

La doctrina nacional ha abordado escasamente el estudio de esta acción⁴⁶⁴.

Lo que interesa destacar en esta materia es que la jurisprudencia ha recogido el enfoque hispano acerca de la noción de acción popular, esto es, en su vertiente de acción correctora, entendida como aquella que tiene como legitimado pasivo a un órgano administrativo que ha vulnerado una determinada regla legal.

Por otra parte, es destacable el hecho de que, para la jurisprudencia en esta sede proteccional, la acción constitucional no es popular en función de que no se encuentran individualizados los agresores de los derechos, de un lado, y en base a que no tiene por fin salvaguardar el ordenamiento en sí mismo considerado, negando de paso entonces que ella tenga la naturaleza de una acción popular "sustitutiva", esto es, aquella que convierte al actor en una suerte de representante del Estado, coadyuvando en la acción de éste para velar por el efectivo cumplimiento de determinadas disposiciones legales⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ CASARINO VITERBO ha señalado sobre el particular: "Según la calidad del que ejercita la acción, pueden las acciones clasificarse en: directas, indirectas y populares. Directas son aquellas que las ejerce el titular del derecho mismo como la acción reivindicatoria. Indirectas son aquellas que se hacen valer por terceras personas a nombre del titular del derecho, pero por expresa disposición de la ley. Populares son aquellas que se hacen valer por cualquier persona del pueblo en el solo interés de la comunidad como la denuncia de obra ruinosa" (*Manual de Derecho Procesal*, Edit. Jurídica de Chile, *Manuales Jurídicos*, 43, 1983, vol. III, p. 109). En 1957, Alessandri y Somarriva la definieron como "aquella que se reconoce a cualquier persona para la defensa de un interés público, y sobre todo a aquellas que, por el hecho que lo contraviene, también han sufrido o pueden sufrir un daño en su interés privado". (En ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA, *Curso de Derecho Civil* (redactado y puesto al día por ANTONIO VODANOVIC), Edit. Nascimento, 1957, vol. II, p. 951. ROZAS VIAL, hace poco, las definió como "las que se conceden a cualquier persona del pueblo para la defensa de un interés público, para precaver un daño a personas indeterminadas" (*Los Bienes*, Edit. Jurídica ConoSur, 1998).

⁴⁶⁵ Sobre el origen, naturaleza y corrientes doctrinales asociadas a las acciones populares Vid: BORGHESI, v. *Azione Popolare*, *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, Torino, 1988, pp. 1-18; PALADIN, v. *Azione Popolare*, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, Torino,

De cualquier forma, aun cuando coincido con que esta acción no es popular, sería interesante que los tribunales efectuaran una relación más precisa entre lo que en verdad es una de carácter popular—que se titulariza en un sujeto en tanto ciudadano o integrante del pueblo— y el marcado rasgo no sustitutivo sino correctivo que perfila fundamentalmente la acción de protección⁴⁶⁶.

II. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

A) LA DISCUSIÓN EN LA CENC

Tal como acaeciera en su oportunidad a propósito de la consagración o no del derecho a vivir en un ambiente adecuado en el listado del artículo 19 CP hoy vigente, en la CENC se plantearon diversos enfoques respecto de si, una vez acordado lo primero, debía o no garantizarse su ejercicio, incluyéndolo dentro de aquellos derechos que podrían ser objeto de la acción a que se refiere el artículo 20 CP.

Continuación nota ⁴⁶⁵

1957, 3ª ed., pp. 88-93; MIGNONE, v. *Azione Popolare*, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. II, Torino, 1987, pp. 145-150; LUGO, v. *Azione Popolare*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Milán, 1959, Giuffrè Editore, pp. 861-871; y RUGGIERO, v. *Azione Popolare*, *Dizionario Enciclopedico del Diritto*, vol. I, Milán, 1990, pp. 183-184.

⁴⁶⁶ En torno a las potencialidades de la acción popular en materia ambiental, Vid. BRAÑES BALLESTEROS, *Manual de derecho...*, cit., pp. 720-725; DELGADO SCHNEIDER, "La protección del medio ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico comparativo", en AA.VV., *Sesquicentenario del Código Civil: Pasado, presente y futuro de la codificación*, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile, edit. LexisNexis, 2003, vol. 2, pp. 907-937; y DIEZ SCHWERTER - DELGADO SCHNEIDER, "Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del Derecho de Daños", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, N° 214, año LXXI, 2003, pp. 143-150.

En esta materia, los comisionados EVANS DE LA CUADRA y GUZMÁN ERRÁZURIZ formularon una férrea oposición a su inclusión en la acción de protección, lo cual derivaba del carácter prestacional o social que para ellos tenía este derecho.

Como se recordará, fue precisamente la naturaleza de los derechos —sociales/prestacionales— el punto de inflexión que motivó que la CENC excluyera a varios de ellos del ámbito de la garantía y que, puntualmente, fue la razón que esgrimieron los mismos comisionados en esa oportunidad⁴⁶⁷. Si el derecho a un ambiente

⁴⁶⁷ EVANS DE LA CUADRA señaló que “en esta materia no puede haber recurso de amparo, porque el asunto está muy vinculado a una actividad estatal que la propia Constitución encomienda y, en consecuencia, a las correspondientes prestaciones que se derivan de esa actividad estatal. Agrega que se ha dicho que es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado; tutelar, como primer elemento, la preservación de la naturaleza, y por lo tanto hay vinculada una acción del Estado relacionada con prestaciones estatales, y, desde luego, se ha manifestado que cuando hay prestaciones estatales comprometidas no puede haber recurso de amparo, sin perjuicio de que ningún tribunal puede negarse a admitir la tramitación de una demanda que pretenda impedir el contagio del medio ambiente, lo que es otra cosa, que ya se ha establecido y que se va a mantener, pero no como recurso de amparo.” (ASC 215, p. 13). Agregó que “lo que sucede es que el recurso de protección tiende a una resolución inmediata de la perturbación, privación o amenaza a un derecho determinado, y solamente las garantías que se han señalado son aquellas que, por su naturaleza, admiten solución inmediata. Porque las que se han excluido dependen fundamentalmente de prestaciones que debe efectuar el Estado para que ellas se realicen, y nadie puede exigir al Estado que esté permanentemente en situación de realizar todas y cada una de las prestaciones, a todos y a cada uno de los habitantes, que se le han encomendado por el ordenamiento jurídico”. Finaliza indicando que “todas aquellas garantías cuya concreción depende de prestaciones que debe otorgar el Estado, por su naturaleza, están excluidas de un recurso de resolución inmediata, el cual, es un criterio claro para establecer la procedencia de un recurso de protección inmediato.” (ASC 215, p. 24). El comisionado GUZMÁN ERRÁZURIZ señaló, por su parte, “que, por su naturaleza propia, recursos como el de amparo u otros análogos sólo pueden ser establecidos para ciertos derechos que, también por su naturaleza, sean susceptibles de ser protegidos por recursos semejantes. Y, en ese sentido, estima que con razón deben quedar excluidos todos los que se llaman “derechos sociales” o cuya atención en forma suficiente dependa de alguna manera de la capacidad económica del Estado; están, en consecuencia, necesariamente restringidos por la naturaleza del derecho.” (ASC 214, p. 11). En la sesión siguiente, indicó que “lo que ocurre es que éste, por su naturaleza

adecuado tenía un carácter prestacional, es decir, cuya satisfacción quedaba sujeta fundamentalmente a lo que el Estado podría hacer sobre ese particular, no resultaba lógico a juicio de esos comisionados que se exigiera su cumplimiento compulsivo a través de un procedimiento de excepción como el que desencadenaba el ejercicio de la acción de protección⁴⁶⁸.

De su parte, inicialmente el comisionado ORTÚZAR fue partidario de incluir este derecho en el ámbito de la acción de protección, teniendo a la vista fundamentalmente ciertas situaciones que, aun-

Continuación nota ⁴⁶⁷

propia, es un derecho que cuesta bastante precisar en su contenido, pues el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación es una aspiración que estará ligada necesariamente a muchas circunstancias de tipo social, muy difíciles de solucionar para el legislador.” (ASC 215, p. 12). A ello añadiría que “una vez mencionó que este tipo de derechos, con razón, un autor alemán, Carl Schmitt, los llama “pretensiones sociales”, porque propiamente no son derechos en el sentido clásico de la palabra. Ese autor —añade— distingue entre los derechos clásicos y las pretensiones sociales; y, como quiera que los términos puedan no ser siempre perfectos, hay en la expresión “pretensión social” una voluntad, precisamente, de señalar el carácter de aspiración que tiene este tipo de derechos frente ya al carácter acabado y perfectamente determinable de los otros.” Concluyó indicando “que es evidente, entonces, que nadie puede reclamar de este derecho genéricamente, por simple amor al derecho mismo, sino que tiene que sufrir un menoscabo o una amenaza alguna persona determinada.” (*Id.*, p. 24).

