectado, para obtener la aplicación de sanciones a las personas responsables de fuentes emisoras que no cumplan con los planes de descontaminación o con las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental o a los planes de manejo a que se refiere la Ley 19.300[...]*<sup>43</sup>. La solución normativa en este caso es más sencilla que en el anterior, basta con que la Ley que confiera al Ombudsman sus competencias lo señale como uno de los organismos competentes del Estado en materia ambiental a que se refiere la Ley de Bases. De esta forma se podrían aglomerar mayor cantidad de intereses privados en la acción interpuesta por el Ombudsman (por medio de la ciudadanía).

- **Acciones de Clase:** en virtud de lo establecido por la Ley 19.955, en su Título IV, artículo 50, las acciones de clase de la nueva Ley del Consumidor son dos: aquella que responde al interés colectivo de los consumidores y aquella que responde al interés difuso de ellos. La primera requiere de un vínculo contractual entre un grupo de consumidores y un proveedor, por lo tanto es una acción íntegramente civil, lo cual quedaría fuera de la competencia del Ombudsman. La segunda, por su parte, es aquella que según lo establecido en el inciso 6 del artículo 50, “*Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos*”. La indeterminación a que se refiere debemos entenderla precisamente como la carencia de un vínculo jurídico contractual de derecho privado, en atención a que se trata de la vulneración de un derecho esencialmente social, de aquellos comprendidos entre los derechos de segunda generación que garantiza la Constitución Política (salud, reunión, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, etc.). Esta acción parece estar en perfecta concordancia con lo que ya hemos señalado que debiese ser la labor del Ombudsman, en tanto es un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y la vez garantiza la función informativa de la institución. Es por esto de suma importancia que se contemple en la Ley que cree el Ombudsman la titularidad de este tipo de acciones, puesto que fundamental para la eficacia de la institución no solo en materia ambiental, sino que a todo nivel.

Las acciones de clase provienen, en el derecho comparado, de diversas fuentes legales, de las cuales hablaremos de dos modelos distintos. Cabe señalar que el modelo más radical es la no existencia de estas acciones, como en el caso de Suiza, donde se considera como extraña y poco eficiente, debido a que en su virtud se pueden originar problemas procedimentales significativos, además de ser abusivas (en cuanto a las sumas que se demandan), por lo cual se propician prácticas como el chantaje<sup>44</sup>. En relación a la Class Action federal de la legislación de los Estados Unidos de América (regulada por la Regla de Procedimiento Civil Federal Número 23), si bien su adopción no es obligatoria por parte de los Estados, los requisitos que

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. Manual de Derecho ambiental Chileno, editorial jurídica, segunda edición actualizada, pp. 136 y 137.

<sup>44</sup> Mensaje al Parlamento sobre el Código Suizo de Procedimiento Civil, Acta Federal 2006 (Bundesblatt), pp. 7290. versión PDF del sitio [http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/index0\\_37.html](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/index0_37.html).

se establecen para su interposición son generales y no se circunscriben a ninguna materia determinada<sup>45</sup>, lo cual las ha convertido en una buena herramienta de la defensa del ambiente.

Por otro lado, la regla austriaca que permite la interposición de acciones de clase es jurisprudencial, no legal, y su contenido es similar a la acción de clase contemplada en la Ley chilena. Se ha denominado como “acción de clase al estilo austriaco” aquella en que una asociación de consumidores se “apropia” de un gran número de alegaciones particulares en contra de un mismo demandado y deduce una sola acción a su nombre. Si bien en un primer momento los tribunales inferiores declaraban esta acción inadmisibile, la Corte Suprema de Austria señaló que estaba completamente conforme a Derecho.<sup>46</sup> La importancia de considerar esta regla no es necesariamente su contenido, el cual puede ser algo pobre, pero sirve para destacar la labor de la jurisprudencia en la interpretación de las normas sobre la titularidad de las acciones, lo cual nos podría incluir al Ombudsman aplicando reglas de equidad y analogía. En conclusión, para adoptar un régimen satisfactorio de acciones de clase hay que tomar en cuenta los dos aspectos que hemos antes mencionado. Es decir, en primer lugar que su ámbito de aplicación no sea demasiado específico (como en el sistema estadounidense) y que por medio de la interpretación judicial se llegue a complementar la norma en forma eficiente.

