

Universidad Andrés Bello

Facultad de Derecho.

Fabiola Graciela Fuentes Laínez.

RECURSO DE PROTECCION RESPECTO DEL DERECHO A
VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACION.

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas dirigida por el Profesor
Don

Marcelo Brunet Bruce.

Santiago de Chile

Año 2008

INDICE.

Introducción.....	4
--------------------------	----------

CAPITULO PRIMERO

Recurso de protección.

1. INTRODUCCION.....	8
2. ASPECTOS GENERALES DEL RECURSO DE PROTECCION.....	9
2.1. Naturaleza Jurídica.....	9
2.2 Elementos.....	10
2.3 Características.....	11
3. TRAMITACION DEL RECURSON DE PROTECCDION: Auto acordado de la Corte Suprema.....	12
4. FUNDAMENTO, SENTIDO, ALCANCE DEL RECURSO DE PROTECCION.....	13
5. CONCEPTO.....	14

CAPITULO II.

Recurso de protección ambiental.

1. INTRODUCCION.....	15
2. HISTORIA.....	15
3. GARANTIA PROTEGIDA.....	18
4. RECURSO DE PROTECCION AMBIENTAL EN LA CONSTITCION DE 1980.....	20

5. CONCEPTO.....	23
------------------	----

CAPITULO III.

**RECURSO DE PROTECCION AMBIENTAL LUEGO DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2005.**

1. DISCUSION EN EL CONGRESO NACIONAL.....	25
2. REQUISITOS LUEGO DE LA REFORMA.....	31
a. ACCION U OMISION.....	31
b. ILEGALIDAD DEL ACTO U OMISION CONTAMINANTE.....	34
c. QUE EL AUTOR DE LA ACCION U OMISION ILEGAL SEA PERSONA DETERMINADA.....	36
d. PLAZO PARA RECURRIR DE PROTECCION AMBIENTAL.....	37

CONCLUSION.....	39
------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA.....	41
--------------------------	-----------

INTRODUCCION.

Este trabajo está dirigido a analizar el recurso de protección que en materia ambiental establece nuestra Carta Fundamental en su art. 20 inc.2º.

Se presentan los antecedentes generales de por qué el tema de los recursos naturales converge hacia lo que se conoce como problemática ambiental. Posteriormente apreciaremos de qué forma el constituyente chileno se hace cargo del tema ambiental.

El recurso de protección ambiental tiene diferencias sustanciales con el recurso de protección descrito en el inciso primero del mismo artículo 20 de la C.P.R., y estas serán estudiadas, teniendo en cuenta cuáles fueron las razones que se tuvieron a la vista para realizar tal distinción.

Como uno de los temas relevantes en la actualidad es el del medio ambiente y cómo el hombre se desarrolla junto a él, dejando muchas veces un rastro visible que lo afecta considerablemente. Es por esta razón que durante la elaboración de nuestra Constitución dicha afectación fue recogida por el constituyente asegurándolo así.

La constitución Política establece en el ordenamiento jurídico Chileno una acción denominada recurso de protección en su artículo 20, el que permite hacer efectivas las garantías constitucionales que dicho artículo consagra, en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la

debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

En su inciso segundo encontramos la protección que se le otorga al N° 8 del artículo 19° que hace procedente el recurso en cuestión, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Como se puede observar, el inciso segundo establece requisitos que hacen más restrictiva la interposición del recurso de protección en materia medio ambiental. Ello nos lleva a indagar en la historia de su establecimiento y los pronunciamientos de la doctrina al respecto. Para dicho fin, será necesario estudiar lo básico del recurso, a entender, sus fundamentos, historia, naturaleza jurídica, elementos características, contenido, y el auto acordado que lo regula.

El constituyente al asegurar los derechos y garantías del artículo 19 lo hizo en razón de que los hombres tienen derechos que son de su naturaleza y anteriores al Estado, debiendo este último reconocerlos, regularlos y protegerlos, como lo expresa el constituyente al establecer, que por muy perfecta que sea una declaración de derechos no sirven para nada sino existen los recursos necesarios para su protección.

Es por esto que nuestro trabajo se centra en un estudio muy breve del recurso de protección general. Una vez claro y determinados los conceptos básicos para entenderlo, entraremos ya en el punto principal que ocupará nuestra atención durante esta investigación.

Para entender de qué estamos hablando, habrá que ir nuevamente a la historia fidedigna del establecimiento de la acción de protección en materia ambiental. Donde analizaremos cómo fue el establecimiento de esta garantía en la Constitución, y qué

derecho protege, además veremos uno a uno cada requisito existente en la Constitución de 1980, y el porqué de su existencia.

Como se explicara también en lo relativo a la historia del recurso, cabe insistir en que el constituyente consideró que el recurso de protección en materia ambiental debía tener requisitos más exigentes en relación al recurso del inciso 1° del artículo 20 de la constitución.

Así también lo fue entendiendo la doctrina, como veremos más adelante. Así mismo, se entiende que no puede ser, un recurso, de amplia aplicación, ya que siempre existirían elementos contaminantes en el ambiente y se podría tratar de recurrir contra dichos agentes, afectando así las diversas industrias de nuestro país.

A lo que se apunta en definitiva con hacer este recurso de más reducida interposición, es que el afectado en su derecho tenga una tramitación más ágil y expedita que otras acciones, y por otro lado, evitar que se use indiscriminadamente, teniendo en cuenta que existe además, normativa especial relativa al tema de la contaminación y el medio ambiente.

Al expresar la Constitución en el encabezado del artículo 20 inciso 2° que “procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando.....” lo hace en forma imperativa y afirmativa, por lo que procederá cuando se ajuste a los requisitos que establece la Ley Fundamental.

Lo que intentaremos en definitiva con este trabajo es analizar cuál fue el real enfoque que el constituyente pretendió al establecer este recurso en materia ambiental.

Para ello nos centraremos en la reforma Constitucional del año 2005, analizando la opinión de cada uno de los Senadores, Diputados y de las organizaciones que ellos tomaron en consideración al momento de establecer la reforma.

Analizaremos cada uno de los requisitos del Recurso luego de la reforma a la Constitución, ya que solo así lograremos entender a que apuntó el constituyente al realizar la reforma del inciso segundo del artículo 20.

CAPITULO I.

RECURSO DE PROTECCION.

1. INTRODUCCION.

La Constitución Política establece en el ordenamiento jurídico Chileno una acción denominada recurso de protección en su artículo 20, el que permite hacer efectivas las garantías constitucionales que dicho artículo consagra, en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

En su inciso segundo encontramos la protección que se le otorga al N° 8 del artículo 19º que hace procedente el recurso en cuestión, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Como se puede observar, el inciso segundo establece requisitos que hacen más restrictiva la interposición del recurso de protección en materia medio ambiental. Ello nos lleva a indagar en la historia de su establecimiento y los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia al respecto. Para dicho fin, será necesario estudiar lo básico

del recurso, a entender, sus fundamentos, historia, naturaleza jurídica, elementos características, contenido, y el auto acordado que lo regula.

