

EL RECURSO DE PROTECCION Y EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACION. EXAMEN DE QUINCE AÑOS DE JURISPRUDENCIA¹.

Raúl Bertelsen Repetto
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de los Andes

SUMARIO

1.- Reconocimiento constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. 2.- Extensión del recurso de protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. 3.- Titularidad del derecho y legitimación activa para recurrir. 4.- Compatibilidad del recurso de protección con otras acciones. 5.- Plazo para accionar de protección. 6.- Acción y no omisión. 7.- Concepto y clases de contaminación. 8.- Imputabilidad de la acción. 9.- Doble antijuridicidad en la acción contaminante. 10.- Medidas de protección dispuestas por los tribunales. 11.- Conclusiones.

1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN.

La valoración cada vez mayor del medio ambiente no podía dejar de repercutir en el plano constitucional y ello explica que en las últimas dos décadas ha sido cada vez más frecuente la aparición en las Cartas Fundamentales de disposiciones sobre la materia², especialmente en América Latina.

Tal fenómeno no tiene nada de extraño si se tiene presente cuáles son los grandes problemas que enfrentan las constituciones y las técnicas más usuales en el constitucionalismo para resolverlos. Esos grandes problemas, como se sabe, son la garantía de los derechos y el ejercicio del poder, y de ahí, entonces, que el tratamiento constitucional del medio ambiente fluctúe –fundamentalmente– entre el reconocimiento, limitación y protección de derechos y libertades, por una parte, y la asignación y regulación de competencias y atribuciones a los órganos del Estado, por otra.

La aparición de un nuevo derecho entre aquellos que las declaraciones de derechos incluyen tiene causas variadas. A veces, como ocurrió en su momento con la garantía de igualdad ante la ley, responde a una reacción contra una situación anterior de desprotección e incluso de negación de ese

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1940166, de 1994, titulado "Problemas de la protección constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en Chile".

² NAVARRO BELTRAN, Enrique: "Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", en "Revista Chilena de Derecho", Vol. 20 (1993) N°s 2 y 3, tomo II, p. 596, nota 5, cita el caso de diversas Constituciones, desde la de Panamá de 1972 a la de Paraguay de 1992, en que se menciona el medio ambiente.

mismo bien en la legislación, menoscabo que se quiere evitar que ocurra nuevamente en el futuro mediante el reconocimiento supralegal del derecho; otras, significa el reconocimiento de la gravedad de un problema que antes no existía y que se quiere enfrentar con un fundamento jurídico más sólido, como fue el caso de los derechos sociales tras la Primera Guerra Mundial, y no faltan, tampoco, fenómenos de mimetismo o copia de soluciones ya adoptadas en otros países cuyas Constituciones, si tienen prestigio, sirven entonces de modelo a otras.

No es aventurado suponer que concurren todos o algunos de estos factores como explicación al surgimiento generalizado en los textos constitucionales de derechos sobre el medio ambiente. Ha existido, en efecto, en más de algún lugar una falta de protección del ambiente, o al menos de alguno de sus componentes; la gravedad de los problemas de contaminación ha llevado a una mayor toma de conciencia de los mismos, y también puede haber operado la inspiración de las nuevas Constituciones en textos extranjeros. Ahora bien, en estas declaraciones encontramos a veces verdaderos derechos públicos subjetivos en materia ambiental, junto a otras en que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no pasa de ser una aspiración especialmente valorada, en la línea de los derechos sociales. Conviene que nos detengamos en esta diferencia.

Los derechos individuales, tales como la libertad personal y la libertad de expresión, son propiamente derechos subjetivos, recibiendo de parte de alguna doctrina, entre la que puede mencionarse a administrativistas españoles, la denominación de derechos públicos subjetivos. En ellos hay un sujeto activo o titular del derecho, que en principio lo es toda persona natural, aunque, en ocasiones, la Constitución o la legislación de algunos países ha limitado su goce por parte de los extranjeros, sin perjuicio de que si la índole del derecho lo permite, como ocurre con el derecho de propiedad, sean también sus titulares personas jurídicas. El contenido del derecho es sustancialmente la facultad, o un haz de facultades, de hacer o de disfrutar algo con libertad, exenta de interferencias o perturbaciones. Y la obligación correlativa al derecho, que pesa o recae sobre toda persona o autoridad, es una obligación de no hacer consistente en el deber de abstenerse de comportamientos lesivos al derecho que se garantiza, obligación que se incumple si los obligados actúan impidiendo o dificultando el legítimo ejercicio del derecho.

Distinta es, en cambio, la situación de las aspiraciones constitucionales, llamadas en ocasiones derechos sociales. En ellas, sus titulares, que son sólo personas naturales, tienen la expectativa, que se considera valiosa y por ello es reconocida en el texto de las Constituciones, de acceder a ciertas prestaciones, las que pueden consistir en una acción en beneficio de los titulares, como es el caso de las acciones educativas y de salud, o en una dación, que es lo que ocurre con las prestaciones de la seguridad social. Como es fácilmente comprensible, el solo enunciado en una declaración de derechos de una de tales aspiraciones o derechos, no las convierte por esa sola circunstancia en un verdadero derecho subjetivo ya que faltan a su respecto el sujeto pasivo y la determinación de la prestación.

Un destacado administrativista español —Tomás Ramón Fernández— sintetiza de modo muy acertado el carácter de estos derechos en un párrafo que, si bien es algo extenso, interesa reproducir por ser particularmente elocuente:

“Los derechos económicos y sociales –afirma–, en cuanto derechos de prestación, no están contruidos como derechos subjetivos en sentido propio, a diferencia de lo que ocurre con las libertades públicas, cuyo contenido se agota, en principio, en su propia afirmación y consiguiente rechazo de toda injerencia de las autoridades administrativas. Para alcanzar el carácter de verdaderos derechos necesitan un tratamiento complementario por parte del legislador ordinario, que es quien ha de precisar el contenido de los mismos, cuyo disfrute corresponda a los ciudadanos individualmente considerados o a grupos determinados de ellos concretamente definidos. Será entonces, a partir del momento en que el legislador ordinario los concreta y perfecciona, y no antes, cuando se convertirán en obligación en sentido estricto, susceptible como tal de ser exigida por los ciudadanos, lo que, en el nivel constitucional, constituye simplemente un deber genérico de los poderes públicos”³.

No debe considerarse, sin embargo, que la mención en las Cartas Fundamentales de los derechos sociales sea jurídicamente inútil, aunque no hay que descartar que en alguna oportunidad haya tenido un propósito meramente declarativo o propagandístico, puesto que su reconocimiento suele ir acompañado de ciertas bases encaminadas a hacer posible su satisfacción.

Entre estas bases cabe indicar la relativa a la determinación de los órganos competentes para dictar las regulaciones necesarias, punto este muy importante porque los derechos sociales necesitan un desarrollo normativo. También suelen aparecer en las Constituciones ciertas directrices cuya finalidad es orientar la actividad del Estado en la materia, bien en un sentido estatista o abierto a la participación del sector privado. Y tampoco faltan normas sobre financiamiento de las inversiones y gastos requeridos para que efectivamente los beneficiarios del sistema puedan acceder a las prestaciones o bienes que la Constitución desea proporcionarles.

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se presenta en ocasiones como un verdadero derecho público subjetivo. Toda persona natural, en esta configuración del derecho, tiene la facultad de desarrollar su existencia en un entorno no contaminado, y de ahí que la obligación que pesa *erga omnes* sobre órganos del Estado, personas jurídicas de cualquier tipo y personas naturales, es no contaminar, esto es, abstenerse –obligación de no hacer– de conductas que degraden el ambiente. Tal derecho, naturalmente, es un derecho susceptible de tutela o protección jurisdiccional a través de las acciones cautelares contempladas en el ordenamiento constitucional, puesto que está en manos de los tribunales competentes apreciar qué comportamientos son lesivos al derecho y disponer su eliminación.

Otras veces, en cambio, el derecho a un medio ambiente no contaminado es una aspiración reconocida constitucionalmente. En tal caso, lo que el constituyente busca es la realización de una serie de acciones positivas para prevenir o para mejorar la calidad ambiental, y de ahí que deba fijar las bases para hacer posible y orientar su desarrollo. Tales bases, como hemos indicado anteriormente, consistirán en la asignación de competencias, en la determinación de objetivos a la acción estatal, y también en la precisión que efectúe en torno a las relaciones entre el derecho al medio ambiente y otros

³ FERNANDEZ, Tomás Ramón: “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, en *“De la arbitrariedad de la Administración”*, Madrid 1994, p. 125.

derechos reconocidos constitucionalmente que, incluso, podrán ser limitados en aras de la preservación de aquel.

La Constitución española de 1978 es ejemplo particularmente significativo de la consideración del derecho al medio ambiente como una aspiración constitucional. El artículo 45, en efecto, es uno de los artículos incluidos en el capítulo III del título I, capítulo que tiene por epígrafe "De los principios rectores de la política social y económica" y dentro del cual aparecen algunos de los derechos sociales más característicos, cual es el caso de la seguridad social (artículo 41) y de la protección de la salud (artículo 43).

Esos principios, conforme a lo dispuesto en el artículo 53, párrafo 3°, están destinados a informar la legislación positiva, la práctica judicial y, en general, la actuación de los poderes públicos, quienes deben procurar su reconocimiento, respeto y protección, pero no pueden ser tutelados de modo inmediato por los tribunales ordinarios ni por el Tribunal Constitucional, como ocurre con los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 53, párrafo 2°). Únicamente podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo a lo que dispongan las leyes que los desarrollen, lo que muestra que su sola consagración constitucional no los convierte en derechos subjetivos propiamente tales.

El citado artículo 45 se abre con un enunciado en que afirma que "Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo" (párrafo 1°), para luego ocuparse del cometido que corresponde a los poderes públicos, a los cuales toca velar "por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva" (párrafo 2°), y terminar con una referencia a las responsabilidades penales, administrativas y ambientales que la ley ha de desarrollar (párrafo 3°)⁴.

En la Constitución chilena de 1980 el derecho a vivir en un medio ambiente no contaminado se presenta en una doble perspectiva. En una de sus vertientes es un derecho público subjetivo que, al igual que ocurre con los derechos de libertad clásicos, tiene como correlativa una obligación de no hacer: la obligación, que pesa sobre toda persona o autoridad, de no incurrir en conductas contaminantes. Y en la otra es uno más de los derechos sociales que reconoce la Carta Fundamental y cuya finalidad es orientar la actividad de los órganos del Estado en un sentido determinado. El primer aspecto es susceptible de tutela jurisdiccional, mientras que el segundo fundamenta los deberes del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza, como asimismo sienta las bases para la legislación protectora del medio ambiente.

⁴ Muchos de los autores españoles que tratan temas de Derecho Ambiental se ocupan de precisar el significado del artículo 45 de la Constitución de 1978. Entre otros puede citarse a MARTIN MATEO, Ramón: "Tratado de Derecho Ambiental", Madrid 1991, vol I, p. 150 s.; DOMPER FERRANDO, Javier: "El medio ambiente y la intervención administrativa de las actividades clasificadas", Madrid 1992, vol I, p. 97 s., y MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Antonio: "Derecho Penal y protección del medio ambiente", Madrid 1992, p. 43 y s.

2. EXTENSION DEL RECURSO DE PROTECCION AL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACION.

El recurso de protección, acción cautelar creada en 1976 en el Acta Constitucional N° 3, se concedió originalmente para proporcionar tutela jurisdiccional a un conjunto de derechos y libertades entre los que no estaba el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a pesar que este fuera reconocido en esa oportunidad como un derecho constitucional⁵.

Sería únicamente en 1980, conforme a lo prescrito en el artículo 20 de la Constitución Política aprobada ese año, que el recurso de protección podría en adelante fundamentarse en una vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La inclusión de este derecho entre los susceptibles de tutela jurisdiccional no significó, sin embargo, la extensión pura y simple a su respecto de las normas que regulaban la acción cautelar de protección, sino que llevó al establecimiento de una norma especial para su ejercicio⁶.

Esta norma es la contenida en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política que sujeta al recurso, cuando se invoca como derecho infringido el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a exigencias especiales que condicionan su aceptación. Tales exigencias consisten en la restricción de la conducta susceptible de fundamentar la protección sólo a las acciones, excluyendo por consiguiente las omisiones; en la imputabilidad de la acción contaminante a una autoridad o persona determinada, y en la doble exigencia de ilegalidad y arbitrariedad en la configuración de la antijuridicidad de la conducta.

No hay que olvidar, además, que la índole propia del derecho protegido suscita problemas en cuanto a su titularidad, lo que influye en la legitimación activa para recurrir, y que su naturaleza y contenido determinan que el derecho no sea susceptible de tutela jurisdiccional en todas sus facetas. Asimismo, no son ajenas tampoco en materia de protección del medio ambiente aquellas cuestiones generales del recurso, como es el cómputo del plazo para interponerlo, su compatibilidad con otras acciones, y las medidas de protección que adopten los tribunales cuando acojan la protección solicitada, asuntos todos que a veces revisten modalidades específicas cuando se invoca como derecho infringido el del N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política. Como la Carta

⁵ Una comparación entre el Acta Constitucional N° 3, de 1976, y la Constitución Política de 1980 muestra que esta amplió el elenco de derechos susceptibles de tutela jurisdiccional a través de la acción cautelar de protección. Entre los nuevos derechos protegidos están aquellos que aparecen consagrados por primera vez con rango constitucional en 1980, lo que ocurre con el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita y con la garantía de no discriminación arbitraria en materia económica por parte del Estado y de sus organismos, pero también algunos que aparecían incluidos en el listado de derechos que el Acta N° 3 aseguraba a todas las personas, como ocurre con la igualdad ante la ley y con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En lo que se refiere a este último, las razones tenidas en cuenta para otorgarle protección aparecen en el "Acta" de la sesión N° 414 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política.

