

Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



“Derecho Ambiental: Conservación del Patrimonio
Ambiental y el Derecho de propiedad, análisis
jurisprudencial”

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Alumno: José Miguel Proboste Cárdenas
Profesor Patrocinante: Pablo Eisendecher Bertin

VALDIVIA, 08 DE MARZO DEL 2004



Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

Informe de monografía de Prueba
Alumno José Miguel Proboste Cárdenas

Valdivia a 05 de marzo de 2004

Doctor
Juan Ornar Cofre Lagos
Profesor Seminario de Investigación jurídica
Presente

De mi consideración:

En conformidad a lo dispuesto en el reglamento para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, corresponde al suscrito en su calidad de profesor patrocinante, informar y calificar la monografía del alumno *José Miguel Proboste Cárdenas*, denominada ***"Derecho Ambiental: Conservación del patrimonio ambiental y el derecho de propiedad, análisis jurisprudencial"***.

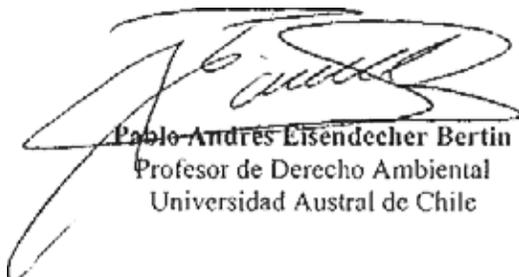
El trabajo desarrollado, se realiza en un área en permanente polémica en derecho ambiental, la relación entre medio ambiente y propiedad, ya que las variaciones en la extensión de estos conceptos y los contenidos este paradigma -la función social ambiental de la propiedad-, son determinantes para saber con precisión cual es la carga que tanto el Estado como los particulares, deben soportar en materia ambiental.

Si bien el alumno se aproxima a los temas enunciados de una forma tradicional, las fuentes citadas y los desarrollos personales demuestran un análisis y reflexión detenidos de la materia.

Ilustra el tesista estas elucubraciones, mediante el análisis de jurisprudencia nacional de diferentes Tribunales, a veces certero en este análisis y en otras ocasiones; desperdiciando la oportunidad de extraer del fallo las debilidades o contradicciones contenidos en el, sirven igualmente para los fines propuestos, ratificando el errático y por cierto insuficiente desarrollo doctrinal de estas en el conflicto estudiado.

Deseo destacar el interés que esta materia puede tener el futuro, ya que constituyen el conflicto por excelencia en materia ambiental, es por ello que este trabajo puede servir de base para futuras investigaciones en esta área, ya que delimita con éxito las deficiencias en esta materia.

Finalmente, el suscrito en su calidad de profesor patrocinante, se permite calificar la monografía de don *José Miguel Proboste Cárdenas*, que se encuentra *"aprobada para empaste"*, con nota 6.0 (seis coma cero).


Pablo Andrés Eisendecker Bertin
Profesor de Derecho Ambiental
Universidad Austral de Chile

ÍNDICE

1.- Introducción.....	Pág.4
2.- Presentación del problema.....	Pág.6
3.- Derecho Ambiental.....	Pág.8
A) Concepto de Medio Ambiente.....	Pág.8
B) Concepto de Derecho Ambiental.....	Pág.9
4.- Consagración de la Protección Ambiental en la Constitución de 1980.....	Pág.11
A) Análisis del Precepto.....	Pág.11
5.- Otras Normas.....	Pág.15
6.- Derecho de propiedad en la Constitución de 1980.....	Pág.16
A) Definición de Propiedad.....	Pág.16
B) Reconocimiento Constitucional.....	Pág.17
7.- Función Social de la Propiedad.....	Pág.18
A) Definición de Función Social.....	Pág.19
B) Reconocimiento Constitucional.....	Pág.20

8.-Análisis Jurisprudencial.....	Pág.21
A) Caso Pangué.....	Pág.21
I Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago.....	Pág.21
i) Argumentación de los Recurrentes.....	Pág.21
ii)Argumentación de la Recurrida.....	Pág.22
II Fallo de la Corte Suprema.....	Pág.24
III Observaciones.....	Pág.25
B) Caso Restricción Vehicular.....	Pág.27
I Argumentación de los Recurrentes.....	Pág.27
II Argumentación de los Recurridos.....	Pág.28
III Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago.....	Pág.29
IV Observaciones.....	Pág.32
C) Caso Galletué.....	Pág.33
I Antecedentes.....	Pág.33
II Argumentación de la Corte Suprema.....	Pág.34
III Observaciones.....	Pág.36
9.-Conclusiones.....	Pág.38
10.- Bibliografía.....	Pág.42

1.- Introducción

No resulta fácil poder encontrar las palabras precisas para dar inicio a la exposición de este proyecto de tesis. Creo que, un buen punto para iniciar esta exposición implicaría precisamente referirse los desafíos que las nuevas propuestas ambientales deben tener en Chile. Hasta hoy contamos con un sin número de normas dispersas, que en la mayoría sólo tienen un carácter técnico, más una gran cantidad de propuestas y estudios, que lamentablemente rayan en romanticismos de ideales ambientales, donde intentan plasmar los grandes fines conservacionistas, pero que tienen como base (más bien una precisa debilidad), el supuesto de lograr captar el entendimiento racional del hombre, de un deber y conciencia de respeto por el medio que nos rodea. Todo esto teniendo como prima, la idea que el hombre debe lograr mantener de forma excelsa la naturalidad de la evolución del medio, para así poder superar su etapa de autodestrucción reflejadas en su afán de consumir todo lo que le rodea.

Si bien estos términos y objetivos son bastante razonables, no podemos dejar de considerar nuestra realidad y reconocer la ineficiencia de estas consideraciones, sobre todo dentro del medio técnico-jurídico.

Enfrentando este nuevo cuestionamiento creo sí, que la nueva etapa que debe comenzar y que debe ser asumida por aquellos legos con cierta conciencia ambientalista, es empezar a trabajar en demostrar una coordinación de las normas ya existentes y en menor medida, preocuparse por la creación de nuevos precepto. Justificando esto, soy de la postura que las normas hoy vigente, no nos entregan mayor objeción al desarrollo de esta nueva rama del derecho. Creo que hasta cierto punto se entiende la ya repetida justificación de la insuficiencia de las normas, claro las normas no pueden echar la culpa a nadie. Debemos estar bien atentos a este fenómeno, ya que es normal que encontremos vacíos, lagunas normativas, ya que no debemos olvidar que estamos hablando de un derecho nuevo, que se intenta (por que es una necesidad y realidad innegable) coordinar con el menor de los reglamentos de diversas sub-ramas del derecho, hasta incluso con los principios generales de nuestra norma fundamental. Además debemos tener en cuenta que nos encontramos frente a un derecho que está muy ligado a la ciencia y sobre todo a los avances que esta pueda obtener, lo que hace que el derecho ambiental vaya modificando sus objetivos de competencia.

Así también las normas o definiciones que hoy nos satisface plenamente, mañana van a constituir una norma incompleta e incluso en muchos casos, negativas para los fines ambientales.

Me gustaría traer a colación los consejos añejos pero de total vigencia y sabiduría, de un viejo hidalgo, a quien fuera su único confidente.

*“No hagas muchas programáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y , sobre todo , se guarden y cumplan; que las programáticas que no se guarden, lo mismo es si no lo fuesen ; antes dan a entender que el Príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas, no tuvo valor para hacer que se guardaran; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas; que al principio las espantó, y con le tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella”**.

* Carta de Don Quijote a Sancho Panza, gobernador de la ínsula de Barataria (Segunda parte, Capítulo II). Citada en el Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Raúl Brañes, Fundación MEXICANA Para la Educación Ambiental, pág. 679

2.- Presentación del problema

Si bien en nuestra Carta Fundamental existe la consagración de la conservación del patrimonio ambiental como una función social de la propiedad, no es fácil o aparente poder determinar el ámbito de aplicación de esta causal justificativa, más aun se puede (a priori) proponer incluso una legítima duda de sí esta función ambiental es suficiente para que en conjunto con la figura de la expropiación pueda cumplir la finalidad de conservar el patrimonio ambiental.

Esta situación cobra cada día mayor importancia, debido a su reiterada alegación en diversos conflictos jurídicos-ambiental. Esto último unido a la cada vez mayor existencia de normas ambientales que generalizan la protección y conservación del patrimonio ambiental ha ocasionado colocarle, ya no sólo una carga al Estado, sino que en forma creciente a la propiedad particular. Esto ha producido que esta causal deje de ser una mera restricción excepcional y marginal dentro del derecho de propiedad, sino que pase a ser una carga real, permanente y en muchos casos esencial en el ejercicio de su dominio y su valor pecuniario.

Todo esto ha logrado que se agudice, cada vez en una mayor medida, el conflicto frente al ámbito de aplicación de esta función social ambiental que conforma un punto de unión entre el derecho ambiental y el derecho de propiedad.

La idea de este trabajo es analizar de alguna forma como en la práctica jurídica ha sido considerada esta relación; más aún, la idea es poder dilucidar el tipo de relación que hay entre estos derechos, es decir, si la función ambiental es una causal más de las 4 causales que consagra nuestra constitución¹, si nos encontramos frente a una función especial (en el sentido de su extensión en su aplicación), y si existe o no una preponderancia de alguno de estos derechos en cuestión.

¹Art. 19 N° 24 inc. 2, Constitución Política de la Republica de Chile. Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, 1998.