2. ASPECTOS GENERALES DEL RECURSO DE PROTECCION.

El constituyente al asegurar los derechos y garantías del artículo 19 lo hizo en razón de que los hombres tienen derechos que son de su naturaleza y anteriores al Estado, debiendo este último reconocerlos, regularlos y protegerlos, como lo expresa el constituyente al establecer, que por muy perfecta que sea una declaración de derechos no sirven para nada sino existen los recursos necesarios para su protección.

2.1. Naturaleza Jurídica.

Al hablar de la naturaleza jurídica del recurso de protección nos estamos refiriendo a que en realidad se está frente a una acción y no un recurso.

Podemos definir acción como “el derecho a impetrar la actividad del órgano jurisdiccional para que éste cumpla con su función propia, esto es, resolver el conflicto”¹. Y recurso como “aquellos medios procesales que la ley consagra para que la parte agraviada por medio de una determinada resolución judicial obtenga que éste sea enmendado o dejado sin efecto en todo o parte”².

En el caso de este recurso se dan todos los presupuestos para que exista una acción; la imputación de conducta contra las normas, un órgano que debe solucionar el conflicto y el derecho a solicitarle una solución, esto es, se provoca un proceso cuando el titular se ve afectado en el legítimo ejercicio de sus derechos.

¹ ERRÁZURIZ, J. y OTERO, J., Aspectos procesales del recurso de protección, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 11.

² Ob.cit., pp. 12.

2.2 Elementos.

Toda acción tiene un sujeto activo, un sujeto pasivo, un objeto o pretensión y una causa. Este punto será tratado solo doctrinariamente, ya que en el siguiente capítulo los requisitos se tratarán los requisitos que contempla el recurso de protección en materia ambiental.

- A) Sujeto activo: es aquel que ejerce la acción, el titular de ésta. En el caso del recurso de protección es “El que...”. Esta expresión es amplia ya que incluye a las personas naturales y jurídicas y agrupaciones sin personalidad jurídica, lo que no puede ser una acción pública, porque debe haber un interés (directo) del sujeto activo. .
- B) Sujeto pasivo: Es contra quien se dirige la pretensión. En el caso del recurso el sujeto pasivo es la propia Corte de Apelaciones, ya que a ella se le pide protección al afectado por mandato de la Constitución cuando expresa en el artículo 20 “..... que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para establecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado...”.
- C) Objeto: La pretensión es el objeto de la acción. En el caso del recurso de protección se pide a la Corte de Apelaciones que cumpla con el mandato constitucional de resguardar estos derechos, lo que se refleja en su texto.
- D) Causa: Es el motivo por el cual se intentará la pretensión, en este caso es cuando el afectado sufra la perturbación, amenaza o privación del legítimo ejercicio de su derecho.

Además debe existir una relación procesal -vínculo que une a las partes entre sí y a estas con el tribunal-. Respecto del recurso de protección hay una cierta dificultad, ya que el sujeto pasivo es el propio tribunal y habría sólo dos sujetos, entonces esta relación se perfeccionaría desde el momento que el recurso deduce la acción.

2.3 Características.

Existen distintas formas de caracterizar el recurso de protección, en este punto haremos un análisis de ciertos aspectos relevantes.

- a. Es una acción cautelar, ya que lo más importante es la tutela de los derechos antes cualquier agravio.
- b. Es de rango constitucional, lo cual le da mayor estabilidad y un procedimiento especial.
- c. Sus méritos procesales son el de ser un procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, además de abierto y provisorio.
 - i. El ser informal. Quiere decir que se puede interponer en un papel simple, por un acta ante la secretaria del tribunal, no se requiere poder ni patrocinio de abogado.
 - ii. El carácter inquisitivo es que el tribunal debe investigar los actos u omisiones que han sido denunciados.
 - iii. La unilateralidad es en razón de que lo que pide es que se restablezca un derecho afectado, no hay una contraparte, está establecido a favor del titular. Esto no obsta a que el que ejecutó el acto u omisión agravante se haga parte en el recurso, en este caso derivara en un procedimiento bilateral, ya que sólo en este momento en que el recurrido se hace parte deja de ser tercero y adquiere los derechos y cargas de esa condición.
 - iv. La brevedad y concentración del recurso se deben a que en su primera instancia consta de tres fases: admisión del recurso, inquisitiva y la decisión. En segunda instancia es aun breve porque no hay fase inquisitiva y su conocimiento se da en cuenta preferente.
 - v. La amplitud del procedimiento es que el único límite del juez está en su sujeción a las finalidades de esta acción procesal que

consisten en restablecer el imperio del derecho (fin social) y asegurar al agraviado la protección debida (fin procesal).

- vi. Lo provisorio se refiere a que la resolución que recae sobre el recurso de protección es una sentencia definitiva, pero el efecto de cosa juzgada es solo formal, ya que la propia constitución establece este recurso “.....sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Se deja la posibilidad de poder discutir el fondo de la cuestión en un juicio ya sea por vía jurisdiccional o administrativa, según corresponda.

3. TRAMITACION DEL RECURSO: Auto acordado de la Corte Suprema.

Los Auto Acordados³ son resoluciones judiciales emanadas de los tribunales superiores de justicia que, en búsqueda de la economía procesal, están encaminadas en pos de una mejor administración de justicia. Esta facultad se encuentra establecida en la Constitución.

Son 5 los Auto Acordado a los que nos referiremos. El primero de ellos es de marzo de 1977, para dictarlo la Corte Suprema invoco el inciso segundo del artículo 2º del Acta constitucional nº3; además citó el inciso primero del artículo 86 de la Constitución de 1925, que era quien le otorgaba la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, con arreglo a la ley. Luego de promulgada la nueva constitución este Auto Acordado continuó vigente. Luego de eso en junio de 1992 se modificó el anterior Auto Acordado, en este se establece la fecha exacta desde que se cuentan los 15 días para su interposición, además de muchos cambios en materia

³ Los Auto Acordados son resoluciones emitidas por los tribunales superiores de justicia, que tienden a reglamentar en uso de sus facultades económicas, ciertos asuntos que no se encuentran suficientemente determinados por la ley o materias cuya tramitación es trascendente y necesaria para un mejor servicio judicial. MATURANA MIQUEL, Cristian. “Derecho procesal Orgánico”, Facultad de derecho universidad de Chile, marzo de 2003. Pp. 68.

procedimental. El tercer Auto Acordado fue el de marzo de 1996 que modificó las materias de distribución entre las salas de la Corte de Suprema por especialidades. El cuarto Auto acordado corresponde a marzo de 1998, fue durante este año que la Corte Suprema introduce nuevamente reformas al Recurso de Protección mediante un Auto Acordado, pero esta vez fueron muy criticadas ya que se establece el trámite de admisibilidad previa, acto que ha sido considerado como inconstitucional por muchas, ya que se considera que afecta el derecho de acceso a la justicia, porque quedaría en manos de la corte el aceptar o no el recurso interpuesto. Y el último es el Auto Acordado del año 2007 que modifica entre otras cosas el plazo de interposición del recurso a 30 días.

