

LOS PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA ROL N° 2684-2014)*

ALBERTO OLIVARES GALLARDO**
Universidad de Talca
aolivares@utalca.cl

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio busca reflexionar, a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2684-2014, sobre la necesidad de que este órgano jurisdiccional integre –cuando delibere en torno al Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación– los principios ambientales que dan soporte y contenido a este derecho fundamental.

La referencia que se hace a los principios ambientales debe ser tomada en cuanto concepto general, es decir, como el conjunto de pilares que orientan y estructuran el Derecho Ambiental actual, y no como principios en particular, aunque se hablará de algunos de ellos, como los principios de prevención y de precaución o *in dubio pro natura*¹.

Asimismo, se toma posición doctrinaria por la tesis que considera los principios ambientales como principios jurídicos, que tienen, por tanto, un carácter integrador e interpretativo de las demás fuentes formales del Derecho, en desmedro de aquella opinión que estima que estos principios tienen una simple función

* Trabajo recibido el 18 de mayo de 2016 y aprobado el 17 de agosto de 2016.

Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11150054, financiado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (Conicyt).

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca.

¹ Bermúdez advierte que existen diversos principios ambientales, incorporados por distintas fuentes (convenciones y tratados internacionales, decisiones de organismos internacionales, entre otros) que los consagran. BERMÚDEZ (2015), p. 46. Sin intentar establecer un listado excluyente, indicaremos que los principios ambientales más recurrentes en la literatura especializada son los de prevención, de precaución, *in dubio pro natura*, de responsabilidad o contaminador pagador, de no regresión, de justicia ambiental.

orientadora, de una naturaleza distinta de los principios del Derecho (administrativo, en este caso), y que son fuentes del mismo².

Los principios ambientales, en cuanto jurídicos, están dotados de una función axiológica y generan –en el sistema jurídico– espacios para las transformaciones sociales y ecológicas de la sociedad³. Nacen como principios de Derecho Internacional –y, por tanto, forman parte de lo que la doctrina denomina *soft law*⁴–, que han sido recogidos progresivamente por diversos instrumentos de Derecho Internacional como la Convención sobre Derecho del Mar de las Naciones Unidas (1982), la Declaración de Río de Janeiro sobre Desarrollo y Medio Ambiente (1992) o el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992, generando obligaciones de cumplimiento para los Estados, en cuanto “naciones civilizadas”⁵.

De la misma forma, han sido integrados gradualmente por los Estados a sus ordenamientos jurídicos internos, generando efectos legales y pudiendo ser aplicados por la fuerza (*enforcement*). En Chile, por ejemplo, el mensaje del Ejecutivo que presenta el proyecto de la vigente Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, de 1994, identifica como objetivos del proyecto de ley los siguientes: a) dar un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; b) crear una nueva institucionalidad ambiental; c) establecer los instrumentos para una eficiente gestión del problema ambiental, y d) disponer de un cuerpo legal general, al cual se pueda referir toda la legislación ambiental.

Detrás de los cuatro objetivos señalados –expresa el mensaje presidencial–, “existen una serie de principios que permiten darle coherencia, y sin los cuales no se podrá entender plenamente su real alcance y pretensiones” (p. 14). Los principios a que hace referencia el mensaje del ejecutivo son: la prevención, el que contamina paga, la gradualidad, la responsabilidad y la participación, que irradian toda la institucionalidad ambiental nacional. Así, el principio de prevención ordena la regulación del sistema de evaluación ambiental, o los principios de responsabilidad y el que contamina paga dan sustento a la acción por daño ambiental.

² Sobre este tema, véase BERMÚDEZ (2015), p. 46.

³ ASTORGA (2012), p. 13.

⁴ MAES (2007), pp. 197-199.

⁵ MAES (2007), p. 192.

También la ley N° 20.657 de 2013⁶, que modifica la ley N° 18.892, expresa: “El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguardia de los ecosistemas marinos en que existan estos recursos” (art. 1.B).

Por otra parte, la Corte Suprema también ha ido integrando progresivamente los principios ambientales a sus sentencias, a fin de interpretar de manera expansiva la garantía del artículo 19 N° 8 de la Constitución, como ha sucedido en los casos “Río Cuervo” (rol N° 2463-2012) y “Central Castilla (rol N° 1960-2012), entre otros.

Los principios ambientales son categorías especiales de los principios generales del Derecho, integrados a un Derecho concreto –el Ambiental– que según algunos autores forma parte del Derecho Administrativo y, de acuerdo con la posición a que se adhiere aquí, constituye una rama jurídica independiente⁷. Como categorías especiales de los principios generales del Derecho, son criterios rectores de todo el ordenamiento jurídico, cuando se regula –de forma extensiva– la relación del hombre con su entorno.

Toma importancia aquí la visión que tiene un Estado sobre el rol de la protección del medio ambiente y la preservación de la naturaleza en los procesos sociales, económicos y culturales de la comunidad. Un país que integra el desarrollo sustentable como paradigma de su transformación hacia un Estado ambiental de Derecho necesariamente tendrá a los principios ambientales en una categoría de criterios integradores de todo su ordenamiento jurídico (como la buena fe, el principio de legalidad o el principio *pro homine*). En cambio, aquellos países que tienen menores niveles de compromiso con el desarrollo sustentable observarán los principios ambientales en esferas restringidas de la actividad estatal, sin que haya una cultura administrativa para su integración, cediendo ante otros principios considerados más importantes, como la libre circulación de los bienes, la eficiencia económica, la libre competencia o la protección de la propiedad.

Ahora bien, el conjunto de principios ambientales, entendidos como principios jurídicos, son –de acuerdo con Alexy– “normas que ordenan que algo sea

⁶ Ley N° 20.657, que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones, de 2013.

⁷ Sobre este tema, véase BERMÚDEZ (2015), pp. 46 y ss.; SERRANO (2007).

realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos”⁸.

En el caso de los principios ambientales, en cuanto mandatos de optimización presentan unas posibilidades jurídicas determinadas por los principios y las reglas que el Tribunal Constitucional ha identificado como opuestos en este caso: el derecho de propiedad y la libertad de empresa. Y teniendo en consideración la línea jurisprudencial del máximo intérprete de la Constitución en la materia, las posibilidades jurídicas de los principios ambientales en esta sede jurisdiccional son –siendo optimistas– exiguas⁹.

La sentencia que orienta este estudio hace antagónicos el derecho de propiedad con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Como se verá, los principios ambientales que estructuran este derecho fundamental tuvieron nulas posibilidades jurídicas como mandatos de optimización. Primero, por la ausencia de referencia que se hace a ellos en el razonamiento que hace del caso el Tribunal Constitucional; y, segundo, por el extenso contenido que se otorga a los principios y reglas que ordenan el derecho de propiedad.

En suma, este estudio se presenta como una invitación al Tribunal Constitucional a aumentar las posibilidades jurídicas de los principios ambientales –en cuanto mandatos de optimización– en la solución de controversias jurídicas en las que se confronta el derecho de propiedad y la libertad de empresa con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derechos fundamentales aparentemente opuestos, a fin de lograr una mayor armonía y complementariedad de éstos. Idea que está más acorde con la línea de interpretación que se plantea en el voto en contra de la minoría de la sentencia objeto de estudio, tal como se verá en los siguientes apartados.