⁴⁶⁸ Bajo tal enfoque, puede sostenerse que la visión así expresada importaba una serie de consecuencias. En primer lugar, que el deber de mantener un ambiente en condiciones adecuadas tenía un solo obligado: El Estado. Por ende, el rol de los particulares o administrados, quedaba limitado al cumplimiento de las normas que, en la satisfacción de tal deber, dictara aquél. En segundo lugar, que el papel que podría cumplir en esta materia el espacio de intercambio de bienes y servicios —el mercado—, quedaba absolutamente cerrado. Ambas consecuencias se pueden traducir en que, a fin de cuentas, el medio ambiente quedaba a la suerte de la regulación directa que, cuando lo estimara del caso, el Estado impusiera a los ciudadanos, de modo tal que si respecto de un componente determinado no existía una norma que lo gobernara, el ambiente quedaba sujeto al postrer arbitrio del Estado. Ello podría implicar, además, que la impugnación de actuaciones de terceros abiertamente atentatorias en contra del mismo, no podía sino hacerse a través del camino casi siempre arduo y tortuoso de las vías jurisdiccionales ordinarias. Por consiguiente, en el fondo del planteamiento de los comisionados se encontraba la idea de que un ambiente adecuado dependería exclusivamente del desempeño del Estado.

que pudieren ser en definitiva resueltas mediante los mecanismos jurisdiccionales ordinarios, requirieran de una intervención rápida y urgente⁴⁶⁹.

En virtud de lo analizado y discutido hasta ese momento, la posibilidad de que el derecho bajo examen se pudiera resguardar mediante la interposición del mecanismo garantístico fue descartada absolutamente, lo cual quedó reflejado en el artículo 2 del AC N° 3 de 1976, al no contemplarse dentro de aquellos derechos amparados por tal acción, aunque sí se incluía en el listado de los que se reconocían como fundamentales⁴⁷⁰.

Con posterioridad, al debatirse y analizarse el anteproyecto de la nueva Constitución, comenzaron a darse ciertos giros en la posición invariablemente sostenida hasta ese momento.

⁴⁶⁹ ASC 215, pp. 11-13. Sin embargo, finalmente desistió en virtud de los fundamentos esgrimidos por el comisionado EVANS DE LA CUADRA (*Id.*, p. 14). Este último, complementando su argumento de que se trataba de un derecho prestacional, expresó que la propia naturaleza de la acción de protección y el tipo de asunto de que se trataba, hacían extremadamente dificultosa la adopción de medidas de resguardo. Puntualmente, indicó: "¿Puede la Corte de Apelaciones adoptar providencias de ese carácter, en circunstancias que es probable que deban oírse informes de peritos y conocerse una serie de antecedentes de naturaleza muy especializada? ¿Se puede exigir que la Corte de Apelaciones ampare de inmediato un derecho, esencialmente controvertido, como en esta materia? Porque podría suceder que alguien muy susceptible a los olores y hedores, sostuviera que el vecino está lanzando gases venenosos, y éste, a su vez, demostrara que se ha limitado a hacer uso de su legítimo derecho de pulverizar sus árboles, flores y de mantener su jardín en buen estado. ¿Podría tal persona exigir a la Corte de Apelaciones que, en homenaje a su sensibilidad frente a determinados aromas, le resolviera el problema de inmediato? Le parece que en esta materia no se puede ser tan extremadamente exagerado". (ASC, 215, p. 14). Cabe señalar que en la sesión que tuvo por objeto preparar el Informe sobre Propositiones e Ideas Precisas que inspirarían el anteproyecto de la nueva Constitución, el comisionado GUZMÁN ERRÁZURIZ propuso suprimir toda referencia al derecho a vivir en un ambiente adecuado, a lo cual se opuso el señor BERTELSEN REPETTO (ASC 407, 09.08.1978, p. 3362).

⁴⁷⁰ Considerando 9.º, en relación con el artículo 1º N° 18. Consecuente con lo que hasta esa fecha se había sostenido y plasmado además en el AC N° 3 de 1976, en el *Informe sobre Propositiones e Ideas Precisas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*, de 16 de agosto de 1978, también fue excluido este derecho del campo de actuación de la acción de protección.

Así, en una de las sesiones y producto de un brevísimo debate entre los comisionados CARMONA y ORTÚZAR, se facultó a la Mesa para redactar la disposición en forma pertinente (referida a la acción de protección)⁴⁷¹. Posteriormente, el comisionado GUZMÁN ERRÁZURIZ insistió en la idea de dejar fuera el derecho de vivir en un ambiente adecuado, de la acción de protección, aduciendo que tal garantía debía tener un campo restringido y que, en todo caso, lo referido al ambiente debía ser tratado a través de las regulaciones que la legislación estableciera en la materia⁴⁷². Sin embargo, frente a las argumentaciones aducidas por los comisionados SILVA BASCUÑÁN y ORTÚZAR, y el refuerzo de LORCA, estuvo por incluir a este derecho en la garantía constitucional⁴⁷³. Derivado de ello, se facultó a la Mesa para elaborar el texto definitivo⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ ASC 412, 07.09.1978, p. 3471.

⁴⁷² ASC 414, 27.09.1978, p. 3515.

⁴⁷³ BERTELSEN REPETTO señaló que "en lo relativo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación hay un derecho que reviste una doble característica; por una parte, tiene similitud con los llamados derechos sociales, pues se trata de una aspiración general de la colectividad orientada a que el Estado asegure el derecho a vivir en un medio ambiente no contaminado; y por otro lado, posee un carácter más específico referente, de manera directa, a actos de particulares y de autoridades. Manifiesta que de este modo los ciudadanos tienen expectativas de que el Estado dirija su acción a mejorar la calidad del medio ambiente, y también un derecho exigible contra toda persona o autoridad que por actos o hechos imputables directamente a ellos les causen un perjuicio en su derecho." Y finalizó señalando que "si en esta materia no se actúa con premura sobrevendrá un deterioro ambiental irreversible en el corto plazo" (*Ibid.*) Por lo tanto, para SILVA BASCUÑÁN, las aspiraciones de mejoramiento del ambiente frente al Estado representaban un derecho de carácter social, no exigible por la vía de la protección; en cambio, para los efectos de proceder en contra de actos de particulares o incluso de entes administrativos específicos, esta prerrogativa fundamental asumía la forma plena de un derecho y, por ende, resguardable a través de la acción de protección. Más adelante me detendré en las consecuencias de este planteamiento.

⁴⁷⁴ La primera versión rezaba como sigue: "Procederá también el recurso de protección en el caso del N° 7º del artículo 20, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto o hecho imputable a una autoridad o persona determinada". (ASC 414, p. 3535. Énfasis añadido). La siguiente decía: "Procederá también el

Más tarde, la CENC envió a la Junta de Gobierno el texto definitivo del anteproyecto de lo que sería, a su juicio, la nueva Constitución Política⁴⁷⁵. En éste, el artículo 19 N° 7⁴⁷⁶ contemplaba el derecho a vivir en un "medio ambiente libre de contaminación", y en su artículo 20.2, consagró también la posibilidad de deducir la acción de protección respecto de su ejercicio legítimo⁴⁷⁷.

B) LOS REQUISITOS PARA SU INTERPOSICIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

Ya está dicho que el ejercicio legítimo de este derecho se encuentra garantizado por la acción de protección⁴⁷⁸. Pero para que

Continuación nota ⁴⁷⁴

recurso de protección en el caso del N° 7° del artículo 20, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado *por un acto ilegal* imputable a una autoridad o persona determinada". (ASC, 416, 05.10.1978, p. 3623. Énfasis añadido).

⁴⁷⁵ Lo que se plasmó en el documento denominado "Texto del Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República", de 18 de octubre de 1978.

⁴⁷⁶ Cuyo tenor era el siguiente: "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza" (inciso 1°). "La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente" (inciso 2°). "La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental" (inciso 3°) (RCHDUC, vol. 8, 1981, p. 326).

