

Liliana Andrea Galdámez Zelada✉

El medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile

*The Environment in the Jurisprudence
of the Chilean Constitutional Court*

*O ambiente na jurisprudência
do Tribunal Constitucional do Chile*

Resumen: Este trabajo examina el tratamiento del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. Para su comprensión se analizará la configuración de lo ambiental en el texto de la Constitución; el desarrollo sostenible como paradigma para abordar las tensiones entre el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y los derechos privados (de propiedad y libertad de empresa). El trabajo finaliza con el análisis de la jurisprudencia en materia ambiental dictada por el Tribunal Constitucional de Chile.

Palabras clave: desarrollo sostenible, jurisprudencia constitucional ambiental, medio ambiente, propiedad y libertad de empresa, interés público.

Abstract: This work examines the treatment of the environment in the Chilean Constitutional Court's jurisprudence. For grasping that, the Constitutional text is analyzed with regards to its configuration, the sustainable development paradigm, and the conflicts between environmental and private (property and free enterprise) rights. The research finally analyses the way these are solved by the Chilean Constitutional Court in its case law.

Keywords: Sustainable Development; Constitution and Environment, Environmental Constitutional Jurisprudence, Tension between Rights.

✉ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile, Doctora en Derecho, Universidad de Valladolid. Profesora e investigadora, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de Chile⁽¹⁾. ORCID: 0000-0003-2889-1629.

✉ lgaldamez@derecho.uchile.cl

Resumo: *Este artigo examina o tratamento do meio ambiente na jurisprudência do Tribunal Constitucional do Chile. Pelo seu entendimento, a configuração ambiental será analisada no texto da Constituição; desenvolvimento sustentável como paradigma para enfrentar as tensões entre o direito fundamental de viver em um ambiente livre de poluição, direitos de propriedade e liberdade de empresa, para acabar com a análise da jurisprudência ambiental ditada pelo Tribunal Constitucional do Chile.*

Palavras-chave: *desenvolvimento sustentável, jurisprudência ambiental constitucional, ambiente, propriedade e liberdade de empresa, interesse público.*

*Recibido: 20191231
Aceptado: 20200127*

Introducción

En 1997 el Ministerio de Educación chileno, a petición del Consejo de Monumentos Nacionales, declaró Zona Típica una parte del borde costero de Isla Negra donde se encuentra la casa-museo del poeta Pablo Neruda, frente a las costas de la Quinta región, en el Litoral de los Poetas Huidobro, Parra y Neruda. El Decreto se fundaba en “la necesidad de conservar las características ambientales, arquitectónicas, urbanas, la belleza paisajística y la armonía que posee dicha localidad”. Según Fernández Richard (2015) “La principal finalidad de declarar un lugar de la ciudad como zona típica tiene relación con conservar su carácter ambiental propio y tradicional, por lo que estos efectos importan ciertas restricciones a nuevas construcciones en la zona a fin de que respeten ese ambiente tradicional típico” (p. 34).

Más adelante, en el año 2011, una empresa constructora adquirió dos lotes que se encontraban en una zona próxima a la declarada como típica. La empresa se proponía construir un edificio de 188 departamentos de 45 metros cuadrados cada uno. Mientras los trámites y autorizaciones para construir el edificio se encontraban en curso, el Consejo de Monumentos Nacionales, ante la petición de la Junta de Vecinos del sector, solicitó al Ministerio de Educación ampliar la zona típica a aquella que la inmobiliaria había comprado para concretar su plan de edificación. Para enfrenar esta solicitud, la empresa recurrió al Tribunal Constitucional⁽²⁾, Rol 2299-12, porque en caso de concretarse la ampliación de zona típica a sus terrenos, la empresa necesitaría de la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales para concretar su proyecto y era previsible que esa autorización fuera denegada.

¿Cómo resuelve el Tribunal Constitucional? ¿Qué derechos están en juego? En 2014 en votación dividida e igualdad de votos (a favor y de rechazo), la solicitud de inconstitucionalidad presentada por la empresa fue desechada.

En otra sentencia de 2015, una sociedad minera recurre al TC para solicitar que se declarara contraria a la Constitución una norma de la ley sobre concesiones mineras según la cual el dueño de un terreno debe prestar su autorización para *permitir catar y cavar en terrenos arbolados o viñedos, o, bien, plantados de vides o*

árboles frutales. La cuestión se planteó porque que la propietaria de un predio arbolado negaba tal autorización a la empresa minera, Rol 2678-14. En este caso, a partir de la idea del interés público el Tribunal rechazó la supuesta inconstitucionalidad que, según la empresa minera, vulneraba su derecho de propiedad.

Ambos casos son una buena muestra de las dimensiones ambientales de ciertos conflictos típicos que conoce el Tribunal Constitucional. En ellos se evidencian tensiones entre el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Se trata de derechos que aparecen sistemáticamente en conflicto o tensión en su relación con el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

La cuestión inmobiliaria y la industria de la minería, dos tópicos tan diversos como estratégicos para el país, dan lugar a una conflictividad creciente. En lo que se refiere a la ciudad y sus modelos de desarrollo, las discusiones son coincidentes con las que se producen en muchas capitales Latinoamericanas (Sahandy y Gallardo, 2009). En lo que se refiere a la minería, el mapa de Conflictos Socioambientales elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, evidencia la manera en que el desarrollo de la industria minera afecta a las comunidades aledañas, como también plantea serios desafíos desde el punto de vista del agua y los relaves como veremos.

En materia ambiental el Tribunal Constitucional no ha sido un actor jurisdiccional relevante por el tipo de litigios que conoce, más interés ha generado la jurisprudencia de la Corte Suprema, calificada como verde, por el giro que ha tenido su jurisprudencia (Cordero Vega, 2013). Sin embargo, los criterios del TC son sumamente valiosos para comprender y valorar la dimensión constitucional de los conflictos que involucran al medio ambiente, su evolución en el tiempo y los desafíos que el desarrollo va planteando para la protección del entorno desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Antes de avanzar, quisiera explicar las razones que me llevan a plantear porqué el TC no es un actor relevante en esta materia. Incide en esta cuestión el hecho que la principal acción de tutela por vulneración del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el recurso de protección sigue siendo de competencia de la jurisdicción ordinaria. Además, dando cuenta de un modelo jurisdiccional complejo; una nueva jurisdicción de competencia ambiental, los Tribunales Ambientales creados en la ley 20.600 que comienzan a implementarse en 2013, incrementan los

tribunales de competencia ambiental. Y, por último, porque el Tribunal Constitucional no ha conocido de los casos más mediáticos en este ámbito, como ocurrió en su momento con el proyecto HidroAysén para construir una mega represa en la Patagonia, caso que fue de competencia de la jurisdicción ordinaria y que finalmente fue desechado por un Comité de Ministros (Reyes y Rodríguez, 2015)⁽³⁾.

Como señalé, los conflictos conocidos por el TC se caracterizan por plantear controversias en torno a la afectación del medio ambiente, la propiedad y la libertad de empresa. El marco jurídico invocado por el Tribunal será, principalmente, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, artículo 19 N° 8 de la CPR, obligaciones y principios conexos, en relación con el derecho a la libertad de empresa, artículo 19 N° 21 y derecho de propiedad, artículo 19 N° 24 de la Constitución.

En este trabajo propongo analizar el tratamiento del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El trabajo se divide en tres partes: la primera, para analizar el tratamiento del medio ambiente en la Constitución, algunos antecedentes de la norma y opiniones de la doctrina, así como los significados del medio ambiente para la Comisión Ortúzar⁽⁴⁾.

En la segunda parte, quisiera referirme a informes y antecedentes que permiten reflexionar acerca de las presiones que el modelo de desarrollo impone sobre el medio ambiente en Chile y la ausencia de un paradigma o bisagra que contribuya y permita ponderar y reflexionar en torno a la relación entre medio ambiente, propiedad y libertad de empresa.