A raíz de todo esto y como una forma de plantearse el análisis a realizar, me he propuesto comprobar si las herramientas que nos entrega la Constitución son o no suficientes y adecuados para que nuestros Tribunales de Justicia puedan dar una solución apropiada a los conflictos jurídico-ambientales, que han confrontado a la conservación del medio ambiente con el derecho dominical, que tiene y atesora cada particular.

3.- Derecho Ambiental

Para poder referirnos al derecho ambiental, primero y siguiendo un cronograma lógico analizaremos que es lo que debemos entender bajo el término medio ambiente.

A) Concepto de Medio Ambiente

Este elemento presenta diversas dificultades para considerarla como una definición eficiente para los fines jurídicos. Esto porque de por sí, es un término muy amplio y porque principalmente nos encontramos frente a una voz transversal a varias disciplinas (ejemplo: biología, sociología, política, antropología, entre otras), lo que hace difícil poder determinar cuál es el concepto más indicado en términos jurídicos, que permitan la consecución de su finalidad de preservación y equilibrio.

Teniendo en cuenta lo anterior y tratando de deducir cuál va a ser el término más apropiado para así poder definir al derecho merecedor de protección jurídica, diré en primer lugar, que el Derecho ha tratado de tomar los elementos más precisos y acotados para definir medio ambiente, a modo de conseguir una posición que permita conservar una seguridad jurídica de este nuevo derecho, frente a las instituciones jurídicas ya existentes. En segundo lugar y siguiendo una tendencia histórica, ha buscado una definición de medio ambiente la cual gire en torno a la figura humana.

A partir de estas influencias es que se dio origen al concepto que entrega nuestra legislación², el cual a pesar de ser bastante redondo o completo para su tiempo, no deja de perder este sentido antropocéntrico.

Con el tiempo se ha demostrado que limitar o supeditar el medio ambiente al hombre ha sido incorrecto. Esta situación la han dejado entrever nuestros propios Tribunales de Justicia,

²“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. (Artículo 2° letra II) ley 19.300.

quienes han creado un propio concepto de lo que se debe entender por medio ambiente³, el cual por supuesto obedecen a una perfección del que ya ha establecido la propia ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Creo que, por mi parte y por el mayor conocimiento que hoy se tiene del derecho ambiental, la definición que más se acerca a un ideal es esta última, por dejar de lado al hombre y por ser más amplia en su contenido, pudiendo así poder comprender una mayor cantidad de situaciones.

B) Concepto Derecho Ambiental.

Para don Raúl Brañez⁴ el derecho ambiental se conceptualiza como “un conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de ecosistema de dichos organismos”.

Don Narciso Sánchez⁵ nos dice por otra parte, que lo vamos a entender como “un conjunto de normas jurídicas de Derecho Público, que regulan las relaciones de los seres humanos en sociedad con los diversos recursos naturales, en la medida en que aquellos pueden influir sobre estos últimos”.

³“El medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo la cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio ambiente en que vive”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 82 (1985). Sec. V, p. 264.

⁴ Brañez, Raúl. Manual de Derecho Ambiental Mexicano. Fundación mexicana para la educación ambiental. Fondo de Cultura Económica, México 1994, pág. 27.

⁵ Sánchez Gómez, Narciso. Derecho Ambiental. Editorial Porrúa, México D. F. 2001, pág. 6.

Finalmente me gustaría agregar lo que la destacada ambientalista Raquel Gutiérrez⁶ nos dice que va a entender por derecho ambiental. Ella por su parte lo sintetiza en “un conjunto de normas que tiene por objeto regular las conductas que inciden directamente o indirectamente en la protección, preservación, conservación, explotación y restauración de los recursos naturales bióticos y abióticos”.

⁶ Gutiérrez Nájera, Raquel. Introducción al Estudio del Derecho Ambiental. Editorial Porrúa. México D. F. 1998, pág 118.

4.- Consagración de la Protección Ambiental en la Constitución de 1980.

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra consagrado dentro de las garantías constitucionales, específicamente en el artículo 19 N°8 ⁷, donde aparte de encargarse de reconocerlo como derecho, también agrega el deber del Estado de velar por la no-afectación de este derecho y “tutelar la preservación de la naturaleza”.

Finalmente en su inciso segundo autoriza al legislador, a establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger al medio ambiente. En virtud de dicha autorización, el legislador podrá imponer, a través de la ley, una regulación al desarrollo de cualquier actividad económica; limitar la adquisición del dominio de algunos bienes y de su uso y goce y; en forma especial, contemplar las limitaciones necesarias al derecho de propiedad a través de la figura de la función social ambiental de la propiedad establecida en el inciso segundo del N°24 del artículo 19 de la Constitución ⁸.

A) Análisis del Precepto

Podríamos realizar un análisis completo del numerado 8°, lo cual nos tomaría una buena cantidad de tiempo, por lo cual cometeré la osadía de sólo referirme a los puntos, que a mí entender muestran interés y alguna novedad:

- a) La primera parte claramente tiene una visión antropocéntrica, es decir, evidentemente determina una necesidad de existencia de un sujeto pasivo determinado y conocido, como justificación de la protección del derecho.
- b) La segunda parte de este inciso primero, determina al Estado como el órgano “responsable” de salvaguardar este derecho, pero lo que es aún más interesante, es que finalmente lo hace responsable de “tutelar la preservación de la naturaleza”, con lo cual en este preciso

⁷Art. 19 N° 8 Constitución Política “El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Es un 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”.

⁸ Artículo 19 N° 24 inc. 2° “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exija los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

punto, el constituyente (probablemente de forma inconsciente) reconoce la existencia de un medio ambiente más amplio, el que sólo afecta directamente al ser humano, y extiende el mandato de salvaguardia de mantener un medio ambiente libre de contaminación, a tutelar a una naturaleza en general.

c) El inciso segundo establece los requisitos que el legislador deberá cumplir para así imponer las restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos y libertades que sean necesarias para la protección del derecho.

Respecto a este punto y relacionándolo quizás con su principal consecuencia “la función social de la propiedad de conservación del patrimonio ambiental”, se ha establecido por gran parte de la doctrina que la “limitación” que se haga tanto en el ejercicio del derecho como al derecho mismo, no podrá ser cualquiera o de cualquier tipo, aunque esté debidamente justificada por la necesidad de lograr la conservación del medio ambiente, ya que de ser así, esta ley estaría en abierta contravención a la limitación que el N°26 del mismo artículo establece al legislador⁹.

Creo que esta observación es totalmente discutible y extrema, ya que se toma tanto el inciso segundo del N°8, como el N°26 de una forma estrictamente literal, lo que se traduce en una expresa y grosera contradicción de Garantías Constitucionales, que pierden cualquier lógica frente al hecho de que nuestra norma fundamental es un sistema relacionado, orgánico y comunicado, motivo por el cual, ambas normas terminarían neutralizando sus respectivas finalidades, produciéndose consecuentemente un grave vacío constitucional (hay que tener en consideración que nos encontramos frente a normas de idéntica jerarquía, por lo cual desde esta perspectiva se anularían.)

Por nuestra parte debemos entender que la interpretación de estas normas debe entenderse dentro del contexto que se encuentra, el cual es de las Garantías Constitucionales, lo que nos lleva a comprender claramente que las intenciones específicas que una ley pueda contener para la protección del medio ambiente, a que se refiere el N°26, son aquellas *prohibiciones* que afecten la esencia del derecho o libertad en cuestión.

⁹ Art. 19 N° 26 CPE “ La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o completen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella la autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requerimientos que impidan su libre ejercicio.

Sin lugar a duda no podemos dejar de mencionar la ley de “Bases Generales del Medio Ambiente” o Ley 19.300, la cual sin lugar a duda ha tenido una gran significación, en el posicionamiento del tema ambiental como un tema jurídico de relevancia para la realización de diversas actividades de la sociedad.

Estando ya próxima a cumplirse una década de su publicación¹⁰, es un consenso generalizado en todos los sectores, la necesidad de modificarla. Es así, como la CONAMA se ha propuesto una serie de estudios en el último período de tiempo con la clara intención de proponer al gobierno una serie de modificaciones concretas, para que este proceda a impulsar un cada vez más necesario proyecto de reforma de la Ley 19.300.

Si de alguna forma debo caracterizar esta norma, debo decir que la podemos desglosar en dos partes principales. Una primera, que es de carácter declarativo, la cual, intenta de una manera incompleta (bajo mi punto de vista), entregarnos los principios y conocimientos técnicos mínimos, para poder definir diversos temas ambientales. El problema que encontramos de esta primera parte, es que la terminología definida en la norma es insuficiente, más, considero a muchas de estas definiciones abiertas, de una interpretación difusa¹¹ homologable a las leyes penales en blanco.

En segundo lugar esta ley está compuesta por una parte eminentemente técnica que nos entrega las normas sobre el SEIA (sistema de evaluación impacto ambiental)¹² y de emisión de contaminantes principalmente. Cabe destacar que ha sido muy criticado este sistema de evaluación (una de los principales puntos o reformas de la ley 19.300 por parte de CONAMA), principalmente por ser eminentemente declarativo y carecer de todo elemento real de control. Pero hay que tener en cuenta que la poca eficiencia de este instrumento como medio de control, no fue en ningún caso algo casual, sino que obedecerá a la propia idea del legislador, que bajo ningún punto de vista quería colocar una real traba a la realización de las diversas actividades económicas.

¹⁰ Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, Publicada en el diario Oficial de 9 de marzo de 1994.

¹¹ Referencia directa a lo establecido por el artículo 2° de la Ley 19.300.

¹² Desarrollado por el artículo 8° en delante de la Ley 19.300

Lo que sin duda no se pudo prever, fue el carácter de “público” que revistió cada proyecto a través de la realización de estos estudios, lo que en alguna medida ha sido responsable de que se hayan conocido los casos y que en muchos de ellos se hayan realizado diversas acciones judiciales, que lamentablemente no son las que idealmente deberán proceder.