4. FUNDAMENTO, SENTIDO, ALCANCE DEL RECURSO DE PROTECCION.

Podríamos decir que el fundamento de este recurso proviene del orden social, que debe existir en una sociedad, donde deben establecerse medios para la protección y garantía de los derechos fundamentales, siempre teniendo en mente que el fin del Estado es el Bien Común, por lo que resulta de extrema necesidad no sólo reconocer cuáles son las garantías constitucionales de las personas, sino también el conceder herramientas para poder accionar en caso que dichas garantías sean atropelladas.

Por lo que para nosotros este recurso tendrá como fundamento la protección de los Derechos esenciales de las personas.

Muchas veces se preguntó cuál sería el sentido de este recurso, a lo que se contestó por parte de la doctrina “que se trataba de un remedio pronto y eficaz para prestar un inmediato amparo al afectado, cada vez que una garantía constitucional se viera amenazada, restringida o conculcada, sea por acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, que emanen de alguna autoridad, de algún particular, y más aun, aunque

provinieran de alguna asociación con o sin personalidad jurídica”⁴. Una acción constitucional que da protección a los derechos fundamentales.

Por lo que podemos concluir que el real sentido de esta acción constitucional sería, la prontitud y eficacia con la que debe contar este recurso ante situaciones de emergencia que pudieran amenazar, restringir las garantías constitucionales.

Este recurso tiene alcances muy extensos, ya que puede interponerse contra cualquier persona o agrupación, considerando que se trata de un recurso ante situaciones de emergencia.

5. CONCEPTO.

“Acción naturaleza cautelar destinada a amparar a quién por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en legítimo ejercicio de derechos y garantías mencionados en artículo 20 de la Constitución”⁵.

⁴VARGAS MIRANDA, RAFAEL ANDRES, El recurso de protección ambiental, Santiago, Sociedad Editora Metropolitana Ltda., 2005, p. 245.

⁵ Disponible en: www.derecho.uchile.cl/cda/archivos/docencia/pres_jornadas/3.Urrutia.ppt

CAPITULO II.

RECURSO DE PROTECCION AMBIENTAL.

1. INTRODUCCION.

En este segundo capítulo, nos dedicaremos al estudio de la institución que motiva el título de esta tesina.

Así como después de una necesaria introducción llegamos a esta segunda parte en la que nuestra motivación es la acción consagrada en el artículo 20° inciso segundo de la Constitución, para entender mejor esta acción nos remitiremos a su historia fidedigna, y explicaremos cual es la garantía protegida por esta acción.

2. HISTORIA.

Para explicar la historia del inciso segundo del artículo 20° nos remitiremos a cuatro hitos que a juicio del autor RAFAEL VARGAS son los que determinaron la inclusión del inciso en cuestión.

En primer lugar, tenemos que mencionar como factor determinante “la necesidad de ampliar el ‘Hábeas Corpus’ hacia otros derechos que no sean la ‘libertad personal’, pero que pasaría a llamarse ‘Recurso de Protección’.” Que lo concibe como un símil al recurso de amparo, pero respecto de otras determinadas garantías constitucionales, de libertades y derechos que están en la Carta Fundamental, que permita la solución rápida, eficaz, de un atropello que se está produciendo y que afecte al ejercicio de una de esas libertades, garantías y derechos constitucionales.

En segundo lugar, se considera “la discusión surgida en el seno de la Comisión Constituyente (CENC) respecto a la procedencia de esta acción para la protección de aquellas garantías llamadas ‘Derechos Sociales’.” El ánimo en la comisión para que tales libertades y derechos fueran merecedoras de la protección de este nuevo recurso, era que debía tratarse de garantías de carácter personal. Una garantía a la cual se tenga acceso por el sólo hecho de vivir en este territorio y que no dependa de las prestaciones que debe suministrar el estado.

Señala Vargas Miranda que criterios análogos se encontraban en las posturas del señor Guzmán y Evans, quienes no coincidían con la idea de comulgar vía este nuevo recurso de protección a los derechos llamados sociales o colectivos, en este punto señalada el autor que es imposible no mencionar la oposición sostenida por el Señor Silva Bascuñán, para que este nuevo recurso de protección también protegiera a los derechos sociales; ya que a su juicio deberían quedar incluidos en este derecho, e hizo presente su deseo de que la comisión se pronunciara sobre la idea de no distinguir entre los derechos, sino que referirse a todos ellos.

Ante lo cual, el señor Ortúzar consideró la conveniencia de entrar a revisar cada una de las garantías, para precisar con respecto a cuales podría tener lugar el recurso de protección, algo no compartido por el señor Guzmán, ya que para él este derecho era una aspiración social de muy difícil solución legislativa, ya que todo derecho debe tener algún procedimiento para ser resguardado y respecto de los derechos que se han dejado afuera no cree que no exista forma de resguardarlos, sólo que para él este derecho es una aspiración ligada a muchas circunstancias de tipo social, difíciles de solucionar. También agrega concordando con Evans que un recurso de amparo sobre esta materia no correspondería ya que solo podría contribuir al abuso del mismo, y a prestaciones de chantaje respecto de personas que están ejerciendo legítimamente un derecho. A lo que Ortúzar opino estar absolutamente convencido de esto. En opinión de Vargas Miranda esto fue un error y desconocimiento del tema.

Como tercer hito a destacar, nos traslada al 11 de septiembre de 1976, donde la Honorable Junta de Gobierno, en ejercicio de la potestad constituyente con que se encontraba investida, dictó el acta constitucional número tres, la que en virtud de lo establecido en el artículo 89 transitorio, entró en vigencia el día 18 del mismo mes. Acta constitucional que consagraba por primera vez, el derecho Constitucional a vivir en un ambiente sano. El cual establecía:

Artículo 1°. “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta acta constitucional asegura a todas las personas:

N° 18. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Es deber del estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

El fundamento principal de este Derecho lo encontramos en el considerando 99 del Acta constitucional n° 3, en la que se declaró “que no puede tampoco ignorar el peligro de la contaminación ambiental, el que, aunque no tratado todavía por otras Cartas Fundamentales, implica un riesgo permanente para la vida y el desarrollo del hombre”.

Aunque la inclusión de esta garantía fue un paso muy importante se olvido algo más importante aun, que fue la posibilidad de que este derecho sea protegido por el Recurso de Protección, por estimarlo una aspiración social, no digna de protección. Pero esto fue reparado con el posterior recurso de protección elaborado por la comisión Ortúzar, que en el nuevo proyecto lo contempla.

Esto ha sido el largo proceso que ha debido pasar el recurso de protección ambiental, para poder hoy encontrarse en nuestra carta fundamental.

Llegando al final de esta historia, no podemos dejar de mencionar el periodo en que dicho proyecto fue aprobado por el consejo de Estado. Esta última etapa en el tiempo

en que la junta de gobierno ejerce la potestad constituyente, e introdujo un requisito adicional a los que ya se encontraban previstos por la comisión, sustituyendo la conjunción disyuntiva “o” por la copulativa “e” entre la palabra arbitrario y la palabra ilegal.