⁴⁷⁷ El texto era el siguiente: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 7° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado *por un acto arbitrario o ilegal* imputable a una autoridad o persona determinada" (*Id.*, p. 333 Énfasis añadido). Posteriormente, el Consejo adoptó el mismo texto, con la única diferencia que en vez de referirse al N° 7°, lo hizo al N° 8, variación que se debió a que dicho organismo incluyó un numeral 4° nuevo en el artículo 19 (*Id.*, p. 435).

⁴⁷⁸ El artículo 20.2 CP, establece: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada". Hasta muy recientemente, la última parte del texto contenía la frase "acto arbitrario e ilegal".

sea procedente, es necesario que exista un acto u omisión imputable a una persona o autoridad determinada; que dicho acto u omisión sea ilegal, y que tal actuación, emanada de una persona o autoridad determinadas, afecte el ejercicio legítimo del derecho a vivir en un ambiente adecuado.

Hasta antes de la reforma constitucional, la acción de protección en materia ambiental presentaba rasgos notoriamente distintos en cuanto a sus supuestos, que la que procede con respecto a los demás derechos que reconoce la Constitución, diferenciación que permitía concluir claramente en cuanto a poseer un carácter más restrictivo, porque contenía requisitos, para su interposición y posterior desarrollo, de suyo más exigentes.

Así, sólo cabía interponerla cuando se estaba ante un acto —no una omisión— de tercero (persona o autoridad), de carácter arbitrario y, a la vez, ilegal, en circunstancias que tratándose de los demás derechos, el acto u omisión podía ser, indistintamente, arbitrario o ilegal. Hoy se mantienen, con todo, dos requisitos que no se dan respecto de los que se enumeran en el inciso primero del artículo 20 CP: que el derecho a vivir en un ambiente adecuado sea "afectado", y se identifique la imputabilidad a un tercero determinado.

Sin duda, las restricciones anotadas —algunas que ya son historia, otras que se mantienen a pesar de la reforma— tienen su explicación en la tremenda dificultad que hubo en acordar, en la CENC y en el Consejo de Estado, tanto la incorporación del derecho a vivir en un ambiente adecuado como integrante de aquellos que la Constitución reconocería, por una parte, como su inclusión dentro de los derechos resguardados por la acción de protección.

A la luz de lo visto anteriormente, este derecho es excepcionalísimo tanto en la perspectiva sustantiva como adjetiva, aunque en este último aspecto ha sido atenuada por la reforma. Siempre fue

un derecho en riesgo y poco o nada faltó para no mencionarlo siquiera en el estatuto constitucional⁴⁷⁹.

Se analizarán a continuación sus supuestos especiales⁴⁸⁰.

1. Que se trate de un acto u omisión

Hasta antes de la reforma en ella introducida⁴⁸¹, la Constitución excluía las omisiones como conductas susceptibles de repro-

⁴⁷⁹ Lo dicho por el comisionado EVANS DE LA CUADRA ilustra esta circunstancia: "En consecuencia, si se tiene la acción del Estado, si se tienen prestaciones que el Estado debe brindar, si se tienen restricciones de garantías y derechos que fijará el legislador, y todo un conjunto de legislación penal posible de aplicar a esta materia, estima que un recurso de amparo [se refiere a la acción de protección] sólo contribuiría al abuso del mismo, o a presiones y chantajes indebidos respecto de personas que están ejerciendo legítimamente un derecho." (ASC 215, p. 14. Énfasis agregado). VALENZUELA FUENZALIDA lo explica, en este sentido: "El solo hecho de haberse contemplado la procedencia de esta acción cautelar en un inciso aparte —lo que no ocurre con ningún otro de los derechos amparados— ya resulta indicativo de la cautela con que el constituyente procedió al respecto. Ella se manifiesta, además, en los requisitos excepcionalmente restrictivos a que quedó sujeta la procedencia del recurso" ("El recurso constitucional de protección...", cit., p. 184). Para CEA EGANA, del tenor de la propuesta contenida en el anteproyecto de la Constitución, elaborado por la CENC "prueba, sin margen de duda, que los comisionados optaron por una solución intermedia entre la improcedencia absoluta y la procedencia irrestricta del recurso de protección ambiental, franqueándolo con carácter excepcional, es decir, únicamente en el evento de reunirse todos los requisitos comunes y los adicionales fijados para tal preciso efecto" (*Tratado de la Constitución...*, cit., p. 336).

⁴⁸⁰ Aunque en la práctica se ha convertido en un supuesto especial, no me detendré en el análisis del plazo cuando se está ante agravios en contra del derecho a vivir en un ambiente adecuado. Lo que sí interesa destacar es que hasta hace poco la jurisprudencia se encontraba conteste en cuanto al particular modo de contabilizarlo en el contexto de este derecho, ya que, se decía, el acto "contaminante" es de desarrollo continuo, esto es, de ejecución permanente, de modo tal que el lapso de los 15 días se computaría sólo a partir del día en que tales sucesos concluyeran. (Vid., sobre el tema, BERTELSEN REPETTO, "El recurso de protección y el derecho...", pp. 150-153; BAÑADOS MUNTA, "¿Constituye el recurso de protección la vía más adecuada para proteger y promover el medio ambiente?", RDJ, t. LXXXV, 1988, pp. 126-127; y, sobre lo mismo, pero con relación al plazo y las resoluciones de calificación ambiental: GALINDO VILLARROEL, *El sistema de evaluación...*,

che, hecho que derivaba de la ya analizada posición sostenida en la CENC, en cuanto se temía que ciertas expectativas sociales, como la de un ambiente adecuado, si no se satisfacían, ocasionarían incontables requerimientos judiciales de protección en contra del

Continuación notas ^{480 y 481}

cit., pp. 67-69). Una de las primeras sentencias dictadas con tal orientación, se expresó "que el término de quince días, otorgado para interponerlo, comienza a correr cuando se interrumpe la actividad que causa u origina el trastorno, comoquiera que esa actividad, mientras se desenvuelve, constituye un estado que se mantiene y renueva día por día" (Hidalgo Molina, Marcelo y otra, SCAA, 28.06.1985, Consid. 2. Confirmada, en voto dividido, por SCS, 31.07.1985. FM, N° 320, 1985). En el mismo sentido se pronunciaron los tribunales en: Ortiz de Filippi, Hugo con Intendente Región Metropolitana y otros, SCAS, 30.09.1985, Consid. A), 2.- GJ, N° 63, 1985; Palza Córdova..., cit., Consid. 2; Vargas Abarzúa, Aurelio y otros, SCAS, 31.01.1986, Consid. 5. RDJ, t. LXXXIII, 2.5; Flores San Martín..., cit., Consid. 6; Navarro Piña, Luis y otros con Intendente Primera Región y otro, SCAI, 08.09.1988, Consid. 4. Confirmada por SCS, 28.09.1989. FM, N° 370, 1989; Freiherr von Furstenberg, Rudolf con Alcalde Comuna de Futrono, SCAV, 04.12.1991, Consid. 2. Confirmada por SCS, 17.12.1991. FM, N° 397, 1991; Mansilla Gallegos, Nérída con Alcalde Municipalidad de Punta Arenas y otros, SCAPA, 19.06.1992, Consid. 3; Ormeño Melet, Hugo y otros con Compañía Minera y Refinadora de Metales Limitada, SCAT, 08.05.1995, Consid. 3. Confirmada por SCS, 11.10.1995. GJ, N° 184; Gajardo Cáceres, Pedro José Manuel con Arnaboldi Cáceres, Hugo, SCAC, 02.08.1996, Consid. 1, parcialmente. Confirmada por SCS, 13.03.1997. FM, N° 459; Sahady Villanueva, Antonio con Secretario Regional Ministerial de Transportes y otro, SCS, 21.08.1996, Consid. 1; Leiva Cáceres, Juan con Trans. Vip Limitada, SCAS, 10.01.1997, Consid. 1. Confirmada por SCS, 09.04.1997; Soria Quiroga, Jorge con Empresa Pesquera Camanchaca y otras, SCAI, 08.05.1997, Consid. 1. Confirmada por SCS, 08.10.1997. GJ, N° 208; Ochagavía Urrutia, Andrés y otros con Flores Garcés, Gabriel, SCAT, 11.08.1997, Consid. 2. Confirmada por SCS, 19.01.1998. GJ, N° 211; Pulgar Madrid, María y otra con Criadero de Cerdos Aguas Claras, SCAVAL, 25.11.1997, Consid. 2. Confirmada por SCS, 30.03.1998; y Le Roy González, Vivianne y otros con Carnes Nuble, SCACH, 19.01.2001, Consid. 1. Confirmada por SCS, 04.12.2001.