Idealmente deberíamos ver, frente a estas situaciones la innovación de recursos ambientales, pero lamentablemente esto no es así y lo que sí se utiliza es el recurso de protección ambiental consagrado en el N°26 del artículo en comento. Recurso, que puede gozar de notables ventajas en la protección de garantías, pero lamentablemente no constituyen la mejor herramienta para solucionar conflictos técnicos y complejos, que requieren de un acucioso trabajo pericial y que la mayoría de las veces ha necesitado lograr una complementación de los derechos, más que hacer prevalecer uno sobre otro.

Si bien la Ley 19.300, esta compuesta por otros capítulos, considero que estos son los más destacables, dejando claro que debemos considerar, como un capítulo aparte, el tema de la responsabilidad ambiental (tema que seguramente nos referimos más adelante.)

5.- Otras Normas

Una de las características importantes del derecho ambiental es que sus normas y reglamentos se encuentran dispersos en diferentes áreas (derecho penal, salud, vivienda y urbanismo, obras de construcción, ley de consumidor, ley de bosques, reglamentos entre otras.) Esto se ha constituido en un gran problema para poder compatibilizarlos, relacionarlos y sistematizarlos.

Para efecto de nuestro estudio no profundizamos en cada una de estas diversas normas y repitiendo por nuevamente la disputa que se suscita al querer aglutinarlas bajo una directiva común, por sobre lo que establezca cada rama a la que pertenezcan .

6.- Derecho de propiedad en la Constitución de 1980

El concepto de propiedad ha acompañado al hombre desde sus primitivos inicios. El hecho que la institución de la propiedad tenga tan larga data, no obedece a que nos encontremos frente a un valor superior y natural, sino a una invención humana, a la que no se le puede dejar de reconocer el valor estratégico que ha tenido a través del tiempo para la organización y convivencia humana.

Por todo esto es fundamental hacer la distinción de esta con respecto a valores superiores como son la vida y la libertad.

A) Definición de Propiedad

Podemos partir por el concepto romano del “jus propietas” que reconocía al titular el derecho de usar y abusar una cosa como suya. Por supuesto, este concepto sufrió una serie de modificaciones a través del tiempo llegando finalmente a lo que hoy nuestro código establece como un derecho real: “El derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno” ¹³.

Deteniéndonos un poco en este concepto, encuentro conveniente prestar atención a la parte que nos dice: “...no siendo contra la ley...”, ya que creo que es totalmente concordante con la visión que trataremos de afirmar luego del análisis jurisprudencial que haremos

¹³ Art. 582. Código Civil.

B) Reconocimiento Constitucional

Nuestra Carta Fundamental consagra el derecho de propiedad dentro de las garantías constitucionales, en su artículo 19 N^o24 donde se destacan, para efecto de nuestro estudio, los incisos 1^o, 2^o y 3^o. Respecto a este enunciado podemos decir:

- a) Respetar las características del derecho de propiedad, esto es absoluto, exclusivo, perpetuo e inviolable¹⁴.
- b) Reconoce los elementos clásicos del derecho de propiedad, esto es: uso, goce y disposición.
- c) Versa sobre todo tipo de bienes, sean corporales e incorporales.

¹⁴ Absoluto: Esta titularidad jamás puede ser entendida como una facultad indiscriminada o exceptuada de respetar el derecho ajeno.

Exclusiva: Claro está que de igual forma el legislador pretende que esta exclusividad sea lo más amplia que corresponda de acuerdo al tipo de bien, pero admitiendo que este "tipo" se encuentra inseparablemente unido a las limitaciones que la cosa presenta.

Perpetua: Termina con la muerte o voluntad de un titular, o dura tanto como el bien mismo sobre el cual se ejerce la titularidad o hasta que la ley lo indica.

Inviolable: Nadie puede ser privado del dominio o de sus atributos sino en la forma que previene la Constitución.

7.- Función social de la Propiedad

“La función social de la propiedad, que miro al manejo que ella debe hacer su propietario, obliga a quien es el titular de este derecho a manejar, a usar, a ejercer los atributos, que son propios e inherentes al derecho, en armonía con los intereses colectivos, sin romper lo que la colectividad estima como esencial para su desarrollo... En fin, hay diversas limitaciones que fluyen de las circunstancias de que el derecho de dominio se ejerce dentro de una comunidad, la que debe ver armonizada la acción de todos los titulares. Por ahí apunta el concepto de la función social. La propiedad no es un derecho arbitrario. Es cierto que la propiedad es un derecho exclusivo, excluyente, perpetuo, pero debe ejercerse, manejarse, teniendo presente que ese derecho confluye con otros dentro de la misma comunidad y con el derecho de la comunidad de establecer estas normas. Estas limitaciones son consustanciales a la existencia de la comunidad en su vida normal, y este derecho, además, está sujeto al manejo, a la política y desarrollo de la comunidad, ya no a su permanencia en una comunidad, mirada, en un instante dado, en forma estática, sino a la dinámica social. Esta dinámica social obliga al propietario a manejarse no sólo en consecuencia de lo que existe, sino en función de lo que la comunidad pueda hacer en el futuro, de la perspectiva que ella se fije. Es ahí donde entran a jugar limitaciones al derecho de propiedad acorde con la política futura, con el desarrollo y metas que la comunidad se va señalando...

Esas fueron las palabras, que en lo personal comparto, del señor Ovalle¹⁵ vertidas en la comisión Ortúzar. Creo que esas palabras describen de forma bastante clara el objetivo de esta “función social”, pero más aún deja anunciada esa idea de que el derecho de propiedad no es inalcanzable y que, a pesar de ser necesario entregarle una cierta regularidad jurídica y estabilidad, no es menos cierto también, que existen derechos superiores que no pueden ser pasados a llevar en forma arbitraria por este derecho.

¹⁵“Los Derechos Constitucionales” Enrique Evans de la Cuadra. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 1986.

Más aún podemos hacer alusión a las palabras del comisionado señor Guzmán, quien quiso dejar plasmado su deseo de seguir la misma dirección de la Ley Fundamental de Alemania de 1949 que no entrega una enumeración de los componentes de la función social y nos dice en su artículo 14.2: “La Propiedad obliga. Su uso deberá servir al mismo tiempo que para satisfacer las necesidades individuales de su titular, los requerimientos del bien común”.

Estas alusiones a las Actas Constitucionales nos van dando claras nociones de cómo debemos ir entendiendo, esta función social que seamos ambientalistas o no debemos siempre considerar a la Carta Fundamental sobre todo en sus principios como un trasfondo sistematizado y nunca verla como un conjunto de normas rígidas..

A) Definición de Función Social

El profesor José Luis Cea la define como: “el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, la cuál permite conciliar el derecho de propiedad con las necesidades del mantenimiento y el cambio social”¹⁶.

Creo que esta definición es bastante descomprometida y general, lo cual propicia que el intérprete pueda tomar esta función social de varias maneras, pudiendo ser en muchos casos equívoco. Por esto en lo personal, prefiero definiciones más claras al respecto (reconociendo eso sí, lo difícil que es poder entregar una definición precisa al respecto), por lo cual comparto lo establecido por Eduardo Novoa Monreal¹⁷: “la función social de la propiedad es más que una limitación o una carga que se impone a ésta desde afuera pues para constituirse en un elemento esencial de lo que toca al propietario y, en tal sentido, entra a formar parte integrante del contenido de la propiedad conforme al concepto moderno. Hoy día la propiedad es a un tiempo derecho y deber”.

¹⁶Cea Egaña, Jose Luis: Manual de Derecho Constitucional, tomo II (1985) pp. 284.

¹⁷ “El derecho de propiedad privada”. Eduardo Novoa Monreal. Editorial Temis. Bogota, Colombia. 1879.

B) Reconocimiento Constitucional

La Constitución de 1980, en su artículo 19 N°24 inciso 2° establece a la función social de la propiedad.

Aquí hay que tomar en cuenta que el constituyente la establece a continuación de la enunciación del derecho de propiedad, creando un todo que claramente se separa de las excepciones a la libertad de propiedad que a partir del inciso 3° se desarrollan, como es el caso preciso de la expropiación.

Luego de esta apreciación observaremos los que nos dicen el ya nombrado inciso 2°: “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 cuánto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad pública, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental”.

Como será notorio y claro, nuestro punto de interés será la cuarta función enunciada: “... y la conservación del patrimonio ambiental...”. Cabe acotar que, bajo mi punto de vista y compartiendo la idea de Jaime Guzmán¹⁸, prácticamente todas las funciones enumeradas se pueden resumir en los intereses generales del Estado (en ese momento no estaba incluida la cuarta causal), eso lo ha demostrado la utilización práctica desde su vigencia. Quizás la más controvertida causal es la de la conservación ambiental, que más allá que una función social, es la única que se puede considerar como diferente a las otras tres, por lo cual más que hablar en forma genérica de función social creo más apropiado referirnos a “función ambiental” de la propiedad, denominación que ha entregado la Asociación Chilena de Derecho Ambiental (ACHIDAM), a través del proyecto “Carta de Costa Brava”.

Esta conclusión nace del análisis lógico que uno puede hacer de las causales. Si bien todas estas causales son anteriores en importancia a la propiedad, todas son creadas con motivo de la ordenación socio-jurídica del hombre excepto el medio ambiente, que es sólo reconocido por el

¹⁸ Actas Oficiales Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

hombre (como ya lo mencionamos en referencia al término “naturaleza” del número 8 del artículo 19.)