Este cambio se fundamenta debido a que la junta de gobierno quiso restringir más la procedencia de esta acción, destacando aun más el carácter excepcional del recurso.

3. GARANTIA PROTEGIDA.

ARTICULO 19 N° 8 DE LA CONSTITUCION.

Artículo 19 **“La constitución asegura a todas las personas...:”**

“...8° El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Nuestra carta fundamental consagra por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en el año 1980, cabe señalar que la consagración de tal garantía es de gran importancia, lo que demuestra que la defensa del medio ambiente ha dejado de ser una preocupación exclusiva de los ecólogos, para transformarse en un problema que también inquieta a los hombres de derecho.

Lo que asegura esta garantía – vivir en un medio ambiente libre de contaminación – no significa que el medio ambiente sea totalmente libre de contaminación, sino que, los

elementos dañinos para la vida, salud, y ambiente, sean de un nivel en que no se afecten la integridad física o síquica de las personas.

Al estudiar las actas oficiales de la comisión de estudios de la nueva constitución entendemos que es este el sentido que se le quiso dar a esta garantía, un medio ambiente que si se contamina no sea de un modo perjudicial para la vida.

Luego de la dictación de la ley de bases generales del medio ambiente N° 19.300, es que se hizo más fácil entender más el bien jurídico protegido por esta garantía constitucional. Ya que esta ley nos da definiciones concretas, que nos sirven para entender de mejor manera la garantía protegida, dentro de las definiciones más importantes podemos considerar las siguientes: artículo 2° “Para todos los efectos legales, se entenderá por: letra c) Contaminación: la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, derivados químicos o biológicos, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o periodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental; letra ll) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones; letra m) Medio Ambiente Libre de Contaminación: aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y periodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población , a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental; letra p) Preservación de la naturaleza: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país; letra q) Protección del Medio ambiente: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinadas a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro;”.

Luego de analizar estas definiciones es que podemos señalar que dicha ley contribuyó a aclarar puntos controvertidos antiguamente para la doctrina nacional, ya que antes sólo se limitaban a decir que se trataría de un derecho nuevo, especial y desconocido, afortunadamente este cambio, luego de la dictación de esta ley es que nos encontramos con que este derecho no solo comprende a las personas, sino también a la naturaleza y al patrimonio ambiental.

Luego de conocer estos conceptos podemos mencionar lo que señala Ángela Vivanco en su Curso de Derecho Constitucional; para ella esta garantía crea un deber para el Estado que abarca dos materias, primero velar para que el desarrollo de este derecho no sea afectado y segundo tutelar la preservación de la naturaleza. Estos dos deberes del Estado se protegen a través de instrumentos de gestión ambiental, es por esta razón que la misma Ley 19.300 ya menciona en el artículo 2 letra i), j), y k), señalan respectivamente, lo que es un Estudio de Impacto Ambiental, Evaluación de Impacto Ambiental, e Impacto Ambiental.

De esta misma forma es que el artículo 11 de la misma ley señala “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: letra a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; letra b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;...”

4. RECURSO DE PROTECCION AMBIENTAL EN LA CONSTITUCION DE 1980.

Para analizar este punto nos remitiremos netamente a un estudio del inciso 2º del artículo 20 vigente hasta el año 2005 que señala:

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del n° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”

Inciso en el cual se consagraba el recurso de protección ambiental, una acción de rango constitucional que resguarda - aunque de manera deficiente según parte de la doctrina – el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Resulta indiscutible señalar que gracias a esta disposición, esta garantía constitucional asegura el vivir en un ambiente sano, tiene protección jurídica, y desde su aparición se transformó en la vía mas usada de protección del medio ambiente, esto porque nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba mejores formas de hacerlo.

En este inciso segundo encontrábamos los requisitos de características propias de esta acción constitucional, como lo eran ser un acto arbitrario e ilegal, y que podían ser imputables a una persona o autoridad determinada, lo que analizaremos un poco más adelante.

Comenzaremos analizando el principio del inciso, el que cual señala la palabra ‘procederá’ ante lo cual lógicamente podemos entender que se refiere a que procederá cuando se cumplan los requisitos establecidos por la Constitución, lo que no fue tan así, ya que además de cumplirse con esos requisitos debía cumplir con los requisitos señalados en el Auto Acordado que tramitaba este recurso, que establece otros requisitos.

4.1 Requisitos del recurso:

Acción y no omisión: Lo que le daba un carácter excepcional al recurso, que para poder recurrir de protección debe ser a través de un acto. Pero ¿que entendemos por acto?, para lo cual solo se encuentran conceptos civiles, como por ejemplo

“Manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes, porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”⁶ por lo que entendemos que se trata de una conducta voluntaria, externa y por lo tanto intencional. Además debe tratarse de una acción que produzca efectos significativos para el Derecho Ambiental, que perturben, priven o amenacen la garantía de vivir en un ambiente libre de contaminación. Esta la podríamos señalar en materia civil como una obligación de no hacer, ya que lo que no debe hacerse es contaminar, obligación que recae en todas las personas y autoridades, y que de incurrir en una infracción de esta obligación se estaría realizando un acto contaminante.

Tenemos que señalar que esta limitación del recurso a sólo acciones, se debe en nuestra opinión a “evitar la interposición de acciones de protección dirigidas en contra del Estado cuando éste no actúa en su deber o tratar de mejorar el entorno”⁷

Arbitrariedad e ilegalidad del Acto: Consideramos que esta doble antijuridicidad se debe a una forma de restringir aun más la procedencia de la acción de protección ambiental.

Que el autor del agravio sea una persona o autoridad determinada: A diferencia de la acción ordinaria de protección que se dirige en contra de cualquier persona o autoridad, en el caso del Recurso de Protección Ambiental debe haberse cometido por una persona o autoridad determinada. Es decir si no se sabe a quién imputarle la acción, difícilmente podría establecerse una medida de protección a favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por desconocerse cuál sería el origen de la actividad contaminante.

⁶ VIAL DEL RÍO, VÍCTOR. “Teoría General del Acto Jurídico”. Ediciones Universidad Católica de Chile. 1998. P 31.

⁷ VARGAS MIRANDA, Rafael,. El recurso de protección ambiental. Ediciones Metropolitana. Año 2005. Santiago, Chile. pp. 530.

El fundamento de esto según parte de la doctrina sería que “no son recurribles de protección la contaminación natural ni la conducta que, ajustándose a la razón, la justicia y la normatividad positiva genera, sin embargo, impurezas ambientales, porque este efecto no es ilícito desde que constituye la secuela inevitable e insuperable del ejercicio legítimo de los derechos”⁸

“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 ambiental, lo que no ocurre con otros derechos en que pueda otorgarse y, de hecho, a veces se ha otorgado protección jurisdiccional ante agravios a los derechos de algunas personas provenientes de autor desconocido, 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”⁹

Por lo que en virtud de este requisito sería improcedente una protección, aunque la contaminación sea evidente, si se desconoce su autor.