En la tercera, analizaré la jurisprudencia constitucional ambiental y cómo ella expresa tanto una comprensión de lo ambiental como la ausencia de un paradigma.

Respecto a la metodología, para el estudio de la jurisprudencia, a través del sistema de búsqueda de la web del Tribunal Constitucional, se examinaron todos los casos con referencias al derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, obligaciones y principios asociados dictadas entre 1992 y 2019. El resultado de la búsqueda arrojó 16 sentencias concernientes, a las que se suman 4 fallos añadidos a instancias los aportes de académicos/as del área.

Primera parte. El medio ambiente y la naturaleza en la Constitución de 1980

Como afirma François Ost (1996), “juristas y científicos, todos ellos movilizados por la urgencia ecológica, están condenados a entenderse” (p. 92). En su libro, *Naturaleza y derecho*, Ost, reflexiona sobre la relación entre derecho y ecología, donde sistematiza un interesante trazado sobre la forma en que el derecho de la globalización, el Derecho Internacional, normativiza la naturaleza. Sus reflexiones aportan un lúcido preámbulo para la comprensión de las dimensiones ambientales de la Constitución del 80,

Si, en los primeros tiempos de la protección de la naturaleza, el legislador se preocupaba exclusivamente de tal o cual especie o de tal espacio que gozaban del favor del público (un criterio a la vez antropocéntrico, local y particular), hoy se protegen objetos mucho más abstractos y globalizadores, como el clima o la biodiversidad. (p. 92)

La evolución en los ámbitos abordados por el legislador a la hora de tratar lo ambiental, tan bien retratada en el libro de Ost, es perfectamente aplicable a la forma en que la Comisión Ortúzar, encargada de redactar el anteproyecto constitucional, diseña los contenidos ambientales de la Constitución del 80.

Desde una perspectiva general, es posible identificar dos grandes centros de interés para el constituyente del 80. Los espacios naturales y la protección de las personas frente a la contaminación. Ambos contenidos son abordados desde matrices distintas. En el caso de la naturaleza, la Constitución aboga por su *preservación*, en el caso de la contaminación, la constitución introduce un derecho, el derecho a *vivir de un medio ambiente libre de contaminación*. En este sentido, la Constitución en parte asume una perspectiva antropocéntrica como también una biocéntrica. Esta perspectiva, pionera en el constitucionalismo de la década de los setenta, es insuficiente para el S. XXI. En palabras de Ost, este diseño no logra abordar la complejidad de la cuestión ambiental, porque no es suficiente que el derecho proteja determinados *islotés*, sino que debe hacerse cargo de la importancia de los hábitats y la biodiversidad. No se trata, entonces, solo de proteger espacios naturales libres de intervención humana, se trata de preservar las condiciones para la vida en el entorno (urbano o natural). Por otra parte, tampoco este diseño permite hacerse cargo de nuevas complejidades, como las cuestiones ambientales de carácter transfronterizo, como ocurre en el caso del cambio climático.

A estas limitaciones en el diseño constitucional de los 80, se debe agregar un segundo problema, ahora relacionado con la fuerza normatiza de las normas constitucionales de contenidos ambiental. Su escasa eficacia, que se explica en parte por la complejidad del fenómeno que pretende abordar, como también y como veremos, por la fortaleza del modelo económicos, basado en la protección reforzada del derecho de propiedad y la libertad de empresa.

El artículo 19 numeral 8 de la Constitución del 80 asegura a todas las personas: “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”.

De esta disposición se desprenden —al menos— tres contenidos (Simón 2012; Galdámez, 2017), un derecho fundamental, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; un deber de protección, el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, y una cláusula de restricción de derechos.

A partir de la norma, tres conceptos estratégicos requieren ser clarificados ¿De qué hablamos cuando hablamos de medio ambiente? ¿En qué consiste el deber del Estado de tutelar la preservación naturaleza? ¿Qué implica la cláusula de restricción de derechos? Si bien estas nociones ya fueron abordadas en un trabajo previo, en lo que sigue plantearé algunas ideas generales que contribuyan a la comprensión de la jurisprudencia constitucional en la materia.

1. El concepto medio ambiente

Sobre esta noción, afirmaba el comisionado Guzmán (2012) que se trataba de un concepto, “constitucionalmente indeterminado...doctrinariamente debatido...y judicialmente poco abordado...” (s/n p.).En el mismo sentido Bermúdez (2015) afirma que, “la sola utilización de la expresión medio ambiente no resulta del todo precisa, en cuanto los dos términos del concepto no son unívocos y resultan redundantes” (p. 60). Asimismo, Bermúdez (2015) define al medio ambiente, como una “Manifestación actual de las relaciones que se dan entre los diversos ecosistemas —tanto los existentes en los ámbitos urbanos como naturales— que produciendo un conjunto de condiciones, inciden de forma determinante en las posibilidades de desarrollo integral de los seres humanos” (p. 60).

Una definición legal del medio ambiente se contiene el art. 2, letra II, de la Ley 19.300 que le define como, “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”. Podemos afirmar entonces, que medio ambiente es equivalente al entorno, esto es, todo aquello que nos rodea sea o no un espacio natural.

La definición legal es relevante a los efectos de este trabajo porque ha sido invocada en sede constitucional (Bermúdez, 2015), sin embargo, su invocación por el Tribunal Constitucional no le otorga rango o valor constitucional. La definición contenida en la Ley 19.300, ha dado origen a un debate sumamente interesante, aunque no relevante a efectos de este estudio; este debate se relaciona con la amplitud de la noción medio ambiente y la legitimación activa para tutela del derecho, esto es, si acaso es posible invocar la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación por afectación de espacios naturales alejados de poblaciones, es decir, espacios naturales aislados. En esta materia ni la doctrina ni la jurisprudencia han tenido una posición definitiva (Guzmán, 2012; Galdámez, 2018).

2. Deberes de protección

En cuanto al *deber de tutelar la preservación de la naturaleza*, la ley 19.300, artículo 2 letra p), le define como “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”; hace referencia a los elementos naturales del entorno, que la doctrina ha entendido como *la mantención del medio* (Bermúdez, 2015. p. 78); *cautelar los componentes naturales de medio ambiente* (Guzmán 2012, p. 78). Por su parte, el concepto de naturaleza proviene del latín *natura*, lo natural, que la RAE define como: “Carente de artificio, mezcla o elaboración”. Se trataría, en otras palabras, de una relación de género (medio ambiente) a especie (naturaleza).

3. Cláusula de restricción de derechos

Respecto a la cláusula de restricción de derechos, puede ser entendida como un mandato que se dirige al legislador que lo habilita, *prima facie*, para introducir límites a otros derechos y libertades cuando se trata de proteger el medio ambiente, configurando una *protección reforzada del medio ambiente* (Galdámez, 2017a, 129).

4. Los debates en la Comisión Ortúzar

Sobre estas nociones, aunque no sea un poder constituyente, los trabajos de la Comisión Ortúzar, que elaboró el anteproyecto de la Constitución de 1980, son imprescindibles para comprender el sentido y alcance de la norma. Los debates se contienen en el Acta 186 de 9 de marzo de 1976.

En la Comisión Ortúzar se distinguen dos preocupaciones. Por una parte, el problema de la contaminación, que es asociado al espacio habitado y que expresa en estos términos el Comisionado Diez, "...dejaría, simplemente, la frase 'libre de contaminación'. Esta expresión la entiende referida al sentido natural de un ambiente que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales, porque, en realidad, no existe en la civilización un ambiente libre de 'toda' contaminación" (s/n p.). En el mismo sentido, agrega el Comisionado Ortúzar "... con el solo mérito de esta garantía constitucional podría obtener de los tribunales de justicia reconocimientos tales como, por ejemplo, el cierre de una fábrica que está despidiendo gases u otros elementos nocivos para la salud" (s/n p.).