8.- Análisis Jurisprudencial

A través de un largo análisis efectuado a diversas jurisprudencias ambientales y, tratando de detectar en cuales de ellas podíamos encontrar algún tipo de debate o exposición técnicamente de interés o a lo menos sugerente sobre los derechos constitucionales que se pueden ver afectado.

Pasaremos ahora a analizar diversos fallos de los Tribunales Superiores para poder comprobar de qué forma se llevan a la práctica los mandatos constitucionales.

A) Caso Pangué

En 1993, año en que se inició la construcción de la central hidroeléctrica Pangué, sector alto Bío-Bío fue interpuesto un recurso de protección por el abogado Fernando Dougnac Rodríguez en representación de don Juan Pablo Orrego Silva y otros, por sentir amenazadas las garantías constitucionales N° 1, 8 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado en contra Endesa “Empresa Eléctrica S.A.”, que representa la instalación de seis represas para generar energía eléctrica en la parte alta del río Bío-Bío.

A continuación pasaremos a observar, a través de un resumen, tanto la sentencia que concede el recurso, como la sentencia del Tribunal Superior que estuvo por rechazarla¹⁹.

I) Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago

i) Argumentación de los Recurrentes:

- Tanto los habitantes del sector alto Bío-Bío, donde se construirá la central Pangué, como las ubicadas aguas abajo, ven amenazado su derecho a la vida por la disminución del caudal del Bío-Bío como resultado de la construcción y operación de la central. La presa Pangué secará el cause del río en más de 14 Km. Por un lapso de 20 horas diarias, lo que se traduce en 150 días

¹⁹ Observaciones que tienen como base las propias efectuadas por Angela Vivanco M. y Paola Cifuentes M. en su tesis “Colisión para Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación y el Derecho de Propiedad”, de junio de 1998, Pontificia Universidad Católica de Chile.

(diciembre a abril) sin agua. Como consecuencia de esto, los habitantes de la comunidad Pehuenche de Callaqui no podrán entre otras cosas: regar sus tierras, contar con agua para su consumo, agregando además que las otras comunidades Pehuenches perderán sus tierras por la inundación que se producirá con la represa.

Por otro lado, los habitantes de las ciudades comprendidas entre Santa Bárbara y Concepción verán amenazadas sus vidas por la mayor concentración de contaminantes en los caudales de agua, debido a que estos últimos disminuyen frente al nivel de contaminación que permanece constante. (Considerando 1º)

- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación también se verá afectado ya que existe un daño tanto a la flora como a la fauna del sector, algunas de cuyas especies se encuentran en peligro de extinción. (Considerando 1º)

- Además, dichas obras amenazan el derecho de propiedad en lo referente al aprovechamiento de las aguas por los canalistas, debido a la disminución del caudal del río, y en cuanto a los predios ribereños que quedarán expuestos a la erosión de las riberas por el efecto abrasivo de los golpes de agua cuando éstas se liberen de la represa. (Considerando 1º)

ii) Argumentación de la Recurrída:

- El derecho a vivir no se verá afectado, porque siendo el uso de las aguas “no consuntivo”²⁰. Por lo tanto, la utilización de aguas es transitoria y la devolución a su cauce debe producirse inmediatamente de terminado su uso, sin que haya regulación del cauce del río éstas se restituirán a su cauce sin que sufran detrimento o degradación, una vez empleadas. Además, en ninguna época del año, el río experimenta una disminución significativa que ponga en peligro las comunidades existentes. (Considerando 3º)

- No habrá contaminación del medio ambiente ya que las alteraciones que pudieren originarse son mínimas. (Considerando 3º)

²⁰ NO CONSUNTIVO significa que se emplea el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que determine el acto de adquisición o de constitución del derecho. (Artículo 14 inciso primero Código de Aguas)

- No se atenta contra el derecho de propiedad de las aguas ubicadas agua abajo, porque el flujo de éstas no disminuirá durante el llenado del embalse, ni después. El cauce del río seguirá sin alteraciones significativas para quienes tengan derecho de aprovechamiento aguas abajo de la represa. Además se acompañó un informe técnico efectuado por la empresa “Ecology and Enviroment inc. & Agrotec Ltda.”. (Considerando 3°)

- La Corte Suprema fijó la competencia de la Corte de Apelaciones de Concepción en la de verificar por ésta, si la Central está siendo construida de acuerdo a las autorizaciones legales o si por el contrario, se aparta de éstas y vulnera los N° 1,8 y 24 de la Constitución. (Considerando 3°)

- Se toma en consideración la resolución del 05 de enero del 1990 del Departamento de Estudio de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas que aprobó los proyectos y autorizaciones de la construcción de las obras de ENDESA. En esta misma resolución se establece que dichas obras cuyos proyectos se aprueba, y cuya construcción se autoriza, no afectarán la seguridad de terceros ni producirán contaminación de las aguas. (Considerando 7°) Además la resolución N°442 del Departamento de Aguas de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, a través de la cual se constituyó a favor de ENDESA un derecho de aprovechamiento no consuntivo de aguas superficiales de ejercicio permanente y continuo, por un caudal medio anual de 300 m/s de los ríos Bío-Bío y Pangué. (Considerando 8°)

- Si el uso es no consuntivo la central Pangué es “de pasada” y si el uso es consuntivo será “de punta”.

De esto, se establece que tanto la resolución que constituyó el derecho de aprovechamiento de las aguas, como la que aprobó el derecho de aprovechamiento de las aguas, como la que aprobó los proyectos de construcción de las obras, implican las siguientes condiciones:

- i) La devolución de las aguas al caudal del río.
- ii) Evitar que se produzcan golpes de agua.
- iii) Dejar pasar en el lugar de captación de las aguas un caudal no inferior al gasto medio diario mínimo.
- iv) No afectar la seguridad de los terceros.
- v) No contaminar las aguas. (Considerando 9°)
- vi) Queda establecido que el mínimo de caudal para generar energía eléctrica es de 112,5 m³/s.

- Concluyendo, el tribunal de alzada considera que, el sólo caudal del río Bío-Bío es insuficiente para el funcionamiento de las máquinas y habrá que interrumpir su curso para dar satisfacción a la operación de la planta. Por consiguiente, para que funcione la Central, deberá de mantenerse lleno el embalse, para lo cual habrá de secarse el cauce del río. Así lo reconoce el informe de Ecology and Environment. (Considerando 14°); que entre la recurrida y el recurrente hay coincidencias en los informes en sentido que en el período de estiaje, el Bío Bío será secado en su cauce. La discrepancia sólo se produce en cuanto a la duración o lapso de tiempo en que estarán cerradas las compuertas (considerando 14°); que esta observación es de suma importancia ya que determina que la Central Pangué será “de punta” y no “de pasada” lo cual significa que el uso que se hará del agua es consuntivo, lo que entra en contradicción con el derecho de aprovechamiento no consuntivo, que se constituyó a favor de ENDESA (otorgada a través de la Resolución N°442 ya mencionada.) La Corte estima que es consuntivo por el simple hecho de que la acumulación de agua en la represa será por un tiempo indefinido, en circunstancias que la restitución a su cauce, según la Corte, debe ser inmediata. (considerando 16°)

- Por lo anterior se deduce por parte del Tribunal de alzada que habrá perjuicio respecto de los terceros, que a continuación de la represa tienen derechos de aprovechamiento legalmente constituido. (Considerando 19°)

-Respecto al tema medio ambiental, la Corte hace un reconocimiento de lo que los informes técnicos de ambas partes establecen como eventuales efectos, esto es, consecuencias dañinas sobre el medio ambiente terrestre, acuático e inclusive hacen referencia al medio ambiente socio cultural.

II) Fallo de la Corte Suprema

- La Corte Suprema en su considerando primero argumenta que el uso no consuntivo importa la acumulación transitoria del agua y en el considerando 4° rechaza la argumentación de la Corte de Apelaciones, de que la regulación de caudal importa un uso consuntivo. Todas las obras en construcción cuentan con el informe favorable del departamento de estudios de la dirección general de aguas, que estableció que no afectará la seguridad de terceros ni se contaminarán las aguas.

- El Tribunal Supremo estimó que ninguno de los peligros o “eventuales” consecuencias argumentados por el recurrente, constituyan una base sólida en la cual se pueda sostener la procedencia de un recurso de protección, ya que los elementos invocados del reclamo no alcanzan a constituir una amenaza cierta y razonable como lo dictamina el artículo 20 de la Constitución, en sus propias palabras: “carecen de la certeza y precisión como para hacer justificables las medidas de protección”. Oración aparte, la Corte Suprema califica como “desproporcionadas” las predicciones sobre los efectos en la vida animal y vegetal.

- Establece como argumento también, que ninguna de las negativas consecuencias manifestadas en el recurso fue invocada durante la tramitación de la solicitud de autorización de construcción de las obras de la central Pangué. En resumidas cuentas no hubo ninguna ilegalidad o arbitrariedad alegada durante la tramitación administrativa del proyecto.

- Finalmente resulta interesante reproducir lo expuesto en el considerando 10º, donde se establecen que, las “verdaderas aprehensiones” que se deben adoptar son, en realidad, respecto a las operaciones del embalse en funcionamiento, “lo que deberá ser sujeto a control permanente es la operación del sistema, la cual se efectuará con pleno respeto a los derechos ya existentes”, además repiten observaciones atribuidas al entonces Ministro Presidente de la Comisión de Energía: “las restricciones que pueden afectar la regulación del agua por parte de las Centrales Hidroeléctricas fundadas en un alcance del derecho de aprovechamiento no consuntivo diferente del aplicado hasta el momento se produciría efectos múltiples en las distintas actividades comprendidos en el proceso de generación y consumo regular por parte de los usuarios finales, con impactos negativos en el medio ambiente y en el desarrollo económico y social del país”.