5. CONCEPTO.

“Una acción de rango constitucional, que cautela el legítimo ejercicio del derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación. Y que, a su vez, constituye un Derecho poseído por todas las personas, que podrá ser accionado por causas de

⁸ CEA EGAÑA, José Luis. “Tratado de la Constitución de 1980”. Editorial Jurídica de Chile. 1988. PP. 349.

⁹ BERTELSEN REPETTO Raúl. “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho volumen 25 n° 1, 1998. PP. 163

acciones, cuya antijuridicidad ambiental será arbitraria e ilegal, y siempre y cuando puedan ser imputadas a alguna autoridad o persona determinada”¹⁰.

¹⁰ Vargas Miranda. Ob.cit pp. 660.

CAPITULO III.

RECURSO DE PROTECCION AMBIENTAL LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2005.

1. DISCUSION EN EL CONGRESO NACIONAL.

La moción tuvo su origen en una iniciativa del senador Antonio Horvath, quien planteo reemplazar el inciso 2° del artículo 20.

Los fundamentos de esta moción están en la mayor exigencia de este recurso, que resguarda el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ya que el acto que perturbe el derecho debía ser arbitrario e ilegal en forma copulativa. Y debido a que “Los graves índices de contaminación que se registran en nuestro país ponen de relieve la necesidad de crear una mayor conciencia ciudadana y un control más estricto sobre quienes amparándose en procedimientos de larga duración o en la carencia de una legislación ambiental coherente, permiten o realizan actos que provocan serios daños al desarrollo de un entorno capaz de permitir una vida sana y de preservar un ambiente adecuado para las generaciones venideras”¹¹.

Esta exigencia conjunta, ha significado la denegación de la protección constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ya que en múltiples ocasiones, se ha invocado la legalidad del acto, o la no existencia de arbitrariedad, ante lo cual se han desechado los recursos.

¹¹ PFEIFER URQUIETA, Emilio. Reformas Constitucionales 2005. Editorial Jurídica de Chile. Año 2005. PP. 97.

De ahí que se considero la necesidad de librar a este recurso del doble requisito, que en ese entonces lo caracterizaba, accediendo a que proceda en forma alternativa entre actos ilegales o arbitrarios.

Además se señaló como argumento que el texto aprobado por la Comisión de Estudios para la nueva Constitución autorizaba la interposición del recurso no contenía como exigencia que el acto fuera arbitrario e ilegal, sino que fue la Junta de Gobierno quien introdujo la modificación – tal como lo señalamos en el capítulo II antes visto – sin conocer las razones que tuvo para ello.

Para entender mejor el sentido que se buscó analizaremos algunas de las opiniones que fueron escuchadas por la Comisión del Senado.

En primer lugar se obtuvo la opinión de la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), quien señaló “... que fue la Junta de Gobierno la que sustituyó la conjunción disyuntiva “o” por la conjunción copulativa “e” entre las palabras “arbitrario” e “ilegal”, por “motivos y propósitos” que no han sido hasta la fecha publicados. Pero que no ‘es sensato colegir que la exigencia suplementaria señalada sea casual o carente de fundamento. Por el contrario, debe lógicamente aseverarse que la Junta de Gobierno quiso así restringir aún más la procedencia de esa acción tutelar respecto del bien jurídico nombrado, enfatizando con ello el carácter excepcional y, por ende, tanto de interpretación como de aplicación estricta o restringida que es imperativo dar al precepto constitucional sobre el recurso de protección del ambiente cuando éste resulte o pudiera ser contaminado”¹²

La CONAMA considero que esta exigencia conjunta de ilegalidad y arbitrariedad no tiene hoy mayor fundamento.

También se escuchó al Centro Universitario Internacional Europa-Latinoamérica de Investigación y Formación en Ciencias Ambientales de la Universidad de Concepción, quien expresó “que la restricción que actualmente afecta al recurso de protección

¹² PFEFFER URQUIETA. Oc.cit pp. 99.

ambiental no concuerda con el espíritu con el cual se dictó la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, tanto en lo concerniente al sistema de evaluación de impacto ambiental como a materias tales como la acción de reparación ambiental, donde ninguno de sus preceptos exige, para interponer una reclamación o la correspondiente acción reparatoria, la exigencia de ilegalidad en el actuar de la administración.

Observamos que la mayor parte de los conflictos surge de la existencia de arbitrariedades, ya sea emanada de los particulares o del Estado, que no siempre importan al mismo tiempo ilegalidades, con lo cual los conflictos ambientales tienden a ser derivados a otras áreas de confrontación social. Por ello mantener la actual diferencia constituye una clara discriminación, en cuanto se establece una suerte de jerarquía entre los derechos constitucionales, la que, a su vez, constituye una contradicción que no resiste lógica en la propia Constitución. Pensar que podría haber garantías constitucionales más protegidas que otras es un absurdo jurídico, que debe desecharse”¹³.

La comisión también escuchó al profesor Francisco Cumplido quien señaló que “la aplicación práctica del recurso de protección en tutela del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación demuestra que, a pesar de la exigencia de que el acto sea arbitrario e ilegal, no se ha evitado la interposición de recursos temerarios que los tribunales han tenido que rechazar”¹⁴.

Así mismo el profesor Raúl Bertelsen “analizó la jurisprudencia de quince años en materia de recursos de protección por vulneración al derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. De ese examen concluye que la mayor exigencia establecida por la constitución no ha tenido el efecto limitativo que, en ocasiones, se ha enfatizado. Más aún, la doble y simultánea exigencia de antijuridicidad –ilegalidad y arbitrariedad- en la acción contaminante, ha sido superada por los tribunales a través de una consideración poco rigurosa de la arbitrariedad, estimada como sinónimo de

¹³ Reformas constitucionales. Ob.cit. pp 99.

¹⁴ Reformas constitucionales. Ob.cit pp 100.

voluntariedad o, incluso, prescindiendo de toda referencia a los dos reproches enunciados en el inciso 2º del artículo 20.

Luego de escuchar y analizar todo lo anterior, es que se da el debate en la comisión del senado para lo cual nos referiremos a la opinión de cada de los senadores de la comisión todo esto en relación al primer informe de la comisión.

Senador Horvath señaló “en cuanto al impacto que el recurso de protección ha tenido en el desarrollo de protección de inversión, las acciones interpuestas no los han detenido, sino que han permitido reorientarlos y modificarlos con el objeto de preservar en mejor forma los recursos naturales. También, que por tratarse de un mecanismo judicial expedito y eficiente, frente a las vías ordinarias que demandan mucho tiempo, unido al hecho de que el daño ambiental en ese lapso sigue agravándose, la protección representa un medio de tutela muy efectivo”¹⁵.