El medio ambiente y su relación con la contaminación fue entendido en referencia al espacio urbano, como señaló el Comisionado Diez, "Hay una contaminación ambiental que es, seguramente, mucho más grande: la producida por las industrias, por los elementos de calefacción, etcétera. Esa es la contaminación ambiental generadora del problema que se tiene en nuestro país. No existe el problema de Estados Unidos —y espera que no se llegue a él— que consiste en la contaminación de las aguas..."(s/n p.).

La contaminación del medio ambiente está en el centro de la preocupación de la Comisión Ortúzar y se traduce en el reconocimiento de un derecho fundamental *a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*.

La segunda cuestión, vinculada a la naturaleza, es tratada en los siguientes términos: "El señor Guzmán opina que tal vez la Comisión podría referirse a la 'preservación de la naturaleza', porque 'elementos naturales' es una expresión demasiado genérica, aunque es claro que la Comisión la entiende precisamente. La expresión 'naturaleza', cuando se usa sin calificativos, significa el aire, el agua, etcétera". Y, en relación con la cláusula de restricción de derechos, Guzmán dijo que, "...si se quiere proteger efectivamente el equilibrio ecológico, las riquezas naturales, el derecho del chileno a vivir en un ambiente libre de contaminación, co-

responde dar al legislador la posibilidad de que, fundado en esos valores, establezca restricciones al ejercicio de determinadas garantías constitucionales...”(s/n p.)⁽⁵⁾.

Fruto del trabajo de la Comisión, el medio ambiente se protege como derecho fundamental (a vivir en un medio ambiente libre de contaminación); se consagra, el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza; y se incluye una cláusula de restricción de derechos para la protección del medio ambiente.

El enfoque de lo ambiental desde una doble perspectiva (medio ambiente/contaminación y deber de preservación de la naturaleza), irradiará el diseño de la administración del Estado y se manifiesta en la organización del Ministerio de Medio Ambiente. Las divisiones sustantivas del Ministerio son, de una parte, Recursos Naturales y Biodiversidad, y de otra, Calidad del Aire (además de la división jurídica; administración y finanzas y capacitación).

5. Otras dimensiones ambientales de la Constitución de 1980

El tratamiento de lo ambiental en la Constitución no se limita al artículo 19 N° 8 y se desarrolla en otras disposiciones, a propósito de la función social de la propiedad, Artículo 19 N° 24, (Galdámez, 2017), “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y *la conservación del patrimonio ambiental*” (el destacado es nuestro).

La configuración de lo ambiental como derecho, deber de protección y cláusula de restricción de derechos fue inserta en la Constitución de 1980 en un momento donde todavía no se evidenciaban las señales de desgaste que diversos informes ponen en evidencia hoy en el país.

Esta forma ingenua de comprensión del medio ambiente (Bustos *et al.* 2015), no anticipó los problemas derivados del modelo de desarrollo económico y las presiones que impone el crecimiento económico. La cláusula de restricción de derechos será una norma invisible en la Constitución y de escasa aplicación, como se verá cuando examinemos la jurisprudencia constitucional. Así, la fórmula ambiental en la Constitución será más un ideal que una norma con consecuencias concretas. La apropiación de la naturaleza (Bustos, et al., 2015), su mutación como un escenario del mercado eran cuestiones ajenas al contexto y no fueron previstas. O, dicho de

otra manera, si lo que se buscaba era una protección fuerte del medio ambiente, los desarrollos jurisprudenciales, e incluso normativos resultaron más débiles frente al modelo económico (Guiloff, 2011).

Segunda parte. La ausencia de un paradigma en la Constitución, el desarrollo sostenible y la conflictividad socio-ambiental

Al analizar la cuestión ambiental desde una perspectiva jurídica, quizá el punto de partida para abordar su complejidad sea comprender que el entorno se relaciona con bienes comunes (Canosa, 2000), es decir, “aquellos cuyo uso y disfrute pertenece a todos los hombres sin que pueda atribuirse particularmente a ninguna persona” (Gordillo, 2006, 11), y bienes que además son limitados (Meadows, et al., 1972). La cuestión ambiental no fue prevista por el derecho romano (Gordillo, 2006), porque los bienes comunes no planteaban problemas para la vida comunitaria. Es en el S. XX cuando de forma sistemática diversos estudios comienzan a dar cuenta de las presiones sobre el ambiente y las dificultades para gobernar lo común (Hardin, 1968).

También las señales físicas del entorno llamaron la atención del derecho y en la segunda mitad del S. XX, foros y acuerdos internacionales, Club de Roma 1968, Declaración de Estocolmo 1972, Carta de Belgrado de 1975 y distintos ordenamientos jurídicos han intentado responder a la crisis ecológica⁽⁶⁾. También las constituciones del S. XX comienzan a desarrollar cláusulas de contenido ambiental como también, más recientemente en Latinoamérica, incorporan una referencia a los recursos naturales y su uso sostenible, cuestiones que la Constitución de 1980 no aborda, al menos no de forma explícita.

Así, el denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano (Uprimny, 2011), que Salazar (2015) define como constituciones que,

comparten una vocación social que se traduce en el reconocimiento de derechos orientados hacia el combate a la exclusión y la desigualdad y amplios capítulos económicos para garantizar la participación del Estado en las decisiones públicas ‘sobre los recursos naturales o la regulación de la actividad financiera’ (p. 356).

Según Salazar, esta categoría incluiría a las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” se caracteriza, entre otros asuntos, por contener referencias al medio ambiente, también al dominio y

protección de los recursos naturales. En este sentido Ramiro Ávila (2010) plantea en Ecuador,

El derecho a la naturaleza establecido en la Constitución del Ecuador es al mismo tiempo un hito en una lucha de movimientos sociales y un comienzo. Los derechos al final siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él (s/n p.).

También en el caso boliviano, Gregor (2014) señala que, “Bolivia introduce una serie de principios indígenas como *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena) e *ivi maraei* (tierra sin mal)” (p. 12). Además de reconocer a la naturaleza como titular de derechos en la legislación.

A diferencia de las cláusulas ambientales de la década de los 90, la fórmula de la Constitución chilena no se construye a partir de la definición de la relación entre desarrollo y el medio ambiente, no parecía ser un problema para el país en la década de los 70.

En Chile, bajo la lógica del Estado subsidiario (Galdámez, 2017b), existe un aspecto central, aunque poco abordado cuando se trata de analizar las dimensiones ambientales de la Constitución y su aplicación territorial. Me refiero, por ejemplo, a la falta de una ordenación del territorio, lo que resulta particularmente complejo si tenemos en cuenta que la economía se basa principalmente en la explotación de recursos naturales. Para ilustrar lo que he señalado, podemos analizar la situación en que se encuentran las turberas:

En Sudamérica, las turberas se encuentran principalmente en Chile y Argentina y representan los mayores depósitos y sumideros de carbono terrestre existentes en esas latitudes (Blanco & de la Balze 2004). La explotación de turberas en estos países está actualmente regulada por la ley minera, lo cual determina que: a) la propiedad de la tierra no asegura la protección del subsuelo, o sea de la turba, lo que supone que incluso en áreas protegidas, sea posible explotarlas (Hauser, 1996); y b) la extracción de la turba determina la destrucción de la turbera, con la consecuente pérdida de los servicios ecosistémicos que ellas brindan. El origen de las Turberas de la Región de Magallanes se estima en 11,000 años, como resultado de la acumulación y descomposición de turba (e.g. 1-5.5 metros en Tierra del Fuego, Auer, 1958; Heusser, 1993) y con un alto contenido de agua. (Díaz, et al. 2008, 466)⁽⁷⁾.

La crítica situación de las turberas y su protección asegurada solo parcialmente da cuenta de la vulnerabilidad del patrimonio ambiental austral, que por diversas razones ha quedado fuera del radar de la Constitución, como señala Barnes para el caso español en ciertas materias que requieren de una mayor regulación (2012, 36).