⁶ CEA EGAÑA, José Luis: "Recurso de protección del medio ambiente", en "Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales", Santiago de Chile 1988, p. 323 ss., estudia detenidamente el tema.

Fundamental no define lo que entiende por medio ambiente ni tampoco lo que es contaminación, frente a estos conceptos jurídicos indeterminados ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que fijar su contenido.

Todos estos problemas que presenta la tutela jurisdiccional del medio ambiente hace que el examen de las sentencias de los tribunales que han fallado los recursos interpuestos sea clave para apreciar el significado práctico de la acción cautelar que lo ampara desde 1980.

3. TITULARIDAD DEL DERECHO Y LEGITIMACION ACTIVA PARA RECURRIR

La Constitución Política de 1980, a diferencia de lo que ocurre en otras constituciones, es de una gran amplitud en la determinación de los titulares de los derechos fundamentales que el texto constitucional reconoce y garantiza. El encabezamiento del artículo 19, en efecto, indica que "La Constitución asegura a todas las personas" los derechos que, a continuación, el mismo precepto enumera, sin distinción entre nacionales y extranjeros, o entre personas naturales, jurídicas y meramente morales.

Ello trae por consecuencia que, en principio, el titular del derecho puede ser cualquier clase de persona. Únicamente cuando la Constitución lo admite de modo expreso⁷, o bien cuando por la índole misma del derecho sólo pueda ejercitarse por ciertas personas, ha de aceptarse una titularidad restringida.

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación plantea precisamente un problema de titularidad, y no puede por ello extrañar que hayan surgido divergencias en torno a la legitimación activa para accionar cuando lo han invocado como derecho infringido sujetos distintos a las personas naturales.

Sin perjuicio que en la gran mayoría de los casos los recurrentes han sido personas naturales, ha habido, en efecto, ocasiones en que han accionado otro tipo de personas. Así, se ha interpuesto el recurso en favor de juntas de vecinos, cooperativas, sindicatos, un ente privado-público como Conaf, y áreas silvestres protegidas, lo que ha dado ocasión a los tribunales para precisar las personas a las que corresponde accionar.

En "Cooperativa de Consumo de Energía Eléctrica Osorno Ltda.", la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, expresó que la Cooperativa recurrente "no puede tener la calidad de afectado, esto es molestado o lesionado por una supuesta transgresión al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, toda vez que no se trata de una persona natural sino jurídica"⁸.

El carácter de acción cautelar de derechos constitucionales protegidos determina igualmente que si no se individualiza a personas naturales determinadas, el recurso de protección no puede prosperar. Esta situación estuvo a

⁷ Es lo que ocurre con la libertad de trabajo, en que la Carta Fundamental permite a la ley exigir la nacionalidad chilena para ciertos casos o bien fijar límites de edad, y también con la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, en que una ley de quórum calificado por razones de interés nacional puede establecer requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (Artículo 19 N° 16, inciso tercero, y N° 23, inciso segundo).

⁸ En "Informe Constitucional" N° 113, p. 3. Citaré en adelante abreviadamente como IC.

punto de producirse en "Carrasco Daza", un recurso de protección interpuesto en 1994 contra industrias pesqueras instaladas en Iquique.

"Ha de desestimarse –dijo la Corte de Apelaciones de Iquique– la inadmisibilidad del recurso fundada en la falta de identificación del sujeto activo por haberse deducido en favor de los habitantes de Iquique y de toda la población estable y flotante de la ciudad –lo que importaría según los recurridos una acción popular impropia del recurso de protección–, en razón de que el recurso ha sido interpuesto no sólo a nombre de los habitantes de la ciudad, calidad que revisten los recurrentes, sino expresamente a favor de los comparecientes que suscribieron el recurso, quienes aparecen debidamente identificados con sus nombres, profesiones y domicilios"⁹.

Asimismo en "González Lorca", un recurso interpuesto por Presidentes de Juntas de Vecinos de la comuna de Peñalolén contra una empresa constructora y diversas autoridades administrativas, fue la circunstancia de haber accionado los comparecientes en favor de sí mismos –y también el abogado de los recurrentes– lo que salvó al recurso de la declaración de inadmisibilidad.

"Para ser admisible procesalmente un recurso de protección debe –entre otras exigencias– ser interpuesto por persona legitimada al efecto, debiendo el propio recurrente acreditarlo. Demostrado que los comparecientes son Presidentes de Juntas de Vecinos de la comuna de Peñalolén, la acción aparece interpuesta por personas legitimadas para hacerlo"¹⁰.

Sin embargo, ha habido ocasiones en que los tribunales han sido menos exigentes en cuanto a la legitimación activa para recurrir y han aceptado que el recurso se interponga indeterminadamente en beneficio de un conjunto de personas que no se individualiza. Así ocurrió en "Consejo Provincial de Deportes y Recreación VIII Región", en que no se mencionó a personas determinadas que resultarían afectadas, aunque se deducía que lo eran todas las que utilizaban los gimnasios cuyo acceso se efectuaba por una galería contaminada por el establecimiento industrial recurrido¹¹.

"Díaz Cárdenas" fue un recurso en que pudo plantearse el tema de la legitimación activa. Los recurrentes –Presidenta y Tesorero de un Sindicato– aparentemente accionaron en beneficio del Sindicato y no de los miembros de este en cuanto titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La Corte de Apelaciones de Santiago, sin embargo, pasó por alto todo problema de legitimación activa, sea porque no lo advirtió o porque junto con invocarse como derecho infringido el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación se dio por infringida la garantía de igualdad ante la ley, y este sí que es inequívocamente un derecho que puede ser invocado en favor de personas jurídicas¹².

Otro caso en que pudo plantearse un problema de legitimación activa por no haberse recurrido en favor de personas naturales determinadas fue el recurso interpuesto en 1987 por el Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora de Santiago contra empresarios de vehículos de locomoción colectiva de Santiago, cuyos vehículos despedían humos visibles en el centro de San-

⁹ IC N° 822, p. 3.

¹⁰ IC N° 18, p. 2. También en RDJ, tomo 87 (1990), 2-5, p. 210.

¹¹ RDJ, tomo 84 (1987), 2-5, p. 109.

¹² IC N° 408.

tiago. En el voto disidente del entonces Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago Germán Valenzuela Erazo, que la Corte Suprema hizo suyo, incluso se admite una protección genérica en favor del medio ambiente y la salud: “es plausible –sostiene– la conducta de quienes, como los recurrentes, accionan procurando evitar el dañino estado a la salud de las personas generado por el predicho pernicioso nivel de contaminación, y con ello lograr una mejor calidad de vida”¹³.

En “Instituto de Ecología de Chile y Comité Nacional Pro Defensa de la Flora y Fauna (Codeff) con Compañía Minera Santo Domingo”, fue, en cambio, la mención genérica en favor de los habitantes de un lugar lo que permitió entrar al fondo del recurso. “Debe entenderse –dijo la Corte Suprema al cambiar la fundamentación de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que había rechazado el recurso– que la acción de protección se dedujo en favor de los habitantes del poblado de Paposo, razón por la que debe rechazarse la argumentación de que los recurrentes no se encuentran legitimados para interponer el recurso de protección ya que en lo personal no han sido privados, perturbados o amenazados en derecho alguno”¹⁴.

El cambio en los considerandos es interesante porque la sentencia de primera instancia, aunque no era del todo explícita, parecía admitir la posibilidad de recurrir en beneficio de áreas silvestres protegidas situadas bajo la tuición de la Corporación Nacional Forestal.

Ultimamente, los tribunales de protección han aceptado que un alcalde accione indeterminadamente en favor de los habitantes de su comuna, sin mencionar específicamente a persona alguna. Tal ocurrió en “Alcalde de la Municipalidad de Coronel con Empresa de Negocios Forestales S.A.” y “Alcalde de la Municipalidad de Coronel con Comisión Regional del Medio Ambiente (Corema) de la VIII Región”, los cuales, acumulados, fueron rechazados en una misma sentencia.

La Corte de Apelaciones de Concepción, en doctrina aceptada por la Corte Suprema, consideró, en efecto, que “el alcalde está legitimado para recurrir de protección cuando, a su juicio, el derecho de los habitantes de su comuna a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ha sido afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”¹⁵.

Un recurso interesante, que no prosperó, es aquel en que la propia Corporación Nacional Forestal recurrió de protección. En sentencia de 26 de marzo de 1992, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt había aceptado la posibilidad que Conaf-X Región accionara contra la Naviera Isla Margarita invocando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, e incluso acogió el recurso. Pero la Corte Suprema revocó el fallo. No obstante, al hacerlo, lo que hizo la Corte fue descartar la existencia de contamina-

¹³ RDJ, tomo 84 (1987), 2-5, p. 267, considerando III del voto disidente del Ministro Valenzuela Erazo.

¹⁴ IC N° 54, p. 2. También en RDJ, tomo 88 (1991), 2-5, p. 64.

¹⁵ IC N° 1.513, p. 3. La sentencia vincula la legitimación activa del alcalde para recurrir en beneficio de los habitantes de la comuna con las funciones que el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades confiere a estas en materias ambientales, y con el mandato constitucional de asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

ción sin entrar al tema de la legitimación activa, por lo que no encontramos en su sentencia una doctrina sobre la legitimación activa¹⁶.

La legitimación activa para accionar de protección en favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación puede fallar asimismo por falta de interés personal en quien recurre, esto es, por no resultar agraviado por los actos contaminantes. Esta es, igualmente, una consecuencia del carácter de acción cautelar que tiene el recurso de protección, el cual no es una acción popular que pueda deducirse en el solo interés general de la colectividad, puesto que exige una lesión en un derecho específico reconocido constitucionalmente¹⁷.

“Albornoz Vera” es un caso en que se aborda el tema. “El derecho a recurrir de protección —sostuvo la Corte de Apelaciones de Coyhaique— lo tiene solamente quien es directamente afectado por el hecho de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución Política, calidad que no tienen las recurrentes, quienes, según sus propias declaraciones, viven en San Bernardo y no podrían ser afectadas con una eventual contaminación del medio ambiente ocurrida en la Región de Aysén distante más de 1.000 kilómetros de la Región Metropolitana”¹⁸.

El tema de la legitimación activa, sin embargo, ha dividido profundamente a la Sala Constitucional de la Corte Suprema en 1997 al conocer recursos de protección interpuestos con ocasión de la evaluación de impacto ambiental de algunos proyectos de inversión. En una oportunidad, sentencia de 19 de marzo, dictada en el recurso “Horvath Kiss, Antonio y otros parlamentarios con Comisión Nacional del Medio Ambiente”, uno de los varios recursos de protección del caso Trillium, la Sala estimó que podían accionar de protección invocando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación personas que no están afectadas de modo inmediato por la acción que impugnan, mientras que en el caso “Stutzin y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región”, con fecha 23 de septiembre, exigiría la existencia de un interés actual comprometido¹⁹.

4. COMPATIBILIDAD DEL RECURSO DE PROTECCION CON OTRAS ACCIONES

Al igual que ha ocurrido en diversas oportunidades con recursos de protección en que se invocaba como derecho infringido alguno de los derechos

¹⁶ IC N°s 327 y 346. Personalmente tuvo oportunidad de estudiar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. BERTELSEN REPETTO, Raúl: “Facultades de Conaf y contaminación de aguas de un lago”, que corresponde al informe en derecho publicado en la “Revista Chilena de Derecho”, vol. 19 N° 3 (1992) pp. 549-573. El tema de la legitimación activa para accionar de protección en favor del medio ambiente en pp. 565-566.

¹⁷ Aunque no se invocaba como derecho infringido el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, “Galán Oróztica” es un caso relativamente reciente en que el Alcalde de Hualqui accionó en favor de un sector de los habitantes de su comuna para imponer una servidumbre de tránsito en su beneficio; la Corte Suprema recordaría expresamente que la acción de protección “no tiene el carácter de acción popular o pública”. IC N° 746, p. 2.

¹⁸ IC N° 536, p. 2.

¹⁹ La primera de las sentencias mencionadas en IC N° 1.490 y la segunda en IC N° 1.609. El cambio en la posición de la Corte Suprema obedece a la distinta integración de la Sala Constitucional en una y otra oportunidad. Atendida la renovación que ha experimentado la composición de la Corte Suprema a fines de 1997, el tema de la legitimación activa en los recursos de protección ha de considerarse abierto.

que enumera el inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política, cuando se ha solicitado tutela constitucional para el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, más de una vez se ha pretendido que la acción de protección resultaba improcedente dada la existencia de otras acciones sobre la materia, sea que ellas se hubiesen efectivamente ejercitado en la especie, o bien, por el solo hecho de estar contempladas en el ordenamiento jurídico.

En la época inmediatamente posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 fue muy notoria una tendencia adversa a admitir recursos de protección en favor del medio ambiente si también había otras acciones a través de las cuales podía obtenerse solución al problema planteado, pero posteriormente este criterio restrictivo ha desaparecido, o al menos se ha atenuado, aunque los recurridos no dejen de plantear todavía la incompatibilidad de la acción de protección con otras acciones existentes.