II. ANTECEDENTES DEL CASO RESUELTO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA ROL N° 2684-14

En la causa rol N° 2684-14, el Tribunal Constitucional resuelve una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 62, inciso segundo,

⁸ ALEXY (2014), pp. 67-68.

⁹ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional en causas N° 2678-14, 2299-12, 2036-11 y 1309-09.

de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), presentada por Curtidos Bas S.A., cuya aplicación resulta inconstitucional en el proceso sobre casación en el fondo, sustanciado ante la Corte Suprema, rol N° 16593-2014. La disposición objeto de requerimiento señala: “Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año”.

El recurso de casación en el fondo había sido impetrado por la requirente a fin de impugnar la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que rechazó la reclamación de ilegalidad deducida por Curtidos Blas S.A. –empresa dedicada a la actividad de curtiembre–, en contra del decreto del alcalde de San Joaquín, que le había ordenado trasladarse de la comuna, en el plazo de un año, por causar molestias al vecindario al desarrollar sus procesos productivos, en ejercicio de las potestades conferidas por el cuestionado artículo 62 inc. 2° de la LGUC.

Curtidos Bas S.A. se había instalado en la comuna de San Joaquín en 1952, y desde entonces había desarrollado su actividad cumpliendo con la normativa legal y administrativa vigente. En 2005 la comuna modifica su plan regulador, pasando la empresa de curtiembre a ser considerada una industria mal ubicada, y como tal, situada en terrenos congelados, es decir, aquellos cuyo uso no se ajusta al nuevo carácter de zona residencial y área verde, dispuesto por el nuevo plan.

La Municipalidad de San Joaquín, a través de decreto, dispuso que Curtidos Bas S.A. debía trasladar sus instalaciones fuera de la comuna, en el plazo de un año, por estimar que se cumplía con el supuesto señalado en la LGUC (art. 62 inc. 2°), esto es, que se trataba de una industria mal ubicada y que existían informes de las autoridades de salud y de vivienda y urbanismo que habrían calificado como molesto el proceso productivo de la empresa, por expedir malos olores, que afectan a la vecindad, perturbando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el art. 19 N° 8 de la Constitución.

En este contexto, Curtidos Bas S.A. requiere al Tribunal Constitucional el que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma que faculta a la autoridad edilicia para ordenar el traslado de una industria por causar molestias, y que dicho traslado se realice en el plazo de un año.

La requirente señala que hay cuatro infracciones a la Constitución, en la aplicación de la norma cuestionada:

a) *Se vulnera el derecho a desarrollar una actividad económica lícita (art. 19 N° 21 de la Constitución)*

La norma legal entrega a la municipalidad una potestad que impide a la requirente seguir ejerciendo su actividad económica lícita, al someterla a una prohibición de funcionamiento encubierto. Asimismo, no es factible para la empresa concretar el traslado en el plazo de un año, porque es necesario diseñar y construir una nueva planta. Además, no resulta posible obtener todos los permisos de funcionamiento del nuevo establecimiento en el plazo de un año.

Finalmente –señala la requirente–, la municipalidad no puede argumentar que busca proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ya que no existe normativa reglamentaria o legal que determine normas de calidad en materia de olores, que justifiquen mediante conceptos definidos el ejercicio de la potestad de ordenar el traslado por causa de molestias al vecindario.

b) *Se infringe el derecho de propiedad (art. 19 N° 24 de la Constitución)*

Existe una vulneración a este derecho, sea considerando que la infracción denunciada importa una privación al dominio o que ocasiona una limitación al dominio. En ambos casos, no se estaría dando cumplimiento a las exigencias constitucionales relacionadas con el derecho de propiedad.

Explica la requirente que se está ante una regulación expropiatoria, que impide continuar con la actividad económica en las instalaciones de su propiedad, y además el costo del traslado debe soportarlo la empresa con su patrimonio, sin recibir compensación. Debió existir una ley que autorizara la expropiación y un proceso expropiatorio que diera lugar a una indemnización.

Por otra parte, si se considera que la aplicación de la norma impugnada conlleva una limitación al dominio, ésta no cumplió con el principio de reserva legal absoluta ni se adecuaba a la exigencia de sustentarse en la función social de la propiedad¹⁰.

¹⁰ De acuerdo con Guzmán, el Tribunal Constitucional considera que la Constitución distingue distintos grados para la reserva legal. En primer lugar, la relativa: existe “una mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como ‘con arreglo a la ley’, ‘de acuerdo a la ley’, ‘con sujeción a la ley’, ‘de acuerdo con lo que determine la ley’ o ‘en conformidad a la ley’, *u.g.* en los artículos 10, N° 2; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 254-97, considerando 26°). En segundo lugar, la reserva legal absoluta, en que “la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica” (STC, Rol N° 370-03, considerando 17°). GUZMÁN (2010), pp. 133-134.

No se cumple con la reserva legal absoluta, ya que la regla reprochada no da criterios específicos que determinen qué es daño y molestia (conceptos utilizados en la norma impugnada) y cuál es el plazo adecuado para que se concrete un traslado, atendidas las características propias de una industria. De esta forma, existe un amplio margen para la interpretación caprichosa y contradictoria de la autoridad.

Tampoco se sustenta la limitación de la propiedad en la función social, porque ella supone armonizar los atributos esenciales del dominio (uso, goce y disposición) con las necesidades de la sociedad, cuestión que no ha sucedido. Asimismo, los elementos de la función social deben interpretarse –al igual que todas las limitaciones de un derecho– de manera restrictiva y sin excluir las restantes garantías constitucionales, como el principio de reserva legal y la no afectación de la esencia de los derechos.

c) Se contraviene la regulación constitucional de las cargas públicas (art. 19 N° 20 de la Constitución)

La orden de traslado constituiría una carga pública real, que afecta el patrimonio de la recurrente. Y esta carga no supera el test de proporcionalidad, por lo que se trata de una medida que no es idónea, necesaria ni proporcional.

d) Se transgrede el derecho a la seguridad jurídica (art. 19 N° 26 de la Constitución)

La aplicación de la disposición denunciada conculca la esencia de los derechos antes mencionados, ya que el límite a la propiedad que puede ser impuesto por la municipalidad es de una gravedad máxima, sin que la norma reprochada establezca claramente las situaciones en que podría proceder tal limitación.

Comunicado el requerimiento por el Tribunal Constitucional a la Presidenta de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados, y notificado a la Municipalidad de San Joaquín, a efectos de hacer vales sus observaciones, éstas sólo fueron formuladas por la Presidenta de la República, en base a cinco alegaciones:

a) El requerimiento plantea cuestiones que deben ser resueltas por el juez de fondo o que pertenecen a la esfera del mérito de la ley.

b) La disposición cuestionada no vulnera el derecho de propiedad.

c) La norma reprochada no vulnera el derecho a desarrollar una actividad o prohíbe que se desarrolle una actividad económica lícita.

d) No se vulnera el derecho a la igual repartición de las cargas públicas.

e) El precepto impugnado se justifica en la protección del medio ambiente.