Se refirió también “a los vacíos que ha demostrado en la practica la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. En especial, cuando la entidad técnica es sobrepasada por decisiones de tipo político, a pesar de que está demostrado que un proyecto vulnera determinadas normas medioambientales. Tampoco se abre espacio suficiente para alternativas a los proyectos sometidos a la evaluación por parte de las correspondientes instancias técnicas. Asimismo, las oficinas consultoras que realizan los estudios que deben adjuntarse a los proyectos son contratadas por las propias empresas inversionistas, con lo cual queda en tele de juicio la objetividad con que se elaboran dichos informes, sin perjuicio de que las comunidades afectadas, carentes de medios para hacer sus propias evaluaciones, queden en desigualdad de condiciones. Por ello, mientras no se

¹⁵ Reformas constitucionales. Ob.cit PP. 101.

modifique el referido cuerpo legal, los recursos de protección operan como fórmulas de protección”¹⁶.

El Senador Viera-gallo señala “que esta acción se concibe en la Constitución como un instrumento de cautela normal en el caso de los derechos civiles y políticos, pero que no ocurre lo mismo tratándose de los derechos sociales. En este ámbito sólo se lo contempla en situaciones específicas o será procedente con mayores limitaciones, como ocurre en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, donde se prevén restricciones de dos órdenes: la doble antijuridicidad y la necesidad de que se trate de un acto. En tal sentido, es deseable estudiar este punto con mayor profundidad, para resolver si se amplía su procedencia respecto de los denominados derechos sociales, por cuanto no existe razón para que algunos sean protegidos y otros no. Hizo notar también que en otros países esta acción sólo procede cuando se han agotado previamente todas las vías de solución, pero ello no ocurre en Chile, de lo que resulta que la solución de conflictos de envergadura, de índole económica o política se traslade al campo judicial, lo que no es deseable, toda vez que las cortes pasan a tener una amplia participación en decisiones propias de la vida política del país”¹⁷.

También hizo presente “que para reclamar por irregularidades observadas en el manejo de los recursos naturales existen las vías consagradas en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, pero que normalmente se opta por utilizar el recurso de protección, no necesariamente porque los mecanismos de defensa previstos en la mencionada ley sean ineficaces, sino por la mayor expedición que ofrece la tramitación de esta acción, la cual, además, no produce cosa juzgada”¹⁸.

¹⁶ Reformas constitucionales. Ob.cit pp. 103.

¹⁷ Ídem. Pp. 103.

¹⁸ Ídem pp. 103.

“el Senador Valdés compartió la idea de ampliar el campo de aplicación del recurso de protección, con el objeto de asegurar el efectivo ejercicio de garantías constitucionales”¹⁹.

El senador Fernández “señaló que él también concordaba con que el recurso de protección no protegía la totalidad de las garantías, y que esto debería ampliarse, para que esto no sea sólo algo que está en el papel, sino que el Estado asuma las nuevas responsabilidades en forma real efectiva”²⁰.

El senador Morena señaló que “en el tiempo en que se redactó la constitución, no estaban claro aun los conceptos de protección ambiental, que ya se discutían a nivel mundial, de ahí que existiera un doble requisito –ilegalidad y arbitrariedad- para interponer el recurso. Pero esto ha cambiado y se demostró la fragilidad del recurso, más que en un fortalecimiento. Por lo que estima que es imperativo preocuparse de vivir en un ambiente sano”²¹.

El senador Viera-Gallo propuso eliminar la expresión “arbitrario”, sólo manteniendo el requisito de ilegalidad²²

Luego de escuchar estas opiniones y otras existió un acuerdo de la cámara en su primer informa, el que reemplazó el inciso 2º del artículo 20, la expresión “acto arbitrario e ilegal” por “acto u omisión ilegal”.

Luego de muchas indicaciones presentadas por los senadores, se debate en la comisión un segundo informe, el cual se basa en el plazo de interposición del recurso, consideramos la opinión del senador Silva como la más relevante en este caso, él señala que “el plazo de 15 días fijado por el auto acordado es apropiado y no debería alterarse.

¹⁹ Reformas constitucionales. Ob.cit pp. 103.

²⁰ Reformas constitucionales. Ob.cit pp. 104.

²¹ Reformas constitucionales. Ob.cit pp. 106.

²² Reformas constitucionales. Ob.cit pp. 106.

Prolongarlo significaría, en cierto modo, analogar este mecanismo jurídico a la tutela que brindan otros medios de impugnación”²³.

En la cámara de diputados se explico de qué se trataba esta modificación no habiendo más indicaciones que una presentada por el ejecutivo la cual fue rechazada. En el segundo informe de la cámara de diputados se aprueba la modificación, y se plantea una reforma al inciso 1° del artículo 20, la cual no prospera por no tener el quórum necesario.

2. REQUISITOS LUEGO DE LA REFORMA.

Luego de analizar la discusión en el Congreso Nacional, de lo que no hay duda es que para que proceda el Recurso de Protección Ambiental deben cumplirse ciertos requisitos exigidos por la constitución y que ahora pasamos a estudiar.

En nuestra opinión el estudio de los requisitos del Recurso de protección ambiental, será referido a la admisión y procedencia del mismo. Esto ya que será en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Carta Fundamental y en el Auto Acordado, si será acogido o rechazado el recurso.

a. ACCION U OMISION.

Este primer requisito fue introducido por la Ley n° 20.050²⁴, ya que anteriormente sólo estaba permitida la procedencia a las acciones.

²³ Reformas constitucionales. Ob.cit pp. 108.

Históricamente se consideró que la contaminación sólo provenía de un accionar humano, pero no de las omisiones. Por lo que se dijo muchas veces en la doctrina que el recurso de protección ambiental, era excepcional, en cuanto a que debe ser un acto la conducta exigida para poder accionar de protección. Punto al que ya nos referimos cuando analizamos los requisitos de procedencia del recurso antes de la reforma constitucional del año 2005, en el capítulo II de este trabajo. También concluimos en este punto que debe tratarse de una conducta voluntaria o involuntaria y externa del hombre.

Hoy podemos agregar que cuando se infrinja la norma de emisión o de calidad en donde se establezcan las concentraciones de sustancias, elementos, que afecten el legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, entendido por esto lo señalado en la Ley 19.300, en su artículo 2º, referente a Medio Ambiente, Medio Ambiente Libre de Contaminación, Norma Primaria de Calidad Ambiental, Norma Secundaria de Calidad Ambiental, Normas de Emisión, Zona Latente, Zona Saturada, es que estaremos en condiciones de saber si tal acción es contaminante o no.

Refiriéndonos a la omisión, la cual es el motivo de la reforma en este punto, podemos señalar que muchas han dicho que se trataría en caso de que la autoridad omita sus deberes legales. Sin embargo, también creemos que estas omisiones podrían provenir de la falta en el actuar por parte de un particular, es decir, si una empresa no cumple con sus obligaciones y produce contaminación, estas omisiones contaminantes podrían fundamentar un Recurso de Protección Ambiental, ya que según nuestra opinión estas son situaciones que ocurren en muchas ocasiones, por lo que consideramos que si procede también en contra de omisiones contaminantes atribuibles a particulares.