Con ocasión de la última acción de protección deducida con respecto al proyecto de Celulosa Arauco y Constitución S.A. en Valdivia (PCV), la Corte Suprema aparentemente efectuó un giro en la materia. Puntualmente, expresó: "No se comparte la tesis de los recurrentes que un acto por ejecutarse de manera continua, estaría renovando permanentemente el plazo para interponer el recurso de protección pues ello haría que la mayoría de éstos no tuvieran plazo para deducirlos, lo que, además de carecer de sentido, vulnera el texto expreso de dicho Auto Acordado que, como se dijo, estableció, para deducir la acción del artículo 20 de la Constitución Política de la República, un término "fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o según la

Estado⁴⁸². Hacia el final del trabajo de dicha entidad, se plasmaron algunas ideas que pueden dar luces sobre este particular.

El comisionado GUZMÁN ERRÁZURIZ, al admitir finalmente la procedencia de la acción de protección en lo que a este derecho se refiere, planteó que "sería importante interpretar que los términos 'actos o hechos' no incluyen la omisión de la autoridad, es decir, entender referida la disposición sólo a actos o hechos positivos"⁴⁸³, a lo cual el comisionado LORCA adhirió⁴⁸⁴.

Continuación notas 480 y 481

naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos" y, ya está dicho, los recurrentes supieron de las supuestas infracciones por parte de la recurrida a la Resolución de la Calificación Ambiental en el mes de octubre de 2004". (*Riesco Bahamondes, Vladimir Alberto y otros con Celulosa Arauco y Constitución S.A. SCS*, 30.05.2005, Consid. 4). Aquí la Corte hizo suyo, en términos muy similares, lo que se expresara en el voto disidente del mismo tribunal, con motivo de la revisión en alzada de *Hidalgo Molina*..., cit. (SCS, 31.07.1985). Parece ser que aquí la Corte efectúa una distinción entre el acto (o la omisión) y sus consecuencias (afectación del ambiente y agravio en un derecho), de tal modo que el plazo comienza, a su juicio, desde la época del acto o de su conocimiento efectivo, y no a partir de la extensión propia de sus efectos. Si se sigue literalmente lo que señala el AA, el predicamento de la Corte sería el correcto, pues aquél fija el modo de contabilización no en función de lo que dure la afectación en el derecho, sino sobre la base de lo que se extienda el acto o la omisión que lo provoca. De hecho, en varios de los casos citados donde se dictaminó la improcedencia de alegación de extemporaneidad, se estaba ante *conductas* —no efectos— que se renovaban día por día, es decir, que se desarrollaban en trazo sucesivo. En este sentido, el fallo bajo análisis no necesariamente contradice los precedentes que sobre la materia ya se habían dado. Si se hubiere acreditado que la infracción a la resolución de calificación ambiental se mantenía, aun cuando se hubiere tomado conocimiento efectivo de ella en un espacio de tiempo que excedía los 15 días de esa noticia, "la ejecución del acto" a que se refiere el AA seguía manteniéndose y, por ende, los recurrentes podrían haber estado dentro del plazo exigido.

⁴⁸¹ Introducida por el artículo 1º, N° 11 de la ley N° 20.050 (Diario Oficial, 26.08.2005).

⁴⁸² Cfr. MOHOR ABUAD, "El recurso de...", cit., pp. 25-26.

⁴⁸³ ASC 414, p. 3515. Recuérdese que el texto que en ese instante se analizaba presentaba el siguiente tenor: "Procederá también el recurso de protección en el caso del N° 7º del artículo 20, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto o hecho imputable a una autoridad o persona determinada".

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 3516. Estas ideas se reiteraron posteriormente (ASC 416, pp. 3597-3598).

Aunque no hay mayores fundamentos en el criterio reproducido, si se une éste a los planteamientos vertidos en las sesiones anteriores de la CENC, podría desprenderse que proviene de la circunstancia que una de las dimensiones del artículo 19 N° 8 es la relativa al deber del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio adecuado no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza, faz que posee un carácter más prestacional que de un derecho⁴⁸⁵.

Para BERTELSEN REPETTO, la exclusión de las omisiones se debió efectivamente a la dimensión prestacional que en cierto sentido posee el derecho en cuestión⁴⁸⁶. Pero también añadía algo que en su oportunidad manifestó el comisionado EVANS DE LA CUADRA⁴⁸⁷, relacionado con la idoneidad de la sede jurisdiccional extraordinaria para abordar asuntos ambientales:

Nada se opone a que los tribunales, si se les da competencia para ello, aprecien si quienes tenían el deber de actuar no lo han hecho, pero sin sustituir a la administración mal podrían determinar qué medidas son las adecuadas para alcanzar el objetivo perseguido por la Constitución. De ahí que no proceda recurrir de protección contra las omisiones o negativas a actuar, existiendo el deber de hacerlo, en materia de medio ambiente, por la incapacidad de los tribunales de otorgar protección jurisdiccional⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Aunque nunca se sostuvo en tribunales, podía pensarse que puesto que el fundamento era el ya indicado, esto es, que la omisión se excluía en razón que los deberes que al Estado se le asignan en el artículo 19 N° 8 tienen un carácter prestacional, si sería pertinente interponer una acción de protección en contra de alguna omisión originada en la conducta de un particular (Cfr. YÁÑEZ AGUILERA, "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", *GJ* N° 158, 1993, Anexo, Boletín N° 10, p. 3).

⁴⁸⁶ En el mismo sentido SOTO KLOSS: *El recurso de protección Orígenes...*, cit., p. 109; BERMÚDEZ SOTO, *op. cit.*, p. 264.

⁴⁸⁷ ASC, 215, p. 14.

⁴⁸⁸ "El recurso de protección y el derecho...", cit., p. 154 (Énfasis agregados). Tal idea la expresó primeramente como integrante de la CENC (ASC 414, p. 3515), y luego en "Facultad de CONAF y Contaminación de aguas de un lago (Informe en Derecho)", *RCHDUC*, vol. 19, 1992, p. 567.

Resumiendo, entonces, la imposibilidad de impugnar las omisiones del Estado arrancaba, por una parte, de la naturaleza dual del derecho bajo examen (una de cuyas faces es de entidad prestacional) y, por otra, en la incapacidad de los tribunales, por esta vía excepcional, para resolver de modo rápido y urgente una materia tan compleja⁴⁸⁹. Ello, aun cuando del omitir estatal se derivaran agravios a los particulares⁴⁹⁰.

Con el mérito de la reforma constitucional, el punto ha quedado zanjado, al menos en términos normativos, de tal suerte que a contar de la misma, la acción de protección en materia ambiental procederá también cuando se esté frente a "omisiones", tanto de particulares, como del Estado.

⁴⁸⁹ SOTO KLOSS, además, parece agregar otro fundamento, pero que extiende incluso a las conductas omisivas de particulares: La forma en que se puede producir un agravio en el derecho bajo examen. Plantea que éste se afecta cuando se contamina, y contaminar importa, de suyo, un hacer, un actuar, jamás un omitir (*El recurso de protección Orígenes...*, cit., p. 106 y "El recurso de protección y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (la protección ecológica)". *RDJ*, t. LXXVIII, 1981, pp. 114-115). No parece éste ser un argumento tan consistente, ya que hay dos elementos que es necesario distinguir para no incurrir en equivocaciones. Y es que la contaminación, en primer lugar, es sólo una de las formas en que este derecho puede agravarse, no la única. En segundo lugar, la contaminación, en sí misma, evidentemente importa un hecho positivo, pero su origen perfectamente puede derivarse de un no hacer abusivo e ilícito de parte de un tercero.

⁴⁹⁰ BERMÚDEZ SOTO, op. cit., p. 264. La gravedad de esta afirmación hacía pensar no sólo en la necesaria modificación constitucional —que finalmente se impuso—, sino además en la construcción de algunas alternativas disponibles en nuestro ordenamiento, como es la institución de la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Obviamente, es un tema que excede con mucho este trabajo, dejándose por ahora solamente insinuado. No obstante lo anterior, hubo algunos casos en que excepcionalmente se admitieron las omisiones como conductas generadoras de agravio para este derecho. Así, en *Villagra Hernández, Carlos y otros con Municipalidad de Maipú*, se consideró la omisión de un municipio como susceptible de reproche, aunque sin mayores fundamentos (SCAS, 11.03.1992. Confirmada por SCS, 01.04.1992. *FM*, N° 401, 1992); y en *Becker Henríquez, Alicia y otros con Sociedad Protectora de la Infancia*, se aceptó como imputable la omisión de un particular (SCAC, 17.07.1990, Consid. 7. Confirmada por SCS, 06.09.1990. *FM* N° 382, 1990).

