

# REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PRINCIPIOS Y VALORES QUE REGULAN EL MEDIO AMBIENTE EN CHILE

*Fernando Dougnac Rodríguez\**

## I.- INTRODUCCIÓN

En Chile el inciso primero del N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República consagra del derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la obligación del Estado de hacer respetar esta garantía así como de tutelar la preservación de la naturaleza. Con el fin recién indicado, la Constitución permite en el inciso 2° de la norma citada que la ley, no otra norma inferior, pueda establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. No obstante lo anterior, el N° 26 del mismo artículo 19 impide que esas restricciones sean de tal envergadura que, en el hecho, ellas anulen esas garantías por afectarlas en su esencia.

Por otra parte, el inciso 2° del artículo 5° de la misma Carta Fundamental reconoce como límite de ella el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, declarando la obligación del Estado y sus órganos de respetarlos, haciendo sinónimo de “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” aquellos garantizados en la misma Constitución (artículo 19) y en los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sobre este último punto más adelante haremos algunas precisiones.

De esta manera, existen en nuestro país principios y valores fundamentales que informan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, los cuales le otorgan un alcance y fisonomía propia. A continuación analizaremos a la luz de la Constitución, del derecho internacional público y de la jurisprudencia aquellos que consideramos más relevantes.

## II.- INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA GARANTÍA O DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO

De acuerdo a la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional,<sup>1</sup> las normas de la Constitución Política chilena deben ser interpretadas desde la perspectiva de su finalidad y no atendiendo a su tenor literal, como es la norma general en derecho privado. De ahí que los elementos nuevos consignados en los artículo 1°, inciso 4°, 5°, 6°, 7° y N°s 1, 8, 16, inciso 4°, 21, 23, 24 y 26 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, entren en un juego de preeminencia respecto de las categorías del derecho tradicional, como ocurre, por ejemplo, en todo lo relativo al derecho de propiedad en relación con la protección ambiental.

---

\* Abogado, Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca y Profesor de Derecho Ambiental.

<sup>1</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada en este artículo puede consultarse en su sitio web [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/> [fecha de consulta: 16 de marzo de 2009].

Debemos tener presente que la garantía o derecho a un medio ambiente sano se ha insertado firmemente dentro de las disposiciones fundamentales que rigen las naciones, tanto en el orden interno como en el internacional, y que al pasar ella al derecho internacional público y asociarse a los derechos humanos se ha transformado en un principio de “jus cogens”<sup>2</sup>

La garantía recién indicada conlleva elementos nuevos, firmemente impregnados de empirismo, ciencia y tecnología e imbuidos de concepciones jurídicas más bien del derecho común anglosajón que del derecho francés o continental, tan en boga en el siglo XIX en nuestro país. No obstante lo anterior, estos principios y valores ambientales ubicados normalmente en las constituciones, como es el caso chileno, deben ser comprendidos no como algo aislado de la realidad jurídica tradicional sino como un complemento y perfeccionamiento de ésta. Nos parece altamente inconveniente la posición “purista” que rechaza todo elemento nuevo que no tenga su origen en el sistema jurídico imperante en un país determinado.

La aceptación en Chile de principios y normas del derecho común a través del derecho internacional público ha permitido (y permitirá) enriquecer con este nuevo concepto ambiental anglosajón la doctrina nacional teórica, y en algunos casos, la práctica.<sup>3</sup>

De esta manera, la mezcla de esas normas internacionales con el derecho continental europeo y el derecho local mestizo latinoamericano, permite (y permitirá) que nuestras disposiciones constitucionales así como los antiguos principios del derecho civil, tan gravitantes en nuestro país, adquieran en estas materias una renovada perspectiva.

---

<sup>2</sup> A modo de ejemplo citaremos que el artículo 11 del Protocolo de San Salvador (17 noviembre de 1998), adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece: “1. *Toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*. 2. *Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*.” [en línea] <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> [fecha de consulta: 16 de marzo de 2009].

<sup>3</sup> Decimos que estos principios ambientales han sido recogidos sólo “en algunos casos” por la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales, específicamente la de la Excm. Corte Suprema, pues, desafortunadamente, en estas materias se ha producido últimamente una verdadera involución de la jurisprudencia la cual ha tendido ahora a desconocer el aporte del derecho internacional público.