Por otra parte, propósito de las evaluaciones sobre el desempeño ambiental de Chile, el informe OCDE 2016 señala,

Los recursos naturales representan un pilar de la economía de Chile, que es el mayor productor mundial de cobre y uno de los principales exportadores de productos agrícolas, forestales y pesqueros...No obstante, este crecimiento sólido se vio acompañado de una tenaz persistencia de la desigualdad de los ingresos y de mayores presiones sobre el medio ambiente, sobre todo la contaminación atmosférica, la escasez de agua, la pérdida de hábitats, y la contaminación del agua y el suelo (p. 3)⁽⁸⁾.

Por su parte el informe País, Estado del Medio Ambiente en Chile. Comparación 1999-2015 (2016), afirma que,

El incremento del poder adquisitivo de la población, amén del mejoramiento de las condiciones de vida, ha generado fuertes presiones sobre el medio ambiente. En estos 16 años han aumentado los residuos domiciliarios, se han generado nuevos residuos contaminantes, se ha incrementado el parque automotriz nacional, y el congestionamiento de los flujos de transporte urbano y rural. Se han ocupado nuevos territorios por la expansión de las ciudades y la proliferación de parcelas de agrado. Se ha invadido el borde costero, hay mucha más demanda de energía eléctrica y calefacción, más visitas turísticas en parques nacionales los que se ven afectados por incendios. (p. 24)

Por último, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en Mapa de Conflictos Socioambientales, identifica 116 conflictos en estado activo o latente; de ellos, se relacionan con minería 28 % y 38 % con energía⁽⁹⁾.

Frente a las tensiones que plantea la relación entre el medio ambiente y los derechos a la libertad de empresa y propiedad, recursos naturales y desarrollo, en la comunidad internacional se acuña la noción del desarrollo sostenible.

Según Naciones Unidas este concepto debe entenderse como,

...la satisfacción de ‘las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades’. (Informe titulado ‘Nuestro futuro común’ de 1987, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo), el desarrollo sostenible ha emergido como el principio rector para el desarrollo mundial a largo plazo. Consta de tres pilares, el desarrollo sostenible trata de lograr, de manera equilibrada, el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente⁽¹⁰⁾.

Así, en Latinoamérica en la invocación del desarrollo sostenible:

Algunas veces, estas referencias ... se hacen en términos idénticos a los empleados en el Informe Brundtland para definirlo, como ocurre en la Constitución argentina de 1994, cuyo artículo 41 dispone que el medio ambiente debe ser apto para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...), o en la Constitución cubana de 1976, cuyo artículo 27, reformado en 1992, se refiere al desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Sin embargo, lo más común es que las menciones al desarrollo sostenible se inserten en función del deber del Estado de proteger el medio ambiente, como ocurre con la Constitución ecuatoriana de 1998 (artículo 3), o del deber del Estado de planificar recursos naturales o de promover un determinado uso de los mismos, como ocurre con la Constitución colombiana de 1991 (artículo 80) o la Constitución peruana de 1993 (artículo 67), respectivamente. Otras veces, estas menciones se insertan derechamente en disposiciones de naturaleza económica, como ocurre con la Constitución mexicana luego de la reforma constitucional de 1999 (artículo 25). En el caso de la Constitución venezolana de 1999, en cambio, la mención al desarrollo sostenible aparece vinculada a la ordenación del territorio (artículo 29). (Brañes, 2005, 21)

Pese a los aportes de la noción desarrollo sostenible a la resolución de conflictos y planificación del crecimiento económico, se debe reconocer que también ha sido cuestionado en sus fundamentos y por su verdadero impacto en la protección del medio ambiente. Las voces críticas se basan en el carácter limitado de los recursos naturales, en ese sentido en el caso de Costa Rica se ha señalado “¿...qué

tanto crecimiento se puede tener con una naturaleza que es finita? Y la respuesta obvia es que no se puede seguir creciendo económicamente, cuando los bienes se transforman en materias primas, no son renovables, o existe finitud de los recursos; por otro lado, ¿quién dice que ese crecimiento económico nos guía a un desarrollo sostenible, tal y como nos lo han hecho creer?” (Sagot, 2014, 18)

A pesar de las críticas, son valiosos los criterios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que ha dicho, a propósito del *desarrollo sostenible* y *la contaminación del paisaje marino* que, “la protección de las bellezas naturales comprende velar por la preservación del ambiente y los ecosistemas, porque si estos últimos son destruidos o severamente dañados, irremediablemente se ven perjudicadas las primeras. El concepto bellezas naturales está estrechamente ligado a un modelo de desarrollo sostenible, respetuoso de las riquezas naturales y de nuestro patrimonio natural” (Sagot, 2014, 79).

También desde una perspectiva crítica agrega Jordi Jaria (2017) que en el contexto de la crisis económica que se desata en 2007,

En el caso español, esta materia constitucional [el desarrollo sostenible] se integra en la Constitución formal a través de la interpretación. Debe señalarse, por otro lado, que el marco constitucional español define un Estado social frágil en el que la protección del medio ambiente obtiene un reconocimiento más bien marginal, al menos, en la interpretación mayoritaria que se ha hecho de la Constitución económica (p. 37).

Descartado el paradigma del desarrollo sostenible que no ha sido invocado en la jurisdicción constitucional chilena, otro recurso para esta jurisdicción pudieron ser los principios preventivo y precautorio. Si bien no forman parte del texto explícito de la Constitución, en el derecho comparado han sido entendidos como reglas esenciales para la interpretación ambiental, además de estar consagrados en un conjunto de tratados, declaraciones y resoluciones internacionales de los que el país es parte (Galdámez, 2017).

Sobre el principio preventivo afirma Moraga (2015): “Mediante este principio se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos” (p. 20).

Ninguno de estos principios es aplicado por el Tribunal Constitucional, pues entiende que,

...jurídicamente contaminación no es cualquier impacto o alteración ambiental sino la situación que supera los parámetros ambientales establecidos... mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental... no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante (Rol N° 2684-14).

La protección eficaz del medio ambiente requiere que, “(...) ambos principios deben verse reforzados por normas procesales y precedentes jurisprudenciales que permitan su correcta y efectiva aplicación en procesos donde se discute la responsabilidad por daño ambiental” (Peña, 2010, 19).

La ausencia de criterios de interpretación, específicos en materia ambiental, incidirán en las consideraciones del Tribunal a propósito del sentido y alcance de la protección constitucional del medio ambiente.

Tercera Parte. La jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional

En la jurisprudencia es posible distinguir tres etapas con desarrollo progresivo, aunque no definitivo, de los contenidos ambientales de la Constitución. Esto es coherente con la creación de conocimiento acerca de la vulnerabilidad del medio ambiente, sin dejar de mencionar los episodios críticos por cuestiones ambientales que han afectado al país.

Quisiera reiterar que el Tribunal Constitucional no ha conocido de los grandes litigios ambientales. La mayoría han sido resueltos por la Corte Suprema y por el Comité de Ministros (en una polémica instancia creada al interior del sistema de evaluación de impacto ambiental SEA) y más recientemente, también por los tribunales ambientales creados por la Ley 20.600 de junio de 2012.

Primera etapa: la primacía del derecho a la libertad de empresa

En un caso de 1992, Rol 146, consistente en requerimiento de un grupo de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 357, “que prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o anuncios en caminos públicos”, el TC resuelve acogiendo el reclamo que,

de acuerdo al artículo 19, N° 21, de la Constitución Política, las únicas prohibiciones que pueden imponerse al derecho a desarrollar una actividad económica son las que se sustentan en el orden público, la moral y la seguridad nacional. El decreto supremo N° 357... no se fundamenta en ninguno de los conceptos mencionados, muy por el contrario, tanto el Presidente de la República... como la Contraloría General de la República argumentan sosteniendo la necesidad de proteger el medio ambiente.... (Rol N° 146-92).