“Da Costa Petersen” es, al parecer, el primer caso de un recurso de protección en que se invocó como derecho infringido el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Pero, junto con fundamentar la acción cautelar en la vulneración del N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política, se adujo una lesión a los derechos de propiedad de los recurrentes, y fue esta invocación del N° 24 del mismo artículo 19 lo que llevó a la Corte de Apelaciones de Valparaíso a declarar improcedente el recurso en sentencia de 12 de mayo de 1981 que luego confirmaría la Corte Suprema con algunos cambios²⁰.

Ocurría que los actores, propietarios todos ellos de un fundo situado en la comuna de Puchuncaví, próximo a la refinería de cobre de Ventanas de la Empresa Nacional de Minería, habían anteriormente demandado a Enami de indemnización de perjuicios y solicitado la paralización de la actividad industrial que les causaba daño. Esta circunstancia fue la que dio base a la Corte de Valparaíso para desarrollar su argumentación:

“Dado el carácter excepcional del recurso de protección, puesto que procede únicamente con respecto a determinadas garantías constitucionales, sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacer valer los recurrentes ante las autoridades y tribunales correspondientes, cabe concluir que cuando esto último ocurre con anterioridad a la interposición de un recurso de esta clase, cual sucede en este caso, este debe ser declarado improcedente, por cuanto los hechos denunciados como arbitrarios o ilegales y atentatorios de una garantía constitucional excepcionalmente protegida por esta vía, se encuentra ya bajo el amparo de los tribunales de justicia mediante el ejercicio de una acción tramitada en un juicio contradictorio”.

El criterio, indudablemente restrictivo de los tribunales de protección en “Da Costa Petersen”, hacía inútil accionar de protección cuando, basados en los mismos hechos que fundamentaban la acción cautelar, los interesados hubieran acudido a los tribunales mediante el ejercicio de otra acción. Sin embargo, la sentencia no excluía la posibilidad de hacerlo si, existiendo otra

²⁰ RDJ, tomo 78 (1981), 2-5, p. 159. La Corte Suprema sustituyó la voz “improcedente” por “inadmisibile” y eliminó algunos de los considerandos de la sentencia de primera instancia del tribunal de protección. El que cito en el cuerpo principal de este trabajo fue, no obstante, mantenido por la Corte Suprema.

vía para someter el asunto a conocimiento de los tribunales, ella no se hubiese ejercitado al momento de interponer el recurso de protección.

"Terraza Torres", en cambio, va más allá y niega la posibilidad de accionar de protección en favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación si existe otro medio a través del cual el asunto pudiere someterse a algún tribunal.

El caso, conocido al igual que "Da Costa Petersen" por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 1981, atacaba asimismo el funcionamiento de la refinería de cobre de Las Ventanas invocando protección tanto para los derechos de propiedad como para el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes, aunque los mismos esta vez no tenían juicio pendiente con Enami en los tribunales.

A pesar de la ausencia de litis entre las mismas partes, la Corte declaró nuevamente la improcedencia de la protección solicitada²¹.

"Debe destacarse —sostuvo— que, lo trascendente, no está cimentado exclusivamente en la circunstancia de haberse sometido al amparo de los tribunales de justicia los hechos denunciados como arbitrarios o ilegales y atentatorios de una garantía constitucional, sino, fundamentalmente, en que el ordenamiento jurídico del Estado asegure a la persona lesionada o amenazada en los derechos que la Constitución o las leyes le reconocen u otorgan, su derecho a accionar" (considerando 6°). Y dado que el legislador, en la materia que motivaba el recurso, había contemplado en el Decreto Ley N° 3.557, sobre Protección Agrícola, una acción especial para reclamar contra la paralización de faenas industriales o mineras que contaminaran la agricultura, el recurso de protección resultaba improcedente.

En esta perspectiva, el recurso de protección aparece como una acción supletoria que únicamente podría admitirse a tramitación a falta de otras acciones, correspondiendo a los tribunales apreciar su procedencia. Así lo sostuvo expresamente la Corte de Valparaíso en su sentencia (considerando 7°), en una doctrina que mereció la confirmación de la Corte Suprema y un duro comentario de la doctrina²².

La jurisprudencia, con el curso de los años, ha evolucionado y hoy acepta criterios más amplios en favor de la interposición del recurso de protección cuando existen otras acciones a través de las cuales, por los mismos hechos, podría obtenerse la actuación de los tribunales.

Así, en "Bórquez Muñoz", que también podría denominarse el caso del "humo de Paipote", la Corte Suprema, en los nuevos considerandos que añadió para confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 15 de febrero de 1991 que había acogido el recurso de protección interpuesto por el funcionamiento de la Fundición Hernán Videla Lira, de modo expreso señaló que "La particularidad de que exista un procedimiento especial para reclamar de una determinada situación no excluye el recurso de protección. Lo dispone expresamente el artículo 20 inciso primero de la Constitución Política al expresar que se podrá ocurrir mediante él "sin perjuicio de los

²¹ RDJ, tomo 78 (1981), 2-5, p. 254.

²² SOTO KLOSS, Eduardo: "El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia", Santiago de Chile 1982, p. 104 y ss.

demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”²³. Y en “Bustos Aravena”, caso este de 1993, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, otrora tan celosa en afirmar la improcedencia del recurso de protección cuando existían otras acciones para obtener el resguardo de los derechos de los recurrentes, no rehusó entrar a conocer de un recurso en que se planteaba el caso de una contaminación atmosférica²⁴.

5. PLAZO PARA ACCIONAR DE PROTECCION.

Como es sabido, el plazo fatal de quince días para interponer el recurso de protección, cualquiera sea el derecho o garantía que se estima infringido por los recurrentes, es de creación judicial. Primero el Auto Acordado de 1977, dictado por la Corte Suprema en cumplimiento del mandato del Acta Constitucional N° 3, de 1976, que en su artículo 2°, inciso segundo, le ordenó regular la tramitación de la nueva acción cautelar que ella misma creaba, y luego el Auto Acordado de 1992, que sustituyó al anterior, han contemplado —con algunas diferencias— la existencia de un plazo fatal para accionar²⁵.

La existencia y el cómputo del plazo para interponer el recurso de protección ha dado origen a una abundante y variada casuística que no es del caso examinar, pues, como he indicado, rige para todo recurso sin distinguir el derecho supuestamente infringido. De ahí que limitaré el examen únicamente a aquellos recursos en que se solicitaba protección para el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

No han faltado, al igual que ha ocurrido con otros derechos, en los casos en que ha estado en juego el del N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política, declaraciones de extemporaneidad de los recursos por haberse deducido fuera de plazo, pero en general prevalece una posición flexible en los tribunales de protección que se inclina por admitirlos a tramitación a cuyo efecto aplica una serie de criterios correctivos a la norma de uno u otro Auto Acordado.

²³ RDJ, tomo 88 (1991), 2-5, p. 144, e IC N° 116, p. 4. A mayor abundamiento, la Corte Suprema observaría que el procedimiento contemplado en el Decreto Ley N° 3.557, de 1981, lo era para la contaminación que afecta a la agricultura, mientras que la hecha valer en el recurso afectaba a los habitantes de Copiapó y Tierra Amarilla. La argumentación reforzaba la competencia de los tribunales de protección en el caso del “humo de Paipote”, pero viene a debilitar la competencia de los mismos en caso de la existencia de otra acción diversa a la de protección.

²⁴ IC N° 642. La Corte afirma que el artículo 937 del Código Civil, norma que establece que “Ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan nocidamente dañoso”, “no es aplicable al caso en estudio, pues se refiere a otro tipo de acciones o derechos que tendría el afectado y no específicamente al recurso de protección, que se rige por normas especiales”.

²⁵ El N° 1 del Auto Acordado de 1977, tomado a la letra, da a entender que el recurso de protección debiera interponerse dentro del plazo fatal de quince días contados desde que “se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión”, mientras que el N° 1 del Auto Acordado que la Corte Suprema dictara en 1992, precisa que el recurso ha de deducirse “dentro del plazo fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de estos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos”. El cambio refleja uno de los criterios utilizados por los tribunales para atenuar el rigorismo introducido por la Corte Suprema en 1977, pero —como veremos— no es la única vía utilizada para facilitar la interposición del recurso.

Las declaraciones de extemporaneidad recaídas en algunos recursos se refieren tanto a actuaciones oficiales de autoridades como a actividades materiales de particulares. En las primeras, el cómputo del plazo se facilita cuando la decisión ha sido publicitada, mientras que en las segundas ha de haber un conocimiento cierto de los recurrentes de los hechos que afectan su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación para poder así apreciar si han dejado transcurrir el plazo fatal de quince días que tienen para interponer el recurso de protección.

“Peña Arenas” y “Nicolau del Roure” son ejemplos de recursos en que se impugnaba decisiones de órganos del Estado que habían sido publicitadas con mucha anticipación a los quince días anteriores a la fecha en que los recursos fueron interpuestos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que era la Corte competente.

El primero solicitaba la paralización del trazado de la Línea 5 del Metro por calle Ramón Carnicer, a un costado del Parque Bustamante, y fue interpuesto unos ocho meses después de anunciada la decisión gubernativa que, naturalmente, recibió una amplia difusión, por lo que era indudable que el recurrente había tenido noticia o conocimiento cierto del acto que objetaba, y el segundo, impugnaba el acuerdo de un concejo municipal que había sido publicado en un diario de gran circulación unos tres meses antes de deducido el recurso²⁶.

“Contreras Muñoz” y “Freiherr von Furstenberg” (1992), en cambio, se refieren a actos materiales lesivos, a juicio de los recurrentes, para su derecho a vivir en un ambiente no contaminado. En un caso, se trataba de la existencia en un edificio de departamentos de un sistema de recolección de basuras conocido por el recurrente a la fecha en que adquirió el suyo, anterior en más de un año a la interposición de su recurso, y en el otro, al cambio de cauce de un río y a la tala de árboles, actuaciones efectuadas también varios meses antes de solicitarse la tutela jurisdiccional²⁷.

Tal como he indicado anteriormente, los tribunales han aplicado, en general, una serie de criterios correctivos al cómputo del plazo para accionar. Esa flexibilidad, que ha evitado la declaración de extemporaneidad de muchos recursos de protección, también se ha manifestado en aquellas ocasiones en que se invocaba como derecho infringido el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Como muestra de ese criterio favorable a los recurrentes podemos mencionar primeramente algunos casos en que los tribunales admitieron como plausible la ignorancia en que estaban aquellos de los hechos o situaciones que afectaban sus derechos. Tal ocurrió en “Albornoz Vera”, caso en que las

²⁶ IC N^{os} 675 y 740. En “Nicolau del Roure” había, además, algunas gestiones realizadas por el recurrente que demostraban el conocimiento en que estaba de la decisión municipal impugnada, por lo menos dos meses antes de interponerse el recurso.

²⁷ IC N^{os} 263 y 510. Añado a “Freiherr von Furstenberg” la fecha –1992– para diferenciarlo de otro recurso que el mismo recurrente interpusiera, pero con éxito, en 1991. En uno y otro de los casos a que se refiere esta nota, como se indica en el comentario de las sentencias respectivas efectuado en “Informe Constitucional”, los tribunales se apartaron de lo que es la doctrina usual para el cómputo del plazo cuando el hecho ha producido efectos permanentes, situación esta de la prolongación en el tiempo de un acto agravante que trae por consecuencia la renovación continua del plazo para recurrir de protección.

recurrentes residían en San Bernardo y la actuación lesiva a sus intereses –la tala de un bosque nativo de su propiedad– tuvo lugar en la Región de Aysén bastante tiempo antes de la interposición del recurso, motivo por el cual la Corte de Apelaciones de Coyhaique estimó que era razonable que no tuvieran conocimiento de la misma²⁸.

Más notable, sin embargo, resulta “Bustos Aravena”, pues en este recurso era inequívoco el conocimiento que tenía el interesado del hecho contaminante con anterioridad a los quince días previos a su interposición. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia que luego confirmara en su totalidad la Corte Suprema, excusó la inactividad del recurrente en una doctrina que resulta de gran interés: “Aunque aparece –dijo– en las copias de constancias remitidas por Carabineros que el recurrente había comprobado la existencia de mal olor en el sector varios meses antes de presentarse el recurso, [...] en este caso particular no se declarará la extemporaneidad del recurso por no encontrarse determinada la fecha en que racionalmente la parte recurrente pudo percatarse que ese mal olor del cual dejó constancia en Carabineros, a su juicio, podría ser nocivo para la vida y la salud”²⁹.

Más frecuente, sin embargo, que la falta de conocimiento de la acción contaminante, o la falta de conocimiento suficiente del hecho, es la utilización de la doctrina de los efectos permanentes de los actos contaminantes que, al renovarse continuamente, hacen que vaya también renovándose el plazo para recurrir de protección. De esta forma, ha sido posible en numerosas oportunidades entrar a conocer por la vía de la protección de situaciones contaminantes que comenzaron a ocurrir muchos años atrás.

“Espinoza Aravena” hace un adecuado planteamiento del problema del cómputo del plazo, distinguiendo entre aquellos casos en que el agravio se consuma en un momento determinado, de aquellos otros en que los efectos se prolongan. “La forma de computar el plazo fatal de quince días corridos desde que se comete el acto arbitrario o ilegal –sostuvo– no presenta dudas cuando la arbitrariedad o ilegalidad que la producen se consuma en un solo acto o hecho, caso en que el plazo se cuenta desde la fecha en que ello se produce; pero esta forma de computar el plazo aludido no es posible aplicarla respecto de actos o hechos complejos, de larga duración y cuando ellos se producen o consuman día a día, momento a momento, sea porque se repitan por el agente o porque son continuos, casos en que el plazo para interponer el recurso comienza a correr desde el término del acto o hecho completo o a partir de su renovación”³⁰.