²⁴ LEY NUM. 20.050 REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INTRODUCE DIVERSAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA. Disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2008-03-18.6305273234/documentos-de-acceso-a-la-informacion-publica/HL20050_art1_N3.pdf.

Respecto a la omisión parte de la doctrina señala que esto podría producir consecuencias insospechadas, ya que el Estado y los particulares serán obligados a asumir una actitud activa, corriendo el peligro de ser condenados a prestaciones que suplan las omisiones que afecten el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Aun más señalan que el hecho de no dictar una norma por parte de la administración podría ser causal de recurrir contra esta omisión.

Nosotros consideramos que esto no es tan grave, ya que debemos recordar que no se trata de cualquier omisión, sino de una omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, donde la falta podría ser el no implementar medidas cuando debían hacerlo, o el no cumplir la funciones que les corresponda, lo que podría producir una vulneración al legítimo ejercicio del derecho a vivir en un ambiente adecuado, el cual nos pertenece a todos los habitantes de la República.

Consideramos que esto es una revitalización del deber del Estado de no afectar el Derecho, y de fiscalizar que no sea afectado. Ya que esto obliga tanto a la autoridad como a los particulares, los que deben actuar con mayor cuidado, potenciando así la responsabilidad que sobre ellos recaen, porque no debemos olvidar que esto es un mandato de la Constitución y que por lo tanto obliga tanto al Estado y a sus órganos como a todas las personas que habitan en él, según lo señalado el artículo 6 de nuestra Carta Fundamental.

Pero esto no significa que cada vez que se omita alguna acción por parte del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones, respecto a esta garantía, proceda necesariamente la acción de protección, ya que considero que se debe analizar cada caso en particular.

No consideramos que la inclusión de la omisión para accionar de protección ambiental, genere un abuso por parte de los interesados en procurar su resguardo

jurisdiccional, ya que además la misma regulación no lo permitiría, ya que como señala el Auto acordado dictado por la corte suprema²⁵, debe existir un examen de admisibilidad.

Para finalizar este punto debemos señalar que la garantía en estudio es para nosotros un Derecho Social, por lo que lleva implícito un actuar del Estado, por lo que no podemos olvidar que la contaminación no siempre se manifiesta de manera inmediata, por ejemplo la falta de fiscalización durante un lapso de tiempo, puede producir un efecto contaminante que afecte la calidad de vida de las personas, vulnerando así la garantía constitucional en estudio, por lo que según nuestra consideración, la falta de actuación continua en el tiempo habilitaría para accionar de protección en virtud de tal omisión.

b. ILEGALIDAD DEL ACTO U OMISION CONTAMINANTE.

Esta podría ser la modificación más importante. De acuerdo a la historia del Recurso de protección, la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución no fue explícita en señalar lo que para efecto del recurso debía entenderse por ilegalidad o

²⁵ Se sustituyó el inciso 2º del número 2º del Auto Acordado, el que queda de la siguiente forma: *“Presentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibles desde luego por resolución fundada, la que sólo será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día.”;*

En el texto anterior no se exigía explícitamente que se mencionaran hechos que pudieran constituir vulneración a las garantías constitucionales indicadas en el artículo 20 de la Constitución, sino que el tribunal, al examinar el recurso en cuenta, podría declararlo inadmisibles si era extemporánea o adolecía de manifiesta falta de fundamento.

Por otra parte, en la normativa pretérita la inadmisibilidad, fuere por extemporaneidad o por falta de fundamentos, debía ser declarada por la unanimidad de los integrantes de la sala, requisito que se eliminó, por lo que la inadmisibilidad de la protección puede ser declarada por la simple mayoría de los ministros que integren la Sala.

DISPONIBLE EN: www.minsal.cl/juridico/CIRCULAR_35_07.doc

arbitrariedad, razón por la cual, la doctrina y los tribunales han precisado determinar el alcance de ambos términos.

Algunos autores han señalado que “comúnmente se estima que lo ilegal representa una contravención formal al texto legal y lo arbitrario una ausencia de fundamento racional o sea una manifestación del simple capricho del agente”²⁶. Otros señalan que tanto lo ilegal como lo arbitrario es lo contrario al derecho.

En términos generales lo arbitrario es aquello que depende de la voluntad no gobernada por la razón, sino que por un capricho. Y lo ilegal se daría en el ámbito de los elementos reglados de las potestades públicas. Algunos autores señalan que no se trata de nociones idénticas o sinónimos, pese a que ambas son especies del género antijurídico o contrariedad del Derecho.

Ahora bien, como señalamos en el capítulo anterior la especialidad de la acción de protección, en comparación con la acción de general, es que se optó por incluir la conjunción copulativa “e” con el propósito de restringir aun más la procedencia del recurso. Aunque también sería la clara intención de restringir aun más la procedencia de la acción de protección en aquella, debido al desconocimiento del tema.

Hoy luego del análisis de las sesiones del senado la opinión de los senadores era casi unánime en señalar acerca de la necesidad de eliminar el requisito de la doble antijuridicidad, debido a que en innumerables ocasiones los recurridos han invocado la legalidad del acto o bien la no existencia de arbitrariedad, ante lo cual se han debido desechar las acciones.

Por lo que pese a existir una relación de género especie entre ellas, entiendo que no se trata de acepciones análogas, sino más bien, tienen diferentes ámbitos de aplicación. En virtud de la coincidencia existente entre la doctrina, jurisprudencia y la realidad misma, se llegó a la conclusión de que la referida doble antijuridicidad es otro de los requisitos injustificados del recurso y que requerían un cambio legal.

²⁶ NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, VERDUGO MARINKOVIC Mario, PFEFFER URQUIAGA Emilio, “Derecho constitucional”, Editorial Jurídica de Chile. 1994, Tomo I, pág. 333.

La supresión de la arbitrariedad como requisito del recurso de protección ambiental, no ha sido del todo aplaudida como si lo fue la incorporación de la omisión. Alguna parte de la doctrina estima que la eliminación de la arbitrariedad como requisito de procedencia, el mismo quedaría limitado a una acción de control de la actuación de los órganos del Estado, en especial a la infracción de las normas, ya que al eliminar la arbitrariedad se elimina también la posibilidad de regular la discrecionalidad técnica.

Ahora en nuestra opinión este tema de la arbitrariedad es el que más confusiones ha generado, en cuanto al sentido y alcance ya que fueron muchas las dudas planteadas en cuanto a su tratamiento jurisprudencial.

La solución para algunos habría sido igualar los dos recursos de protección, ya que ahora para fallar sobre este tema se estima que se deberá ampliar el concepto que se tiene de ilegalidad, aunque también se estima que igual al momento de fallar se deberá analizar el tema de la arbitrariedad, ya no porque la Constitución lo señala, sino porque las pruebas se analizan de acuerdo a la sana crítica, lo que llevaría a los jueces a tener que considerarlo de todas maneras.

c. QUE EL AUTOR DE LA ACCION U OMISION ILEGAL SEA PERSONA DETERMINADA.