Junto con enriquecer la procedencia de la acción, esta nueva fórmula sin duda podría provocar un reimpulso, al menos por este concepto, en el uso de este mecanismo extraordinario en función de la ampliación de situaciones que podrían fundarlo y, por cierto, en el incremento de las probabilidades de acogimiento⁴⁹¹. No obstante, conforme se expondrá en el número siguiente, la situación parece haber quedado empatada y colocada en términos absolutamente neutros.

Continuación nota ⁴⁹⁰

BORDALI SALAMANCA postula lo inaceptable de la exclusión de las omisiones, avanzando argumentos para sostener, con independencia de su carencia de racionalidad, que aun tomando en cuenta el texto del artículo 20, la acción de protección resultaría procedente frente a las omisiones. A tal efecto plantea dos órdenes de ideas. Por una parte, no aceptar las omisiones como fundamento de la acción en estudio importaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la sistemática interpretación que debe hacerse en materia constitucional, concluyendo que "parece lógico interpretar la Constitución estableciendo que cualquiera sea la causa por la que se vulnere el derecho fundamental colectivo a vivir en un ambiente libre de contaminación, y pudiendo impedirse o remediarse dicha vulneración vía proceso de protección, entonces tal proceso será la vía dispuesta para que la jurisdicción pueda dispensar la tutela judicial" (*Tutela Jurisdiccional...*, cit., pp. 351-352), y que "puede incoar un proceso de Protección para la tutela del derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación, toda persona que afirme tal derecho fundamental necesitado de tutela, por haber sido desconocido, vulnerado o violado por otra persona", sea por una acción o por una omisión (*Id.*, p. 354). Por otra parte, y más específicamente, expresa que el fundamento de tratarse un derecho de doble faceta, podría ser plenamente predicable de los demás derechos a que se refiere el inciso primero del artículo 20 constitucional, y por ende es un argumento carente de toda lógica (*Id.*, pp. 355-356).

⁴⁹¹ Para BERMÚDEZ SOTO, "las consecuencias que se abren son insospechadas, toda vez que, por una parte será posible exigir a los órganos del Estado y en especial a su Administración que asuma una actitud activa pudiendo ser condenado a la realización de prestaciones que suplan la omisión inconstitucional vulneradora del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Pero también respecto de los particulares, los cuales estarán obligados a suplir las omisiones en que incurran y que afecten la citado derecho" (op. cit., p. 269). Coloca como ejemplo el caso que el Estado no dicte una determinada norma ambiental. No obstante, han de efectuarse ciertas precisiones: i) Naturalmente, aquello podría suceder en tanto se verificase fehacientemente que la conducta pasiva del ente Estatal —en este caso, la omisión— fuera "ilegal", y por sí misma susceptible de afectar el ejercicio de este derecho. Lo mismo podría predicarse de alguna

2. Que el acto u omisión sea ilegal

a) La situación antes de la reforma constitucional

Hasta hace poco, el requisito especial que regía en este punto era que el acto vulneratorio debía ser a un solo tiempo *arbitrario e ilegal*. Conforme se ha visto, en momento alguno la CENC consi-

Continuación nota ⁴⁹¹

norma ambiental dictada, pero ineficaz; ii) Además, conforme se expuso, ha de ser una "omisión ilegal", no cualquiera. Y una omisión, además, susceptible de ser impugnada considerando su entidad propia. En el ejemplo propuesto por el autor citado –no dictación de una norma ambiental–, hay que tomar ciertas precauciones para no confundirse y no extender desmesuradamente esta bienvenida apertura en lo atinente a la conducta Administrativa. En efecto, es cuestionable pensar en una impugnación en el caso señalado recién, porque, en primer lugar, no hay disposición alguna que obligue a los órganos de la Administración a dictar e implementar tales o cuales tipos de normas ambientales, sean de emisión o de calidad. El hecho que cuenten con tal atribución no importa en sí mismo la carga de una obligación. En este sentido comparto el criterio que, por ejemplo, sostiene PIERRE ARRAU, en cuanto "la omisión sólo puede producirse en la actividad administrativa reglada y, dentro de ella, cuando o haya un plazo para actuar, o pueda establecerse que, por el tiempo transcurrido, no se ha cumplido con dicha obligación", todo lo cual en los casos que él mismo ejemplifica (vencimiento de plazo; incumplimiento de dictámenes judiciales o de la Contraloría General de la República; o incumplimiento de órdenes o actos expedidos por superiores. ("El recurso de protección y....", *cit.*, pp. 185-186); iii) Un matiz adicional a lo anterior dice relación con la necesidad de no confundir esa apertura por la omisión que se incorpora normativamente, con una eventual extensión de la acción de protección hacia la impugnación del incumplimiento del deber que al Estado se le asigna en orden a velar porque este derecho "no sea afectado". Aunque ello evidentemente constituye un omitir, debe tomarse en cuenta que: a) El artículo 20.2 CP se refiere expresamente al "derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación", y no a la referida obligación; y b) Que aun cuando se pudiese subsumir en la conducta omisiva que se viene analizando el no cumplimiento de aquella obligación, sería imprescindible una afectación concreta, excluyéndose esta vez la "amenaza" como base para deducir la correspondiente acción constitucional, ya que la disposición de la segunda parte del inciso primero del artículo 19 N° 8 CP cualifica el tipo de resultado deseado y derivado del deber, consistente en que el derecho no sea "afectado". Se podría argumentar la existencia de una contradicción con el propio artículo 20 CP, norma que incluiría a todo evento la amenaza (ilegal) como supuesto. Sin embargo, sosten-

deró esa restricción, lo cual generó siempre una interrogante en torno al origen y razón de la inclusión de este requisito y que, por lo mismo, para la doctrina no ha sido fácil de responder⁴⁹². En efecto, si nada sobre el particular se expuso ni en la CENC ni en el Consejo de Estado, ni ninguno de sus proyectos estableció tal restricción, una explicación posible sería, aparentemente, la de encontrarnos frente un error de transcripción⁴⁹³, aunque se ha dicho que ello no resulta coherente⁴⁹⁴.

Continuación nota ⁴⁹¹

go que en la hipótesis ahora en examen –en la que teóricamente se puede impugnar por este instrumento la insatisfacción de la obligación referida–, no hay tal contradicción, pues debe estarse a la naturaleza de aquello en contra de lo cual se acciona de protección, que en este caso sería la de un omitir que "afecta" –así se expresa la norma–, y no que "amenaza" al derecho mismo. Lo que ocurre es que aquí hay una especie de oposición entre la faz adjetiva y la sustantiva del derecho que se viene tratando, situación que debe analizarse de manera sistemática para lograr extraer alguna lógica en el juego de las mismas. Es cierto que el inciso 2° del artículo 20, como se señalará, cubre tanto la amenaza, como la privación y la perturbación, a pesar de la lamentable forma en que se encuentra formulada la regla. Esta es la dimensión procesal del punto. Pero también ha de reconocerse que la amenaza, perturbación o privación deben encontrar un frente lógico respecto de aquello que es susceptible de provocarlas, caso en el cual es esencial identificar adecuadamente la naturaleza de la conducta que las puede originar. Este es el aspecto sustantivo. Consecuencia de lo dicho es que si el deber aquí del Estado es de tipo positivo, tendiente a velar porque el derecho a vivir en un ambiente determinado "no sea afectado", se está aquí refiriendo a una conducta inicialmente activa que busca no producir un menoscabo efectivo –no eventual– en el ejercicio de aquél.

⁴⁹² No obstante, hubo una sesión en la que de algún modo se abordó el punto, aunque jamás en el sentido establecido en el texto vigente. En ella, el comisionado GUZMÁN ERRÁZURIZ estuvo por entender que no cabía en este caso la arbitrariedad, sino sólo la ilegalidad. Indicó que "en esta materia no puede incurrir en actos arbitrarios que atente contra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ya que tales actos son meramente 'ilegales' o 'contrarios a derecho'..." (ASC 416, p. 3597. Énfasis añadido). Finalmente se acordó dejar el texto que se proponía con ambas voces –arbitrario/ilegal–, pero sin un carácter copulativo, según se expuso.