- b) **Litigación:** Según lo que señalamos al comenzar esta sección, utilizaremos la normativa de la Corporación de Asistencia Judicial (en adelante también “la Corporación”) y del Consejo de Defensa del Estado (CDE), para intentar dar un diseño tentativo de cómo podría litigar el Ombudsman. Cabe que la elección de estos órganos no ha sido arbitraria, sino que obedece a que ambos (al igual que el Ombudsman) prestan un servicio judicial de relevancia administrativa, en el caso de la primera para la ciudadanía y el segundo para el Estado.
- **Corporación de Asistencia Judicial:** la Corporación cumple la función de representar judicialmente a personas de escasos recursos. Su naturaleza como órgano es la de uno descentralizado (lo cual ya es una diferencia con el Ombudsman) y sin fines de lucro. En cuanto a las costas de los procedimientos que lleva, la Corporación actúa con privilegio de pobreza, lo cual es un importante dato a tomar en cuenta. No entraremos en la discusión de la eficiencia del sistema procesal cuando una de las partes (o ambas) actúan con privilegio de pobreza, pues la realidad dista mucho de lo establecido por los códigos, pues es un ámbito a mejorar desde el punto de vista de la ley procesal. En todo caso, creemos que esta forma de litigación es la más aplicable al Ombudsman, por lo que explicaremos al finalizar esta sección.

<sup>45</sup> “(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.” en Federal Rules of Procedure, capítulo IV. Parties, Rule 23 sobre acciones de clase (Class Actions).

<sup>46</sup> KLAUSER, Alexander, “Group litigation in Austria”, Viena, Austria, 24 Febrero, 2006, obtenido en <http://www.eu2006.bmsg.gv.at/cms/eu2006EN/attachments/2/0/9/CH0604/CMS1133512397104/klauser.pdf>

- **Consejo de Defensa del Estado:** el CDE, por su parte, es un órgano descentralizado, supervigilado por el Presidente de la República y que tiene a su cargo la representación judicial del Estado en los juicios en que es parte. A diferencia de la Corporación de Asistencia Judicial, el CDE no tiene privilegio de pobreza, lo que significa que incurre en todo los gastos que implican las costas procesales. Los fondos que se destinan a ello salen de los que le son asignados en la Ley de Presupuestos. Cabe hacer tres salvedades que nos permitan dilucidar si este es el mejor sistema aplicable al Ombudsman:
  - El CDE representa al Estado judicialmente, es decir, tienen la misma identidad. El Ombudsman, por su parte, según dicta su naturaleza casi siempre va a ser contraparte del Estado o al menos de algún organismo la Administración Pública, ya sea por acción u omisión de esta.
  - Debido a lo anterior, el pago de costas por parte del Ombudsman a su contraparte, sería un control por parte de la Administración, toda vez que los fondos asignados provienen de un mismo lugar: el Fisco.
  - Por el hecho de que el CDE represente al Estado y tiene como contraparte a particulares, se encuentra en una posición privilegiada que muchas veces garantiza el éxito de las acciones que interpone. El Ombudsman, en cambio, está al otro lado del sistema, representando a los particulares en contra de la Administración, lo que en diversas circunstancias será patentemente desigual.

De acuerdo a lo analizado, pareciera ser que la única forma que garantiza, por un lado, la independencia del Ombudsman y, por otro, evitar la fuga innecesaria de sus recursos, es un régimen similar al de la Corporación de Asistencia Judicial, ya que en su estructura funcional es una institución que se asemejaría mucho más al Ombudsman que el CDE.

#### IV. CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo de esta investigación se ha dejado en evidencia que el Ombudsman en los términos que propone el proyecto de reforma constitucional que se ha estudiado, es un modelo que requiere de un detallado trabajo de perfeccionamiento, sobre todo tomando en cuenta que lo hemos analizado desde el punto de vista del derecho ambiental, lo que no nos permite asegurar su idoneidad en otras áreas de su actuar. No obstante esto, es conveniente no caer en un exacerbado pesimismo (ni menos en un conformismo), puesto a que un Ombudsman con todas o más de las atribuciones que se han propuesto en este estudio, sería una herramienta sumamente diligente para apoyar y fomentar la participación de la comunidad en asuntos ambientales.

La existencia del Ombudsman ambiental (o de una Superintendencia que fiscalice el cumplimiento de las normas ambientales) se justifica en el ordenamiento jurídico actual, toda vez que el acceso a la justicia del medio ambiente por parte de la ciudadanía, es hoy un ámbito sumamente nebuloso por motivos tales como la pingüe eficiencia de las acciones ambientales y sus altos costos. Por otro lado, se justifica su existencia por la alta burocratización de las instancias ambientales de participación ciudadana, lo cual produce un desincentivo a ésta. En este sentido un Ombudsman ambiental podría remediar esas dos situaciones fundamentales por medio de su actuar directo (en cuanto a la carencia de burocracia) y por medio de las indispensables competencias de las que se debe dotar en la ley que lo crea.