No se desarrollarán los argumentos utilizados en estas alegaciones, debido al escaso aporte que tienen en el desarrollo del debate. Llama la atención, en cambio, que la Municipalidad de San Joaquín no haya realizado observaciones ante el requerimiento del Tribunal Constitucional. No debe olvidarse que los olores

eran soportados por una vecindad ubicada en su comuna y que el requerimiento apuntaba a dejar sin efecto la medida que dicho órgano local había tomado.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento planteado y declara inaplicable el inciso segundo del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Funda la sentencia en que la norma vulnera el derecho fundamental de propiedad y la garantía de la seguridad jurídica suscrita por el artículo 19 N° 26 de la Constitución. Desestima, por tanto, que exista vulneración al derecho de la vecindad en que está situada la industria a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Poco tiempo tarda el Tribunal Constitucional en develar su posición frente al caso planteado. Ya en el tercer considerando expresa:

“Que la mencionada orden municipal de ‘traslado’ configura indudablemente una medida excepcional, que debiera reservarse para casos extremos o paradigmáticos de aplicación. Por cuanto, más allá de unos casos manifiesta y ostensiblemente perjudiciales para la población, acotados por la ley, o se desconocen derechos de los propietarios expulsados, sin que medie expropiación, o se dirime qué es lo suyo de cada cual en conflictos entre partes, sin que intervenga sentencia judicial.

Mas, como la norma impugnada no contiene especificaciones de esa índole y se abre a interpretaciones extensivas o potencialmente abusivas, en el presente caso y en su concreta aplicación, se manifiesta contraria a la garantía del artículo 19 N° 24, de la Carta Fundamental, por afectar el ejercicio legítimo del derecho de propiedad que le asiste a la requirente, y así se declarará”.

De esta forma, el Tribunal Constitucional comienza a motivar la tesis de su sentencia expuesta tempranamente, sobre la base de tres construcciones argumentativas principales:

1. *La contaminación es un ilícito sólo cuando excede los niveles objetivos establecidos por la legislación*

Señala el Tribunal Constitucional que: “Habiendo aceptado el constituyente que el medio ambiente es permanentemente modificado por la acción humana, la ley N° 19.300 [...] concibe que la contaminación es un ilícito sólo cuando excede los niveles objetivos establecidos por la legislación, constituida especialmente por las normas de calidad ambiental y por las normas de emisión [...]” (considerando 9°). Asimismo, recurre a la sentencia rol N° 577-2006 para recordar que: “jurídicamente contaminación no es cualquier impacto o alteración

ambiental sino la situación que supera los parámetros ambientales establecidos” (considerando décimo).

La consecuencia lógica de ello, según argumenta el Tribunal Constitucional, es que:

“Mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente las normas de calidad ambiental respectivas los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, 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” (Considerando décimo, que reproduce al considerando decimotercero de la sentencia rol N° 577-2006, del Tribunal Constitucional).

Guzmán, explicando lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol N° 577-2006, considerando decimotercero, reproducido por la sentencia rol N° 2684-14 en el considerando décimo, señala que, en definitiva, se quiere expresar que:

“El derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, en clave constitucional, se encuentra agraviado cuando una determinada norma es infringida y a causa de la cual se produce un impacto ambiental autónomo, un fenómeno de contaminación en sentido estricto, o se configura un daño ambiental. En el evento que no exista precepto jurídico que regule la materia, se le afectará cuando se genere un impacto ambiental o un daño ambiental, tomando como base la prohibición constitucional de no afectar el legítimo ejercicio de este derecho. De lo anterior se sigue que la voz contaminación que utiliza la CP, alude a un impacto ambiental significativo no mitigado, compensado o reparado; como también a contaminación en sentido legal literal, y daño ambiental”¹¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede observar que el Tribunal reconoce la existencia de dos supuestos que dan lugar al reconocimiento jurídico de la contaminación: uno objetivo y otro subjetivo. El supuesto objetivo de contaminación, desde una perspectiva jurídica, contemplado en la primera parte del considerando décimo, citado *supra*, dice relación con que la presencia en el ambiente de

¹¹ GUZMÁN (2010), pp. 62-63.

sustancias o elementos contaminantes supere las concentraciones y permanencia establecidas en la legislación vigente. Y, bajo este supuesto objetivo, procede la protección que la Constitución concede al medio ambiente, incluida la limitación de la propiedad, atendida la función social de ésta. Ello va en congruencia con la definición de contaminación, dada en el artículo 2º, letra c) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, de 1994.

En cambio, el supuesto subjetivo permite hablar de contaminación en ausencia de normas que recogen parámetros o niveles máximos objetivos de presencia de contaminantes en alguno de los subsistemas del sistema ambiental, establecidos por normas legales o reglamentarias. Este supuesto subjetivo se encuentra incorporado en la segunda parte del considerando que se estudia. En dicho texto, el Tribunal Constitucional parece apoyarse en la definición de contaminante, dada por la ley N° 19.300, art. 3º (letra d), para explicar las circunstancias en que se está frente a una hipótesis subjetiva de contaminación.

Señala dicha disposición que es contaminante “todo elemento, compuesto, sustancia [...] cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la presencia de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental”. No obstante, la cita a la norma que define contaminante no es literal, sino que el Tribunal Constitucional agrava la exigencia para que se entienda existir contaminación por esta causal subjetiva. En la sentencia se entiende que hay contaminación cuando se constata 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” (considerando décimo).

Como se ve, el supuesto legal “pueda constituir un riesgo”, que está en armonía con los principios ambientales de prevención y precautorio¹², que

¹² Es especial con los principios de prevención y precautorio. Con el principio preventivo “se pretende evitar o reducir efectos negativos de carácter significativo sobre el entorno, justificados jurídicamente –impacto ambiental– o antijurídicos –daño ambiental–”, GUZMÁN (2010), p. 13. Por su parte, el principio precautorio se encuentra claramente descrito en el principio 15 de la Declaración de Río (de 1992), que expresa: “Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Sobre estos temas, véase, BERMÚDEZ (2015), pp. 46 y ss.; FERNÁNDEZ (2013) pp. 79 y ss.; MOYA (2014).

permiten dar coherencia a la legislación ambiental, es endurecido a la cláusula “en términos tales que constituya un riesgo”, que utiliza la sentencia del Tribunal Constitucional. Se desatienden aquí los principios ambientales que orientan la normativa de carácter ambiental y se continúa impulsando un criterio de reparación y actuación *ex post*, ya abandonado en los países en que la protección del medio ambiente es una prioridad.

Pero los requisitos necesarios para que se configure el supuesto subjetivo, que permite reconocer jurídicamente la existencia de contaminación en situaciones distintas a la transgresión de una norma de calidad o de emisión, se torna –de acuerdo con los argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia– imposible de alegar en un caso concreto, a menos que se trate de un evento grave de perjuicio evidente y notorio al entorno, donde ya no haya nada que hacer para prevenir y precaver el daño ambiental.