El caso más importante de una contaminación continua es tal vez “Flores San Martín”, en el que se recurrió de protección contra Codelco-Chile División el Salvador, por el vaciado de los relaves de cobre en la Caleta Palitos, en el litoral de Chañaral. La recurrida, como suele ocurrir en estos casos, interpuso entre otras defensas la extemporaneidad del recurso, la que fue desestimada por los tribunales de protección:

²⁸ IC N° 536. “Albornoza Vera” tiene también interés en materia de legitimación activa y en cuanto efectúa una aproximación al difícil problema de deslindar el impacto ambiental de la contaminación.

²⁹ IC N° 642, p. 2.

³⁰ IC N° 26, p. 2.

“El Tribunal –dijo la Corte de Apelaciones de Copiapó haciéndose cargo de la alegación de extemporaneidad hecha valer por la recurrida, la desestimaré– teniendo para ello presente que el acto que motiva los recursos es de aquellos de desarrollo permanente y continuo, iniciado con mucha antelación a la dictación de la Norma Constitucional que se dice infringida, como lo es el vaciamiento permanente del relave de la industria minera de cobre de El Salvador en el litoral de Chañaral, sin que sea posible determinar el momento preciso en que se entiende producida o en vías de producirse la contaminación del medio ambiente que se reclama, por lo que el derecho a recurrir de protección no precluye mientras la acción contaminante continúa produciéndose”³¹.

Una doctrina similar la encontramos expuesta con cierta frecuencia. Se la ha utilizado para resolver recursos en que se planteaba el tema de la contaminación atmosférica, bien fuera causada por industrias pesqueras –Hidalgo Molina, Navarro Piña, y Carrasco Daza–³², o por vertederos de basuras –Vargas Abarzúa y Freiherr von Furstemberg (1991)³³, y también en el caso del Lago Chungará³⁴, en todos los cuales ha servido para permitir que los tribunales entraran al fondo del asunto debatido. Ahora bien, por muy permanentes que sean los efectos de la actividad contaminante, si esta se interrumpe, aunque sea por un tiempo determinado, desde que ello ocurre se abre el plazo para entablar el recurso. Así se resolvió en “Municipalidad de Concepción”, en que el Alcalde recurrió contra los fabricantes de ladrillos de los cerros aledaños a la ciudad en una época en que por las condiciones climáticas del lugar su actividad se había interrumpido hacía más de quince días³⁵. Sin embargo, en “González Arancibia” se admitió un recurso a pesar que la actividad cuestionada –un vertedero de desechos industriales– había cesado en su funcionamiento, porque continuaba siendo un foco de contaminación³⁶.

³¹ RDJ, tomo 85 (1988), 2-5, p. 191, considerando 6°. La Corte tuvo también en cuenta para rechazar la extemporaneidad del recurso, lo dispuesto en el artículo 6°, inciso primero, de la vieja Ley N° 3.133 de 1916, sobre “Neutralización de los residuos de establecimientos industriales”, que declara que “Ninguna prescripción se admitirá a favor de las obras que corrompan las aguas o las hagan conocidamente dañosas”. La norma, según la Corte, era “aplicable plenamente en la especie, en lo relativo a prescripción”. También en “Ormeño Melet” (IC N° 1.192), se rechazó en 1995 la extemporaneidad alegada en favor de una fundición de plomo que funcionaba largo tiempo.

³² RDJ, tomo 82 (1985), 2-5, p. 196; FM N° 370 (septiembre 1989), p. 558, e IC N° 822, respectivamente.

³³ RDJ, tomo 83 (1986), 2-5, p. 25, e IC N° 234.

³⁴ RDJ, tomo 82 (1985), 2-5, p. 261, considerando 2° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica: “las actuaciones relativas al uso del caudal del citado lago no constituyen un hecho aislado, sino más bien se trata de una sucesión ininterrumpida de gestiones tendientes a subsanar los problemas relacionados con tal determinación, de suerte que esos actos se han renovado día por día y configuran un estado indivisible, que perdura hasta hoy”.

³⁵ “Si se trata de actos materiales que no se consuman en un único instante sino que se prolongan en el tiempo mientras duran las faenas, por tratarse de hechos o actos de tracto sucesivo el plazo para formular el recurso comienza a correr desde que tuvo lugar el último de ellos”. IC N° 855, p. 2.

³⁶ IC N° 1.146.

6. ACCION Y NO OMISION

Uno de los puntos en que el recurso de protección en materia de medio ambiente se diferencia del recurso de protección en general es el que se refiere a la conducta agravante. Es sabido que, primero el Acta Constitucional N° 3, de 1976, y luego la Constitución de 1980, permiten accionar contra actos u omisiones que vulneren los derechos tutelados, pero esta regla general no se sigue en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política que, al conceder la acción de protección para el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la restringió únicamente a actos.

La exigencia formulada es explicable por la doble índole que reviste el derecho al medio ambiente en la Carta Fundamental —derecho público subjetivo y derecho social— pero no ha dejado de causar más de algún problema en su aplicación. Se entiende que, en materia de medio ambiente, la acción de protección esté reservada para el incumplimiento de la obligación de no hacer —no contaminar, específicamente— que pesa sobre toda persona y autoridad, y cuya infracción consiste en realizar un acto contaminante. Su existencia es un factor que puede ser apreciado por los tribunales y lo mismo ocurre con la protección a otorgar que estará encaminada a eliminar el acto contaminante.

En cambio, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en cuanto derecho social es una aspiración valiosa, reconocida constitucionalmente, a mejorar la calidad del medio ambiente, que para cumplirse requiere de una serie de actividades, bien sea del legislador o de los órganos administrativos, adecuadas al objetivo de mejorar las condiciones 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 jurisdiccional.

La doctrina así lo ha entendido. Soto Kloss en su monografía sobre el recurso de protección observa que “la negativa para conceder la acción de protección en los casos de omisión está referida claramente en las Actas de la Comisión para evitar los RP [recursos de protección] dirigidos contra el Estado, o que hubieran podido dirigirse contra él cuando este no actúa en su tarea de ‘mejorar la calidad del ambiente’ o no realice una labor que asegure el derecho a vivir en un medio no contaminado”³⁷.

Atendida la improcedencia del recurso de protección para hacer frente a las omisiones, en algunas oportunidades, los recurridos han argumentado que lo que se les imputa es una omisión y no una acción, razón por la que el recurso debiera rechazarse.

“Flores San Martín” es un caso de esta especie. La recurrida —Codelco— Chile División El Salvador—, argumentó que el artículo 20, inciso segundo, de la Constitución Política, concede el recurso de protección “sólo cuando se imputa al recurrido un acto, pero jamás una omisión, y en este caso los recurrentes le están imputando la omisión de purificar las aguas usadas en la industria minera y restituir las así al lecho del río, todo lo cual hace conforme lo autorizan las propias resoluciones que le concedieron las Mercedes de Aguas”. La Corte de Copiapó, para desestimar la alegación expuesta, tuvo

presente que los recurrentes imputaban a la División Salvador no una omisión sino un acto: "el acto de contaminar las aguas del litoral de la provincia de Chañaral, proceso naturalmente complejo y compuesto de una cadena de acciones", con el que no podía confundirse la circunstancia de no haber purificado las aguas o no haber realizado la recurrida alguna obra que acabe con su acción contaminante³⁸.

En "Navarro Piña", en cambio, el recurso, uno más de los planteados con motivo de la actividad de las pesqueras de Iquique, no prosperó, pues dirigido contra autoridades regionales y locales por no haber adoptado los resguardos suficientes para evitar la contaminación provocada por el humo de las industrias pesqueras, los tribunales lo rechazaron por haberse fundamentado en una omisión.

"Los recurrentes —observó la Corte de Apelaciones de Iquique— han imputado a las autoridades recurridas [...] la omisión de no cumplir con el deber de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no resulte afectado por las emanaciones de olores que afectan a la población de Iquique [...] y, tal como lo sostienen los informantes, el recurso de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, procede solamente cuando dicha garantía sea afectada por un acto arbitrario o ilegal imputable a una autoridad o persona determinada; mas, no cuando se refiere a omisiones, cual es el caso de que se trata"³⁹.

No siempre, sin embargo, los tribunales han rechazado de inmediato y por la sola circunstancia de fundamentarse en una omisión, los recursos de protección encaminados a tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Tal ocurrió en "Monsalve Umaña", en que la Corte de Apelaciones de Valdivia y la Corte Suprema no advirtieron que la conducta ilícita que se imputaba a la autoridad recurrida —el Director del Servicio de Salud de Osorno— era una omisión: la no actuación contra la Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos, y para rechazar el recurso entraron a analizar la licitud de la conducta de la autoridad sanitaria.⁴⁰

Dejando aparte este problema, el examen de la jurisprudencia permite constatar que en los últimos años los tribunales han admitido algunos recursos de protección en favor del medio ambiente basados en la omisión de la autoridad recurrida como conducta agravante. Tal ocurre en "Villagra Hernández" y en "Núñez Escobar", ambos relativos al funcionamiento de ferias libres en la vía pública.

El primero fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que tuvo como fundamento de su sentencia omisiones alcaldicias. "Las omisiones

³⁷ SOTO KLOSS: "El recurso", p. 109.

³⁸ RDJ, tomo 85 (1988), 2-5, p. 191, considerando 7° en p. 202.

³⁹ FM N° 370 (septiembre 1989), p. 558, considerando 5°. La sentencia recuerda luego en el considerando 6° el trato diferente que el artículo 20 da al recurso de protección en sus dos incisos: en el primero, para la lesión a la generalidad de los derechos, admite la omisión como causa de agravio; en el segundo, para el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, únicamente puede provenir de un acto, "y excluye, de este modo, toda referencia a omisiones". Otro caso en que se imputaba omisión a las autoridades y que no prosperó es "Comando Ecológico del Río Cachapoal y sus afluentes", en IC N° 1.595.

⁴⁰ IC N° 1.388.

imputadas al Alcalde –dijo la Corte– significan transgresión de importantes deberes y exigencias relacionadas con el funcionamiento de la feria [...], implican infracción de preceptos expresos de la ordenanza municipal aplicable que se fundamentan en la Ley N° 18.695, y perturban el derecho de los recurrentes a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”⁴¹.

El segundo proviene de una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, confirmada por la Corte Suprema, y en su planteamiento es similar. Los recurrentes, en lo principal, solicitan el traslado de la feria, y supletoriamente la adopción de medidas que resguarden sus derechos. La Corte, y esto es lo notable, advierte en su sentencia que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación está tutelado por el recurso de protección cuando es afectado por un acto, término este que recalca, y luego explica que el recurso procede “sólo cuando se trata de actos –acciones– excluidas las omisiones”. Sin embargo, a pesar de esta advertencia, admite la petición subsidiaria de los recurrentes en base a un par de omisiones: la de no acabar con el funcionamiento de la feria a la hora debida y la de no efectuar el aseo de los lugares en que se instala, siendo esta omisión, vocablo que aparece subrayado en la sentencia, la que produce “menoscabo en los derechos de los vecinos en cuanto a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”⁴².

En una y otra sentencias, guiadas ambas por el propósito laudable de encontrar alguna solución que, al menos, atenuara los inconvenientes que acarrea el funcionamiento de las ferias libres en la vía pública, los tribunales de protección equivocaron la fundamentación de los fallos. Al aceptar la licitud de las ferias no pudieron estimar que las municipalidades, al autorizarlas, hubieran realizado una acción ilícita, causante, aunque indirectamente, de contaminación, pero sí advirtieron una omisión en el incumplimiento de las obligaciones de las municipalidades, omisiones que, seguramente, existían, pero a las que no puede imputarse como causa la contaminación ya que esta obedece a la conducta de los feriantes.

7. CONCEPTO Y CLASES DE CONTAMINACION.

La Constitución, como indicáramos anteriormente y como es usual en las Leyes Fundamentales, no define ni lo que es medio ambiente ni lo que es contaminación. Dado que tampoco existe una ley interpretativa de la Constitución que haya precisado con carácter obligatorio el significado de estos términos, ellos están entregados en su determinación a lo que resuelvan los tribunales.

Hay que advertir que la promulgación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente no ha modificado esta situación, pues las definiciones que ella formula en su artículo 2° no revisten, cuando se refieren a conceptos usados en la Constitución Política, el carácter de leyes interpretativas de la Constitución, y tienen un alcance simplemente legal que no impide que los tribunales de protección entiendan los términos usados por la Carta Fundamental en otro sentido.

⁴¹ IC N° 286.

⁴² IC N° 391.

Una de las primeras oportunidades en que los tribunales abordaron más sistemáticamente los conceptos de medio ambiente y contaminación fue en "Bustamante Vidal", recurso que fue rechazado no por faltar una actividad contaminante sino por la imposibilidad de imputarla a la autoridad recurrida⁴³.

En lo que ahora nos interesa, que es el concepto de medio ambiente, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago adopta una definición que toma de la Comisión sobre Medio Ambiente de la Comunidad Económica Europea: "el conjunto de elementos que forman, en la complejidad de sus relaciones, los marcos, los medios y las condiciones de vida del hombre y de la sociedad, tal como son o tal como son sentidas", y luego añade por su cuenta que, "en consecuencia, los componentes y factores que condicionan el equilibrio de la naturaleza, constituyen un verdadero sistema que incluye a todos los seres vivos y a los elementos en que se reproducen, existen y se desarrollan" (considerando 2°).