Para este caso, solo se tuvo en consideración el derecho a libertad de empresa sin analizar para nada el derecho a un medio ambiente libre de contaminación ni las habilitaciones normativas para la restricción de derechos. Lo que se discute es la protección del paisaje que además contribuye a reforzar la seguridad vial. Ninguno de estos argumentos fue considerado en la decisión final de los jueces. En esta etapa inicial todavía no se desarrollaban los contenidos ambientales de la Constitución.

Dos años después, el TC decide en el mismo sentido, sin considerar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en causa Rol 185-94, donde ejerce el control preventivo de la Ley de Bases del Medio Ambiente, LOC 19.300. En este caso, el TC consideró contrario a la Constitución al art. 49 del proyecto: “Porque el establecer `prohibiciones totales o parciales` de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, viola el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Constitución Política, que reconoce a todas las personas el `derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen” (Rol N° 185-94).

En este y en el caso anterior, el análisis se construye sobre la base del derecho a la libertad de empresa, como un derecho reforzado sin adentrarse en la cláusula de restricción de derechos contenida en el artículo 19 No 8 inciso final, además de una escasa deferencia con el ejecutivo y el legislador.

Ambas sentencias, dictadas en 1992 y 1994, respectivamente, son coherentes con el momento económico y político que atravesaba el país y el rol que la libertad de empresa y su protección jugarían en la transición y la construcción del modelo económico liberal bajo la forma de un Estado subsidiario. Esto se manifiesta en la tasa de crecimiento económico del país. Entre 1990 y 1995, era a razón de 11 % (Meller, s/f) siendo el promedio de América Latina el 3 % (Anzil, 2005).

Marca una suerte de evolución en los criterios del TC la sentencia Rol 325-01 de 2001, “Requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001, sobre restricción vehicular”.

Como en el primer caso, se trata de una norma emanada del ejecutivo y si bien el TC rechaza la inconstitucionalidad, tal rechazo se fundamenta también en la protección del derecho a la vida y la integridad personal, más no en la protección del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación:

la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y preemergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8° del artículo 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho máspreciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas (Rol N° 325-01).

Más adelante, en Rol 577-06 de 2007, el TC se pronuncia sobre requerimiento por inconstitucionalidad de un DS, “del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que ‘Establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén’”, Según la recurrente, este Decreto legalizaba el alza en los niveles de contaminación de la laguna Carén, o dicho de otra manera, incrementaba el nivel de tolerancia hacia mayores índices de contaminación y que el TC rechaza.

Como puede verse, en estos casos el conflicto se produce por el ejercicio más robusto del rol del Estado como ente regulador. En todos, salvo en uno, se trata de Decretos que emanan del ejecutivo. Los límites que tales decretos buscaban imponer son objetados por el TC y en el caso de una regulación menos restrictiva (caso Laguna Carén), el tribunal declaró la constitucionalidad de la norma que matiza las regulaciones haciéndolas más laxas.

Segunda etapa. Una progresiva delimitación de la dimensión ambiental de la Constitución

En esta etapa se inicia una jurisprudencia pendular, en ocasiones se ponderará la relación entre medio ambiente, libertad de empresa y derecho de propiedad, y otros casos el TC simplemente no analizará los contenidos ambientales de la Constitución.

En una sentencia de 2012, Rol 2299-12, a propósito de la afectación del derecho de propiedad y la protección del medio ambiente (caso al que me referí al inicio del trabajo), el TC desecha por empate de votos una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesta por la empresa inmobiliaria propietaria de un predio en la zona costera de Isla Negra⁽¹¹⁾. En este caso una parte de los jueces defenderá la protección del paisaje⁽¹²⁾, “... la limitación que se impone al propietario privado en virtud de la declaración de Zona Típica se muestra idónea al fin que se persigue propio de la función social de la propiedad como de la protección del patrimonio cultural del país. Todo ello, en la medida que el propietario no queda privado de su propiedad, ni tampoco del ejercicio de las facultades de uso, goce y disposición, que constituyen facultades esenciales del derecho de que se trata”⁽¹³⁾.

Otras dos sentencias dan cuenta de criterios contradictorios⁽¹⁴⁾. En el primer caso, denominado Molinera del Norte Rol 2644-14 de 2015, la requirente solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 62 de la Ley 17.288. La decisión controvertida había ordenado el traslado de la Molinera fuera de los límites de la comuna por emisión de malos olores. El Tribunal rechazó el requerimiento y consideró que, “La protección del derecho de propiedad no podría amparar una actividad productiva sin consideración de su emplazamiento en la ciudad y la dinámica del cambio urbano. La protección del ejercicio de la actividad productiva sin restricciones podría atentar contra el necesario crecimiento de la ciudad como lugar de residencia de seres humanos”⁽¹⁵⁾. La sentencia se acordó con dos disidencias.

El segundo caso, Curtidos Bas, Rol 2684-14 de 2015, trata de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la misma norma y decisión, ya que el municipio dispuso que la curtiembre debía trasladar sus instalaciones fuera de la comuna en el plazo de un año. En esta ocasión, en fallo dividido y a diferencia del anterior, el Tribunal acoge el recurso y declara inaplicable el inciso segundo del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. El TC señaló: “Que en razón de las consideraciones expuestas, se ha llegado a concluir que la aplica-

ción del inciso segundo del artículo 62...resulta inconstitucional, por lesionar las garantías que al derecho de propiedad reconocen los numerales 24° y 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental” (Rol N° 2684-14). El recurso fue acogido y la orden de traslado de la curtiembre quedó sin efecto.

En estos últimos casos, la misma disposición invocada en contextos similares, es considerada constitucional e inconstitucional en su aplicación. En el primer caso se plantea una interpretación menos amplia del derecho de propiedad, criterio que se restringe en el segundo. Nuevamente se evidencia una tensión respecto al ejercicio del Rol regulador del Estado y los límites admisibles al derecho de propiedad. No existe una clara tendencia en la manera de resolver ni un paradigma que permita articular la relación entre los derechos.

Tercera etapa: la dimensión ambiental de la Constitución y el interés público

Es en esta etapa que comienza a desarrollarse una perspectiva más amplia del medio ambiente al mismo tiempo que se invoca la noción *interés público*⁽¹⁶⁾.

El interés público y la industria de la minería tienen un interesantísimo tratamiento en otro de los casos que mencioné al inicio, Rol 2678-14. Se trata de una sociedad minera que solicita declarar la inaplicabilidad del art. 7 de la Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras. La norma impugnada dispone, “que sólo el dueño del suelo podrá permitir catar y cavar en terrenos arbolados o viñedos, o, bien, plantados de vides o árboles frutales”⁽¹⁷⁾. El requerimiento se plantea porque la propietaria de una plantación de olivos se negó a autorizar la actuación de la minera en su propiedad. El TC relaciona interés público y medio ambiente como criterios delimitadores del ejercicio del derecho de propiedad, esto es, como un límite. El interés público aparece como un paradigma en la relación medio ambiente-propiedad. El requerimiento de inaplicabilidad fue rechazado.

La sentencia dice,

... dicho interés público ha de estar al servicio de la persona humana y debe promover el bien común. ...Así mismo los órganos del Estado no podrían sino justificar el otorgamiento de una concesión minera en plena armonía con todos los contenidos del artículo 19, los que, entre otros, incluyen el deber de velar por el respeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de conta-

minación. De todo lo anterior puede deducirse que el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión minera no tiene un carácter unidimensional y que de modo ineludible debe integrar distintos principios y valores constitucionales. Por lo mismo, parece adecuado que el legislador disponga de un ámbito regulatorio que permita fijar o reconocer distintas actividades con aptitud para servir los fines que justifican el otorgamiento de una concesión minera (Rol N° 2678-14).

La invocación del interés público opera como razón de autoridad y para reforzar la protección del medio ambiente, que opera como límite frente a otros derechos.