De manera ineludible se verá negado el auxilio del Tribunal Constitucional en la protección del medio ambiente cuando esta implique la limitación al derecho de propiedad, atendida la función social que la Constitución reconoce a ésta, con fines preventivos y precautorios. Debe existir una norma –legal o administrativa– que contenga claramente valores medibles o límites relevantes que den lugar a la existencia de contaminación. En caso de que estos valores no estén expresados claramente en la ley, la protección constitucional al medio ambiente, que debe privilegiar la intervención *ex ante* de acuerdo a los principios ambientales¹³, así como el reconocimiento de la función social de la propiedad, en sede jurisdiccional constitucional, se convierten en baladí.

Tan es así, que el Tribunal Constitucional, aun cuando reconoce la existencia de un supuesto subjetivo para determinar cuándo existe contaminación¹⁴, desatiende la existencia de dos informes técnicos de órganos públicos que, precisamente, acreditan inequívocamente la presencia de contaminación por malos olores. De esta forma, aunque permite la posibilidad de que se acredite una situación de contaminación de manera distinta a la de excederse parámetros mí-

¹³ En concreto, el principio preventivo.

¹⁴ Debe recordarse que la sentencia que se analiza expresa, en la segunda parte de su considerando décimo: “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”, afirmación que contiene –a nuestro juicio– el supuesto subjetivo de contaminación.

nimos y máximos establecidos en normas, desatiende los informes que acreditan tal situación, dejando sin amparo constitucional el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando se recurre por el supuesto que hemos denominado subjetivo.

Los principios ambientales, ordenadores del Derecho Constitucional referido a la protección del medio ambiente, también son –como se dijo– criterios de interpretación y de integración de los diversos preceptos constitucionales. Así, en circunstancias como la que se analiza, en que existan dos soluciones posibles, se opte por preferir aquella que da mayor protección al medio ambiente, de acuerdo con el principio *in dubio pro natura*.

2. *La norma requerida (art. 62, inc. 2º, LGUC) y las disposiciones reglamentarias correspondientes no entregan a la municipalidad medios idóneos de diagnóstico que, en la materia, aseguren lo razonable e imparcial de sus decisiones*

Se contiene en la disposición reprochada, a juicio del Tribunal Constitucional, una hipótesis vaga que faculta a la Municipalidad para aplicar una grave sanción, sin que la remisión a informes previos de las respectivas autoridades permita fundamentar de manera objetiva y clara la imposición de una orden municipal de traslado, a menos que se trate de casos extremos, con industrias palmariamente peligrosas; cuestión que en este asunto no es así.

Teniendo en consideración que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se presenta respecto de una industria que no puede sino causar alguna molestia o menoscabo a los vecinos que han arribado al sector con posterioridad a la instalación de la industria, debe, necesariamente, indicarse que el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación requiere de valores medibles fijados por la normativa medioambiental, para evitar la subjetividad de la autoridad administrativa, como en la práctica sucede con la medida que ordena el traslado (considerando decimotercero).

Ante este tipo de razonamientos, se hace urgente que el Tribunal Constitucional incorpore a su acervo jurídico los principios ambientales que dan contenido y estructuran el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sólo de esta forma podrá razonar en el sentido de otorgar un nivel máximo de protección a este derecho fundamental y extender el alcance del concepto función social de la propiedad. La integración al ordenamiento jurídico de principios ambientales como el preventivo o el precautorio permite dar protección al medio ambiente y a las personas que lo habitamos, aun cuando no exista certeza científica de un menoscabo severo al medio ambiente o ante la falta de normas de calidad ambiental o de emisión, con la finalidad de prevenir situaciones que devengan

en afectación grave al medio ambiente, que perjudiquen no sólo la salud de las personas, sino, y más importante, su dignidad¹⁵.

Cuando se permite que una industria, a través de una actividad contaminante incesante, perturbe el entorno y vulnere el derecho de la vecindad a vivir en un medio ambiente adecuado, se está afectando la calidad de vida y la dignidad de las personas que residen en dicho vecindario. En consecuencia, se están limitando las posibilidades de que éstas puedan lograr “su mayor realización espiritual y material posible”¹⁶.

No obstante, declara el Tribunal Constitucional, que los términos utilizados por la norma cuestionada –molestias o daños al vecindario– pertenecen a los denominados conceptos jurídicos indeterminados, y que en tiempos de normalidad constitucional, el uso de éstos por las leyes debe ser morigerado, a fin de evitar que sirvan de motivo para coartar o restringir derechos fundamentales, y no poner en entredicho la seguridad que a su ejercicio confiere el artículo 19 N° 26.

En este sentido, “tales fórmulas genéricas deben venir acotadas al menos en sus elementos esenciales, que permitan definirlas razonablemente” (considerando decimosexto). La delimitación legal, en estos términos, asegura efectivamente que la autoridad administrativa realice una concreción adecuada y razonable de las referidas condiciones habilitantes. Por el contrario, la falta de una ajustada delimitación de los conceptos empleados por el legislador “impide prever razonablemente en qué casos se aplica o no la regla coactiva de excepción” (considerando decimoséptimo), pudiendo provocar indefensión.

Reafirma, por tanto, su propia jurisprudencia que reprueba aquellas leyes que dejan desamparado el goce efectivo de los derechos y libertades frente a las atribuciones discrecionales de la administración, como –estima– sucede en este caso.

Debe reconocerse que, en relación con los principios ambientales –y en especial con el principio precautorio–, el argumento de la exigencia del cumplimiento estricto del principio de reserva legal para la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales¹⁷ tiene recepción en la doctrina, y la posibilidad

¹⁵ No debe olvidarse que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho fundamental consagrado expresamente en la Constitución. Como tal, y como todos los derechos fundamentales, explícitos e implícitos, encuentra su fundamento último en la dignidad humana. Sobre este tema, véase NOGUEIRA (2008, tomo I), pp. 13-93.

¹⁶ Artículo 1º, inc. 4º, de la Constitución chilena.

¹⁷ Sobre el principio de reserva legal y la limitación de los derechos y libertades, véase GUZMÁN (2010), pp. 127-181.

de arbitrio por la autoridad administrativa es vista como una dificultad para la aplicación amplia de este principio. Sobre este tema, explicita Ruiz-Jarabo: “aun cuando está destinado a procurar grandes ventajas a la sociedad, encierra también peligros, derivados de la excepción que conlleva a ciertos derechos y libertades fundamentales, por lo que parece imprescindible disciplinar su régimen con el fin de evitar abusos y excesos”¹⁸.

Se comparte la apreciación del autor español. No obstante, también se hace necesario que el Tribunal Constitucional reconozca la existencia de los principios ambientales y comience a invocarlos al momento de realizar el examen de ponderación, cuando conozca de casos en que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación parezca colisionar con otros derechos y libertades, especialmente el derecho de propiedad y la libertad económica. De esta forma, el derecho al medio ambiente adecuado –de naturaleza individual y colectiva¹⁹– tendrá mayores oportunidades, ante el derecho de propiedad y la libertad de empresa, en la sede jurisdiccional constitucional, dando una mayor proyección a la protección constitucional de este derecho fundamental, aumentando –de acuerdo con la terminología de Alexy– sus posibilidades jurídicas y reales²⁰.