III) Observaciones

Respecto a esta causa, resulta interesante observar cómo es el tratamiento tanto de las partes como de los respectivos tribunales que conocen de la causa, con respecto a los derechos que eventualmente se estarían afectando bajo esta situación. Hay que tomar en cuenta que la data de este recurso es anterior a la entrada en vigencia de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente y sólo el recurrente es quien hace una alegación de la garantía constitucional del N° 8, claro es una

realidad, que esta mención es bastante precaria en la acumulación de elementos probatorios significativos. Esto se ve de manifiesto en que el recurrente queda sólo en el enunciado de la protección ambiental, luego su argumentación se diluye en justificar la afectación del derecho a la vida y de los correspondientes derechos de propiedad particulares de las comunidades aledañas al cauce de los ríos, serían eventualmente afectados.

Lo importante para nosotros claramente es, observar el proceder en cada instancia. Así vemos como LA Corte de apelaciones de Santiago sólo cae en la aprehensión de la ILEGALIDAD que se estaba produciendo al faltar a la norma del artículo 14 del Código de Aguas, fundando ahí y solo ahí la improcedencia de la autorización entregada a ENDESA para la consecución del proyecto Pangué.

Luego el Tribunal Supremo es quien nuevamente cae en los elementos técnicos de la concesión de aguas otorgada para tales efectos, dejando ver incluso (deducible de sus últimos considerandos) una suerte de limitación dañosa al medio ambiente, a la propiedad privada y a la economía local por una discutible especie de función social que sería el propio funcionamiento de la central en comento.

Claramente queda fuera de discusión cualquier observación o argumentación frente a la posible inconstitucionalidad que se intenta alegar por parte del recurrente. Queda claro eso sí que, con la enunciación tibia que los tribunales hacen de los posibles efectos ambientales de la ejecución del proyecto y con la utilización de términos tales como: “*probable*” y “*posible*” contaminación; “*probable*” muerte y destrucción de flora y fauna (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago); o “...las *predicciones* relativas a los negativos efectos en la vida animal y vegetal...” (Corte Suprema), el tema de la conservación del patrimonio ambiental tiene una connotación prácticamente romántica en las resoluciones de estos Tribunales.

Por último hay que observar la carencia de peritajes técnicos, indispensables en este tipo de vicisitudes. Los pocos que se encuentran presentes han sido efectuados por cada una de las partes interesadas, por lo cual adolecen de la neutralidad requerida para zanjar tales problemas. El principal problema respecto a este último, es la ausencia de peritajes o informes efectuados en interés de la propia administración a nombre del interés público, a excepción de los efectuados por la Dirección de Aguas, más aún podemos observar que más que la interpretación de normas,

los tribunales se han debido abocar a ser intérpretes en situaciones técnicas de carácter hídrico y en fiscalizadores en construcciones de obras de gran envergadura, esto lo refleja fielmente la competencia que entrega la Corte Suprema al Tribunal de alzada de Concepción para que “verifique” que la construcción de la obra en comento se lleve a cabo de acuerdo a la autorización legal y que no vulnere las garantías establecidas en los números 1, 8 y 24 de las Garantías Constitucionales.

B) Caso Restricción Vehicular

Este recurso de protección fue interpuesto por Javier Díaz López y Carlos Jara Acuña en contra del Secretario Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la región Metropolitana. El caso se presentó por dictación de la resolución exenta N°23 del 7 de abril de 1994 y publicada en el Diario Oficial del 9 de abril de 1994, mediante la cual, basándose en los artículos 113 y 118 de la Ley de Tránsito, se prohibió la circulación de vehículos motorizados de cuatro ruedas o más, de acuerdo al último dígito de su patente, con excepción de los que tienen convertidor catalítico²¹.

I) Argumentación de los recurrentes

- Sostienen los recurrentes como primera cosa, la arbitrariedad e ilegalidad del acto administrativo, ya que por medio de este se estaría vulnerando lo establecido por el fallo del 28 de febrero de 1994 del Tribunal Constitucional, donde dispone sobre la inconstitucionalidad del Art. 49 del proyecto de Ley sobre Bases Generales sobre Medio Ambiente (actual Ley 19.300), porque de esta forma otorga a la autoridad la facultad de restringir la circulación de vehículos motorizados, por causas medio ambientales, siendo que “es competencia exclusiva del legislador el establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger al medio ambiente”.

²¹ Haremos un pequeño recuento de este caso basándonos primordialmente en la labor efectuada por Angela Vivanco M. y Paola Cifuentes M. en su tesis “Colisión para vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho de propiedad”, de junio de 1998, Pontificia Universidad Católica de Chile.

- Además, establecen que los artículos 113 y 118 de la Ley del Tránsito, que hasta ese momento fueron utilizadas como fundamento legal de la restricción, no son apropiadas ni suficientes para aplicar dicha medida, esto debido a que “el legislador ya no considera apropiado ni válido sustentar la restricción vehicular en la Ley del Tránsito y buscó incluirla en la Ley Ambiental.”

- Termina alegando que este acto arbitrario e ilegal de la autoridad les priva del legítimo ejercicio de los derechos del Art. 19 de nuestra Constitución, que consagra en sus números 8, 24 y 26. En cuanto al artículo 19 N° 8, les priva de dicha garantía “en el sentido que para la protección del medio ambiente se puede restringir el ejercicio de determinados derechos o libertades, restricciones que únicamente puede imponerse por ley, y sólo con carácter específico”. Se viola el artículo 19 N° 26, ya que “por la vía administrativa se ha impuesto condiciones, tributos o requisitos que impiden su libre ejercicio”. Por último, se desconoce su derecho de propiedad toda vez que “el acto administrativo invade el campo reservado a la ley, en orden a usar y gozar de la propiedad”.

- En subsidio de lo anterior, es decir, para el caso que no se acepte lo precedente, los recurrentes solicitan que se tenga por perturbado su garantía constitucional de la igualdad ante la ley, recogida en el artículo 19 N°2. Para esto, alegan la existencia de condiciones de contaminación y que se dictó la resolución impugnada sin afectar a los vehículos con convertidor catalítico, lo que sería una discriminación “odiosa” entre vehículos con o sin ese artefacto, en circunstancias de que ambas clases congestionan.

II) Argumentación de los recurridos

- Se establece que la disposición de la Ley del Tránsito subsiste como herramienta legítima para velar por el medio ambiente en el ámbito vehicular.

- No puede estimarse que, como parece desprenderse de las sentencias de marras, los derechos que se cautelan por la Ley 19.300 sean de reserva legal, por lo que la restricción vehicular sólo podría ser materia de ley. Ya que de aceptarse tal procedimiento, cada vez que se deba tomar una medida frente a un requerimiento ambiental, debe lograrse la aprobación de una ley, lo que haría inaplicable toda acción para mejorar el medio ambiente, además, Art. 60 en relación con el Art.

62 de la Constitución Política del Estado, que al señalar taxativamente las materias de ley no contempla la determinación de una restricción como la objetada.

III) Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago

- En cuanto al primer argumento del recurrente referido a que las resoluciones objetadas han sido dictadas ignorando la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la inconstitucionalidad del Art. 49, contenido en la Ley 19.300, ha expresado que es competencia exclusiva del legislador el establecimiento de restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente, al respecto los sentenciadores establecen que debe ser rechazado porque la sentencia de un Tribunal no puede exceder en sus efectos del ámbito para el que fue dictada. Fundamentan dicha posición argumentando que, el Tribunal Constitucional tiene señalada sus atribuciones de manera taxativa en el Art. 82 de la Constitución de tal manera que, salvo reforma constitucional, no se le pueden agregar otras. Por este motivo, los sentenciadores desestiman el atributo de ilegalidad en la resolución impugnada en razón de que al dictarse haya ignorado un fallo del Tribunal Constitucional, ya que por muy importante que sea esa sentencia y del tribunal del que emana, no obliga sino al órgano legislativo, que es el órgano a quien va dirigida y respecto del cual produce plenos efectos. (Considerando 6º)

- En cuanto al segundo argumento de los recurrentes, estos se refirieron a, que el acto administrativo era arbitrario e ilegal por cuanto la restricción vehicular sólo puede dictarse en virtud de una ley y que, a juicio de los sentenciadores también debía ser rechazado. Basaban su sentencia en el estudio de la constitución, específicamente la del Art. 60 que señala de manera taxativa las materias que pueden ser objeto de la ley, estando entregadas, el resto de las materias no contempladas al ejercicio discrecional de las potestades reglamentarias del Presidente de la República y por tanto, está vedado al legislador agregar otras materias. Tomar como conclusión, como lo hace el recurrente, exigiendo que cada medida para propender a la conservación del medio ambiente deba ser ordenada por ley, es desvirtuar su sentido lógico y además a juicio de los sentenciadores: “no es el deseo ni del constituyente ni de las leyes que defienden el medio que, ante situaciones límites, hubiera de tomarse rápidamente en defensa de la salud de las personas ante un medio ambiente con índices peligrosos”. (Considerando 7º)