En otra sentencia, Rol 2884-2015 de 2016, una Sociedad Agrícola y Ganadera solicitó declarar la inaplicabilidad del artículo 51 de la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. La solicitud se relacionaba con una multa aplicada a la empresa por talar espinos para carbón sin contar con un plan de manejo. La inaplicabilidad fue rechazada. En esta sentencia el Tribunal reflexiona sobre el contenido del artículo 19 N° 8, en una dirección coherente con la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria y la doctrina más actualizada en la materia. Los criterios que propone son:

A.— Que el artículo 19 N° 8 de la Constitución comprende diversos contenidos: un derecho fundamental y el deber de protección, en conexión con la protección del patrimonio ambiental como límite del derecho de propiedad.

En auxilio de este tipo de finalidades, la Constitución contempla dos cláusulas que describen cuestiones diferenciadas. Por una parte, la disposición que establece que “es deber del Estado velar para que este derecho [a vivir en un medio ambiente libre de contaminación] no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza” (inciso primero del numeral 8° del artículo 19 de la Constitución). Con ello, consagra deberes estatales de naturaleza objetiva en cuanto protección del patrimonio ambiental chileno y, por otro lado, la garantía subjetiva de la no afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Junto a esta finalidad, en materia de derecho de propiedad, se reconocen las limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social de la misma, especialmente en cuanto comprende ‘la conservación del patrimonio ambiental... (Rol 2884-2015)

B.— El bien jurídico protegido es el entorno, el ambiente, independientemente de la afectación a otros derechos. Los contenidos ambientales de la Constitución garantizan un mejor *estándar ambiental*.

...que éste es un derecho autónomo orientado a proteger el bien jurídico constitucional que configura el ambiente... De esta manera, en el marco de su contenido ha de existir una combinación compleja entre la titularidad de su ejercicio, la invocación del ambiente y la garantía objetiva de los deberes del Estado en la protección de la naturaleza, que redundan en un mejor estándar ambiental que exige el propio derecho... El artículo 19, numerales 8° y 24°, así como el artículo 20, relativo al recurso de protección en materia ambiental, constituyen el marco constitucional para la preservación general del medio ambiente. (Rol 2884-2015)

C.— El derecho de propiedad encuentra sus limitaciones en su función social en cuanto comprende *la conservación del patrimonio ambiental*. (...) “en materia de derecho de propiedad, se reconocen las limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social de la misma, especialmente en cuanto comprende ‘la conservación del patrimonio ambiental’”. (Rol N° 2884-15)⁽¹⁸⁾.

El TC analiza los deberes, derechos y restricciones contenidos en el art. 19 de la CPR abordando el asunto a partir de los límites del derecho de propiedad y la preservación del entorno.

Otra reciente sentencia, Rol 36.624⁽¹⁹⁾, semejante al caso sobre declaración de zona típica en Isla Negra, ratifica el giro que se ha identificado. En este caso la recurrente,

Bellavista Oveja Tomé SpA...deduce requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 12 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales.... La requirente afirma que es arrendataria con opción de compra de un inmueble donde funciona la fábrica, y que “el Consejo de Monumentos Nacionales...declaró el bien en cuestión como Monumento Histórico”. Frente a dicha decisión, la requirente interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección, dado que, estima, se vulneraron diversas garantías fundamentales.... (Rol 36.624)⁽²⁰⁾.

Para este caso, existe un elemento distintivo, el derecho que la requirente alega es un arriendo con opción de compra y en este caso el TC desarrolla dimensiones ambientales de la Constitución.

El TC revisa la doctrina respecto a los límites admisibles para el ejercicio de la libertad de empresa y a diferencia del caso Isla Negra, donde hubo empate de votos, en este caso señala,

...podemos concluir que el ejercicio de toda actividad económica debe necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, el denominado orden público económico debe respetar y conciliarse en forma con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas, no pudiendo desconocer dentro de estas garantías, las vinculadas a la función social de la propiedad y la Constitución cultural, que como ya se manifestó oportunamente tienen como objetivo el bienestar de la sociedad en su conjunto. (Rol 36.624)

De esta manera, el Tribunal se aproxima al concepto de Constitución como cultura, e incluye como parte de ella, *la preservación, protección e incremento del patrimonio cultural e histórico de la Nación*. El TC considera la declaratoria como monumento histórico, como una limitación admisible desde la perspectiva de la función social de la propiedad.

También en este caso se recurre a la noción de interés público “Que, de este modo al estar frente a una imposición de cargas para el titular de un derecho de propiedad, tendientes a proteger un interés público, pero que en caso alguno se le niega de manera absoluta el ejercicio de ese derecho en su esfera individual, forzosamente resulta desestimar dicha reclamación al no apreciarse de qué modo se vería conculcada la garantía del artículo 19 N° 24° de la Constitución”.

En síntesis, en los casos analizados las cuestiones que se discuten se relacionan con el Estado regulador, que va desde una menor a una mayor intensidad regulatoria; en las tensiones entre derechos, la respuesta va desde considerar inaceptables otras limitaciones a la libertad de empresa y al derecho de propiedad, hacia una mayor consideración con el medio ambiente. Por otra parte, es en la última etapa de la jurisprudencia cuando la consideración del interés público inicia una de las líneas argumentales más interesantes en la jurisprudencia del TC.

El interés público, una noción carente de desarrollo doctrinario en el ordenamiento chileno, se avizora como una doctrina sugerente, aunque todavía lejana del litigio estratégico ambiental que ha desarrollado la Suprema Corte de la India, (Brara, 2018); o de las cortes de Keya y Tanzania (O’Loughlin, 2018), donde el interés público opera como un argumento que impulsa el control de políticas públicas por los tribunales y amplía la legitimación activa y asistencia para litigios ambientales. Para el caso de Chile, tímidamente el interés público aparece como un argumento para la construcción de límites al derecho de propiedad y la libertad de empresa, una fórmula muy incipiente y nada definitiva según lo demuestran los cambios de la jurisprudencia constitucional.

En la actualidad, el inicio de un proceso constituyente en Chile es un momento valioso para la reformulación de lo ambiental en la Constitución. Se trata de un momento propicio para abordar sus complejidades y relaciones del medio ambiente con la economía, los recursos naturales, el agua, la propiedad y la libertad de empresa.

El análisis de los problemas asociados al actual diseño constitucional de lo ambiental, me llevan a proponer que la nueva Constitución deba referirse a esta materia desde el artículo primero, que debiera hacer referencia a los derechos de las futuras generaciones, a la sostenibilidad, al interés público, a la idea de los bienes comunes y su gestión consciente de los límites del crecimiento, acorde a los desafíos que impone el S. XXI.

Conclusiones

Los contenidos y significados de lo ambiental en la Constitución, la centralidad que la Comisión Ortúzar otorgó a los problemas derivados de la contaminación y una idea romántica sobre la preservación de los espacios naturales, no tuvieron inicialmente un desarrollo en la jurisdicción constitucional que privilegió la tutela de los derechos de contenido económico, libertad de empresa y derecho de propiedad. En la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional las dimensiones ambientales de la Constitución carecían de desarrollo.

En el proceso de construcción y consolidación de una economía extractiva, centrada en la agenda de crecimiento económico, los contenidos ambientales protegidos en la Constitución fueron invisibles, especialmente en la década de los noventa cuando la economía del país crecía de forma acelerada.

Los conflictos jurídicos debatidos ante el TC se producen en el contexto de nuevas normas regulatorias de lo ambiental, por afectar otros derechos o porque aplican límites a los derechos de propiedad o la libertad de empresa. En general, el Tribunal Constitucional ha sido cuidadoso en la protección de los derechos a la libertad de empresa y de propiedad. El desarrollo de una perspectiva constitucional de lo ambiental ha sido reciente en la jurisprudencia constitucional. Se ha invocado el interés público, pero la invocación del desarrollo sostenible no ha tenido lugar en su jurisprudencia; y el interés público se invoca en un sentido muy clásico, como límite y no como un criterio para el gobierno de lo común. Se confirma que estamos ante un Tribunal más apegado al texto de la Constitución y menos abierto a incorporar criterios interpretativos como el preventivo y precautorio.