En el caso concreto del derecho de propiedad, las afectaciones al dominio, contempladas en el artículo 19 N° 24, “están reservadas con vigor especial e ineludible al legislador, a quien le corresponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se puedan imponer al ejercicio de tal derecho” (considerando decimoctavo)²¹.

¹⁸ RUIZ-JARABO (2005), p. 54.

¹⁹ Ha sido la propia Corte Suprema la que ha reconocido a este derecho fundamental que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público, en sentencia de 19 de marzo de 1997. NOGUEIRA (2008, tomo II), p. 635.

²⁰ Véase nota 10.

²¹ Profundizando en esta idea, Guzmán nos recuerda que el Tribunal Constitucional ha dicho que “Toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan” (Sentencia rol N° 226-1995, consid. 47°). Esta idea ha sido reiterada en sentencias roles N°s. 541-2008, consid. 14°; 280-2006, consid. 29°; 546-2006, consid. 14°.

Estando referido este caso al derecho de propiedad, recuerda el Tribunal Constitucional que es su ejercicio legítimo el único que asegura la Carta Fundamental. Ello implica el intrínseco deber de abstenerse de lesionar, o de no ir contra la ley o contra derecho ajeno. No obstante, el artículo 62, inciso segundo, de la LGUC, posee una indeterminación congénita, que –salvo casos de molestias o daños graves y evidentes– permite a la autoridad municipal aplicar la muy severa medida de remover a las industrias mal ubicadas, cuando éstas causen molestias o daños que pueden situarse en un abanico demasiado amplio, permitiendo la arbitrariedad de la administración. En este sentido, señala la sentencia que:

“Sin desmedro de procurar una convivencia armónica con la comunidad, es impropcedente que los derechos preexistentes de la requirente –sobre el predio y sus instalaciones– queden condicionados en su eficacia a no causar indefinidas ‘molestias’ o incomodidades a los vecinos de alrededor, pues la Constitución, en su artículo 19 N° 24, no admite la falta de aquiescencia o de beneplácito como un modo de extinguir las propiedades, una vez consolidadas.

Tampoco basta aducir cualquier ‘daño’ que se causaría ‘contra derecho ajeno’ de los vecinos a ‘vivir en un medio ambiente libre de contaminación’, para llegar a desconocer aquel ya asentado derecho de propiedad. Faltando en la legislación connotar algunos supuestos que evidencien tal daño y que ameriten ese traslado, como medio único y necesario, los antecedentes de este caso concreto llevan a presumir que la requirente ha ejercido legítimamente su derecho y que, por ello, se encuentra plenamente amparada por las garantías que al efecto confiere la Constitución” (considerando vigesimoprimer).

De esta forma, el razonamiento del Tribunal relaciona la función social “conservación del patrimonio ambiental”²² con la ocurrencia de eventos muy graves y evidentes de contaminación o con la vulneración de normas de calidad ambiental y de emisión, olvidando la exigencia que hace el principio de prevención de privilegiar la actuación *ex ante* de los poderes del Estado en la protección de la naturaleza, a fin de precaver procesos irreversibles de contaminación, que son los que, en su mayoría, se muestran como muy graves o evidentes.

En el mismo sentido debe tenerse presente que “decidir desde principios científicos de precaución y prevención, pese a requerir un esfuerzo inicial que exige mayor

²² El artículo 19 N° 24 de la Constitución establece que la función social comprende: “los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

dedicación, encausa la decisión más oportuna”²³. Resolver conforme al principio de precaución²⁴ permite anticiparse en las causas a la producción del daño ambiental.

Asimismo, se debe recordar que el derecho del artículo 19 N° 8 de la Constitución constituye “un presupuesto general que condiciona todo ejercicio de la libertad individual y la acción de los diferentes órganos estatales”²⁵. Si bien es cierto que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en cuanto derecho fundamental, está pensado en lógica antropocéntrica, y, por tanto, la medida en que se puede dar su protección es definida por la propia sociedad, de acuerdo con lo que esperamos como entorno deseable, no puede dejar de tenerse en consideración que la protección del entorno está directamente relacionada con la calidad de vida y responde a las posibilidades de desarrollo de la vida humana en un contexto de recursos limitados y en un entorno cuya contaminación tolerable es limitada y debe relacionarse con el derecho al medio ambiente adecuado de las futuras generaciones²⁶.

c) La norma impugnada impone condiciones de uso y goce del derecho de propiedad de tal entidad que termina afectando en su esencia el derecho de propiedad

Se está ante una verdadera ablación –advierte el máximo intérprete constitucional–, porque la orden de retiro implica la pérdida del derecho a permanecer en el inmueble de propiedad de la solicitante, para seguir ejerciendo una actividad lícita la que ha sido destinado. Existe, en consecuencia, una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio que no es amparada por la función social de la propiedad (considerando vigésimo segundo).

Asimismo, el inciso segundo del examinado artículo 62 contempla una regulación del uso y goce de la propiedad, en el sentido de imponerle condiciones que, en el caso concreto, ha acabado afectando al derecho de propiedad en su esencia, lo que ha significado en la práctica, que el titular de las instalaciones pierde el derecho a seguir explotando éstas, en su actual ubicación.

Aun admitiéndose que el art. 62, inc. 2º, de la LGUC, contempla una mera restricción al dominio, todas las limitaciones al ejercicio de los derechos deben presentar determinadas características:

²³ JAQUENOD (2014), p. 351.

²⁴ El principio precautorio justifica una actuación para prevenir un daño “incluso cuando no pueda establecerse con absoluta certeza una relación de causa-efecto basándose en la evidencia científica disponible”. GONZÁLEZ (2005), p. 11, citado en MOYA (2014), p. 262.

²⁵ NOGUEIRA (2008, tomo II), p. 634.

²⁶ NOGUEIRA (2008, tomo II), p. 633.

- i) Ser determinadas y específicas;
- ii) No pueden afectar a los derechos y libertades fundamentales en su esencia;
- iii) Han de respetar el principio de igualdad, debiendo ser establecidas con parámetros incuestionables, que hacen a las limitaciones razonables y justificadas (Considerando vigesimoséptimo).

No obstante, la norma reclamada no cumple con estas exigencias, por lo que el traslado de la industria se torna, inevitablemente, una medida desmesurada, innecesaria y desproporcionada.

Se observa en las ideas vertidas a lo largo de la sentencia, especialmente en la argumentación referida al derecho de propiedad, cómo el sentenciador, en su encantamiento con la institución que se erige como piedra angular de la construcción constitucional chilena actual, realiza el examen de constitucionalidad de la norma reclamada exclusivamente en cuanto limitación al derecho a la propiedad, centrando sus reflexiones en ese ámbito de la problemática que se planteaba, desatendiendo los avances que ha tenido –tanto jurisprudenciales como normativos y doctrinarios– el derecho fundamental que se buscaba proteger con la norma cuestionada, vivir en un medio ambiente adecuado.

Desde esa perspectiva, el Tribunal Constitucional debería revisar sus criterios en torno a la protección del medio ambiente cuando se confronta al derecho de propiedad. No puede sostenerse hoy que el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación dependerá de la existencia o no de una norma legal que determine claramente parámetros que indiquen cuándo se entenderá vulnerado este derecho. Se olvida que, precisamente, el avance vertiginoso de la ciencia y la tecnología ha ido condicionando la forma de hacer el Derecho, y también la manera de declararlo.