Todo lo contrario sucedió en el período comprendido entre 1980 a 1994 donde al no existir una legislación nacional específicamente ambiental sino que sólo normas constitucionales, los tribunales recurrieron para su protección a ellas, reforzando su interpretación en el derecho internacional público, como ocurrió el año 1985 en el caso del lago Chungará. Sentencia de la Excm. Corte Suprema recaída en la causa Rol N° 19.824 del año 1985, “Palza Corvacho Humberto y Otros con Ministerio de Obras Públicas y otros” sobre extracción de aguas del lago Chungará, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII (1985), N° 3 (septiembre-diciembre), Sección 5, p. 261 y ss.

Prueba de lo dicho respecto del abandono de esa sana doctrina es lo ocurrido en un reciente fallo de la Excm. Corte Suprema (Sentencia del 8 de enero 2009, causa Rol 6397/2008, “José Cisternas Lara c/ Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos”) respecto de un recurso de protección tendiente a evitar que en el Parque Nacional Puyehue se instalara en su interior una planta hidroeléctrica. La Corte rechazó el recurso aplicando sólo el derecho interno, desconociendo, o mejor dicho, omitiendo gravemente cualquier referencia a la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, conocida como “Convención de Washington” (1940) con rango de Ley de la República en Chile en materia de Parques Nacionales, que prohíbe expresamente. De esta forma, nuestro más alto tribunal en una, por lo demás, muy dudosa interpretación de nuestra legislación interna, no sólo vulneró dicha convención internacional sino que, además, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados donde expresamente se dice que ningún país podrá alegar su derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales. [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/causas/esta402.php?rowdetalle=AAANoPAALAABqEjAAG&consultita=100&glo sa=&causa=6397/2008&numcua=802&secre=UNICA> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009].

### III.- DESARROLLO SUSTENTABLE, BIEN COMÚN Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Es imposible concebir la protección del medio ambiente o de un medio ambiente sano sin considerarla como parte del “bien común”. El inciso 4º del artículo 1º de la Constitución Política de la República de Chile define el concepto de “bien común” como: “... *aquel que permite a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”. Agregando, a continuación, que para tal efecto el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan este bien común.

Por su parte, la letra g) del artículo 2º de la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente<sup>4</sup> define el “Desarrollo Sustentable” como:

*“... el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de **la calidad de vida de las personas**, fundado en medidas apropiadas de **conservación y protección del medio ambiente**, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”*

De tal manera, el desarrollo sustentable sería una especificación del bien común al conjugar tanto el desarrollo colectivo como individual de las personas con la conservación y protección del medio ambiente, en aras a resguardar el derecho que tienen las generaciones futuras (que aún no son personas),<sup>5</sup> a gozar de, al menos, los mismos beneficios ambientales que poseen las actuales personas.

En el mensaje que el Presidente de la República dirigió al Senado, rama del Congreso Nacional donde se inició el debate del proyecto de ley que con posterioridad sería la Ley N° 19.300, se señaló que la noción de “desarrollo sustentable” abarcaba:

*“... el conservar la tierra y el agua, los recursos genéticos, no degradar el medio ambiente, ser técnicamente apropiado, económicamente viable y socialmente aceptable.”<sup>6</sup>*

De acuerdo a esta noción, el deber del Estado consiste en crear las condiciones sociales, no sólo económicas, para lograr ese fin. Se deben satisfacer, en la medida de lo posible, todas las necesidades del ser humano, para que éste obtenga una “*calidad de vida*” que sea “*propia y humana*”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Publicada en el Diario Oficial del 9 de marzo de 1994.

<sup>5</sup> El artículo 74 del Código Civil dispone que sólo pueden ser consideradas personas aquellas que han sobrevivido un instante siquiera en forma separada de la madre. Si ello no ocurre, debe reputarse que jamás han existido. Se ha debatido y se debate actualmente sobre el alcance que debe darse a esta norma respecto de lo preceptuado en el N°1 del artículo 19 de la Constitución que ordena a la ley proteger la vida del que está por nacer. Una parte importante de los juristas chilenos sostiene que la norma del Código Civil sólo debe aplicarse respecto de la sucesión y sus efectos patrimoniales. Otros, en cambio, le dan a ese precepto una aplicación general.