Como se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lentamente comienza a aparecer la perspectiva ambiental de la Constitución y a dotarse de contenido; no obstante, la ausencia de criterios auxiliares y un desarrollo robusto de la perspectiva jurídica y constitucional del medio ambiente no logran moderar la centralidad de la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Existe tanto conocimiento en esta área, que es difícil comprender la ausencia de estos desarrollos, especialmente contenidos en tratados internacionales ratificados por el país y vigentes. La importancia de los principios en esta materia es evidente. No se trata de simples ejercicios de ponderación entre derechos, sino que existe ese interés público que requiere ser resguardado en este campo tan imprescindible.

En el proceso constituyente por iniciar, lo ambiental debería desplegar todas sus dimensiones, los principios deben ser incorporados desde el inicio, lo mismo que los deberes de protección que deberían extenderse a todas las personas (naturales y jurídicas), de la misma manera que los deberes de reparar. Un tratamiento especial requieren los recursos naturales y la sostenibilidad en su explotación, así como referencias al agua; de la misma manera, se debe garantizar un derecho fundamental a un medio ambiente sano, que contemple una legitimación activa amplia para su protección.

Es mucho el trabajo por hacer en esta materia y se cuenta ya con suficientes evidencias de la fragilidad del país a partir del estado de nuestro entorno.

Referencias

- Anzil, F. (2005). *Economía de Chile y Economía Latinoamericana*. Recuperado de <http://www.zonaeconomica.incom/chile/latinoamericana>
- Ávila, R. (2010). *El derecho de la naturaleza. Fundamentos*. Recuperado de <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/%C3%81vila-%20CON001-El%20derecho%20de%20la%20naturaleza-s.pdf>
- Astorga, E. (2012). *Derecho ambiental chileno. Parte General*. Santiago: Legal Publishing
- Barnes, J. (2012). El sujeto privado en la Constitución económica. De la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto a protagonistas y corresponsables de la vida económica. En Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La Constitución económica, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (pp. 33-75). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bermúdez, J. (2015). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2ª ed.). Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Brañes, R. (2015). El derecho para el desarrollo sostenible en la América Latina de nuestros días. *Revista de Derecho Ambiental*, (2), 19-31. Recuperado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36469/3809>
- Brara, R. (2018). *Courting Resilience The National Green Tribunal, India. Paper prepared for the UNRISD session at the Resilience 2017 Conference*. Geneva: United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD).
- Bustos, B., Prieto, M. y Barton, J. (2015). *Ecología política en Chile Naturaleza, propiedad, conocimiento y poder*. Chile: Editorial Universitaria.
- Canosa, R. (2000). *Constitución y Medio Ambiente*. Argentina: Dikinson.

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)(2016). *Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile 2016*. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/S1600413_es.pdf
- Díaz, M., Larraín, J., Zegers, G. y Tapia, C. (2008). Caracterización florística e hidrológica de turberas de la Isla Grande de Chiloé, Chile. *Revista chilena de historia natural*, 81(4), 455-468. DOI: 10.4067/S0716-078X2008000400002
- Galdámez, L. (2017a). Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50(148), 113-144. DOI: 10.22201/ijj.24484873e.2017.148.10997
- Galdámez, L. (2017b). Estado subsidiario y medio ambiente. En I. Obando, Coord. *Estudios constitucionales y parlamentarios en homenaje al Profesor Jorge Tapia Valdés*. Santiago: Ril editores.
- Gordillo, J. (2006). *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho en el siglo XXI*. Madrid: Trotta.
- Gregor, C. (2014). Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador. El buen vivir y los derechos de la naturaleza. *Latinoamérica, Revista de Estudios Latinoamericanos*, (59), 9-40. DOI:10.1016/S1665-8574(14)71724-7
- Guiloff, M. (2011). El dilema del artículo 19 No 8 inciso 2. *Revista de derecho*, 18(1), 147-169. DOI: 10.4067/S0718-97532011000100006
- Guzmán, R. (2012). *Derecho Ambiental Chileno*. Chile: ed. Planeta sostenible.
- Häberle, P. (2006). Aspectos Constitucionales de la Identidad cultural. Derechos y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (14), 89-102. URI: <http://hdl.handle.net/10016/3768>
- Hardyn, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162(3859), 1243-1248.

- Instituto de Asuntos Públicos (2016). *Informe País. Estado del medio ambiente en Chile. Comparación 1999-2015* (Santiago, Universidad de Chile). Recuperado de <http://www.inap.uchile.cl/publicaciones/129607/informe-pais-estado-del-medio-ambiente-en-chile-1999-2015>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). *Mapa de Conflictos socio-ambientales en Chile*. Recuperado de <http://mapaconFLICTOS.indh.cl/>
- Jaria, J. (2017). Constitución desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 8(1), 1-46. DOI: 10.17345/rcda.1810
- Meadows, D., Meadows, D., Randers, J. y Behrens, W.(1972). *The Limits of The Growth. A Report for The Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*. Recuperado de <http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf>
- Mellers, P. (s/f). *Pobreza y distribución del ingreso en Chile. Década del 90*. Universidad de Chile, Facultad de Ingeniería Industrial, Doc. de trabajo. Recuperado de http://www.dii.uchile.cl/~cea/sitedev/cea/www/download.php?file=documentos_trabajo/ASOCFILE120030328151843.pdf
- Ministerio del Medio Ambiente (s/f). *Turberas en la Patagonia austral*. Recuperado de <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-55824.html>
- Moraga, P., Boutonnet, M. y Saint-Pau, J. (2015). *El principio precautorio en el derecho comparado*. Santiago: LOM.
- O'Loughlin, E. (2018). Decolonising Jurisprudence: public Interest Standing in New Constitutional Orders. En M. Elliot, J. Varuhas y S. Wilson. *The Unity of Public Law? Doctrinal, Theoretical and comparative perspectives*. Oxford UK, Portland Oregón: Hart Publishing.
- Ost, F. (1996). *Naturaleza y Derecho*. España: Ediciones Mensajero.
- Peña, M. (2010). *Jurisprudencia sobre daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*. Costa Rica: Investigaciones jurídicas.

- Prieto, M. (2015). La ecología política del modelo de agua chileno. En: B. Bustos, M. Prieto y J. Barton. *Ecología Política en Chile. Naturaleza, propiedad, conocimiento y poder*. Santiago: Editorial Universitaria.
- República de Chile, Comisión Constituyente. (1976). *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente”, Tomo VI, Sesión 186ª, celebrada en martes 9 de marzo de 1976*. Recuperado de http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r
- Reyes, S. y Rodríguez, J. (2015). *Proyecto Hidroaysén: capitalismo extractivista, regulación estatal y acción colectiva en la Patagonia*. Santiago: *Polis* 14(40), 439-467. DOI: 10.4067/S0718-65682015000100021
- Sagot, Á. (2014). *El Desarrollo sostenible en la jurisprudencia constitucional*. San José de Costa Rica: Juricentro.
- Sahady, A. y Gallardo, F. (2009). Centros históricos: el auténtico ADN de las ciudades. *Revista INVI*, 19(51). Recuperado de <http://www.revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/64/46>
- Saulino, F. (2011). Los derechos ambientales. En R. Gargarella, R. (Coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Simón, F. (2012). *Medio Ambiente y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Jurisprudencia Citada

- Tribunal Constitucional, Rol N° 146-92, sentencia de 21 de abril de 1992. Requerimiento de un grupo de Diputados respecto del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 357, publicado en el Diario Oficial de 19 de febrero de 1992, que prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 185-94, sentencia de 28 de febrero de 1994. Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Bases del Medio Ambiente.