Por su parte, el paradigma de la protección constitucional del medio ambiente²⁷ ha ido avanzando en el sentido de adecuar y acomodar la noción de sistema jurídico, para que las dinámicas de los ecosistemas se conviertan en criterios de decisión legislativa y judicial. De esta forma, corresponde al sistema jurídico instaurar mecanismos para que los problemas ambientales sean conceptualmente asimilados por el ordenamiento jurídico²⁸. Y la incorporación de estándares

²⁷ Si bien el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado lo encontramos en la Constitución chilena de 1980, no debemos olvidar que esta integración de la cuestión ambiental a nuestra Carta Fundamental está inmersa en un proceso de constitucionalización del derecho al entorno, que nace en Europa, con constituciones como la portuguesa de 1976 o la española de 1978. Sobre este tema, véase VERNET y JARIA (2007), pp. 512-533.

²⁸ *Cfr.* SERRANO (2007), p. 87.

de contaminación en la norma legal, que deben ser colmados por la regulación administrativa, complementada –como lo hacen las normas sometidas a examen constitucional– por informes técnicos elaborados por organismos competentes, es una forma en que se logra conciliar las exigencias de seguridad jurídica y respeto a la esencialidad de los derechos que pueden ser limitados, con la necesidad de aumentar progresivamente los estándares de calidad de vida de las personas, entre ellos, la exigencia de un entorno adecuado para llevar a cabo una existencia digna.

IV. EL VOTO EN CONTRA

La sentencia del caso presenta un muy interesante voto en contra de cuatro ministros del Tribunal Constitucional, que estuvieron por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma reprochada, en atención a los siguientes argumentos principales:

1. *El artículo 62, inc. 2º, de la LGUC, cumple con el principio de reserva legal y busca conciliar el interés individual (funcionamiento de la actividad) con el interés público (afectación al vecindario de los derechos a la vida, salud y vivir en un medio ambiente libre de contaminación)*²⁹.

En primer lugar, el artículo 62, en su inciso primero, establece que si un terreno no se conforma con los instrumentos de planificación territorial, se entiende congelado. Esto significa que no puede aumentarse el volumen de las construcciones en el suelo. Esta regla contiene dos excepciones: primero, que el aumento tenga por objeto la mitigación de los impactos ambientales adversos, y, segundo, que las obras aumenten la calidad de la construcción (estructura, arquitectura, instalaciones).

La disposición reclamada –art. 62, inc. 2º– permite a la autoridad municipal ordenar el traslado, en un plazo no inferior a un año, cuando se dan cuatro requisitos:

a) *Cuando se trate de industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario.* La calificación de industria mal ubicada no queda entregada al criterio discrecional de una autoridad administrativa. Por el contrario, ésta nace de la existencia de al menos dos instrumentos de planificación territorial aprobados: uno que permite la instalación de una actividad productiva, y un segundo plan regulador, que modifica el anterior e impide o restringe la continuación de la actividad productiva previamente autorizada. Los instrumentos de planificación

²⁹ Argumento que se desarrolla en los numerales 1 a 16 del voto de minoría.

territorial previstos en el ordenamiento territorial chileno son elaborados y modificados de acuerdo con procedimientos de competencia de órganos de representación popular (y, por consiguiente, dotados de legitimación democrática) y cuentan con instancias de control técnico y de participación de la comunidad local, expresa el voto de minoría que se estudia (numeral 5º, párrafo final, del voto en contra).

De esta forma, resulta difícil que la disposición cuestionada establezca una limitación u obligación contraria a los propósitos que exige la función social de la propiedad, al menos en lo referido a la noción industria mal ubicada, ya que las causales invocadas de función social para este caso concreto –utilidad o salubridad pública y conservación del patrimonio ambiental– tendrán como origen una decisión democrática, confirmada por órganos técnicos competentes. De esta forma, no puede observarse capricho de la autoridad municipal al calificar la industria como mal ubicada.

b) *Que la industria mal ubicada cause molestias o daños al vecindario.* Se contemplan en la ley dos causales, no copulativas, que “reflejan una perturbación sensible y objetiva en la vida, salud o propiedad de quienes habitan en la proximidad de la industria mal ubicada y que resulta de la actividad productiva” (numeral 6º del voto en contra)³⁰.

Para ambas causales no se trata de una aplicación general a cualquier actividad económica desplegada en el territorio sometido a un instrumento de planificación territorial, sino que exclusivamente a aquellas industrias mal ubicadas.

De acuerdo con el voto de minoría, el término “molestias” es amplio, pero el ordenamiento jurídico entrega herramientas para poder interpretarlo. En primer lugar, debe tenerse en cuenta el elemento constitucional para su interpretación. Desde esta perspectiva, el artículo 19 protege los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, a la salud y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ámbitos de la vida de la persona que se encuentran tutelados y que están siendo perturbados, privados y amenazados como consecuencia de la actividad productiva desarrollada. “Luego, constituiría una molestia, al menos, aquello que compromete un derecho o interés reconocido y protegido por la Constitución” (numeral 6º del voto en contra).

En segundo lugar, la disposición reprochada incorpora –en el desarrollo del procedimiento que concluye con la orden de traslado– el informe de dos órganos

³⁰ Olvida la reflexión de los ministros en minoría la referencia al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

técnicos concretos (Salud y Vivienda y Urbanismo). Con esta exigencia, incorpora también la regulación sectorial aplicable por dichos organismos, la que entrega estándares que permiten identificar a las industrias molestas, sobre la base de criterios técnicos y objetivos.

Finalmente, para interpretar el vocablo molestias, la autoridad municipal puede integrar la regulación local vigente o normas sectoriales que fijen un estándar reconocible de afectación a los vecinos, referido en este caso, a los olores.

Como consecuencia de lo anterior –se afirma por los ministros que acuerdan el voto en minoría–, la calificación de molestia puede ser establecida de dos vías: i) contrastando las consecuencias externas del desarrollo de la actividad productiva con la normativa legal y reglamentaria que fija parámetros del nivel de afectación tolerable para el ser humano, incluidos informes técnicos, y ii) verificando, la autoridad municipal, la existencia de una afectación o interferencia significativa sufrida por los vecinos, a través del examen realizado por funcionarios de aquella o por fiscalización de otros órganos del Estado.

Tal como lo expresamos en el apartado anterior, el Tribunal Constitucional desatiende absolutamente que, para la decisión de traslado, fueron elaborados dos informes técnicos que, a través de la fiscalización, lograron establecer que los parámetros de contaminación odorífera de la industria sancionada degradaban la calidad de vida de los vecinos de dicha industria.