Como ya se dijo anteriormente este requisito resulta excepcional en comparación a la acción de protección del inciso primero del artículo 20, pero tiene el mismo valor de los demás requisitos que establece el inciso 2º del mencionado artículo. Si no se sabe a quién imputarle la acción, como podría decretarse una medida de protección a favor del derecho transgredido, por desconocerse el origen de la actividad contaminante.

Para algunos este requisito tendría un triple fundamento, ya que se vincula con la exigencia de la relación causal, la exclusión de la acción de protección en esta materia en contra de actos contaminantes generados por la naturaleza; y la efectividad de las medidas de protección que se pueden adoptar.

Para otros y como ya se dijo anteriormente, el fundamento principal sería que el recurso de protección ambiental no procediere en caso de catástrofes naturales u otros factores. Por lo que tal como señala parte de la doctrina para accionar de protección es requisito de la esencia de esta acción de protección especial que quien afecte el derecho sea imperativamente una persona o autoridad determinada, la que deberá ser plenamente individualizada al momento de interponer la acción; y además de la determinación del sujeto activo del agravio, la conducta ilícita le tiene que ser imputable, en el sentido que exista una relación de causalidad entre la persona causante de determinada contaminación y la contaminación misma.

Por tanto, lo importante para la procedencia de la acción es que el acto u omisión ilegítima imputable a una persona o autoridad determinada cause contaminación, lo cual debe ser medido de acuerdo a las normas establecidas por la autoridad, sin importar si se actuó u omitió con dolo o culpa o en abuso de un derecho.

d. PLAZO PARA RECURRIR DE PROTECCION AMBIENTAL.

La Constitución no hace referencia al tema del plazo para interponer la acción, por lo que su regulación quedó a cargo del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, y que en virtud del n°1 de esta norma el plazo era de 15 días, desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o desde que su hubieran tenido noticias o conocimiento cierto de los mismo.

Por lo que la regla general es que el plazo de 15 días para ejercer la acción de protección desde el momento en que se concretó la acción arbitraria e ilegal que afectó la garantía, fue conocida fehacientemente por la persona afectada en sus derechos.

Este es un plazo de caducidad, lo cual significa que operará de pleno Derecho con el transcurso de tiempo señalado, sin requerir pronunciamiento alguno del tribunal, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, la cual debe ser declarada por el tribunal respectivo.

La forma en que fue regulado este plazo ha sido objeto de innumerables críticas por parte de la doctrina, ya que como señalan algunos autores no es posible regular el derecho a la acción constitucional de protección. Es más, algunos señalan que este es el gran problema de nuestro sistema jurídico, en que no existe control de constitucionalidad preventivo ni represivo sobre Autos acordados de los tribunales superiores de justicia, por tanto, no hay instancia jurisdiccional ante la cual recurrir por dicha norma inconstitucional.

Así para algunos no debería existir plazo de caducidad para accionar jurisdiccionalmente mientras el derecho se encuentre afectado.

Ahora este plazo de 15 días, cambia luego de la reforma al Auto Acordado, el cual establece “Se modifica el número primero del Auto Acordado, aumentándose a treinta días corridos el plazo de interposición del recurso, que antes era de quince días corridos, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará”²⁷

²⁷ Disponible en: www.minsal.cl/juridico/CIRCULAR_35_07.doc Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección.

CONCLUSION.

Luego de analizar todos los puntos referentes al Recurso de protección en forma general, y de un estudio mas profundizado respecto del inciso segundo del artículo 20. Es que podemos concluir que este recurso si es especial, ya que sus características así lo señalan, y fue por primera vez en la Constitución del año 1980 donde se consagra.

En la carta de 1980 la norma definitiva fue la siguiente “Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

Lo que se mantuvo inalterado hasta el día 26 de agosto de 2005, ya que en esa fecha se publico en el diario Oficial la ley n° 20.050, fecha en que el recurso tuvo sus primeras modificaciones legales.

Consideramos que esta reforma pudo haber sido mucho más sustancial, ello ya que si bien se eliminó el error de su procedencia antes las omisiones, las que son igual de graves que las acciones, por lo efectos que tienen sobre el medio ambiente, además también se elimino la arbitrariedad como un supuesto copulativo con la ilegalidad. Lo que nos lleva a pensar - aun considerando el ánimo de los senadores que plantearon dicha reforma- si en definitiva esta no es una forma de restringir las causales que habilitan para interponer un recurso de protección ambiental, ya que ahora estamos dejando fuera el concepto de arbitrariedad, por lo que la irracionalidad y la injusticia quedan fuera.

Consideramos que la reforma no se aprovecho completamente, ya que pudo haberse ido más allá, e igualar ambas acciones de protección, ya que la historia nos demuestra que el inciso 2° del artículo 20, ha sido discriminado desde su formación, sea por el desconocimiento que existía en la época o por criterios de índole políticos, ya que en esa época se considero que la procedencia del arbitrio solo podría contribuir al aviso del mismo, o incluso más a presiones o chantajes respecto de personas que ejercen un

legítimo derecho, así como se expreso en la Comisión de Estudios para la nueva Constitución.

También debemos sumar que debió sumarse a los deberes de “no afectar el ejercicio del derecho”, y de “tutelar la preservación de la naturaleza”, el de conservar el patrimonio ambiental, mas si consideramos que nuestra país subsiste en gran medida de sus actividades extractivas y turísticas.

Y más importante aun consideramos que debió establecerse de manera expresa que tales obligaciones también deben ser respetadas por los particulares, tal como lo hacen otras constituciones.

En consecuencia hoy tras la reforma constitucional el texto es el siguiente: “Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”

Dentro de este trabajo también nos referimos al Auto Acordado que lo regula que también fue reformado, estableciendo cambios importantes, como lo es la extensión del plazo para sí interposición, de 15 días a 30, aunque seguimos pensando que este recurso no debería tener un plazo para su interposición, igual nos parece significativo que el plazo se aumente al doble del tiempo.

BIBLIOGRAFIA.

- ERRÁZURIZ, J. y OTERO, J., “**Aspectos procesales del recurso de protección**”, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1989
- MATORANA MIQUEL, Cristian. “**Derecho procesal Orgánico**”, Facultad de derecho universidad de Chile, marzo de 2003.
- VARGAS MIRANDA, RAFAEL ANDRES, **El recurso de protección ambiental**, Santiago, Sociedad Editora Metropolitana Ltda., 2005
- VIAL DEL RÍO, VÍCTOR. “**Teoría General del Acto Jurídico**”. Ediciones Universidad Católica de Chile. 1998
- CEA EGAÑA, José Luis. “**Tratado de la Constitución de 1980**”. Editorial Jurídica de Chile. 1988.
- BERTELSEN REPETTO Raúl. “**El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia**”, en Revista Chilena de Derecho volumen 25 n° 1, 1998.
- PFEIFER URQUIETA, Emilio. “**Reformas Constitucionales 2005**”. Editorial Jurídica de Chile. Año 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, VERDUGO MARINKOVIC Mario, PFEFFER URQUIAGA Emilio, “**Derecho constitucional**”, Editorial Jurídica de Chile. 1994, Tomo I.