- Tribunal Constitucional, Rol N° 325-01, sentencia de 26 de junio de 2001. Requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001, sobre restricción vehicular.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 577-06, sentencia de 26 de abril de 2007. Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo N° 80, de 26 de agosto de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que “Establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén”.
- Tribunal Constitucional 1554-09, Proyecto de Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2299-12, sentencia de 29 de enero de 2014. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora Santa Beatriz S.A. respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, en los autos sobre recurso de protección, caratulados “Constructora Santa Beatriz S.A. con Ministerio de Educación y otro”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 25.159-2012.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2644-14, sentencia de 27 de enero de 2015. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Molinera del Norte S.A. respecto de los artículos 62, inciso segundo y 160 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, que aprueba la nueva Ley General de Urbanismo y Construcción, en los autos sobre recurso de casación en la forma y en el fondo, caratulados “Molinera del Norte S.A. con Karen Rojo Venegas Alcaldesa I. Municipalidad de Antofagasta”, de que conoce la Corte Suprema bajo el Rol N° 16.888-2013.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2678-14, sentencia de 25 de junio de 2015. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedades Legales Mineras, respecto de los artículos 7, de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y 15, inciso cuarto, del Código de Minería, en aquella parte en que ambas disposiciones legales señalan que sólo el dueño del suelo podrá permitir catar y cavar en terrenos arbolados o viñedos, o bien, plantados de vides o árboles frutales, en los autos

sobre recursos de casación en la forma y en el fondo, de que conoce actualmente la Corte Suprema por recurso de reposición, bajo el Rol N° 9475-2014.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2684-14, sentencia de 10 de septiembre de 2015. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Curtidos BAS S.A. respecto del artículo 62, inciso segundo, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; o en subsidio, respecto de la oración “Este plazo no será inferior a un año”, contenida en la parte final del mencionado inciso segundo, en los autos sobre recurso de casación en el fondo, de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 16.593-2014.

Tribunal Constitucional, Rol N° 2884-15, sentencia de 26 de julio de 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Agrícola y Ganadera El Almendral Limitada respecto del artículo 51 de la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, en los autos sobre denuncia por corta de bosque nativo no autorizada, sustanciados ante el Juzgado de Policía Local de Chépica, bajo el Rol N° 32.047-2015.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Bellavista Oveja Tomé SpA respecto del artículo 12 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, en los autos sobre recurso de protección de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 36.624-2016.

Notas

¹ Este trabajo se elabora en el marco del proyecto Fondecyt Iniciación 11140270 sobre derechos y principios ambientales en la Constitución de 1980. Parte del artículo se desarrolló durante una estancia de investigación en el Max Planck Institute for comparative public law and international law de Heidelberg, Alemania.

² En adelante también TC o Tribunal Constitucional.

³ Se debe tener presente que conforme la Constitución, corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer la acción de tutela del derecho fundamental a través del recurso de protección, mientras la jurisdicción constitucional conoce la dimensión ambiental de la Constitución a propósito de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

(art. 93 No 6); del control preventivo de constitucionalidad (19, No 1); y cuando resuelve cuestiones de constitucionalidad (art. 93 No 3), aunque este listado no es taxativo.

⁴ Sobre los significados del medio ambiente, vid Guzmán. 2012, p.22.

⁵ Actas República de Chile (1976), s/p.

⁶ La cuestión ambiental también ha pasado a ser de interés para el derecho constitucional, atención que se ha expresado en la incorporación de cláusulas ambientales en las varias constituciones contemporáneas. En la primera parte del S. XXI, el contenido de dichas cláusulas ha evolucionado al punto que, por ejemplo, en el caso de Argentina —cuya Constitución reformada en 1994 (art. 41) asegura el derecho fundamental a un *medio ambiente sano y equilibrado*— se ha propuesto incluir el reconocimiento “de los derechos ambientales de las generaciones futuras, acompañado por el establecimiento de mecanismos que permitan hacerlos efectivos...”. Saulino (2011), p. 201.

⁷ En este sentido, afirman, Díaz et al., que, “Para disminuir el impacto humano y hacer un buen manejo de turberas, se debe considerar el área total de la cuenca. Actividades como la tala, caminos, agricultura, pueden alterar la calidad del agua agregando sedimentos y nutrientes, alterando la ecología de la turbera. En la actualidad no existe ningún plan de manejo que regule estas actividades en turberas de ningún tipo”.(Díaz et al. 2008, p. 466).

⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE 2016), p. 3.

⁹ Mapa Conflictos Socioambientales (2018) disponible en: <https://mapaconflictos.indh.cl/#/> visitado 18.07.2019.

¹⁰ Naciones Unidas, Vid: <http://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>

¹¹ Los hechos en que se funda el requerimiento son: “Con fecha 15 de diciembre de 1997 se dicta el Decreto Exento N° 1187, del Ministerio de Educación, que declara Zona Típica el Sector Costero de Isla Negra fundado en la necesidad de conservar las características ambientales, arquitectónicas, urbanas, la belleza paisajística y la armonía que posee dicha localidad. El 4 de julio del año 2011, Constructora Santa

Beatriz adquiere los Lotes Uno y Dos del plano de la división de la propiedad ubicada en calle Santa Julia s/n, ubicada en Isla Negra, comuna de El Quisco, con el objeto de desarrollar un proyecto inmobiliario consistente en la construcción de 188 departamentos de aproximadamente 45 metros cuadrados cada uno... El día 26 de septiembre de 2012 se publica en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 364, de 23 de agosto de ese año, del Ministerio de Educación, mediante el cual se modifica el Decreto N° 1187, de 1997, que declaró monumento nacional en la categoría de zona típica el sector costero de Isla Negra, ubicado en la comuna de El Quisco, provincia de San Antonio, V región de Valparaíso”.

¹² La disputa se planteó porque el predio, por una decisión del Consejo de Monumentos Nacionales que solicita ampliar la zona típica de Isla Negra al Ministro de Educación, siendo esta decisión posterior a su adquisición por la inmobiliaria. Su inclusión en zona típica implicaba que el predio ya no podía ser usado para un proyecto inmobiliario sin permiso del Consejo de Monumentos Nacionales.

¹³ Los Ministros a favor de acoger el requerimiento agregan: “Que una limitación sobreviniente como esa, en cuanto se hace recaer sobre un inmueble adquirido originalmente sin restricciones, para un propósito urbanístico lícito cuya concreción ahora se torna incierto, deja al propietario en un estado de inseguridad tal que -obviamente- amaga la referida garantía del artículo 19, N° 24°, inciso segundo constitucional”. Tribunal Constitucional, Rol N° 2299-12, sentencia de 29 de enero de 2014.

¹⁴ Ambas se refieren a la constitucionalidad del art. 62 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 1975, por contravenir el derecho a la libertad para desarrollar actividades económicas y el derecho de propiedad.

¹⁵ Se rechaza el requerimiento y se agrega: “Asimismo, en virtud del artículo 5.2 de la Carta Fundamental, es deber del Estado respetar y promover derechos como el contenido en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce que "(t)oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"”. Tribunal Constitucional, Rol N° 2644-14, sentencia de 27 de enero de 2015.

¹⁶ Siguiendo a Marisol Peña y a Cecilia Rosales, para este caso su aplicación opera como criterio delimitador y para resolver conflictos entre derechos “La noción de

interés público ha permeado la concepción clásica de los derechos fundamentales, ya sea como límite de los mismos, como fundamento de las restricciones que puede imponer la autoridad o, por último, como criterio para resolver colisiones o conflictos de derechos consagrados en la Constitución Política”. (Peña y Rosales 2001, p. 483)

¹⁷ La controversia se produce porque la sociedad minera solicita la ampliación de la servidumbre minera o bien, que se constituya una nueva, sobre una zona de propiedad de la recurrida (una sociedad agrícola) y plantada con nogales. El permiso fue denegado por la sociedad agrícola.

¹⁸ Tribunal Constitucional, Rol N° 2884-15, sentencia de 26 de julio de 2016.

¹⁹ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Bellavista Oveja Tomé SpA respecto del artículo 12 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales, en los autos sobre recurso de protección de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 36.624-2016.

²⁰ Rol N° 36.624-2016, 18 de julio de 2017.