En "Palza Corvacho", o caso del "Lago Chungará", en uno de los considerandos añadidos por la Corte Suprema al confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, se enuncia también un concepto de medio ambiente⁴⁴:

"El 'medio ambiente', el 'patrimonio ambiental', la 'preservación de la naturaleza' de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven" (considerando 10°).

"Bustamante Vidal" esboza, además, una tipología de las que llama "distintas clases de deterioro del medio ambiente" provenientes de la actividad del hombre, las que a juicio de los sentenciadores "pueden revestir principalmente dos formas: 'contaminación', cuando introduce sustancias o cualquier elemento extraño que causan un desequilibrio dañino a la flora, a la fauna o al hombre mismo, y 'polución', cuando incorpora al medio un elemento patógeno que acarrea o favorece enfermedades que atacan a los animales, los vegetales o a la especie humana" (considerando 5°).

Sin hacer esta distinción, la Corte Suprema ha dado un concepto único de contaminación. "Ateniéndose al Diccionario de la Real Academia –sostuvo en 1987–, debe concluirse que el vocablo 'contaminación' significa 'lo que atenta contra la pureza, en este caso, de las aguas, del aire, del medio en que se vive, en que la gente se desarrolla', como lo señaló don Enrique Evans de la Cuadra en la sesión número 186 de 9 de marzo de 1976 de la Comisión Consiguiente"⁴⁵.

No falta, por cierto, la definición de "contaminación" como "acción y efecto de contaminar", aunque se precisa que "esta última palabra denota la acción que tiende a –o produce como consecuencia– corromper, inficionar, viciar o alterar, pervirtiendo la pureza natural de algo o alguien"⁴⁶.

Muy simple es, a veces, el concepto de contaminación utilizado. Es lo que ocurre en "Consejo Provincial de Deportes y Recreación de la VIII Región", en que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción redacta-

⁴³ RDJ, tomo 81 (1984), 2-5, p. 252.

⁴⁴ RDJ, tomo 82 (1985), 2-5, p. 261.

⁴⁵ FM N° 348 (noviembre 1987), p. 794, considerando 1°.

⁴⁶ FM N° 382 (septiembre 1990), p. 471, considerando 7°.

da por el Ministro Tapia Witting después de definir medio ambiente como “aquello ‘que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida’ y [que] dice relación, entre otros elementos, con atmósfera”, añade que “se le contamina cuando se altera su pureza”⁴⁷.

Hay casos, naturalmente, en que el impacto sobre el ambiente no alcanza a constituir contaminación.

Uno de ellos es “Walker Rodríguez”, uno de los primeros recursos en que se planteara un caso de contaminación acústica. Tratándose de copropietarios, los tribunales estimaron que “las molestias y temores que dicen experimentar los recurrentes, obedecen a hechos que son consecuencia e inherentes de la propiedad y de la vecindad y que los copropietarios y los comuneros generalmente deben soportar”, y en cuanto al ruido producido por las instalaciones contra las que se reclamaba, por ser moderado no se consideró constitutivo de contaminación⁴⁸.

Ejemplo también de esta especie es “Becker Henríquez”, recurso proveniente de Concepción en que se impetró protección contra la Sociedad Protectora de la Infancia por un Hogar de Menores situado en Concepción, cuyos vecinos estimaron que lesionaba —entre otros derechos— el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación por el bullicio causado por las niñas que allí vivían. La Corte penquista, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, entre otras consideraciones estimó que “es sabido que el bullicio acompaña siempre la expansión de los niños y que, por ende, es un hecho de la naturaleza y no la consecuencia de un quehacer, de un obrar o de una acción atribuible a otras personas que no sean los mismos niños que gritan en el transcurso de sus juegos”⁴⁹.

Asimismo en “Marín Palacios”, que planteaba un caso de contaminación acústica y atmosférica causado por un desvío en los recorridos de la locomoción colectiva, la sentencia rechazó el recurso al considerar que no era dable apreciar que “las contaminaciones de gases y acústicas sean de tal magnitud que sobrepasen los límites permitidos o soportables por las personas, en este caso por quienes viven en el sector donde se ha desviado la locomoción colectiva”⁵⁰.

⁴⁷ RDJ, tomo 84 (1987), 2-5, p. 109, considerando 4°. De ahí que la descarga al interior de una galería subterránea de gases y vapores fue estimada constitutiva de contaminación por alterar la atmósfera del lugar (considerandos 5° y 6°).

⁴⁸ FM N° 294 (mayo 1983), p. 163, considerandos 5° y 6°. La sentencia añade otro considerando en que se procura una armonización de los derechos de las personas: “También debe tenerse presente que debe conciliarse el derecho del recurrente a vivir en un medio ambiente sin contaminación, con el mismo derecho de las personas que permanecen y concurren al local de que se trata, en beneficio de los cuales aparece hecha la instalación objetada” (considerando 7°).

⁴⁹ FM N° 382 (septiembre 1990), p. 471, considerando 8°. Para entender el criterio de la Corte de Concepción hay que tener presente que en el considerando 7° había señalado que la alteración natural del medio ambiente, causada por las múltiples actividades que desarrollan las personas, no puede ser considerado contaminación. Esta debe provenir de un acto atribuible al hombre, no a la naturaleza, y ser idónea para alterar la pureza del ambiente.

⁵⁰ IC N°1.002. Es indudable que hay una cierta impropiedad en el lenguaje utilizado por los tribunales de protección, ya que en lugar de contaminación debió hablar de emanación de gases y producción de ruidos para indicar que la alteración ambiental no era de tal magnitud que fuera constitutiva de contaminación.

Otro ámbito en el que los tribunales han tenido ocasión de deslindar el impacto de la contaminación ambiental es la tala de árboles. En "Freiherr von Furstenberg" (1992) y en "Albornoz Vera", se ha precisado que la mera tala o corta de árboles no produce por sí sola contaminación, línea argumental en la que se inserta "Cerde Medina" en que la corta era incluso menor⁵¹.

La dificultad de distinguir entre lo que es un mero impacto ambiental y una contaminación, explica que a veces los tribunales hayan vacilado en la calificación de la actividad que motivaba el recurso. Así en "Piñaleo Pérez", caso que trataba del funcionamiento de una feria de animales dentro del radio urbano de una ciudad -San Carlos-, la Corte de Apelaciones de Chillán y la Corte Suprema tuvieron puntos de vista divergentes en torno a la existencia de una actividad contaminante⁵².

Es asimismo un punto difícil de determinar la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación mediante una amenaza. Se ha discutido, desde luego, si procede acoger recursos de protección cuando se invoca como derecho infringido el del N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política, y habiéndose admitido esta posibilidad, las circunstancias en que corresponde aceptar la existencia del peligro de suceder algo perjudicial para el derecho invocado.

Así, en "Valenzuela Muñoz", recurso acumulado a "Acevedo Rojas", se rechazó el recurso por estimar los tribunales que el hecho de proyectar la empresa recurrida la construcción de una planta de celulosa "no importa que por sí misma realice un acto contaminante en la zona o sector en que pretende funcionar, más aún que en esta etapa debe sujetarse a todas las prescripciones que la autoridad u organismo correspondiente le exigen"⁵³.

"Orrego Silva", el caso de la Central Hidroeléctrica Pangué, es otro ejemplo de discusión en torno a la existencia de una amenaza al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La Corte Suprema, al revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que había acogido el recurso, recordó primero "Que, 'amenazar', según el Diccionario de la Lengua Española, es 'dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro'; en sentido figurado, 'dar indicios de estar inminente alguna cosa mala o desagradable'; y 'amenaza', es la acción de amenazar" (considerando 7°), y luego señaló "Que, por otra parte, la doctrina y reiterada jurisprudencia han entendido y resuelto que para que pueda prosperar un recurso de protección, la amenaza ha de ser cierta y razonable, esto es que los hechos en que se funda o en que se la hace consistir hagan temer, razonablemente, que ocurrirá en el futuro la privación o perturbación a que alude el art. 20 de nuestra Constitución y es en virtud de ello que se ha resuelto que la amenaza debe ser "actual, cierta, precisa y concreta en sus resultados o efectos" (considerando 8°). Atendido lo expuesto, concluyó luego que las aprensiones que fundamentaban el recurso no permitían concluir que existiera en la especie amenaza al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a los otros derechos invocados por los recurrentes⁵⁴.

⁵¹ IC N°s 510, 536 y 958.

⁵² IC N° 1.283.

⁵³ FM N°398 (enero 1992), p. 858, considerando 16°.

⁵⁴ RDJ, tomo 90 (1993), 2-5, p. 193.

Un punto que ha sido también discutido y en que hay soluciones contradictorias es el que se refiere a la transitoriedad de la actividad degradatoria del ambiente. En “Palza Corvacho y otro”, el caso de las fumigaciones aéreas dispuestas por el Servicio Agrícola y Ganadero en Arica para erradicar la mosca de la fruta, la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica y rechazó el recurso, por entender que “no puede sostenerse que una situación esencialmente transitoria, como es la fumigación con cebo tóxico [...] que deberá ser asperjada (esparcida) a razón de 10 litros por hectárea por vía aérea durante las mañanas de los días domingo de ocho semanas, en un sector de la ciudad de Arica, pueda importar la contaminación del medio ambiente”⁵⁵.

Distinto criterio se ha seguido, no obstante, en el caso de ferias libres que funcionan uno o varios días a la semana en vías públicas. Aquí los tribunales han aceptado que la temporalidad de la acción degradatoria del ambiente configura un caso de contaminación⁵⁶.

Más extendida que la tipología de las acciones que deterioran el ambiente que hemos recordado anteriormente –contaminación y polución– es, sin embargo, la clasificación que puede efectuarse de la contaminación según el elemento del medio ambiente que resulte afectado. Este criterio lleva a distinguir las siguientes clases de contaminación:

a) *Acústica.*

“Traslaviña Valencia” es, al parecer, el primer caso acogido por la Corte Suprema de contaminación acústica. Fue fallado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Copiapó, la que estimó lesiva para el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes la actividad que se realizaba en una quinta de recreo o cabaret próximo a sus domicilios⁵⁷.

A lo largo de los años han sido relativamente numerosos los recursos de protección fundamentados en la contaminación acústica proveniente de locales de diversión nocturna. Al respecto puedo recordar “Koch González”, “Quintana Urzúa”, “Godoy Acosta”, “Urizar de Koch”, “Rademacher Bornscheuer”, “Comunidad Edificio Ismael Valdés Vergara” y “Beuzemberg Osses”, con resultados casi siempre insatisfactorios para los recurrentes⁵⁸. En efecto, de los citados, sólo en “Koch González” y “Urizar de Koch” se acogió el recurso.

Mejor suerte han tenido otros recursos en que la fuente de los sonidos, o ruidos, obedecía a otras causas que la emisión de música nocturna. En “Calbacho Rodríguez” los ruidos molestos provenían de una industria vecina; en “Joannon Salas” el ruido –y también la polvareda– eran provocados por vehículos de carrera en una zona de expansión urbana; en “Mardones Ramírez”, los ruidos eran causados por trabajos nocturnos realizados en la ampliación de un local comercial; en “Toro Lecaros” la causa era el funcio-

⁵⁵ FM N° 348 (noviembre 1987), p. 794, considerando 2°.

⁵⁶ Así se aceptó en “Rodríguez Gutiérrez” (IC N° 929).

⁵⁷ RDJ, tomo 82 (1985), 2-5, p. 292.

⁵⁸ Puede verse su doctrina y comentario en los N°s 344, 432, 471, 551, 586, 768 y 876 de IC.

namiento de una panadería, y en "Junta de Vecinos N° 8 de Illapel", la de una planta de revisión técnica de vehículos motorizados⁵⁹.

Junto a los nombrados, sin embargo, existen casos en que la acción de protección fue rechazada⁶⁰.

b) *Atmosférica.*

Son relativamente numerosas las ocasiones en que los tribunales de protección han acogido recursos por estimar que existía una contaminación de la atmósfera. Entre ellos se encuentran casos en que la actividad contaminante provenía de industrias pesqueras, de vertederos de basuras, y de fundiciones o refinerías de minerales, como tipos más comunes, aunque no únicos.

Casos en que los recurridos fueron industrias pesqueras son "Hidalgo Molina", fallado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Arica, y "Carrasco Daza", por la Corte de Iquique⁶¹; "Vargas Abarzúa" (1986) o vertedero Lo Errázuriz, "Freiherr von Furstenberg" (1991) y "Raggi Carvajal", planteaban situaciones típicas de una contaminación proveniente de vertederos de basuras de todo tipo, mientras que "González Arancibia" se refería únicamente a un vertedero de desechos industriales⁶², y "Bórquez Muñoz" o humo de Paipote, "Callejas Molina" en Huasco y "Ormeño Melet" en Freire, se refieren a labores de fundición o refinamiento de minerales⁶³.

La contaminación atmosférica consiste, en ocasiones, en la existencia de malos olores o, como se dice en "Hidalgo Molina", en "la presencia de un constante fluido de naturaleza pestilente y, por qué no decirlo, hasta nauseabundo, que penetra todos los ambientes" (considerando 8°), en la producción de malos olores, moscas y vectores, provenientes de basurales o vertederos ("Freiherr von Furstenberg" (1991) y "González Arancibia"), pero otras veces está determinada por la circulación de vehículos motorizados que despiden humo visible ("Codeff" 1987), o bien, por la emisión de anhídrido sulfuroso a niveles mayores que los permitidos ("Bórquez Muñoz"), la presencia de material particulado sedimentable de alto contenido férrico que resulta lesivo para la vida vegetal e impide el normal desarrollo de la olivicultura ("Callejas Molina"), o la emanación de humo, gases y materias tóxicas, especialmente residuos de plomo ("Ormeño Melet").