<sup>6</sup> Al respecto, véase Historia de la Ley N° 19.300 [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/lfs/19300/portada.pdf> [fecha de consulta: 16 de marzo de 2009].

<sup>7</sup> En opinión de los Miembros de la Comisión Constituyente que redactó el proyecto de Constitución de 1980, la vida es mucho más que la mantención de los procesos biológicos que la sustentan. Ella debe ser “propia y humana”, es decir lo más plena posible. A modo de ejemplo, véase Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 88ª, celebrada en 19 de noviembre de 1974 [en línea] [http://www.bcn.cl/lc/politica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/ Tomo\\_III\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/politica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/ Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf) [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009]. En esto se refleja una vez más la concepción jusnaturalista de sus miembros. CORTS GRAU José, Curso de Derecho Natural, (Editora Nacional, Madrid, 1964), p. 303, dice “*El*

A su vez, el reconocimiento constitucional de la propiedad privada como atributo y derecho de las personas, está consignado como un medio de realización personal que debe conjugarse con la **función social** de ésta, la que conlleva como obligación el pleno respeto a los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (N° 24 del artículo 19 de la Constitución). Sólo en esta unión, ella contribuye al “*bien común*”, y por ende, al desarrollo sustentable.

Al cotejar la definición de “*bien común*” con el concepto de “*desarrollo sustentable*”, vemos que la “*calidad de vida de las personas*” que ella propugna no es otra cosa que la adecuación del “*bien común*” a la utilización racional<sup>8</sup> y equitativa<sup>9</sup> de los elementos que conforman el medio ambiente, haciendo extensible legalmente el derecho al uso de los bienes no sólo a las generaciones actuales sino que también a las futuras.

#### IV.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS HUMANOS

En las actas fidedignas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) quedó muy en claro que las denominadas “**garantías constitucionales**” eran un sinónimo de “**derechos humanos**”.<sup>10</sup> Así, por lo demás, lo ha reconocido expresamente una sentencia de la Corte Suprema cuando habla de “**derecho humano de rango constitucional**” refiriéndose al consagrado en el del N° 8 del artículo 19.<sup>11</sup>

Ahora bien, los derechos humanos constituyen preceptos fundamentales del jus cogens, ya sea interno o internacional. Por jus cogens interno entendemos los **valores esenciales sobre los cuales está estructurada la Nación**, y por ende, el Estado. Sus normas podrían incluirse dentro del concepto que tradicionalmente se ha denominado “orden público” aún cuando es de alcance más amplio.<sup>12</sup>

De tal forma, en Chile, al igual que en muchísimos países, el **derecho a vivir en un ambiente sano o libre de contaminación y el respeto a la naturaleza** (medio ambiente) posee un quíntuple carácter o identidad: 1°) constituye un derecho de las personas y, a la vez, una garantía constitucional; 2°) es un derecho humano

*derecho a la vida no se circunscribe a la mera subsistencia, sino a la existencia propiamente humana*. Y agrega más adelante “... *el mero impulso animal apenas tiene valor para nosotros*.”

<sup>8</sup> Letra b del artículo 2° de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial del 9 de marzo de 1994.

<sup>9</sup> Letra g del artículo 2° de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

<sup>10</sup> A modo de ejemplo, véase Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 18ª, celebrada en jueves 22 de noviembre de 1973 [en línea]

[http://www.bcn.d/lc/politica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/To\\_m\\_I\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.d/lc/politica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/To_m_I_Comision_Ortuzar.pdf)

[fecha de consulta: 18 de marzo de 2009].

<sup>11</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema, recaída en el Recurso de Protección interpuesto por don Guido Girardi y otros en contra de una resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII Región que permitía la instalación del proyecto maderero Trillium en Tierra del Fuego destinado a explotar 250.000 hectáreas de lenga. Sentencia del 19 de marzo de 1997, causa Rol 2.732-96, en Revista de Derecho, Vol. VIII, diciembre 1997, pp. 123-150 [en línea] [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09501997000200009&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200009&lng=es&nrm=iso) [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009].