Sobre la causal “daños”, el voto minoritario no realiza mayor análisis. Ello porque resulta evidente que, mientras la idea de “molestias” implica acciones u omisiones que comprometen un derecho o interés reconocido y protegido por la Constitución, en el caso de que se invoquen “daños al vecindario”, deberá probarse no sólo la conducta (acción u omisión) y el daño, sino que también el nexo de causalidad y el dolo o culpa.

c) *Que exista informe previo de la autoridad sanitaria y de vivienda y urbanismo.* Estos informes presentan las siguientes características: i) son obligatorios, ii) deben solicitarse previo a que la autoridad municipal decida, y iii) son informes técnicos.

d) *Que la autoridad municipal resuelva el traslado, a través de un decreto alcaldicio.* La orden de traslado debe fijar un plazo mínimo de un año para materializarlo. La orden es una técnica de intervención administrativa en la actividad económica, que crea o impone deberes u obligaciones (numeral 8º del voto minoritario).

En concreto, esta orden de traslado no implica una prohibición para seguir realizando una actividad económica concreta. Tampoco opera respecto de una industria mal ubicada. La ley entrega a la autoridad municipal atribuciones para dictar una orden de traslado cuando una industria mal ubicada cause molestia

o daño a la vecindad. En dicho caso, es una orden para que la industria se retire del lugar y opere en otro sitio donde la normativa respectiva autorice su funcionamiento, cumpliendo unas condiciones determinadas.

En definitiva, bajo estas condiciones la ley intenta conciliar los intereses privados con el interés general de la colectividad, de forma tal de satisfacer no sólo la exigencia de una justa y legítima protección de la propiedad y de la libre iniciativa privada, sino que ajustar el ejercicio de estos derechos y libertades con los intereses de la sociedad toda o una parte de ésta (un vecindario).

En este sentido, recuerda el voto de minoría, la Constitución no establece un único modelo de propiedad, sino que garantiza la propiedad en sus diversas especies. Y, ciertamente, la propiedad urbana es uno de los tipos de propiedad garantizado por el texto fundamental. “En ella se compatibilizan los intereses públicos con la protección de los derechos privados, con el fin de armonizar cuatro necesidades vitales: habitar, trabajar, recrearse y circular” (numeral 18º del voto en contra).

De esta forma, la legislación urbanística debe conciliar estas funciones vitales de la propiedad urbana, integrándolas con las distintas variables constitucionales comprometidas. Entre ellas, el bien común, la integración armónica de todos los sectores de la nación, el deber de promover el desarrollo equitativo y solidario, y el deber de asegurar a la comunidad local su participación en el progreso económico, social y cultural. Asimismo, el uso, goce y disposición de la propiedad debe hacerse conforme a la ley y respetando las limitaciones que imponga la función social³¹.

Por otro lado, en cuanto al desarrollo de la actividad económica (garantizado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución), debe tenerse en consideración que el derecho urbanístico se enmarca dentro de este derecho fundamental y que contiene una limitación específica: el respeto a las normas legales que lo regulen.

Como consecuencia de la exigencia al Derecho Urbanístico de tutelar el interés público, se entrega a la autoridad municipal una serie de potestades contempladas en la LGUC (fiscalización, paralización, demolición, terminación de obras, retiro, construcción obligatoria, congelamiento, traslado obligatorio, entre otras). En todos estos casos existe una limitación legítima a la propiedad, como garantía de la tutela del interés público.

Finalmente, debe entenderse también que tanto el Derecho Ambiental como el Derecho Urbanístico son instrumentos utilizados para reducir los espacios de desigualdad social, que naturalmente se han dado en ausencia de normas am-

³¹ Véanse artículos 1º, 3º, 118 y 19 N° 24º, de la Constitución.

bientales y urbanísticas proteccionistas. Históricamente, las comunas con menos recursos han debido soportar una mayor carga ambiental en sus territorios, derivadas de la instalación de industrias contaminantes o peligrosas, infraestructuras no deseadas. Asimismo, poseen menos espacios destinados a áreas verdes y juegos infantiles o infraestructuras que promueven la cultura, o simplemente el esparcimiento de la sociedad.

Sólo una interpretación adecuada de las normas constitucionales, cercana a lo que significa hoy la protección del medio ambiente para la sociedad, puede disminuir los espacios de desigualdad social como los descritos. Y el Tribunal Constitucional puede tener un rol importante en esta labor, asumiendo un enfoque práctico y teórico de interpretación que potencie el uso alternativo del Derecho³².

2) *La Constitución diseña un régimen que armoniza la potestad legislativa con la potestad reglamentaria*

Debe existir equilibrio entre la ley y el reglamento. En este sentido, señala el voto en minoría: “Afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad, no equivale a excluir la potestad reglamentaria, dada la interpretación armónica que debe existir entre los artículos 63 y 32, N° 6, por la naturaleza general y abstracta de la ley y por la división de funciones entre el Legislativo y el Ejecutivo” (considerando 20°).

Esta premisa cobra máxima validez en materias vinculadas al urbanismo, donde la normativa infralegal se potencia. El progreso científico y social deja rápidamente obsoletas las regulaciones en la materia, por ello es preferible la mayor adaptabilidad de la autoridad administrativa, que contrasta con la rigidez de la ley.

En este sentido, resulta valorable que el voto de minoría haya reflexionado en torno a exigencia que se hace al Derecho, de adaptación a los constantes cambios que sufren los procesos sociales, técnicos y económicos, de la mano de la evolución científica y tecnológica. De esta forma, es necesario revisar constantemente los parámetros que determinan cuándo hay afectación de los derechos y libertades fundamentales, así como revisar de forma permanente el conjunto de condiciones que son exigibles para el desarrollo de la vida humana, incluida la idea del entorno adecuado para este proceso.

Todo ello hace recomendable traspasar a la potestad administrativa, más flexible e inmediata, el establecimiento de dichos estándares. En el caso concreto, por tanto, la fórmula utilizada por el legislador, de establecer los requisitos para que la autoridad municipal dicte la orden de traslado, los cuales son completados

³² Sobre el método del uso alternativo del Derecho, NOGUEIRA (2012), pp. 446-449.

por las normas administrativas correspondientes y el informe técnico de organismos competentes, parece la indicada para adaptar la normativa urbanística a las exigencias de protección de la propiedad, la vida, la salud y al medio ambiente adecuado, en un contexto de permanente evolución de los estándares que protegen a estos bienes constitucionales.

La idea del derecho dúctil, de Zagrebelsky³³, parece estar en las ideas desarrolladas por los ministros disidentes. En este sentido, explica el constitucionalista italiano: “La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad, integración y al mismo tiempo de no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter de no absoluto, compatible con aquellos otros que debemos vivir”³⁴.

Volvemos a la idea tomada de Alexy, en el sentido de que los principios ambientales que acompañan al derecho fundamental del artículo 19 N° 8, de la Constitución, tendrán unas posibilidades jurídicas tan amplias o reducidas como la extensión que se entregue a las reglas y principios opuestos. La reivindicación de la necesidad de compatibilizar los diversos principios que dan contenido a los bienes constitucionales en disputa en este caso permitiría resolver estos casos de una manera que armonice los intereses de los particulares con los de la comunidad toda, a través de un proceso inclusivo del tejido de valores y principios que se asocian para entregar una visión integral, sistémica, de la vida constitucional de un país.