- En cuanto a la argumentación del recurrente que no son aplicables a la restricción vehicular, las normas contempladas en los artículos 113 y 118 de la Ley del Tránsito, el estudio de la Ley de Bases del Medio Ambiente no lo confirma y así los sentenciadores tienen por rechazada esa alegación. La razón para la legalidad del artículo 113 es que dicha norma establece casos de excepción a la conducción de vehículos por las vías públicas y por lo tanto esto faculta a la autoridad cada vez que se reencuentre ante una "situación atmosférica especial", para restringir a los conductores su derecho a transitar en sus vehículos por las vías públicas. (Considerando 10º) Respecto del artículo 118, la Corte, en su fallo, trae a colación la Ley N° 19.011 del 12 de Diciembre de 1990 que incluía el sistema de licitación pública de calles para el funcionamiento del transporte de pasajeros, basado en el deterioro ambiental por circulación vehicular, disposición que dio al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones esta facultad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 18.290". Destacamos este punto porque la Corte encontró en él mérito para asegurar el alcance ambiental de dicho precepto, en el sentido de ser una herramienta contra la polución en caso de deterioro ambiental y para precaver el cumplimiento del Derecho Constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. (Considerando 11º)

- Además, los sentenciadores rechazan la arbitrariedad que le atribuyeron los recurrentes a la resolución N°23 dictada por el Secretario Ministerial Metropolitano de Transportes y Telecomunicaciones, fundamentando su sentencia en el hecho de que sí bien es cierto que la contaminación, durante algunos meses es aceptable, no es arbitraria la resolución dictada, ya que la restricción se dictó ante una situación de deterioro atmosférico, ocasionando situaciones de extremo peligroso para la salud de algunas personas, que se conoce que va en aumento año tras año y de la que todos los habitantes de la provincia aludida pueden dar testimonio. Por lo tanto, no es ni impulsiva ni irracional, sino que razonable y proporcionada a la finalidad del bien común. (Considerando 12º)

- A pesar de que para rechazar el recurso, basta el hecho de sentenciar que la resolución no es ni arbitraria ni ilegal, los tribunales estimaron necesario pronunciarse acerca de la alegación hecha por los recurrentes en el sentido de que la acción les había privado de las garantías constitucionales en los números N°8, 24 y 26 de la Constitución Política. En cuanto el Art. 19 N°8, los sentenciadores rechazan la alegación, ya que estiman que al restringir la restricción

vehicular se estaría cumpliendo con la obligación que tiene el Estado de servir a la persona humana, de promover el bien común, de dar protección a la población y a la familia y velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. (Considerando 13°) En cuanto el artículo 19 N°24, los sentenciadores también rechazan la alegación, apelando a la función social de ella y por lo tanto la restricción vehicular no viola el derecho de propiedad, ya que la misma Constitución consulta la posibilidad de restringirla para la conservación del patrimonio ambiental, lo que ocurrió con la resolución atacada del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (Considerando 14°) En relación con el Art. 19 N°26 de la Constitución, los sentenciadores también rechazan los argumentos de los recurrentes estableciendo, en primer término, que el recurso no es un precepto legal de los señalados en la norma constitucional y, al restringir la circulación de los vehículos, tampoco afecta sustancialmente el derecho. Finalmente, establecen que la resolución de marras no impide el libre ejercicio del derecho, ya que no ha sometido a éste, a exigencias que lo hagan irrealizable o lo entraben más allá de lo razonable, sino que sólo lo ha suspendido por razones de bien común, por un período determinado. (Considerando 15°)

- Por último, los sentenciadores hacen referencia a la petición subsidiaria de los recurrentes, en cuanto a que el recurso debe ser acogido por violar el artículo 19 N°2 de la Constitución Política, y la rechazan. Los sentenciadores señalan que los recurrentes han basado su petición en una circunstancia no comprobada plenamente y referida a que la dictación de la resolución obedeció a buscar la solución de la congestión vehicular y no de la contaminación atmosférica, siendo que de la sola lectura de la resolución no hay referencia alguna de la congestión vehicular. Además, hacer referencia al carácter sociológico del concepto de igualdad utilizado por el constituyente, es decir, igual por iguales y desigual a desiguales. (Considerando 16°)

- Finalmente, por todas las razones antes expuestas el tribunal declara desechado el recurso de protección interpuesto.

IV) Observaciones

Sobre el primer punto en discusión creo que la Corte Suprema es clara respecto a un tema que dejó bastante bien delimitado y desarrollado el Tribunal Constitucional por medio de su sentencia Rol N°185, por lo cual ahondar más en él (que no deja de ser extremadamente interesante) y que

de todas maneras tiene relación con lo que nos convoca, creo que sería demasiado ambicioso y nos desviaría de nuestro punto de atención.

Pero eso sí, me permitiré agregar una consideración a una norma que aunque no sale directamente mencionada como un antecedente legal. Me refiero a la Ley 19.300, que de igual forma se hace presente y crea ese vínculo necesario entre la norma cuestionada y el mandato constitucional.

Respecto a la argumentación del recurrido en virtud de la aplicabilidad ambiental de las normas de la Ley de Tránsito, tengo mis serias dudas al respecto y creo fehacientemente que si quisieron proteger al medio ambiente, esto sólo se puede lograr de forma legítima a través del natural destino (justificación o causal) de estas normas, el cual obedece a la congestión vehicular. Por esto creo que el fallo no es del todo justificado en términos de que el Tribunal no hace mención de la causa legal apropiada para justificar el decreto en cuestión.

Volviendo al tema en cuestión, podemos observar cómo en esta ocasión el tribunal si hace merecimiento suficiente a la alegación de inconstitucionalidad de la resolución por violar las garantías constitucionales de los números 8, 24 y 26. Esto no resulta menor porque al momento de tocar este punto ya estaba prácticamente resuelto el desechar el recurso de protección por no encontrar justificada una arbitrariedad y o ilegalidad del mismo, no obstante esto, el Tribunal decide no dejar persistir cualquier temor de duda respecto a la “supuesta” inconstitucionalidad del mencionado precepto. Aquí está la diferencia de hacerse cargo de la ilegalidad y arbitrariedad como también la contravención directa de las Garantías Constitucionales. Esto marca una clara diferencia con respecto a la causa antes analizada.

Respecto a la solicitud “subsidiaria” de que se acoja su petición en virtud de la vulneración del N°2 del Art. 19, resulta bastante interesante considerarla, ya que si bien la función social en virtud de causa de utilidad pública se encuentra debidamente justificada, no es menos cierto también que tiene límites y no puede ser utilizada a diestra y siniestra. Nuestra Constitución en ninguna de sus normas establece que el fin de cualquiera de las garantías o de los principios primordiales justifique cualquier medio a utilizar. Por esto, podemos concluir que la carga pública que se le está atribuyendo al propietario de un vehículo no catalítico es desproporcionada, debido a que no encontramos por parte del recurrido un respaldo de un plan de descontaminación que represente una política ambiental proporcionada; que haga un reparto razonable entre todos los entes contaminantes de las cargas; o que por lo menos acredite estudios que demuestren que

estos sean los únicos o a lo menos los mayores causantes de este daño ambiental y no solamente que los vehículos no catalíticos sean responsables de la contaminación de Santiago. No se debe confundir participación, responsabilidad y reparto de cargas públicas. Son elementos diferentes y que en muchas ocasiones responden a un mismo sujeto, lo cual seguramente induce a la confusión. En esta situación es claro que la carga se está depositando sólo sobre las fuentes móviles sin convertidor catalítico siendo que la participación y responsabilidad no recae en forma absoluta en los vehículos ya mencionados. Creo que de esta forma queda expuesto que las necesidades ambientales son cubiertas por decisiones políticas de menor costo, que las que se deberían tomar de acuerdo a una legítima política ambiental. Parece ser, que la expresión común de que “el hilo se corta por la parte más delgada” es totalmente pertinente para esta ocasión.

C) Caso Galletué

I) Antecedentes

Observaremos a continuación lo acaecido con la casación en el fondo interpuesta ante la Corte Suprema, de la causa “Comunidad Galletué con Fisco”, con fecha 7 de agosto de 1984, donde los copropietarios de la comunidad Galletué demandaron al Estado de Chile (revista de derecho y jurisprudencia. TOMO LXXXI, N°3, Año 1984, segunda parte, sección quinta, pp.181-189.Sentencia de la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo, causa “Comunidad Galletué con Fisco”. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1984.)

En este caso nos encontramos un recurrente que ha adquirido una gran extensión de terreno (aproximadamente 1.800 hectáreas), con la clara intención de hacer una explotación controlada de su bosque nativo, todo esto en el sector precordillerano de Lonquimay. Para esto la comunidad Galletué se sujetó a un riguroso manejo controlado y programado en coordinación con la corporación nacional forestal (CONAF), para lo cual fijaron un plan de explotación dividida en diversas etapas, lo que también consideraba un plan de reforestación, encontrándose todo lo anterior conforme a la normativa imperante.

El 16 de abril de 1976 entra en vigencia el Decreto Supremo N° 29 del Ministerio de Agricultura, a través del cual se prohibía la tala de los pies vivos de Araucaria Araucana en cumplimiento de lo establecido en la convención internacional acordada para la protección de la

fauna, la flora y las bellezas escénicas de América²², por lo cual la comunidad Galletué se vio de un día para otro con una explotación suspendida en sus primeras etapas paralizada; a esto se agrega una inversión en infraestructura para la extracción y explotación ahora inútil y miles de hectáreas de bosque nativo desafectados de cualquier apreciación significativa, que refleje de alguna forma la inversión efectuada. Frente a esto, la comunidad Galletué concurre ante Tribunales para obligar al Estado a expropiar este gran retazo cordillerano, por considerar que más que una limitación, lo que se había producido era una privación del derecho de propiedad por parte del ente administrador. Con esto, el demandante perseguía justificar una indemnización en virtud del daño patrimonial efectivamente causado.