Ya hemos desarrollado la importancia del Ombudsman a nivel de derecho comparado y podemos concluir que su eficiencia en el ámbito ambiental, si bien diversa, es una herramienta que no está de más en la defensa del medio ambiente. Por otro lado, la voluntad de crear una institución de estas características, colisiona con la imperfección y falta de profundidad del proyecto de reforma constitucional, lo que, según lo analizado, casi podría dar a pensar que sea intencional. Al tenor del proyecto de reforma constitucional, el Ombudsman chileno no sería mucho más que una institución de papel. Adquiere entonces gran importancia su comparación con los modelos peruano y argentino de Ombudsman, los cuales serían más fácilmente adaptables a nuestra realidad tanto jurídica como social, lo que en ningún caso garantiza en éxito de la institución en los términos en que se ha dado en esos países vecinos.

Para que el Ombudsman pueda llegar a ser un órgano realmente eficaz, podemos rescatar las siguientes medidas:

- ✓ Corrección de la normativa propuesta, incluso si fuese necesario reformular el proyecto de reforma constitucional. Incluir las modificaciones propuestas, tales como respecto de la actividad controlada, sujeto de control y dotación de competencias específicas en materia ambiental.
- ✓ Publicidad y difusión de la ley y la institución propiamente tal, de modo que la ciudadanía se encuentre debidamente preparada e informada de cómo actuará su defensor.
- ✓ Dotar al Ombudsman de los recursos económicos, materiales y humanos necesarios para que las metas que se proponen con su creación sean alcanzadas de forma satisfactoria.

Cabe preguntarse entonces si es la mejor o la única solución al problema de la baja incidencia de la participación ciudadana en la justicia ambiental en nuestro ordenamiento. El profesor estadounidense John E. Bonine identifica a nivel mundial casi los mismos problemas que hemos enunciado en la introducción de esta investigación, tales son: 1) Falta de cumplimiento de la ley ambiental, 2) existencia de pocos litigantes en la materia y 3) falta de financiamiento de ONGs, abogados y expertos.<sup>47</sup> Dicho autor centra su investigación en la idea de que una normativa realmente eficiente de participación ciudadana es la medida más eficiente para “*convertir las promesas de la legislación ambiental en realidad*”<sup>48</sup>. Haciendo un análisis comparado de las normas que regulan el acceso de la ciudadanía a la justicia ambiental, concluye dos nociones interesantes (y ciertamente menos engorrosas que partir todo de cero con la creación de un Ombudsman): En primer lugar, “*remover las barreras económicas para acceder a la justicia por parte de los individuos y organizaciones no gubernamentales*”<sup>49</sup> y en segundo, “*establecer modelos de financiamiento estable para esas labores*”<sup>50</sup>.

En nuestra opinión, la forma más indicada para afrontar el problema de la participación ciudadana no solo en el plano del derecho ambiental, sino que a nivel de derechos humanos en general, es que la legislación se haga cargo de lo que ya existe (ONGs, fundaciones, organizaciones ciudadanas en general) antes de crear un órgano que no garantiza el éxito necesario en la consecución de los fines que promueve. Esto se hace precisamente aplicando las medidas que propone el profesor Bonine, complementadas por supuesto, con aquellas que resulten indispensables en nuestra realidad normativa. Por otro lado, se hace difícil establecer como ideal para el Ombudsman el convertirse en un órgano similar al Consejo de Defensa del Estado (CDE). Conocemos que en la práctica coinciden en que ambos realizan una prestación de importancia administrativa, pero el éxito del CDE se debe principalmente a que su representado es el Estado y ese es un apoyo que Ombudsman por naturaleza no tendrá jamás. La poca transparencia administrativa chilena existente en la actualidad, impide pensar que existirá la independencia necesaria para un órgano llamado a controlar, fiscalizar y censurar actos abusivos de la administración.

Todas estas situaciones nos llevan a concluir que, si bien el Ombudsman puede ser un medio útil para la solución de los problemas expuestos en el desarrollo de esta investigación, está muy lejos de ser la única o mejor solución. Para que dicha solución se dé efectivamente es fundamental un examen acabado e íntegro de nuestra legislación ambiental y derribar las barreras que esta opone a la acción de los principales afectados por el daño ambiental: todos nosotros.

---

<sup>47</sup> BONINE, John E., “Barreras e incentivos para la participación ciudadana en la aplicación de la legislación ambiental”.