No han prosperado, en cambio, por diversas razones, los recursos que en distintas oportunidades se han interpuesto contra la Refinería de Cobre de Las Ventanas. Tal sucedió en "Da Costa Petersen" y "Terrazas Torres", los primeros recursos de protección interpuestos en 1981 por razones medioambientales, y más recientemente en "Vicencio Villalón"⁶⁴.

⁵⁹ En RDJ, tomo 86 (1989), 2-5, p. 124 y en los N°s 31, 777, 803 y 906 de IC, respectivamente.

⁶⁰ Por ejemplo, "Espinoza Aravena", "Sigmund Meline" y "Moreno Carrasco", provenientes todos de la Corte de Apelaciones de Santiago. En IC N°s 26, 249 y 569.

⁶¹ El primero en RDJ, tomo 83 (1985), 2-5, p. 196, y el segundo en IC N° 822.

⁶² En RDJ, tomo 83 (1986), 2-5, p. 25, y en IC N°s 234, 1.213 y 1.146, respectivamente. "González Arancibia" es, también, un caso de contaminación de aguas, puesto que los desechos de la faenación de salmones afectaron cursos de agua situados en las cercanías.

⁶³ Las dos primeras en RDJ, tomo 88 (1991) 2-5, p. 144, y tomo 89 (1992) 2-5, p. 354. El último en IC N° 1.192.

⁶⁴ Los dos primeros en RDJ, tomo 78 (1981), 2-5, p. 159 y p. 254, y el último, en que también se recurriera contra Chilgener, en IC N° 563.

c) *De las aguas.*

El más importante es, sin duda, "Flores San Martín", relativo a la contaminación por los relaves de Codelco-Salvador de la bahía de Chañaral, pero hay otros: "Palza Corvacho" o "Lago Chungará", y también "Callejas Molina" que planteaba un caso de contaminación en la Bahía Chapaco en Huasco⁶⁵.

En "Palza Corvacho" la contaminación consistía en la mezcla de aguas salinas –las del Chungará– con otras de mejor calidad, desmejorándolas, mientras que en "Flores San Martín" los relaves que llegaban al mar fueron causa de contaminación física y química de sus aguas, aparte de la creación de playas artificiales de sólidos estériles, y en "Callejas Molina" los relaves arrojados al mar provocaban un embancamiento de la Bahía Chapaco y un deterioro del fondo de mar con destrucción de flora y fauna marina.

En cambio, el vertido ocasional de residuos líquidos que no llega a provocar una alteración en el curso de agua al que van a parar, no se ha estimado constitutivo de contaminación. Tal fue la doctrina que se acogió en "Francke Sandoval", en que se descartó como tal el rebalse transitorio de las aguas residuales provenientes de una actividad industrial que no produjo daños ni contaminación en el predio colindante y que tampoco provocó un daño ecológico particular en el río Maullín⁶⁶.

d) *Terrestre*

Es difícil encontrar ejemplos de una contaminación que afecte exclusivamente a la tierra, puesto que para contaminar a esta suele también la acción degradatoria proyectarse sobre la atmósfera o las aguas. De ahí que en los casos planteados en que se ha suscitado un tema de contaminación de la tierra, también había o los recurrentes estimaban que existía, una contaminación del aire –los primeros recursos interpuestos contra Enami por la Refinería de Las Ventanas, el Vertedero Lo Errázuriz y "Bustamante Vidal"–, o de las aguas.

e) *Visual.*

El caso, tal vez, más nítido en este tipo de contaminación es "Ríos Martínez", en el que una extensa y bien fundamentada sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción acogió el recuso de protección interpuesto por un conjunto de propietarios de un loteo contra la sociedad constructora que, con posterioridad, alteró las áreas verdes del conjunto habitacional⁶⁷.

⁶⁵ En RDJ, tomo 85 (1988), 2-5, p. 191, tomo 82 (1985), 2-5, p. 261, y tomo 89 (1992), 2-5, p. 354, respectivamente. BORQUEZ YUNGE, José Manuel, en su "Introducción al Derecho Ambiental Chileno y Comparado", Santiago de Chile 1993, p. 15, considera a "Flores San Martín" y a "Palza Carvacho", como los casos más relevantes de efectividad del recurso de protección para tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

⁶⁶ En IC N° 33.

⁶⁷ RDJ, tomo 86 (1989), 2-5, p. 222. Hay que señalar, no obstante, que junto con la infracción al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, existía en la especie una vulneración al derecho de propiedad.

Es excepcional, en cambio, la aceptación de un recurso de protección en que se plantea la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, más que un problema de contaminación. Pero tal ocurrió en la sentencia de 19 de marzo de 1997 de la Corte Suprema en que se acogió el recurso interpuesto por algunos parlamentarios contra la Comisión Nacional del Medio Ambiente que había aceptado el proyecto "Río Cóndor" de la Empresa Forestal Trillium Ltda.⁶⁸

8. IMPUTABILIDAD DE LA ACCION.

Una de las diferencias más notorias entre el recurso de protección cuando se interpone en favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y cuando se lo hace invocando otros derechos, es la que se refiere a la exigencia de ser imputable la acción contaminante "a una autoridad o persona determinada", como dice el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política.

La exigencia de imputabilidad del acto a un sujeto cierto cuando se trata de tutelar el medio ambiente por la vía de la protección, impide aceptar la acción de protección si, constando la existencia de una actividad ilícita que degrada el medio ambiente, se desconoce su autor. Es esta -la imputabilidad del acto-, un requisito que indudablemente restringe la procedencia del recurso de protección en materia medioambiental, lo que no ocurre con otros derechos en que puede otorgarse y, de hecho, a veces se ha otorgado protección jurisdiccional ante agravios a los derechos de algunas personas provenientes de autor desconocido⁶⁹, pero que no deja de tener cierta lógica, pues, mal podría decretarse una medida de protección eficaz si se desconoce el origen de la actividad contaminante.

La mayor parte de las veces la imputabilidad de la acción no plantea problemas porque su autor está plenamente determinado. Sin embargo, hay algunos recursos que han sido rechazados por no haberse podido determinar el autor o autores de los actos contaminantes.

Tal ocurrió en 1984 con "Bustamante Vidal". Era inequívoca, en la especie, la existencia de una contaminación. "No es necesario -acotó la Corte de Apelaciones de Santiago- efectuar mayores razonamientos para concluir que, por el mismo contenido de las materias que circulan por la red de alcantarillado, su aparición y depósito en la superficie de una propiedad urbana, por un determinado período de tiempo [...] obligadamente producirá cierto grado de contaminación del suelo y del aire, y podrá llegar a causar algún grado de polución ambiental"⁷⁰. Sin embargo, el origen de la contaminación no pudo

⁶⁸ En IC N° 1.490.

⁶⁹ Es lo que ha ocurrido en ocasiones con recursos de protección interpuestos frente a atentados a la vida e integridad física de ciertas personas, provenientes de autores desconocidos, situaciones en que los tribunales, como medida de protección, han decretado la protección policial de algunos lugares o de personas determinadas. Fue el caso, en 1992, del recurso de protección interpuesto por el Presidente de la Unión Demócrata Independiente frente al atentado sufrido en la sede central del partido, en el cual -como dijo la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de febrero-, "aunque no se recurre contra persona determinada, lo cierto es que los hechos, ya descritos, vulneran las garantías constitucionales a que se refiere el recurrente".

determinarse al no aceptar la Corte que ella se debiera a la interconexión de las redes de alcantarillado de dos poblaciones contiguas dispuesta por la Municipalidad de Maipú, como sostenía la recurrente, de modo que, al no ser posible atribuir una relación de causa a efecto entre la interconexión realizada y la contaminación (considerando 15) y atendido que la citada interconexión no presentaba defectos que la convirtiera en un peligro real de futuras inundaciones domiciliarias (considerando 17), el recurso fue rechazado.

Similar al anterior es el recurso interpuesto en 1990 por los vecinos de Caleta Lengua contra la Compañía Siderúrgica Huachipato S.A., Petrox S.A. Refinería de Petróleos e Industria Oxi Chile, que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia que luego confirmaría la Corte Suprema. Se trataba de un caso indiscutible de contaminación de aguas, pero como esta no provenía de la actividad de las empresas recurridas el recurso no pudo prosperar. "El agravio —recuerda la sentencia— debe provenir de una persona precisa, perfectamente individualizada, y, como consecuencia de ello también debe señalarse determinadamente el acto que constituye el agravio y si este agravio configura una privación, perturbación o amenaza que atente contra el derecho del recurrente"⁷¹.

Otro recurso, que igualmente planteaba un problema de contaminación de aguas, es "Díaz Cárdenas". El mismo fue interpuesto por los directivos del Sindicato de Trabajadores Independientes, Comerciantes Ambulantes y Estacionados de la Comuna de Peñaflores, por la contaminación de las aguas del estero Trabolco o Aguas Claras, y rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago en una sentencia que es particularmente elocuente en el tema que nos ocupa: "No puede prosperar —dijo— un recurso de protección si no se encuentra probado en autos que la contaminación se origina en la actividad que realizan las sociedades recurridas"⁷².

Un problema más difícil de resolver es el que puede denominarse de la autoría indirecta de la actividad contaminante. En estos supuestos, existe determinado con certeza un sujeto responsable de una actividad que, si bien no es de suyo contaminante, genera el riesgo de que con ocasión de ella se produzcan actos que sí lo son aunque los ejecuten terceros. Es el caso de una discoteca que, no obstante cumplir el establecimiento con la reglamentación que le es aplicable, sobre todo con la relativa al nivel de presión sonora referente a ruidos molestos, favorece en su entorno la realización de actividades que degradan el ambiente.

Hasta ahora no se ha aceptado la imputación de los actos contaminantes a quien realiza la actividad riesgosa. Así en "Beuzemberg Osses", la Corte Suprema tuvo en cuenta para rechazar el recurso que "No pueden tampoco considerarse para los efectos de este recurso las molestias o ruidos ocasiona-

⁷⁰ RDJ, tomo 81 (1984), 2-5, p. 252, considerando 8°. Polución era, para la Corte, como se recordará, la incorporación al medio de un elemento patógeno que acarrea o favorece enfermedades.

⁷¹ IC N° "0". La sentencia establece que dos de las empresas recurridas vaciaban sus residuos industriales líquidos a más de tres kilómetros de distancia de la Caleta Lengua, y que la tercera —Petrox—, aunque vaciaba algunas aguas en un canal cuyas aguas iban finalmente a dar a la mencionada Caleta, lo hacía produciendo una contaminación ínfima que no acentuaba la contaminación ya producida en las aguas y cuyo autor o autores no pudo determinarse.

⁷² IC N° 408.

dos por personas indeterminadas o vehículos en las inmediaciones del local, sino solamente las que provienen del propio accionar del recurrido⁷³.

También en "Becker Henríquez", recurso al que antes me he referido con ocasión del concepto de contaminación utilizado por los tribunales de protección en sus sentencias, se planteó un problema de autoría indirecta de la contaminación acústica contra la que se reclamaba. "Resultaba inequívoco —dice la sentencia— que el ruido o bullicio que motiva la acción de protección no es imputable a la sociedad recurrida; no es ella la que, determinada como sujeto activo del agravio en el recurso, como lo ordena el inciso 2° del artículo 20, produzca contaminación alguna, ni por acción deliberada ni como efecto de preterintencionalidad"⁷⁴.

Existe, sin embargo, una forma de superar la imposibilidad en que se encuentran los tribunales de dar protección cuando se invoca como infringido el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y es inimputable la acción contaminante a una persona o autoridad determinada, y es la que puede llamarse la protección de oficio.

"Márquez Licea" es un ejemplo de esta doctrina relativamente reciente que ha encontrado su fundamento en el deber impuesto desde 1989 a todo órgano del Estado por el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de respetar y promover los derechos humanos. Basada, en efecto, en la citada disposición constitucional, la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia que redactara el abogado integrante Mario Verdugo Marinkovic, luego de declarar sin lugar el recurso tanto por falta de ilegalidad y arbitrariedad en la conducta de la autoridad recurrida, como por falta de relación causal entre el acto objetado y el menoscabo en los derechos de los vecinos recurrentes, concedió una protección de oficio al ordenar al alcalde recinidos que adoptara ciertas providencias destinadas a evitar que volviera a producirse el problema de evacuación de aguas servidas en la Villa Somela que había motivado la interposición del recurso⁷⁵.

9. DOBLE ANTIJURIDICIDAD EN LA ACCION CONTAMINANTE.

Es sabido que la regla general en materia de antijuridicidad de la acción —y también de la omisión— que agravia alguno de los derechos susceptibles de tutela jurisdiccional a través de la acción de protección del artículo 20 de la Carta Fundamental, es, alternativamente, la existencia de un reproche de ilegalidad o de arbitrariedad en la conducta que motiva el recurso, de modo que basta la concurrencia de uno de ellos para acogerlo y otorgar la protección solicitada. No obstante, tratándose del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el inciso segundo del mismo artículo 20 exige que el acto, pues, como sabemos, la omisión está excluida como fundamento del recurso, sea a la vez "arbitrario e ilegal".

⁷³ IC N° 876, p. 2.

⁷⁴ FM N° 382 (septiembre 1990), p. 471, considerando 9°. Como se recordará, la recurrida era la Sociedad Protectora de la Infancia por el Hogar de Menores que mantiene en Concepción.