Por su parte el Consejo de Defensa del Estado argumentaba que la carga impuesta por el Decreto Supremo en comento, obedece sólo a una limitación de la propiedad fundamentada en la función social de la propiedad, causada por la conservación del patrimonio ambiental, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del N°24 de la Constitución.

II) Argumentación de la Corte Suprema

Una vez puesto en antecedentes respecto al contexto general del caso pasaremos a transcribir los considerandos de la sentencia de casación de la Corte Suprema, que a mi juicio nos servirán para revisar ciertos puntos importantes de nuestro estudio:

“9° Que, en efecto, la procedencia de la acción de cobro de perjuicios, tiene como sustento en este caso a la equidad y a la justicia atendidos los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelve el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar también que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades de la administración o por el propio legislador, las Garantías Constitucionales o los derechos fundamentales que a través de ellas se aseguran, entre los que se encuentran el propio derecho a la propiedad en sus diversas especies.

Por consiguiente, la invalidación del fallo por los defectos de derecho anotados en los motivos anteriores obliga al tribunal de casación a emitir uno nuevo que igualmente diere acogida a la demanda, con lo que resulta que tales vicios carecen de influencia en lo positivo.”

²²Convención internacional Acordada para la Protección de la Fauna, la Flora y las Bellezas Escénicas de América, en adelante Convención de Washington, que para nuestro país es ley desde 1967

“11° Que, dada la naturaleza y entidad de los hechos que el fallo asienta y que recién se ha sintetizado, forzosamente tenía que concluirse que la demanda era atendible: la prohibición del Decreto Supremo N° 29, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para la propiedad de Galletué, que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que lo soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y de la justicia.”

Respecto a lo que establece el considerando haremos en adelante una síntesis de sus principales partes, tratando eso de mantener el sentido fidedigno que el tribunal le dio a su resolución.

Se establece, que junto con reconocer determinados derechos fundamentales, también nuestra Constitución establece la responsabilidad del Estado si ellos son vulnerados por acto de la autoridad, de la administración o por legisladores. Alude el considerando a los preceptos que en virtud de la corte justifican la obligación del Estado de pagar los perjuicios: el Art. 19 N° 7 letra i), el Art. 19 N°26 en relación con el estado de excepción contemplado en el Art. 41 N° 8°. Si en estos estados las garantías constitucionales pueden sufrir limitaciones y estos reuniendo los requisitos necesarios puedan dar derecho a indemnizaciones, con mayor razón en un estado de normalidad debe suceder. Luego y para finalizar el considerando 12: “Entre otros, los artículos 1°, 5°, 7° y 38° de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece a favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado.”

III) Observaciones

Este es un fallo que ha producido grandes controversias para la definición de la política a seguir con respecto a las garantías en especial respecto a la prelación o no, de la conservación del patrimonio ambiental con respecto al derecho de propiedad. En lo que compete al fallo en sí, el resultado me parece ajustado a derecho, pero las normas que lo justifican no parecen del todo ser las correctas.

En primer lugar debo decir que al expresar el Tribunal, que nos encontramos frente a una “clase de expropiación diversa”, esto es por decirlo menos, *poco afortunado*. Esto es claramente contrario al sentido primordial del inciso 3° del N°24 del artículo en comento. Esta especie de dejavu, a mí parecer, creo que es el punto álgido de la sentencia, ya que lo de establecer la responsabilidad queda bastante bien justificado (lo veremos a continuación), pero “el cómo” poder justificar o el que exista algo por lo cual el Estado deba responder, bueno con respecto a esto tanto el tribunal de alzada como el tribunal supremo tratan de forzar y encontrar la respuesta a través de lo que disponen los incisos 2° y 3° de la garantía de propiedad ya señalada, o va a ser el derecho de propiedad quien nos entregue la respuesta o va a ser la función ambiental de la propiedad. Entonces el Tribunal entiende que los elementos constitutivos de la propiedad no se encuentran presentes en forma objetiva en este caso por lo cual estamos frente a una limitación, es decir, cabe perfectamente dentro de la causal de conservación del patrimonio ambiental como fundamento de la función social. Pero a todas luces para el caso en particular parece algo una aplicación constitucional totalmente injusta, lo que de ser así produciría una grave inestabilidad jurídica y social para nuestro ordenamiento, por lo cual el tribunal obsta por crear una especie de amalgama, para así, luego a través de la aplicación de los artículos 1°, 5°, 7° y 38° por un lado y de los numerandos 7° Letra i) y 8° del Art. 19 de la Carta justificar la responsabilidad que le compete al Estado.

Respecto a esto último, cabe hacer una pequeña observación sobre el improceder, para este caso, del N° 7° Letra i), ya que un requisito esencial para la aplicación de esta norma, es la presencia de una resolución errónea o arbitraria, requisitos que en estricto rigor para este caso no se presentan.

Bajo mi perspectiva y volviendo a nuestro punto álgido antes señalado, el error que comete este tribunal y en general todos los tribunales superiores respecto al tema, es creer que la solución está en esos dos incisos o que simplemente nos encontramos ante un vacío legal (postura mayoritaria), que deben los tribunales llenar a través de la interpretación del “verdadero sentido” que quiso otorgarle el constituyente, debiendo obtener la prevalencia de alguno de los derechos que se ven enfrentados. Bajo mi punto de vista los elementos que nos entrega este caso, apuntan claramente a una limitación del dominio, por causa de la función social. Pero esta afirmación, por todo coherente con el espíritu de la norma, no implica que no pueda haber una justificada indemnización al propietario, punto que comparto plenamente con la argumentación esbozada

hace ya algunos años por el profesor Alfonso Banda (Alfonso Banda V. Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile. Numero Especial, agosto de 1998, pp. 55-86), fundamentada en la sentencia del Tribunal Constitucional determinando que, “el establecimiento de una indemnización no es requisito que la Constitución (de 1980) haya fijado para la validez de la norma legal que crea la limitación (al dominio en razón de su función social), lo cual no significa necesariamente que no habrá lugar a indemnización alguna”.

En pocas palabras, creo que la norma que justifica la vinculación entre la responsabilidad del Estado y la situación que afectaba a la comunidad Galletué es: LA IGUALDAD DE REPARTO EN LAS CARGAS PÚBLICAS.

Para concluir, es de mi parecer que la diferencia relevante entre esta sentencia donde se logra obtener una indemnización, es la acuciosa descripción que hace el demandante del daño patrimonial que la norma le produce, porque si estamos frente a la función social es esto y sólo esto, lo que va a justificar la indemnización y no la persecución obcecada por tratar de transformar estos casos en especies expropiatorias.

9.- CONCLUSIONES

- Respecto al Derecho Ambiental propiamente tal, podemos concluir que tanto su definición como su ámbito de aplicación se han ido expandiendo a través del tiempo, alejándose cada vez más de la figura humana como eje central de la existencia de la naturaleza. Esto queda de manifiesto, a través de la alta complejidad que ha logrado alcanzar el término en el ámbito jurisprudencial. En términos constitucionales queda claramente definido en la última parte del inciso 1° del N°8 del Art. 19, donde establece que será deber del Estado “tutelar la preservación de la naturaleza”, esto habla de un medio alejado de la figura humana, más genérico y fundamental que en ningún caso lo excluye. Quienes sostienen que esta oración hay que entenderla dentro de la garantía que se enuncia, que corresponde al derecho humano a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se encuentra errado, ya la primer parte de esta oración se encarga de responsabilizar al estado por el cumplimiento de la garantía. ¿Entonces esta segunda parte estaría repitiendo lo que establece la primera si la observación fuera cierta? A todas luces creo que la respuesta es negativa, esta última parte del inciso primero del N°8 tiene otra connotación claramente diferente.

Por otra parte, resulta fundamental cómo a través del tiempo, los Tribunales están considerando el artículo 1° de la Carta Fundamental, como un argumento válido para justificar la existencia e importancia del medio ambiente, ya que lo podemos considerar incluido en la voz bien común del inciso 4° del mentado artículo.

- Cabe señalar que la vía más utilizada (por no decir la única) para perseguir el respeto de los derechos ambientales es, a través del recurso de protección, También queda claro, del análisis de la jurisprudencia, que la vía del recurso de protección no es apropiada para conocer ese tipo de causas que deben ser de lato conocimiento, dejando entonces la decisión en base al criterio y los conocimientos técnicos que el Tribunal tenga a priori.

- Continuando con aquello, podemos ver que lo poco que podemos considerar como política ambiental la van a definir los Tribunales, una muestra de esto, resulta la definición de medio ambiente que han confeccionado los propios Tribunales prescindiendo de la definición que entrega la propia Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Y esto sólo demuestra que los únicos que tienen una postura más o menos concreta respecto a una política ambiental no es el legislativo, ni la administración, ni el gobierno, sino los Tribunales de justicia, quiénes se ven

obligados a pronunciar directrices respecto al tema, y en buena hora que sientan esa obligación, ya que han sido los principales responsables, de poner en vigencia nuevas políticas al respecto.

- Si bien no se puede negar bajo ninguna luz, que la Ley de Bases del Medio Ambiente ha sido totalmente ineficiente respecto a las funciones que motivaron su creación (ser una norma base en materia ambiental que sistematice la dispersión de normas ambientales que existe en nuestro ordenamiento jurídico, un sistema de evaluación de impacto ambiental que controle la generación de proyectos en forma indiscriminada y la creación de recursos ambientales que favorezcan la accesibilidad de los afectados a la reparación de los daños), cabe de igual forma destacar como esta Ley ha entregado en forma indirecta mayor cantidad de elementos que han enriquecido las discusiones judiciales y que por otra parte le ha dado una connotación de mayor publicidad a los hechos o actividades económicas o sociales que de alguna manera afectan al medio ambiente.