<sup>48</sup> Ibídem

<sup>49</sup> Ibídem

<sup>50</sup> Ibídem

## V. FUENTES CONSULTADAS

### i) Bibliografía, apuntes y artículos:

- **BONINE, John E.**, “Barreras e incentivos para la participación ciudadana en la aplicación de la legislación ambiental”.
- **CARMONA SANTANDER, Carlos**, Texto “Unidad III: La organización administrativa, Primera parte”, página 79, apuntes de clases de la cátedra de “Derecho Administrativo”, Santiago 2005.
- **FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro**, Manual de Derecho ambiental Chileno, editorial jurídica, segunda edición actualizada.
- **FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, BORDALI SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel**, “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo” *Rev. derecho (Valdivia)*, jul. 2003, Vol. 14.
- **MONTENEGRO A., Sergio**, “LAS ACCIONES DE CLASE EN MATERIA AMBIENTAL Y SU POSIBLE INCORPORACION AL REGIMEN JURIDICO CHILENO”, Presentación PowerPoint con motivo de las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Centro de Estudios Ambientales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2004.
- **PÉREZ LUÑO, Antonio E.**, “Derechos Humanos, estado de derecho y constitución”, editorial Tecnos, octava edición 2003.
- **PINOCHET, O., José Ignacio y CONTRERAS G., Carolyn, A.**, “Ombudsman y medio ambiente: análisis de la institución y propuestas a la luz del proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile”, en SEGUNDAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO AMBIENTAL “Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales y Alternativas”, editorial LexisNexis, año 2004
- **QUINTANA BRAVO, Fernando**, Apuntes del ramo Teoría General del Derecho elaborado por los alumnos, profesor, Facultad de Derecho Universidad de Chile, segundo semestre 2006.
- **REYES RIVEROS, Jorge**, EFICACIA DE LA LEY. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 1996, Vol. 7.
- **SOTO KLOSS, Eduardo**, “La concesión de servicio Público. Notas para una precisión conceptual en el derecho chileno”, páginas 113 a 115.
- **VARELA, Joaquín**, “Naturaleza jurídica del defensor del pueblo” en Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, Número 8, mayo-agosto 1983.

### ii) Referencias electrónicas:

- Hernández-Mendible, Víctor Rafael, “LA CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA CONCESIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS”, versión internet [www.zur2.com/fcjp/113/hdezmen.htm](http://www.zur2.com/fcjp/113/hdezmen.htm).
- KLAUSER, Alexander, “Group litigation in Austria”, Viena, Austria, 24 Febrero,

2006, obtenido en <http://www.eu2006.bmsg.gv.at/cms/eu2006EN/attachments/2/0/9/CH0604/CMS1133512397104/klauser.pdf>.

- MOURE PINO, Ana María, en “El defensor del pueblo y su establecimiento en Chile”; disponible en <http://www.ombudsman.cl>.
- **ROUSSEAU, Jean, J.**, “El contrato social”, Edición disponible en Internet en [http://books.google.cl/books?id=oAnDUIGkZSkC&dq=el+contrato+social&printsec=frontcover&source=bn&hl=es&ei=hXg2Sq6hEsLmlAeLuOXFCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=4](http://books.google.cl/books?id=oAnDUIGkZSkC&dq=el+contrato+social&printsec=frontcover&source=bn&hl=es&ei=hXg2Sq6hEsLmlAeLuOXFCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4).
- Primer, quinto y noveno informes del Defensor del Pueblo, abril – diciembre 2005, disponible en <http://www.ombudsman.gob.pe/>
- Mensaje al Parlamento sobre el Código Suizo de Procedimiento Civil, Acta Federal 2006 (Bundesblatt), pp. 7290. versión PDF del sitio [http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/index0\\_37.html](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/index0_37.html).
- Sitio web informativo del Defensor del Pueblo de la Nación, <http://www.defensor.gov.ar/institucion/quees-sp.htm>
- Sitio Web informativo de la Subsecretaría de Transportes, sección “Funciones”.
- <http://www.rcep.org.uk>
- Sitio Web informativo de la DGA, sección “Preguntas Frecuentes”.

### iii) Legislación Nacional:

- Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente
- Constitución Política de la República de Chile
- Mensaje Presidencial con el que se inicia el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Defensor del Ciudadano en Chile (Mensaje N° 214-350 de 17 de noviembre de 2003).
- Ley N° 19.955, que modifica la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.
- Código de Minería
- Código Civil
- Ley N° 17.995, Crea la Corporación de Asistencia Judicial R.M.
- Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, D.F.L. N° 1, de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda.
- Ley N° 20.173

### iv) Legislación Comparada:

- Iniciativa de Ley Orgánica de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de Distrito Federal.
- Ley N° 26520, Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Perú.
- Ley de creación del Defensor del Pueblo, correspondiente al Texto ordenado de la Ley 24.284 y su modificatoria, Ley 24.379, Argentina.
- Ley Orgánica de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del

Distrito Federal, México.

- Ley Orgánica N° 3 de 1981, del Defensor del Pueblo, España.
- Constitución Política Española, 1978.
- Constitución Política del Perú, 1993.
- Constitución de la Nación Argentina, 1994.