⁷⁵ IC N° 440.

La concurrencia copulativa de un reproche de ilegalidad y otro de arbitrariedad en la conducta contaminante debiera diferenciar nítidamente el recurso de protección cuando tiene por objeto la tutela del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y constituir un obstáculo para la admisión de muchos de ellos, puesto que para otorgar la protección solicitada es necesario determinar la existencia simultánea y no ya alternativa de uno y otro reproche.

El examen de quince años de jurisprudencia muestra, sin embargo, que no siempre los tribunales han sido acuciosos en el análisis de la doble antijuridicidad, y que esta no ha sido una barrera importante que dificulte el otorgamiento de la protección solicitada en favor del medio ambiente.

Uno de los pocos recursos en que la exigencia copulativa de ilegalidad y arbitrariedad en la acción contaminante impidió acoger la protección solicitada en favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es "Maldonado Mora". Un concesionario minero realizó labores propias de las faenas de exploración, esto es, actuó legalmente en ejercicio de su derecho, pero lo hizo arbitrariamente, "sin tomar las medidas que la prudencia y el conocimiento técnico imponen a toda labor de este tipo", con lo cual inundó terrenos de la recurrente. La Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, rechazó el recurso en lo que se refería a una lesión del derecho consagrado en el N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política, por no estar ante un arbitrario e ilegal⁷⁶.

En cambio, en los recursos acumulados "Alcalde de la Municipalidad de Coronel con Empresa de Negocios Forestales S.A." y "Alcalde de la Municipalidad de Coronel con Comisión Regional del Medio Ambiente (Corema) de la VIII Región", y también en "Stutzin y otros con la Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región Los Lagos", aunque se admitió la existencia de una ilegalidad, por falta de arbitrariedad los recursos fueron rechazados⁷⁷.

Existen, desde luego, algunas sentencias que tienen buen cuidado en precisar la ilegalidad y la arbitrariedad de la conducta contaminante, pero ellas coexisten con otras en que la determinación de la doble antijuridicidad es más bien superficial, y no faltan, tampoco, decisiones en que no se observa la menor preocupación por el tema y en las cuales pareciera que los tribunales no han advertido que la Constitución ha establecido requisitos especiales en materia de protección del medio ambiente.

a) *Sentencias que precisan y diferencian con claridad la ilegalidad y arbitrariedad de la conducta contaminante.*

"Bórquez Muñoz" o los "humos de Paipote" es un buen ejemplo de este grupo de sentencias. Proviene, como he indicado anteriormente en este trabajo, de la Corte de Apelaciones de Copiapó, y aunque fuera confirmada por la Corte Suprema, esta cambió en parte la fundamentación y añadió nuevos

⁷⁶ RDJ, tomo 89 (1992), 2-5, p. 391, considerandos 9 y 10. No obstante lo resuelto frente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el recurso fue acogido por vulneración del derecho de propiedad, pues, a su respecto, era suficiente la existencia de arbitrariedad en la actuación del recurrido.

⁷⁷ En IC N°s 1.513 y 1.609.

considerandos, a resultas de lo cual el fallo es bastante nítido en el análisis de la doble antijuridicidad que debe caracterizar a la acción contaminante.

Así, la sentencia de la Corte de Copiapó, después de dar por probada la ilegalidad en la conducta de la empresa recurrida, tanto por sobrepasar con sus emanaciones los límites impuestos por el Ministerio de Salud como por haber infringido el Decreto Ley N° 3.557, sobre protección agrícola, estimó que los actos de aquella resultaban arbitrarios "al depender exclusivamente de su voluntad, la que al ser reiterativa y sobredimensionar los factores productivos y económicos por sobre aquellos valores que garantizan y aseguran la vida y la integridad física de las personas, y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la tornan en ilegal e injusta"⁷⁸.

La arbitrariedad no es la simple voluntariedad de una conducta, puesto que si no hay libertad en la acción no podrá formularse un reproche jurídico, pero la supone y añade algo más. Ese suplemento es el que denota una actuación caprichosa, abusiva o desconsiderada que, en el caso de los "humos de Paipote", consistía en la reiteración de la conducta contaminante y en la falta de consideración con la población que llevó a la empresa a continuar con las actividades de su fundición a pesar que la planta de ácido sulfúrico, que disminuye o elimina las emanaciones tóxicas, estaba fuera de operación.

Una posición similar encontramos en "Carrasco Daza", una de las varias sentencias que han acogido recursos de protección contra empresas pesqueras que operan en el norte del país. En el fallo, proveniente de la Corte de Apelaciones de Iquique, el tema que nos ocupa se aborda derechamente:

"En lo atinente a la exigencia copulativa de arbitrariedad e ilegalidad en las actuaciones de las sociedades recurridas, ha de estimarse que estas incurrieron en actos ilegales al infringir expresas disposiciones sanitarias relativas a la prohibición de emplear materia prima en estado de descomposición, actos que también revisten el carácter de arbitrarios, puesto que a sabiendas de la aludida prohibición actuaron voluntariamente y con indiferencia por las emanaciones que resultan del uso de pescado en descomposición, contaminando la atmósfera de la ciudad habitada por los recurrentes, siendo de pública notoriedad el aire nauseabundo y pestilente que estuvieron obligados a respirar sus pobladores"⁷⁹.

Otra sentencia digna de destacar es "Cabrera Tobar", dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en uno de los recursos interpuestos por vecinos con motivo del funcionamiento de ferias libres en la vía pública.

El recurso se dirigía contra la decisión municipal que había autorizado el cambio de lugar en el funcionamiento de la feria y es esa conducta, entonces, la que es objeto de análisis en la sentencia:

"Ella [la decisión alcaldicia aprobada por el consejo de desarrollo comunal] cumple, además, con la doble exigencia constitucional de consistir en un acto arbitrario e ilegal. Es arbitrario, porque no parece razonable y justa la nueva instalación de una feria en un sector residencial no adaptado para su

⁷⁸ RDJ, tomo 88 (1991), 2-5, p. 144, considerando 13. También en IC N° 116, p. 3.

⁷⁹ IC N° 822, p. 4. De acuerdo con los antecedentes del caso en torno a la actuación de dos de las empresas recurridas, podría haberse añadido, como otra circunstancia más que configuraba la arbitrariedad, la reiteración con que actuaron al haber continuado ocupando materia prima en estado de descomposición a pesar de las multas que les había impuesto la autoridad sanitaria.

funcionamiento, aunque lo sea por dos días a la semana y durante un horario determinado, si la feria produce contaminantes de diverso tipo, además de incomodidades anexas como dificultad para circular, peligro de los transeúntes de ser embestido por vehículos y falta de libertad en diversos aspectos, tales como descanso y tranquilidad, que hace desmerecer su forma de vida a los residentes del sector.

Es ilegal la determinación del lugar de una feria ambulante en un sector netamente residencial y no adecuado, no por la forma como se generó, ya que intervinieron el alcalde y el consejo de desarrollo comunal, sino porque contraría la obligación de los municipios de velar por el ornato, el aseo, la salud pública y la protección del ambiente, que les impone la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en sus artículos 3° y 4°⁸⁰.

Igualmente en "Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora" (1987), el recurso interpuesto por la emanación de humos visibles en vehículos de la locomoción colectiva de Santiago, se trata detenidamente la existencia de una ilegalidad y, aunque en forma escueta, también se precisa la arbitrariedad. Esta consiste en la irracionalidad de conducir o hacer conducir vehículos contaminantes, "por el daño que la contaminación atmosférica causa en los seres humanos"⁸¹.

b) *Sentencias en que la determinación de la doble antijuridicidad se trata de modo insuficiente.*

No siempre, como hemos indicado, se trata correctamente la doble exigencia constitucional de ilegalidad y arbitrariedad en el acto contaminante.

Así, en algún caso se equipara arbitrariedad a acto voluntario. Es lo que ocurre en "Callejas Molina", sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó confirmada por la Corte Suprema, que se limita a decir en el considerando 26° que los actos de la recurrida eran arbitrarios "al depender la ejecución de su exclusiva voluntad"⁸².

"Flores San Martín", el caso de la contaminación de Chañaral por los relaves del Salvador, es una sentencia que, sin llegar a equiparar plenamente la voluntariedad del acto con su arbitrariedad, no es precisa en la determinación de las circunstancias que configuran esta última. Y ello, a pesar que en el caso había elementos suficientes para estimar irracional o no justificada la actuación de la recurrida.

Dedica a la precisión de la arbitrariedad el considerando 16° que interesa reproducir íntegramente:

"Que, el acto 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

⁸⁰ IC N° 245, p. 3.

⁸¹ RDJ, tomo 84 (1987), 2-5, p. 267, considerando XIII del voto disidente del Ministro Valenzuela Erazo hecho suyo por la Corte Suprema.

⁸² RDJ, tomo 89 (1992), 2-5, p. 354.

ocurre 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 voluntad⁸³.

Se aprecia en la sentencia una yuxtaposición de elementos que, más que reforzarse, confunden. Parece que estima que por la gravedad del acto —una contaminación, en efecto, prolongada y que había deteriorado notablemente el ambiente—, por esa sola circunstancia el acto resultaba arbitrario, y en otro pasaje llega a insinuar que todo acto que afecte la naturaleza sería atentatorio con una convivencia civilizada y por consiguiente arbitrario.

“González Arancibia” es también un buen ejemplo de un tratamiento insuficiente de la doble antijuridicidad exigida por la Constitución. Afirmó la existencia de una ilegalidad en el vertedero de desechos industriales provenientes de la faenación de salmones que motivaba el recurso, pero no invocó disposición sanitaria alguna, ni legal o reglamentaria para fundamentar la ilegalidad, y tampoco abordó la arbitrariedad en forma satisfactoria, ya que en lugar de precisar en términos simples en qué consistía la falta de razonabilidad en la actuación de la empresa recurrida, efectúa declaraciones enfáticas y vagas⁸⁴.

c) *Sentencias en que no se observa preocupación por la doble antijuridicidad exigida por la Constitución.*

No son escasas, por último, las sentencias en que los tribunales de protección ni siquiera advierten que en materia de medio ambiente la Constitución ha sometido la acción cautelar a exigencias especiales en el tema de la antijuridicidad, o bien, advirtiéndolo, no la fundamentan.

Tal ocurre en una de las primeras sentencias que acogieron un recurso de contaminación —“Traslaviña Valencia”—, en el cual la Corte de Apelaciones de Copiapó, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, se limitó a demostrar la ilegalidad en la conducta de la recurrida, la que consistió en quebrantar una ordenanza municipal⁸⁵. Lo mismo sucede en “Vargas Abarzúa” o “Vertedero Lo Errázuriz”, en que la ilegalidad del acto está bien fundamentada pero se omite toda referencia a la arbitrariedad⁸⁶.

En “Aranda Rojas”, un caso de contaminación de aguas servidas en Arica por defectuosa instalación de un sistema de alcantarillado, la Corte no indicó en qué consistiría la ilegalidad y arbitrariedad, a pesar que acogió el

⁸³ FM N° 357 (agosto 1988), p. 483.

⁸⁴ IC N° 1.146. En un primer momento, parece entender como arbitrario lo “que importa por sí solo una violación al derecho, a principios jurídicos y de convivencia superiores”, y luego identifica la arbitrariedad con toda actividad contaminante que afecta a la naturaleza, por lo que “resulta atentatorio a toda norma civilizada de convivencia del hombre con su medio”. Hay, pues, similitud con el razonamiento utilizado en “Flores San Martín”.

⁸⁵ RDJ, tomo 82 (1985), 2-5, p. 292, considerandos 7° y 8°.

⁸⁶ RDJ, tomo 83 (1986), 2-5, p. 25, considerandos 7°, 8°, 10° y 11°.

recurso⁸⁷. Es posible, y es lo que sucede en "Raggi Carvajal", que sea tan evidente la ilegalidad y arbitrariedad que los tribunales dan por supuesto sin mayor razonamiento el cumplimiento de la doble exigencia establecida en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política. Se trataba de un vertedero de basuras instalado por una municipalidad sin haber solicitado el cambio de uso del suelo agrícola en que comenzó a funcionar y sin que el servicio de salud competente lo hubiese autorizado; más aún, este servicio había apercibido a la municipalidad con la clausura del vertedero⁸⁸.

Sobre el particular pueden recordarse igualmente otros recursos que han sido acogidos: "Joannon Salas", "Freiherr von Furstenberg" (1991) y "Koch González"⁸⁹. En el primero de ellos, la Corte de Apelaciones de Santiago no analizó mayormente la ilicitud de la acción contaminante; y en los dos últimos, la Corte de Apelaciones de Valdivia en un caso, y la de Arica en el otro, se limitaron a razonar en torno a la ilegalidad del acto, sin que la Corte Suprema al confirmar sus sentencias reparara o advirtiera la omisión de toda consideración en torno a la arbitrariedad.

Incluso alguna sentencia que presenta un desarrollo extenso y que falla un recurso de protección de gran trascendencia como "Palza Corvacho" o caso del "Lago Chungará", aunque dedica largos acápites al tema de la ilegalidad pasa por alto el de la arbitrariedad.

A pesar que lo usual, en las sentencias que no tratan la doble antijuridicidad exigida por la Constitución en materia de medio ambiente, sea que se descuide el reproche de arbitrariedad, no falta algún caso en que se precise este y se omita la referencia a la ilegalidad. Así ocurrió en "Consejo de Deportes y Recreación VIII Región", en que se estimó únicamente que la recurrida "ha incurrido en un acto no razonable, arbitrario"⁹⁰.