<sup>12</sup> El orden público dice relación con aquellas normas que por constituir o reflejar los valores esenciales en los cuales se basa la sociedad, y en consecuencia, se funda el Estado, no pueden ser modificadas o alteradas por los particulares. En cambio, el respeto de los principios que constituyen el jus cogens interno son esencialmente exigibles al Estado y sirven para interpretar las normas básicas del ordenamiento jurídico. Todo ello, es sin perjuicio de que también su acatamiento puede ser demandado a los particulares. Al respecto, véase DOUGNAC Fernando, El Jus Cogens interno e internacional como norma fundamental de la organización política de la nación Chilena, Tesis Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Talca, 2008.

reconocido por el Estado, límite, en consecuencia, de la soberanía nacional (inciso 2º del artículo 5º de la Constitución); 3º) es una norma de orden público interno que permite restringir a su favor otras garantías constitucionales (inciso 2º del N° 8 del artículo 19 de la Constitución) constituyendo un verdadero gravamen ambiental de dichos derechos; 4º) forma parte de las normas estructurantes de la sociedad, fundamento del Estado; y, finalmente, 5º) es una norma de orden público internacional (pertenece al jus cogens internacional), por tanto, obligatoria e inderogable, reconocida como un valor esencial para la mantención del orden público internacional.<sup>13</sup>

## V.- GRAVAMEN AMBIENTAL DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, ESPECIALMENTE DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El inciso 2º del N° 8 del artículo 19 de la Constitución subordina el ejercicio de los *demás derechos* que dicha norma reconoce, a la protección del medio ambiente. Para ello autoriza a la ley para imponer, con tal fin, restricciones específicas a las garantías que ella (la ley) determine. Esta disposición es amplia, dependiendo de cada caso los derechos elegidos y las restricciones concretas con que se les puedan gravar para cuidar la naturaleza (medio ambiente).<sup>14</sup>

De aquí nace el concepto que hemos denominado “**gravamen ambiental**”, el cual cobra especial interés en relación con la propiedad. Para entenderlo es menester tener presente el hecho evidente que la naturaleza es anterior a la existencia misma del Hombre, o si se quiere, que el Hombre surge y se inserta “*en*” la naturaleza. De allí que los bienes que necesita para su desarrollo material y espiritual sean, consecuentemente, anteriores a él. El aire, el agua, la tierra, los minerales, los bosques, los animales, etc., base sobre la cual él desarrolla y construye otros bienes, ya existían antes que el Hombre. Es más, como dice Francisco de Vitoria, todos esos bienes eran comunes a todos los Hombres, pues la creación de Dios no ha sido hecha sólo para algunos sino que para todos. Es así como en su “*Relectio Prior de Indis Recenter Inventi*”, elaborada entre diciembre de 1538 y enero de 1539, basándose en el Derecho

<sup>13</sup> De acuerdo con el N° 2 del artículo 32 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969) o “Pacto de San José de Costa Rica”, “*Los derechos de cada persona está limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*” [en línea] <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009]. La misma idea está en el Artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). [en línea] <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos1.htm> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009]. Por otro lado, la existencia de numerosas convenciones internacionales destinadas a la protección del medio ambiente demuestran su condición de valor esencial para la comunidad internacional. Un tratado entre dos o más países que declarara que en la prosecución de sus actividades económicas no importará respeto al medio ambiente, sería nulo y de ningún valor por lo establecido en el artículo 53 la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) [en línea] <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009].

<sup>14</sup> Del análisis de la historia del establecimiento de esta garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución queda absolutamente en claro que por “medio ambiente” el constituyente sólo entendió el “natural” no el “artificial”, excluyendo expresamente de ese concepto a este último. A modo de ejemplo, véase Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 116ª, celebrada en jueves 24 de abril de 1975 [en línea] [http://www.bcn.d/lc/politica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/To\\_m\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.d/lc/politica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/To_m_IV_Comision_Ortuzar.pdf) [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009]. En consecuencia, el concepto de medio ambiente constitucional es más restringido que el concepto legal de medio ambiente definido en la letra ll) del artículo 2º de la ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente. La Corte Suprema, las veces que se ha referido al término “medio ambiente” le ha dado la interpretación correcta, haciendo sinónimos naturaleza, patrimonio ambiental y medio ambiente (como en los citados fallos de *Chungará*, 1985, y *Trillium*, 1997).