⁴⁹³ SOTO KLOSS, *El recurso de protección Orígenes...*, *cit.*, p. 109, nota 1.

⁴⁹⁴ CEA EGARA expresa que es "insostenible atribuir a equivocación de la Junta [de Gobierno], a error de impresión o a otra circunstancia semejante el requisito adicional que fijó aquel órgano, pues tal criterio podría ser también sustentado respecto de otros

Como sea, el hecho es que el texto positivo original precisaba de la concurrencia simultánea de arbitrariedad e ilegalidad, de modo que la sola ilegalidad del acto, por crasa que fuera, o su sola arbitrariedad, no importaba el extremo a que llegara, no habilitaba al actor para la interposición y éxito de la acción. Para que entonces hubiese lugar a deducirla se requería que el acto fuera, a un mismo tiempo, contrario a la legalidad vigente y caprichoso, injustificado o abusivo; doble exigencia que a todas luces parecía excesiva y hacía de suyo complejo que llegara a satisfacerse en un caso concreto⁴⁹⁵.

La exigencia de hacer coincidir en una misma conducta la arbitrariedad y la ilegalidad, —por entonces, infausto supuesto indisoluble⁴⁹⁶— conducía al absurdo de que un acto pudiese ser perfecta-

Continuación nota ⁴⁹⁴

preceptos de la Carta Fundamental con la secuela de incertidumbre que ello provoca. A esa objeción se añade, entre muchos otros reparos, que es un canon elemental de toda hermenéutica jurídica, y, específicamente, de la Constitución, aquel según el cual los principios y normas tienen que ser interpretados y aplicados evitando desprender de ellos conclusiones absurdas porque conduzcan al incumplimiento, ineficacia o inutilidad de lo ordenado por ellos con sentido claro en su tenor literal e historia fidedigna". (*Tratado de la Constitución...*, cit., p. 344). En el mismo sentido, MOHOR ABUAD ("El recurso de...", cit., p. 19). No obstante, este último autor estima que la exigencia copulativa de la que se viene hablando tendría probablemente base en las mismas razones que en su oportunidad complicaron la incorporación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución, esto es, las dificultades para determinar al causante del acto; la eventual responsabilidad del Estado en la materia; la existencia de otros mecanismos procesales para abordar el tema; el potencial uso abusivo del mecanismo de protección y el riesgo económico que significaría (*Id.*, p. 26).

⁴⁹⁵ VALENZUELA FUENZALIDA, "El recurso constitucional...", cit., p. 185, y BERMÚDEZ SOTO, *op. cit.*, p. 266. Sin embargo, se habían dado éxitos evidentes, pero resultaban ser tan excepcionales que ello explica de algún modo el bajísimo número de acciones de protección acogidas. La doctrina nacional nunca reparó suficientemente en la gravedad que esta antijuridicidad reforzada implicaba tratándose del derecho a vivir en un ambiente adecuado. En general, y como se ha anotado más arriba, los autores se detienen en la posible explicación del fenómeno, pero no en la profunda estocada que se le daba al sistema constitucional de resguardo jurisdiccional de los derechos fundamentales.

⁴⁹⁶ O, en palabras de NOGUEIRA ALCALÁ, la ausencia de "fundamento razonable y legítimo para realizar esta discriminación" (*op. cit.*, p. 15).

mente antijurídico en razón de su ilegalidad, pero no por su falta de arbitrariedad, o antijurídico por su arbitrariedad, pero no por su carencia de ilegalidad. En uno y otro caso, el tribunal se encontraba en la obligación de establecer la inexistencia de vulneración al derecho a vivir en un ambiente adecuado, aun cuando el acto adoleciera de alguna de las referidas antijuridicidades, e, incluso, a pesar de que se produjera, ya sea por arbitrariedad, bien sea por ilegalidad, una lesión en el ejercicio de ese derecho, quedando tal agravio "santificado" por la sola circunstancia de no ser, al mismo tiempo, arbitrario e ilegal⁴⁹⁷.

Además, en tales hipótesis, o bien quedaba una ilegalidad sin sanción (en el caso que la hubiere cometido el Estado, se trataría de un acto nulo de derecho público, y en el caso de un particular, de una infracción legal que merecía respuestas jurídicas), o bien un abuso bajo perfecta impunidad. En tanto no mediara una reforma constitucional, lo que se imponía era un nuevo enfoque más osado en la perspectiva de la acción de protección, de parte de los tribunales⁴⁹⁸, puesto que al quedar un acto ilegal o arbitrario, sin

⁴⁹⁷ Como botón de muestra, en *Maldonado Álvarez, David con Mora Mora, Gamaliel*, se falló que no obstante los perjuicios ocasionados sobre la propiedad del actor, el tribunal no otorgó protección por concepto del derecho reconocido en el N° 8 del artículo 19 CP, pues "el demandado ha actuado en el ejercicio de su derecho de exploración minera, lo que es legal, aunque el acto ha sido arbitrario, resultando en la especie que el recurso no alcanza a cubrir esta última situación, por requerirse además la ilegalidad de parte del que perturba" (SCAT, 15.09.1992, Consid. 10. Confirmada por SCS, 05.10.1992. RDJ, t. LXXXIX, 2.5, 1992. Énfasis añadido). Respecto de la forma en que esta exigencia se aplicaba por los tribunales en el contexto del sistema de evaluación de impacto ambiental: *Id.*, GALINDO VILLARROEL, *El sistema de evaluación...*, cit., pp. 88-96.

⁴⁹⁸ Del tipo que aparece en *Flores San Martín*, donde se señaló: "Que, el actor contaminante del medio ambiente que ejecuta la recurrida, además de ilegal es arbitrario de suyo. En efecto, importa por sí solo una violación al derecho, a principios jurídicos y de convivencia superiores, que lo tornan, más que ilegal, en injusto. Así, jamás podrá decirse que una persona o autoridad tiene derecho a contaminar el medio ambiente en que vive y se desarrolla una comunidad de personas, por acto voluntario suyo, como ocurre

reproche, de todos modos había en rigor una actuación que requería de una vigorosa respuesta de parte de quienes debían —y deben— decidir estos asuntos⁴⁹⁹.

b) Lo que viene a partir de la reforma constitucional

Por la modificación introducida ha sido eliminada toda referencia a la “arbitrariedad”, quedando sólo como presupuesto la otra especie de antijuridicidad, es decir, la “ilegalidad”. Aunque ya he señalado que a mi juicio la arbitrariedad puede perfectamente darse en el ámbito, también, de lo reglado —y no sólo en el espacio de lo discrecional, punto que, en todo caso, reviste un matiz diverso a lo que ahora se plantea—, la reforma probablemente reabrirá el debate acerca del significado de las expresiones involucradas en esta materia, en la forma que a continuación se expresará.

Explicando el alcance de las fórmulas semánticas utilizadas en la Constitución antes de la reforma, MOHOR ABUAUAD señalaba que la expresión “ilegalidad” podía entenderse ampliamente como

Continuación nota ⁴⁹⁸

en este caso *Más aún, dicho acto, al afectar la naturaleza misma, resulta atentatorio a toda norma civilizada de convivencia del hombre con su medio, y siendo la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental, preocupación del Estado según nuestra Carta Fundamental, resulta a todas luces arbitrario, el acto contaminante que ejecuta la recurrida por propia voluntad.* (SCACOP, 23.06.1988, Consid. 16. Confirmada por SCS, 28.07.1988. RDJ, t. LXXXV, 2.5., 1988. Énfasis añadido); o, en el mismo sentido, *González Arancibia con Fiondo Blanco S.A.* SCAPM, 19.05.1995, Consid. 7. Confirmada por SCS, 11.10.1995. FM, N° 443, 1995; y en *Soria Quiroga...*, cit., Consid. 12.