- Si se quiere de alguna manera, establecer en forma forzosa, cuál de los derechos en cuestión es de mayor relevancia para nuestro ordenamiento jurídico, queda absolutamente claro la supremacía de la conservación del medio ambiente por sobre la propiedad, ya que la primera por una parte, se considera incluida dentro del bien común, por lo cual podemos hablar de fin en sí, pero la propiedad es sólo un medio que la constitución estima encuadrarlo con los derechos fundamentales por ser una pieza elemental para otorgar seguridad jurídica a nuestro sistema de organización social.

- El problema culmine que enfrenta nuestros Tribunales, es el poder otorgar una solución a los conflictos que hoy en día presenta el enfrenamiento de estos dos derechos constitucionales, preservando la armonía sistémica que siempre ha tenido y debe tener nuestra Carta Fundamental. Ya queda claro a través de las observaciones efectuadas al caso Galletué que la respuesta a ese vacío constitucional no se encuentra dentro de la el N°24 del artículo 19, ni menos a partir de una superioridad sobre el derecho de propiedad de la función ambiental. La respuesta la entrega un igual reparto en las cargas públicas consagrado en el N°2 y en el N°20 del artículo 19 de nuestra Constitución. Pero como se puede congeniar esta idea con la aplicación de la función social del dominio que debe soportar el propietario en pro del bien común. Esto es muy sencillo, ya que debemos tomar en cuenta que las limitaciones que proporciona la función social, es decir, esta carga debe condecirse de ciertos límites, los cuales al ser propasados no van a transformar la figura en una privación, esa resulta ser una visión muy sesgada de los elementos del tema, casi

como hablar de reglas de calculo, las cuales deben calzar en forma perfecta por la unión de cada elemento. Esto no puede ser así ya que no debes olvidar que nuestra Carta Fundamental, y en especial los capítulos 1 y 3, conforman declaraciones de principios, los cuales claramente tienen una connotación genérica. Por esto, podemos encontrarnos frente a limitaciones que afecten a la esencia del derecho, sin que se transformen necesariamente en privaciones. Este es el claro caso que se nos presenta en esta causa, por lo cual podemos agregar que de forma ajustada a la Constitución se ha hecho una correcta aplicación del Decreto Supremo en comento, pero la carga pública que ha caído sobre la propiedad de la comunidad Galletué sobrepasa a la que se debe soportar en virtud de la función social correspondiente y esto se debe única y exclusivamente a que el patrimonio del afectado no se encuentra resguardado por una política ambiental de nuestra institucionalidad desarrollada para que al momento de entrar en vigencia una norma de estas características se pueda de alguna forma moderar sus efectos. Ahora bien. ¿Quién es el ente encargado de la protección de la naturaleza para salvaguardar el bien común? La respuesta la entrega la propia Constitución, es el Estado, además es este el llamado a salvaguardar que las personas no sean grabadas en exceso por las cargas y que en virtud del derecho de igualdad sean repartidas entre todos los contribuyentes.

Es por este motivo que el Estado tendrá que responder por el exceso sobre la carga que constitucionalmente se le ha impuesto al predio de Araucarias, pero sólo por el exceso que sobrepasa a lo que legítimamente debe soportar esta propiedad en virtud de la función social y esta cantidad sólo puede llegar a ser determinada en forma aceptable si es que contamos con una función social.

- Hay un punto, bastante interesante relacionado en cierta manera con el anterior; si observamos tanto el caso Galletué como el de restricción vehicular, veremos que ninguno de los dos obedece a un plan técnico de conservación o protección que pueda ser tomado como una política clara de la forma y el modo que el Estado enfrentará el tema ambiental. En el caso de restricción vehicular en ninguna parte se establece porqué se le aplicó restricción a los vehículos y no a las empresas, nadie puede dudar de los problemas de polución que tiene Santiago. Pero será suficiente para limitar derechos fundamentales, la sola comprobación de que la autoridad cuenta con la competencia necesaria para dictar tales normas, no será necesario tener una causal directa y razonable que se adopta una medida eficiente. Si hasta en un estado de excepción las limitaciones de derechos deben estar debidamente justificadas, en casos de normalidad jurídica no debe ser aun más plausible la idea que exista una causa directa y justa. Tomemos el caso Galletué donde si

bien tenemos una ley legítimamente tramitada, que es la justificación constitucional requerida para que así el Decreto Supremo del Ministerio de Agricultura sea procedente. Estando todo esto claro, tenemos la suficiente certeza de que al momento de ventilarse el conflicto se podía considerar realmente al Pehuén como una especie al borde de la extinción, más aun podemos asegurar por otro lado que el plan de explotación contemplado por la forestal iba de forma directa a producir, que la especie arbórea en cuestión aumentara su riesgo de desaparecer. La verdad es que la especie arbórea es una especie poco común y por su lento proceso de crecimiento no constituye materia prima para los cultivos forestales, además que se encuentra sólo en una zona localizada del planeta y he aquí seguramente el sentido que la protección que la convención de Washington quiso darle, ya que sin duda es una especie de riesgo, entonces a qué política ambiental obedece este Decreto Supremo. ¿Puede ser arbitraria la decisión sobre el fondo de este decreto? Creo que sin duda esta es una pregunta válida, y esto obedece única y exclusivamente a que esta norma como otras (de las cuales no dudamos sus loables fines que persiguen), no obedecen a tener una política ambiental definida que sea coherente con nuestro ordenamiento jurídico en general.

- Relacionado con este punto, es repetir las eternas propuestas de crear una política ambiental de país, sistematizar las normas, modificar la Ley de Bases, aumentar las competencias de los órganos relacionados y crear órganos dotados de cierta autonomía política. Pero la gran pregunta es por donde empezar. A través del tiempo y ayudado enormemente por el estudio efectuado para poder enhebrar estas ideas, ha crecido mi convicción de que se debe crear una institucionalidad fuerte y esto sólo se puede llevar a cabo a través de la creación de un nuevo ministerio, al cual se le deben anexar distintos servicios y direcciones que puedan crear objetivos en común que despierten la atención de una mayor cantidad de personas y capitales, un ejemplo de esto sería anexar a este “Ministerio del Medio Ambiente a servicios tales como SERNATUR o CHILE DEPORTES por nombrar alguno que pueden crear o proyectar intereses en común y así crear pequeñas sociedad, que en algo podrían combatir a los grandes intereses de una forma natural y efectiva.

10.- Bibliografía

- 1) Gutiérrez Nájera, Raquel. Introducción al Estudio del Derecho Ambiental, Editorial Porrúa. México D.F. 1998.
- 2) Sánchez Gómez, Narciso. Derecho Ambiental. Editorial Porrúa. México D.F. 2001.
- 3) Brañez, Raúl. Manual de Derecho Ambiental Mexicano. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental. Fondo de la Cultura Económica. México 1994.
- 4) Evans de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. TOMO II. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 1986.
- 5) Cea Egaña, José Luis. “Tratado de la Constitución de 1980”, Editorial Jurídica de Chile. Primera edición, Santiago de Chile, 1988.
- 6) Código de Aguas de 1996 Edición oficial.
- 7) Comisión de Estudio de la nueva constitución política de Chile. “Ante proyecto Constitucional y sus fundamentos”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978.
- 8) Constitución Política de la República de Chile de 1980. Edición oficial actualizada.
- 9) Decreto Supremo N° 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 23 de agosto de 1967, publicado en el Diario Oficial de 4 de octubre de 1967.
- 10) Decreto Supremo N° 43 de fecha 19 de marzo de 1990, del Ministerio de Agricultura, “Declara Monumento Natural a la Araucaria Araucana”, publicado en el Diario Oficial de 3 de Abril de 1990.
- 11) *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. Número especial, Agosto 1998, Alfonso Banda V., “Medio Ambiente y Función Social del Dominio” pp.55-86.
- 12) *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. Número 14, Año 1987, ACHIDAM, “Principios para la formulación de una Política Nacional Ambiental (Carta de Costa Brava)”.
- 13) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. TOMO LXXXI, N°3, Año 1984, segunda parte, sección quinta, páginas 181-189, Corte Suprema, recurso de casación en el fondo “Comunidad Galletué con Fisco”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1984.
- 14) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. TOMO LXXXVII, N°2, Año 1990, segunda parte, sección quinta, páginas 122-129, Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección, “García Sabugal, Mario con Ministerio de Agricultura”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.
- 15) Silva Bascuñan, Alejandro. “Tratado de Derecho Constitucional”. TOMO III, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- 16) Tribunal Constitucional. Sentencia de 28 de febrero de 1994. Rol N° 185, sobre Proyecto de Ley sobre Bases del Medio Ambiente, publicado en “Fallos del Tribunal Constitucional pronunciado entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de enero de 1996”. Editado por el Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 1996.
- 17) Aravena Triviños, Juan. “La Situación legal del recurso forestal Alerce” Informe privado emitido en conjunto por la Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo y World Wildlife Fund, Año 2000.
- 18) Figueroa B., Eugenio y Simonetti, Javier A. “Globalización y Biodiversidad: Oportunidades y desafíos para la sociedad chilena”. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003.

- 19) Galindo Villarroel, Mario. “El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la Jurisprudencia: 1996 – 2000”. CONAMA, 2001.
- 20) Castelli, Luis. “Conservación de la Naturaleza en Tierras de Propiedad Privada”. Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2001.
- 21) Barandiarán, Edgardo. “La vinculación del legislador a los derechos fundamentales”. Documento de Trabajo Número 200, Instituto de Economía Pontificia Universidad Católica de Chile, Octubre del 2001.