En este contexto, la exigencia al Estado de velar por el derecho a la protección del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la vida humana se erige como construcción del Derecho Constitucional moderno, que obliga a hacer una nueva lectura del derecho de propiedad y su limitación, para adecuar su ejercicio a una nueva relación del ser humano con su entorno, paradigma de la nueva construcción del Estado de la posmodernidad.

c) *Se produce una situación de privilegio en el desarrollo de una actividad económica por la vía de la inaplicabilidad*

Finalmente, el voto de minoría da argumentos para demostrar que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma en el caso en cuestión crea una situación de privilegio para la empresa requirente. Esto, debido a que la industria, dentro del supuesto del artículo 62, inc. 1º, se pone al margen del nuevo plan

³³ Para entender la idea que está detrás de la expresión “el Derecho dúctil”, véase ZAGREBELSKY (2008), pp. 9-20.

³⁴ ZAGREBELSKY (2008), p. 14.

regulador, incluidas sus restricciones, en cuanto situada en un terreno congelado. Es decir, por estar en un terreno congelado, de acuerdo con el vigente plan regulador, no se le regula por las disposiciones de dicho plan, manteniéndose al margen de cumplir con sus obligaciones. Al mismo tiempo, la decisión del Tribunal Constitucional la libera del estatuto aplicable por ser una industria mal ubicada y que causa molestias o daño al vecindario, art. 62, inc. 2º.

De esta forma, la excepción a ambas reglas “genera un estatuto de privilegio para la empresa beneficiaria, que se sustrae de toda regulación común a sus competidores” (numeral 27 del voto en contra). Por tanto, la empresa no sólo deja de asumir obligaciones referidas a llevar a cabo sus procesos productivos sin causar molestias o daño al vecindario, sino que además tampoco se sujeta a las restricciones que tendría el terreno en que está ubicada su industria, afectando la calidad de vida y la medida de dignidad deseada de sus vecinos. Como consecuencia, las facultades que entrega la propiedad no tienen en consideración el beneficio colectivo que se expresa en su función social.

Estas tres ideas principales llevan a los ministros que votan en minoría a estimar que no se afectan los derechos fundamentales reclamados por la requirente. La empresa pierde el estatuto de excepción contemplado en el inciso 1º del artículo 62 por no respetar la condición de no causar molestias o daños a sus vecinos. Se vulnera, en consecuencia, un “estándar de compatibilidad mínimo de la actividad productiva con el impacto negativo del vecindario” (numeral 29 del voto en contra).

Asimismo, la orden de traslado es una limitación al dominio, pero que tiene su fundamento en la función social de la propiedad, y, por tanto, es legítima. “La radicación de un conjunto de seres humanos de modo permanente en la proximidad de la industria tiene incidencia directa en los estándares que sirven para dimensionar la afectación de su salud o calidad de vida” (numeral 34 del voto en contra).

Finalmente, realizado el test de proporcionalidad sobre la medida cuestionada, poniendo en contrapeso al derecho de propiedad y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no queda más que establecer que se trata de una medida necesaria, idónea y proporcional para la finalidad tenida en cuenta por el legislador.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se hace urgente que el Tribunal Constitucional revise los criterios que ha seguido hasta ahora, cuando conoce de casos en que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación colisiona con el derecho de propiedad y la libertad económica. No sólo porque sus sentencias en la materia resultan anacrónicas, en

el sentido de no expresar los avances que ha tenido el derecho al entorno adecuado –en el contexto internacional, comparado, e incluso nacional, donde la Corte Suprema ha realizado importantes avances en la materia–, sino que además porque desde hace algún tiempo que se ve a este derecho fundamental como una medida de dignidad de las personas.

Las posibilidades de desarrollo de la persona se ven optimizadas en la medida en que el entorno en que ésta se desenvuelva sea de mejor calidad. Por ello, la exigencia de mejorar constantemente los estándares de protección del medio ambiente implica tener flexibilidad normativa para acoger tempranamente nuevos indicadores que disminuyen las cantidades de contaminación permisibles en el sistema ecológico.

Desde esta perspectiva, un importante avance hacia un nuevo enfoque de interpretación del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado –con crecientes contenidos y mayores fronteras– se logrará cuando las reflexiones del Tribunal Constitucional integren los principios ambientales, que, desde el último tercio del siglo pasado, han comenzado a desarrollarse en el Derecho Internacional y progresivamente han sido incorporados a los ordenamientos nacionales.

En concreto, haciendo referencia al derecho de propiedad, debe tenerse presente que la construcción del principio de reserva legal, en su dimensión absoluta, sin atender a principios ambientales como la prevención o la precaución, horada el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pero, más importante, produce afectación a la dignidad de la persona humana, en el sentido de que la ausencia de una norma legal que establezca un parámetro que explique rigurosamente cuándo hay contaminación, y, por tanto, active los mecanismos constitucionales de defensa de este derecho fundamental, deja en la indefensión al mismo, haciéndolo una norma semántica.

Nuevos aires recorren el Derecho en materia de protección de derechos colectivos y el Tribunal Constitucional debe tomar nota de estos avances, asumiendo un rol protagónico en el proceso de transformación que todos los países con niveles adecuados de progreso han comenzado hacia un modelo de Estado sensible a un nuevo paradigma de la relación hombre-naturaleza, a fin de lograr mejores estándares de calidad de vida para la comunidad y entregando mayores niveles de protección a la dignidad humana, piedra angular de la construcción constitucional moderna.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (2014): *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.), (trad. Bernal, Carlos), (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

- ASTORGA, Eduardo (2012): *Derecho Ambiental Chileno. Parte General* (3ª ed.), (Santiago, LegalPublishing).
- BERMÚDEZ, Jorge (2015): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2ª ed.), (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- EMBRID, Antonio (2010): *Precaución y Derecho*, (Madrid, Iustel).
- FERNÁNDEZ, Pedro (2013): *Manual de Derecho Ambiental chileno*, (Santiago, LegalPublishing)
- GONZÁLEZ, Luis (2005) “La aplicación del principio de precaución en el marco de las políticas comunitarias”, en AA.VV.: *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial).
- GUZMÁN, Rodrigo (2010): *La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos. Historia, doctrina y jurisprudencia* (2ª ed.), (Santiago, LegalPublishing).
- MAES, Franc (2007): “Los principios de Derecho Ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el Derecho Internacional marítimo. Un cambio para los legisladores nacionales”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (vol. VII), pp. 189-225.
- MOYA, Francisca (2014): *El principio de precaución. Un estudio sobre el modelo europeo de control de riesgo*, (Santiago, LegalPublishing)
- NOGUEIRA, Humberto (2012): *Derecho Constitucional Chileno* (Tomo I), (Santiago, AbeledoPerrot).
- _____, (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (tomos I y II), (Santiago, Librotecnia).
- RUIZ-JARABO, Dámaso: “El desarrollo comunitario del principio de precaución”, en AA.VV.: *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial).
- SERRANO, José Luis (2007): *Principios de Derecho Ambiental y ecología jurídica* (Madrid, Trotta).
- VERNET, Jaume y JARIA, Jordi (2007): “El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED (Nº 20), pp. 513-533.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): *El derecho dúctil* (trad. Marina Gascón), (Madrid, Trotta).