⁴⁹⁹ Esto no se solucionaba por el solo hecho que, conforme al artículo 20 CP, quedarán a salvo las acciones ordinarias, independientemente de la de protección. Ello, pues de lo que se trata es de analizar la institución procesal misma —la acción— y no sus alternativas, y porque al salirnos de tal contexto, ello podría llevar a la conclusión de no encontrarle sentido a este mecanismo en materia ambiental, pues la solución sería, lisa y llanamente, acudir a las otras acciones procesales que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

sinónimo de lo antijurídico o contrario a derecho, y restringidamente en tanto algo que fuere contra un texto legal expreso⁵⁰⁰. En tal contexto, tanto la ilegalidad en sentido estricto, como la arbitrariedad en su dimensión de desviación de fin, representaban formas de ilegalidad en sentido amplio⁵⁰¹. Tal era el sentido de estas expresiones en lo que al inciso primero del artículo 20 CP se refiere. Con todo, para el autor ese sentido variaba respecto del derecho a vivir en un ambiente adecuado, respecto del cual la norma utilizaba tales expresiones de modo copulativo. En tal caso, la referencia a la ilegalidad se tomaba en un sentido limitado, y la que se hacía a la arbitrariedad tendría ciertas vinculaciones con la mala fe o el error inexcusable⁵⁰².

Pero, la modificación cambió todas las lógicas supuestas por MOHOR ABUAUAD. O, al menos, en la forma que él estimaba que existían. En efecto, lo que desde ahora será necesario determinar es a qué se refiere la palabra “ilegal” en el nuevo texto constitucional, vale decir, si en sentido objetivo solamente (como aquello que vulnera un texto expreso), o, además, en la dimensión subjetiva, esto es, lo arbitrario. Puesto de otro modo, lo que queda por desentrañar es si la ilegalidad apuntada en la CP se entiende en su sentido amplio (lo que va contra ley, lo que importa irracionalidad), o de forma restringida (sólo aquello que infringe normativa expresa).

Si se atiende a los escuetos debates parlamentarios⁵⁰³, pareciera ser que la voz “ilegal” se ha de entender ampliamente, cubrien-

⁵⁰⁰ “El recurso de...”, cit., p. 19.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Id.*, p. 20.

⁵⁰³ Para intentar tener un cierto grado de claridad sobre este particular, es necesario señalar ciertos aspectos vinculados con la historia de esta reforma, en los términos que siguen: a) Por moción ingresada con fecha 25.07.1990 (Boletín 110-07), se planteó la necesidad de modificar el artículo 20 CP, proponiendo la eliminación de la exigencia copulativa de arbitrariedad e ilegalidad, ya que ella “ha significado, en la práctica, la denegación de la protección constitucional del derecho a vivir en medio ambiente libre

do la hipótesis objetiva y subjetiva. En consecuencia, la expresión se tomaría dentro de una significación amplia, genérica, cubriendo en consecuencia tanto lo ilegal en sentido estricto —acto u omisión contra texto expreso—, cuanto lo arbitrario, ya sea como expresión de aquello que importa desviación de fin, como, también, la mala fe o el error inexcusable.

Continuación nota ⁵⁰³.

de contaminación por cuanto en innumerables ocasiones los recurridos han alegado la legalidad del acto, o bien, la no existencia de arbitrariedad, debiendo los tribunales denegar el recurso. Esto ha llevado a supeditar esta garantía constitucional a otras, contrariando la expresa voluntad del Constituyente" ("Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de reforma constitucional que modifica el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política del Estado", primer trámite constitucional, H. Cámara de Diputados, 19.06.1991). La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sin embargo, rechazó, en general, en voto dividido, la iniciativa. El argumento fue la importancia de la mantención de la *estabilidad constitucional* ("Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento", H. Senado, 26.06.1995). Posteriormente, la Cámara Alta aprobó la reforma propuesta, pero de un modo distinto y que tendría proyecciones en la modificación hoy vigente. En efecto, el Senador VIERA-GALLO planteó que "si las referidas exigencias pierden su carácter copulativo, podría ocurrir que un acto legal de autoridad —por ejemplo, la autorización para desarrollar un proyecto importante—, o de un particular, *que sea considerado arbitrario, es decir, contrario a la justicia o a la razón, se anule en virtud únicamente de la arbitrariedad*", lo cual le parecía "conferir un poder omnímodo a las Cortes, que estarían fallando conforme a equidad y no de acuerdo a normas positivas". Y se preguntó "si nuestra sociedad se encuentra en disposición de entender qué actos que se ajustan a la legalidad, puedan ser invalidados en protección de valores superiores". Tal parecer fue compartido por el Senador VALDÉS, quien agregó que argüir sólo la arbitrariedad "conlleva el riesgo de llegar al límite el estado de derecho, toda vez que el valor de la norma legal se relativiza frente a conceptos más vagos, imprecisos y esencialmente discutibles". Para el Senador FERNÁNDEZ, bastaba que concurriese la sola arbitrariedad o sólo la ilegalidad, explicando "que si un acto es arbitrario, resulta innecesario agregarle que, además, sea ilegal porque la arbitrariedad supone algo más que la discrecionalidad", concluyendo que "la ilegalidad está comprendida dentro de la arbitrariedad". Propuso, además, acotar a la arbitrariedad lo referido a los derechos señalados en el inciso primero del artículo 20 CP. Nuevamente, VIERA-GALLO planteó que se eliminara la expresión "arbitrario", de modo de mantener la exigencia de la sola ilegalidad, a lo cual se unió el Senador FERNÁNDEZ, agregando la idea de contemplar también las omisiones. Y así, la Comisión, por unanimidad, aprobó la reforma en el

Obviamente, perfectamente podría plantearse otra hipótesis, según la cual se considere la arbitrariedad como excluida definitivamente del ámbito del reproche proteccional, pudiendo quedar sin sanción jurisdiccional, sobre la base de estimar que el actuar o el omitir ha sido *legal* en sentido estricto. El problema es que la misma historia de esta modificación da pie para sostener esta posición⁵⁰⁴. Nuevamente, pues, nos enfrentaremos a problemas que será necesario dilucidar⁵⁰⁵.

Continuación nota ⁵⁰³

sentido que se sustituyera la expresión "acto arbitrario e ilegal" por "acto u omisión ilegal" ("Primer Informe de las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, Unidas"; H. Senado, 27.07.1999). La moción referida fue finalmente archivada en 2002, sin ver luz; b) Con fecha 1 de junio de 1992 (Boletín 702-7), por Mensaje N° 48-324, el Presidente de la República envió al Congreso una iniciativa tendente a modificar, entre otros, el artículo 20 constitucional. Lo que se proponía ahí era la supresión de la exigencia copulativa de arbitrariedad e ilegalidad —sin mención al tema de las omisiones—, de manera tal que con ello se simplificaba "un requisito que, por los términos demasiado exigentes en que está concebido, puede transformarse en un obstáculo para que las personas afectadas por un agente contaminador, puedan obtener tutela jurídica". Este proyecto no pasó del primer trámite constitucional y fue archivado con fecha 09.07.1997; c) Por mociones refundidas (Boletines 2526-07 y 2534-07) de ciertos parlamentarios del Senado, se comenzó a trazar el destino final de esta modificación, que fue unida con otras muchas reformas a la Constitución. Conforme se lee en parte de la historia de la discusión, no hubo nuevos enfoques en torno al tema, pues se retomó e incluso reprodujo todo aquello que se había dicho con ocasión de la primera moción del año 1990. (Sobre el particular, ver: Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado, 6.11.2001, primer trámite constitucional; Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado, 18.03.2003, primer trámite constitucional; Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, 16.03.2005, segundo trámite constitucional; e Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado, 12.07.2005, tercer trámite constitucional).

⁵⁰⁴ Vid. *supra*, nota 503, letra a). Este enfoque tendría base, además, en aquello que precisamente no hizo el trabajo parlamentario: no modificar, en el mismo sentido, el primer inciso del artículo 20 CP. Si se impusiese estas tesis, claramente a juicio de quien escribe la reforma no significaría sino un retroceso, ya que podría conectar con la errada idea consistente en que la contaminación ocurre sólo cuando hay una norma que, regu-

Por otra parte, y en un sentido diferente, es también criticable la forma en que se ha plasmado la modificación constitucional, al imponer una discriminación absurda⁵⁰⁶, estableciendo una vez más, con o sin querer, elementos de complejidad respecto de la acción