Más alejada aun de la doble antijuridicidad de la acción exigida por la Constitución es, naturalmente, un caso como el de "Villagra Hernández", en que los tribunales se plantearon expresamente el tema de la ilegalidad y de la arbitrariedad de un acto determinado —el decreto del Alcalde de la Municipalidad de Maipú que había autorizado el traslado de una feria libre— y lo descartaron, acogiendo, en cambio, la petición subsidiaria formulada en el recurso en base a omisiones del Alcalde que implicaban infracción a preceptos de la ordenanza municipal sobre ferias libres y a normas de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, es decir, la antijuridicidad que la sentencia da por establecida es una omisión ilegal, que la Constitución descarta en el inciso segundo de su artículo 20 como fundamento de un recurso de protección en favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁹¹.

⁸⁷ RDJ, tomo 84 (1987), 2-5, p. 291. Asimismo en "Piñaleo Pérez" (IC N° 1.283), la Corte Suprema al revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán y acoger el recurso, omitió toda consideración en torno a la antijuridicidad de la conducta de los recurridos.

⁸⁸ IC N° 1.213.

⁸⁹ IC N°s 31, 234 y 444. También en FM N° 389 (abril 1991), p. 65; N° 397 (diciembre 1991), p. 732, y N° 403 (junio 1992), p. 311.

⁹⁰ RDJ, tomo 84 (1987), 2-5, p. 109, considerando 8°.

⁹¹ FM N° 401 (abril 1992), p. 113. "Respecto del acto de autorización y en cuanto se refiere a la ponderación sobre la idoneidad del lugar escogido, no es posible a este tribunal calificarlo de ilegal —leemos en el considerando 9°—, porque ha emanado de una potestad incontrovertida, ni de arbitrario, porque ha sido dispuesto tras un estudio prolongado y aproba-

10. MEDIDAS DE PROTECCION DISPUESTAS POR LOS TRIBUNALES.

La Constitución Política al regular en su artículo 20 el recurso de protección deja una gran latitud a los tribunales para decretar las medidas de protección que consideren convenientes. "La Corte de Apelaciones respectiva –dice– adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado". La amplitud del arbitrio judicial, indispensable, por lo demás, atendida la variadísima gama de agravios a los derechos fundamentales que los tribunales de protección están llamados a corregir, suscita un tema muy interesante al que no se ha prestado tanta atención como a otros por la doctrina, cual es el de las medidas de protección decretadas por los tribunales cuando acogen un recurso.

En lo que se refiere a la tutela jurisdiccional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, las medidas de protección resultan, como es de esperar, variadas. Más que hacer un recuento pormenorizado de las mismas, conviene agruparlas conforme a la radicalidad con que enfrentan la contaminación constatada:

a) *Medidas de protección consistentes en disponer el cese de la actividad contaminante.*

Es el caso del lago Chungará, oportunidad en que la Corte Suprema al confirmar, con cambios en la fundamentación, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, declaró que lo resuelto implicaba la suspensión de la extracción de aguas del Chungará; de "Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora" (1987), en que se decretó el retiro de circulación de los vehículos de locomoción colectiva contaminantes, y también de "Joannon Salas", en que la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó el cese del funcionamiento de la pista de carreras de tierra que motivó la interposición del recurso⁹².

De igual modo, en dos recursos de protección acogidos por la existencia de vertederos ilegales de basura, las medidas de protección decretadas significaban el término de su funcionamiento. En "Freiherr von Furstenberg" (1991) se ordenó al Alcalde de Futrono que procediera a su cierre inmediato y que dentro del plazo de veinte días lo tapara y saneara, y en "Raggi Carvajal", se ordenó a la Municipalidad de Melipilla, responsable de su funcionamiento, que se abstuviera de actuar.

do por el Consejo de Desarrollo Comunal y propuesto por organismos especiales del Municipio". De la existencia de omisiones ilegales se ocupan los considerandos 10 y 11.

⁹² RDJ, tomo 82 (1985), 2-5, p. 261, y tomo 84 (1987), 2-5, p. 267, e IC N° 31. La suspensión, en el caso del lago Chungará, conforme a la declaración de la Corte Suprema, "subsistirá mientras se mantenga a ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca, mientras no se le excluya del listado de la Unesco de ser reserva de la biosfera, inclusión que se obtuvo por petición del gobierno chileno y entretanto no se tome una decisión gubernamental mediante los mecanismos admitidos por la ley" (p. 267).

b) *Medidas de protección que someten la actividad causante de contaminación a ciertas condiciones.*

Entre otros, es lo resuelto en uno de los primeros recursos acogidos –“Traslaviña Valencia”– en que la Corte de Apelaciones de Copiapó dispuso que debía suspenderse la música y todo otro ruido en el cabaret contra el cual se había reclamado, hasta que se acondicionara el local conforme a la ordenanza municipal pertinente⁹³.

También en “Consejo de Deportes y Recreación VIII Región” se dispuso una medida de protección similar, que exigió el reacondicionamiento del establecimiento industrial contaminante para que pudiera reanudar su actividad, mientras que en “Calbacho Rodríguez” se ordenó el traslado de la sección que producía contaminación acústica a otro lugar en el plazo de un mes⁹⁴.

En un par de casos de mayor notoriedad la medida de protección decretada consistió, asimismo, en condicionar la actividad al cumplimiento de ciertas exigencias. En “Vargas Abarzúa” se dispuso que la empresa concesionaria del relleno sanitario pozo Lo Errázuriz debía dar estricto cumplimiento a la totalidad de las exigencias contenidas en una resolución del Servicio de Salud del Ambiente, en el plazo de 120 días, bajo apercibimiento de clausura, y en “Flores San Martín”, que la empresa recurrida –la División Salvador de Codelco Chile–, procediera a poner término definitivo a la depositación de sus relaves en el océano Pacífico, en el plazo máximo de un año⁹⁵.

c) *Medidas de protección de índole genérica.*

Algunas veces los tribunales han dispuesto indeterminada o genéricamente una vigilancia de la autoridad. Es el caso de “Hidalgo Molina”, en que como medida de protección se dispuso recabar de distintos organismos de la provincia de Arica la supervigilancia efectiva de las sociedades pesqueras contaminantes en lo relacionado con la salubridad ambiental de la ciudad. También proviene de la misma Corte de Apelaciones “Aranda Rojas”, caso en que se decretaron asimismo medidas de protección genéricas para evitar la contaminación proveniente de la descarga de aguas servidas a través de un emisario submarino⁹⁶.

La persistencia del problema de la contaminación atmosférica causada por industrias pesqueras en Arica determinó que años después se discutiera

⁹³ RDJ, tomo 82 (1985), 2-5, p. 292.

⁹⁴ RDJ, tomo 84 (1987), 2-5, p. 109, y tomo 86 (1989), 2-5, p. 124.

⁹⁵ RDJ, tomo 83 (1986), 2-5, p. 25, tomo 85 (1988), 2-5, p. 191. Es interesante recordar que en uno y otro caso hubo recursos posteriores relacionados con el cumplimiento de lo resuelto por los tribunales de protección. En el vertedero Lo Errázuriz, el mismo recurrente impugnó sin éxito la aprobación por parte del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana del funcionamiento del relleno sanitario, decisión que se adoptaba en cumplimiento de lo ordenado al acoger el primer recurso (RDJ, tomo 84 (1987), 2-5, p. 122). Y respecto a los relaves del Salvador, el cumplimiento por parte de Codelco de lo resuelto por los tribunales fue atacado por las personas que extraían piratas de cobre en suspensión de los relaves vertidos por la empresa. El nuevo recurso –“Ledesma y otros”– fue, por cierto, rechazado (RDJ, tomo 86 (1989), 2-5, p. 245).

⁹⁶ RDJ, tomo 82 (1985), 2-5, p. 196, y tomo 84 (1987), 2-5, p. 291.

nuevamente ante los tribunales el cumplimiento de las medidas de protección decretadas en "Hidalgo Molina". A tal efecto, la Corte de Apelaciones de Arica estuvo en 1992 por sancionar al Director del Servicio de Salud de Arica, decisión que fue revocada por la Corte Suprema, la que consideró que el funcionario había adoptado "medidas de vigilancia efectivas e impartido instrucciones que parecen razonables, en orden a lograr que las empresas recurridas pongan término definitivo a sus emanaciones contaminantes"⁹⁷.

No es mucho mayor tampoco la precisión de las medidas de protección decretadas en "Bórquez Sandoval", el caso del humo de Paipote, en que se ordenó a la fundición recurrida "adoptar todas las precauciones necesarias para evitar la emanación de gases contaminantes que afectan a la comunidad"⁹⁸.

d) *Medidas tendientes a preaver una amenaza.*

Tal sucede en "Osses Montero", en que se adopta una medida de resguardo encaminada a evitar que nuevamente se produzca el anegamiento provocado por un alcantarillado⁹⁹.

e) *Medida destinada a reparar el mal causado.*

Una de las medidas decretadas en "Ríos Martínez" es de esta índole, puesto que ordena a la sociedad constructora recurrida que restituya el área verde y los espacios comunes existentes antes de la iniciación de las obras¹⁰⁰.

11. CONCLUSIONES.

El examen de quince años de jurisprudencia de los tribunales de protección en los casos en que se ha invocado como derecho infringido el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, muestra que los requisitos más exigentes establecidos por la Constitución no han tenido el efecto limitativo que, en ocasiones, se ha enfatizado.

Principalmente la doble exigencia de antijuridicidad que debe concurrir simultáneamente en la acción contaminante –ilegalidad y arbitrariedad– ha sido superada por los tribunales. Sea a través de una consideración poco rigurosa de la arbitrariedad, estimada como sinónimo de voluntariedad, o incluso prescindiendo de toda referencia a los dos reproches enunciados en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política, el recurso de protección en materia de medio ambiente, en este punto, prácticamente no se diferencia del mismo recurso cuando se basa en derechos diferentes al del N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

⁹⁷ RDJ, tomo 89 (1992), 2-5, p. 173, considerando 6°.

⁹⁸ RDJ, tomo 88 (1991), 2-5, p. 144. Hay que señalar, no obstante, que la sentencia impuso a la empresa la obligación de verificar diariamente los niveles de contaminación atmosférica con objeto de cumplir lo resuelto por el Ministerio de Salud sobre normas de calidad del aire y concentraciones máximas permitidas de contaminantes.

⁹⁹ RDJ, tomo 86 (1989), 2-5, p. 129.

¹⁰⁰ RDJ, tomo 86 (1989), 2-5, p. 222.

Tampoco la exclusión de la omisión como conducta susceptible de fundamentar un recurso de protección en materia de medio ambiente ha sido un obstáculo insalvable. Ello sucede porque es difícil que sin la concurrencia de una acción se produzca, por el solo efecto de una omisión, una degradación ambiental, siendo lo más frecuente en tales circunstancias que la contaminación se derive de acciones contaminantes múltiples y de difícil individualización frente a las cuales la autoridad, que está obligada a actuar, incurra en *notoria omisión*, la cual resalta, entonces, como causa de la contaminación siendo que no es sino un factor coadyuvante. No obstante que las acciones contaminantes existen tras tales omisiones, ha habido incluso alguna oportunidad en que los tribunales han admitido recursos en favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación basados sólo en esas omisiones.

La necesidad de imputar a una persona o autoridad determinada la acción contaminante, que es también un requisito especial para los recursos de protección medioambientales, ha impedido, en cambio, su admisión en aquellos casos en que a pesar de haberse constatado la existencia de una contaminación no ha podido ser individualizado su autor. La protección de oficio, que presenta todavía un desarrollo incipiente, es una vía interesante para superar este problema.

En cuanto a los requisitos del recurso de protección que son comunes al que se ejerce en favor del medio ambiente y de otros derechos, como es su interposición dentro del plazo fatal de quince días establecido por la Corte Suprema para hacerlo, la legitimación activa para recurrir y la compatibilidad del recurso de protección con otras acciones, es dable apreciar una progresiva flexibilización de los criterios jurisprudenciales que ha facilitado su utilización.

Atendida la utilización, explícita o implícita, en las normas constitucionales pertinentes —artículos 19 N° 8 y 20— de conceptos indeterminados necesitados de una precisión jurisprudencial, como es el de medio ambiente y también el de contaminación, la aceptación de los recursos de protección en materia de medio ambiente y su eficacia, dependen, en gran medida, de la interpretación que hagan los tribunales de dichos conceptos, y de la creatividad y decisión para decretar medidas de protección eficaces para poner remedio efectivo al agravio sufrido por el derecho tutelado.

Es por ello que en la jurisprudencia examinada coexisten sentencias que han examinado problemas complejos y de gran envergadura, en que los tribunales han sido capaces de corregir graves casos de contaminación, cuyo ejemplo más notorio es seguramente el de los relaves de cobre vertidos en Chañaral durante años, junto a otras en que, por un motivo u otro, los tribunales no han sido capaces de enfrentar la situación sometida a su conocimiento. Piénsese, por ejemplo, en los varios recursos interpuestos contra la Refinería de Cobre de Las Ventanas en que el recurso de protección no ha sido un instrumento de tutela ambiental satisfactorio. Junto a ellas, por cierto, encontramos sentencias en que se examina una variada gama de problemas —a veces menores, pero no por ello menos importantes para quienes los sufren—, que muestran el potencial que tiene la acción cautelar de protección para resguardar el medio ambiente cuando se configura el bien jurídico protegido como un derecho subjetivo.