Continuación notas 504 y 505

lando un contaminante, haya sido infringida. Más grave y equivocada aún sería tal interpretación si se toma en cuenta el escenario poco nutrido de normas ambientales que sirvan para objetivar una conducta omisiva o de acción "ilegal". (Sobre este punto, *vid supra*, Cap I, & I, C), 4.). Por otro lado, si se siguiera esta línea argumentativa, una resolución de calificación ambiental, dictada por órgano competente y en la forma prescrita por la ley y por los integrantes debidamente investidos de modo previo, que fuera, sin fundamento alguno, en contra de todo aquello que se expresara en un Informe Consolidado de Evaluación, no sería susceptible de esta acción de protección. (Por una posible salida, *vid supra*, Cap I, & I, C), 5). Finalmente, no es menor recordar que durante la discusión parlamentaria asociada al artículo 24 LSBGMA, se produjo una interesante discusión originada por el planteamiento formulado por el Diputado señor Elgueta y que decía relación con la vinculación entre los efectos de una resolución de calificación ambiental —en particular sobre su carácter certificatorio— y la posibilidad de deducir una acción constitucional de protección respecto de este acto administrativo. Como se ha visto, antes de la reforma el mecanismo jurisdiccional contemplado en la CP, tratándose del derecho a vivir en un ambiente adecuado, se entregaba sólo para el caso de un acto que copulativamente revistiera el carácter de arbitrario e ilegal. Bajo ese contexto, el Diputado manifestó que podría generarse un eventual incompatibilidad entre el artículo 24, LSBGMA y 20, CP. Sin embargo, para él la acción constitucional era de todos modos procedente, porque si con posterioridad a la calificación del proyecto éste se tornaba contaminante, se volvía antijurídico, situación que hacía plenamente admisible la impugnación a través del antedicho remedio jurisdiccional. Dicha opinión fue controvertida por el señor Bosselin, para quien la acción de protección no resultaría finalmente existosa, pues aunque se podría tachar el proyecto de arbitrario, no sería susceptible de tacharse de ilegal, porque previamente se había certificado su conformidad con el ordenamiento jurídico ambiental. En razón de ello proponía dejar expresa constancia en la norma que los efectos de la resolución de calificación ambiental no inhibían el ejercicio de las acciones correspondientes.

⁵⁰⁵ No es menor hacer notar que la nueva versión del artículo en cuestión evoca inevitablemente aquella de 1978 (*Vid. supra*, nota 474) y lo dicho por el comisionado GUZMÁN ERRÁZURIZ (*Vid. supra*, nota 492).

⁵⁰⁶ Pues, tal como lo pensara el Senador FERNÁNDEZ, no hay razón alguna para mantener la "arbitrariedad" con respecto a los derechos enumerados en el artículo 20.1 CP.

de protección en materia ambiental, que bien pudieran convertir a esta reforma en una de corte propio del Gatopardo⁵⁰⁷.

3. *Que el acto u omisión ilegal afecte el ejercicio legítimo del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado.*
El problema de las "amenazas"

Conviene recordar que respecto de los demás derechos a que se refiere, el artículo 20 constitucional admite expresamente la procedencia de la acción de protección cuando el ejercicio de esos derechos sea privado, perturbado o amenazado. Aunque de ello guarda silencio en materia ambiental —de donde se seguiría que se pueden dar esas mismas tres modalidades fijadas en su inciso primero—, sí, a diferencia de los otros, expresa que la acción surge cuando el ejercicio del derecho en estudio "sea afectado". Se origina, pues, la duda de si para el potencial éxito de la acción es indispensable que se produzca un atentado efectivo en su ejercicio legítimo (privándolo o perturbándolo), o si también aplica a su respecto un agravio en grado de amenaza.

Para un sector de la doctrina, la amenaza se encuentra incluida como hipótesis de agravio tratándose de este derecho, pues si se le excluyera tal importaría "limitar la eficacia práctica de este remedio constitucional en una muy considerable medida", sobre todo si se tiene en cuenta que el óptimo en los casos ambientales es actuar bajo criterios de prevención y no de reparación⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Primero, porque se agregan las "omisiones", con lo cual se enriquece la acción de protección; segundo, porque se excluyen las "arbitrariedades", algo que sin duda generará problemas de interpretación y de aplicación; tercero, porque nuevamente se mantiene la protección en materia ambiental, con un sesgo especial —y, según quien aplique, más restrictivo— en comparación con los derechos señalados en el primer inciso del artículo 20 constitucional.

⁵⁰⁸ VALENZUELA FUENZALIDA, *op. cit.*, p. 185. También, aunque sin mayores fundamentos: SOTO KLOSS, *El recurso de protección. Orígenes...*, *cit.*, p. 108.

En el otro extremo, BERTELSEN REPETTO y BERMÚDEZ SOTO sostienen que en materia ambiental, dado el significado de la voz "afectado", la amenaza se encuentra excluida como causal de agravio al ejercicio de este derecho, y aun cuando se aceptara, ella sería sólo aplicable al caso de actos y no de omisiones, y siempre que reuniera los requisitos de ser cierta, actual, precisa y concreta⁵⁰⁹.

Este criterio no es conciliable con el relevante jurídico que en esta parte la Constitución resguarda —el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado— ni con el angular principio de prevención en materia ambiental. La "amenaza" en su legítimo ejercicio permite conectarlo con la naturaleza de los daños o perjuicios que pueden causarse sobre el entorno, los cuales, en no pocas ocasiones, resultan ser irreversibles; si se espera su afectación concreta, se elimina toda posibilidad de prevenirlo o, al menos, de detenerlo. La jurisprudencia es, además, mayoritaria en cuanto a la inclusión de la amenaza⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Cfr. BERTELSEN REPETTO, "Facultad de CONAF y...", *cit.*, pp. 570-571 y BERMÚDEZ SOTO, *op. cit.*, p. 265.

⁵¹⁰ Pueden citarse: a) *Codeff, Filial II Región Antofagasta con Pacific Chemicals Engineering Chile Ltda.* (SCANT, 28.11.1989, Consid. 8. Confirmada por SCS, 24.10.1990); b) *Orrego Silva, Juan Pablo con Empresa Eléctrica S.A.* (SCS, 05.08.1993, Consid. 8, 12); c) *Bernabé Bórquez, José y otros con Empresa Nacional de Minería* (SCACOP, 15.02.1991, Consids. 10 y 14. Confirmada por SCS, 26.03.1991, Consids. 1-2. RDJ, t. LXXXVIII, 2.5., 1991); d) *Araya Aravena con Inmobiliaria Puerto Chico S.A.* (SCS, 18.01.1999. RDJ, t. XCVI, 2.5., 1999). En contra de este criterio: *Comité de Adelanto Sector San Ramón N° 1 con Cooperativa de Viviendas y Servicios Habitacionales "Villa Obrera Ltda. N° 2"* (SCAC, 18.12.1985, Consid. 6. Confirmada por SCS, 27.01.1986). Un tema de sumo interés relacionado con el presente —y que por sus profundas proyecciones y consecuencias no es posible abordar aquí en plenitud—, tiene que ver con la amenaza y las resoluciones de calificación ambiental, materia en la cual, últimamente, la Corte Suprema se ha uniformado en el sentido de sostener que tal tipo de actos administrativos no pueden, jamás, ni siquiera en grado de amenaza, conculcar el ejercicio del derecho a un ambiente adecuado. Por la entidad de este trabajo, sólo me remitiré a enunciar esta situación.

4. *Que el acto u omisión ilegal que afecta el legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, sea imputable a una autoridad o persona determinadas*

Finalmente, en cuanto a la necesidad que el acto u omisión ilegal sea imputable a una persona o autoridad determinada, se ha expresado que esto tiene un triple fundamento: su vinculación con la exigencia de relación causal; la exclusión de la acción de protección en esta materia en contra de actos contaminantes generados por la naturaleza, y la efectividad de las medidas de protección que la Corte de Apelaciones puede adoptar⁵¹¹.

Desde mi punto de vista, esto no tuvo otro origen sino el arraigado temor existente entre los integrantes de la CENC, en orden a que la acción de protección en materia ambiental generase una ola incontrollable de acciones que terminara por paralizar la actividad económica del país.

En todo caso, este requisito debe exigirse hacia el final del proceso de protección, y no al inicio, pues, de no ser así, se estaría en contra de la naturaleza misma de los problemas ambientales. Es muy elevado el número de casos en que se desconoce la autoría del proceder antijurídico que genera el agravio a este derecho, unido a lo cual en tales ocasiones se hace indispensable una intervención oportuna y eficaz de parte de los tribunales.

⁵¹¹ VALENZUELA FUENZALIDA, "El recurso constitucional...", *cit.*, pp. 185-186; MOHOR ABUAD, *op. cit.*, p. 33; BERTELSEN REPETTO, "El recurso de protección y el derecho...", *cit.*, p. 163; CEA EGAÑA, *op. cit.*, pp. 349-351; y BERMÚDEZ SOTO, *op. cit.*, p. 264.