Natural, primero, y luego en el Derecho Común, sostiene al respecto, en el punto “Décimo” de la “Primera Proposición”, Título III, relativo a los títulos legítimos o justificaciones que tendrían los españoles para estar en las Indias (América), lo siguiente:

*“Décimo: ... por Derecho Natural todas las cosas son comunes a todos, y el agua corriente y el mar, y los ríos y puertos, y las nares por Derecho de Gentes es lícito atracarlos a ellos (Inst. 2, 1, 1-5)...”*<sup>15</sup>

De tal manera, cuando en la historia de la Humanidad ve la luz el concepto necesario de la “apropiación individual”, éste nace “teñido” o lleva inserto en él sus **naturales limitaciones**, impuestas por el mismo orden natural, razón por la cual el nuevo “*propietario exclusivo y excluyente*” debe someterse a ellas. Es lo que hoy nuestra Constitución sabiamente denomina la “**función social de la propiedad**”, la cual no sólo está orientada hacia los demás seres humanos, sino que también hacia la conservación del patrimonio ambiental, término que si bien está referenciado a la Humanidad (por el uso de la palabra “patrimonio”), no es menos cierto que no excluye el valor intrínseco o de la cosa misma protegida.

Podemos sostener hoy en día que la teoría del “dominio eminente” o “soberanía” del Estado sobre todos los bienes comprendidos en su territorio, está siendo lentamente abandonada y reemplazada por el “dominio eminente” de la Humanidad, ya no sólo sobre los bienes o cosas apropiables, sino que también sobre las cosas propiamente tales. La declaración de “cosas” como bienes comunes de la Humanidad o patrimonio de ella, así confirma esta tendencia antropocentrista actual. Pensamos que a lo lejos se vislumbra un nuevo cambio de paradigma: el del reconocimiento “per se” de los derechos de la naturaleza, independiente de su apropiabilidad o utilidad para el Hombre.

Don Luis Claro Solar sostiene que el “dominio eminente” sólo autoriza al Estado:<sup>16</sup>

*“...para someter el ejercicio del derecho individual de propiedad a restricciones o limitaciones reclamadas por el interés general de la sociedad, a exigir del propietario el pago de los impuestos, y a imponerle, por razón de utilidad pública, la expropiación de su propiedad, mediante indemnización, lo que importa el reconocimiento de su derecho del que no puede ser privado sin compensación equivalente. “Al ciudadano pertenece la propiedad y al soberano el imperio” decía Portalis, traduciendo a Séneca, Omnia res imperio possidet singuli dominio. “El imperio, que es parte del soberano, no encierra idea de dominio propiamente dicho. Consiste únicamente en el poder de gobernar... No da al Estado sobre los bienes de los ciudadanos **más que el derecho de reglamentar el uso de estos bienes por medio de leyes civiles**, el poder de disponer de estos bienes para objetos de utilidad pública, la facultad de gravar estos bienes con impuestos... los dominios de los particulares son propiedades sagradas que deben ser respetados por el soberano mismo”. Esta misma*

<sup>15</sup> GARCÍA GALLO Alfonso, Manual de Historia del Derecho Español, Tomo II (Artes Gráficas y Ediciones S.A, Madrid, 1959).

<sup>16</sup> CLARO SOLAR Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, (Imprenta Nacimiento, Santiago, 1936), Tomo VI, pp. 551-552.

era la idea que expresaban las leyes de Partidas al distinguir las diversas clases de señorío. “La primera e la mayor es aquella que (h)a el rey sobre todas las de su señorío, decía la ley 2, tít. 25, Partida IV, a que llaman en latín **merim imperium**: que quier tanto decir como puro, e esmerado mandamiento de judgare e de mandar los de su tierra”, definición que expresa una idea muy distinta de la que corresponde al dominio; y que la ley 1ª del tít. 28, Partida III se encarga de hacer notar, pues, después de referirse a este “poder esmerado que han los Emperadores e los Reyes”, dice la otra manera de señorío es poder que ome a en las cosas mueble o raíz de este mundo.

(...) Se debe por eso rechazar como ambigua y dudosa, según Baudry-Lacantinerie la expresión “dominio eminente” para designar los poderes del Estado sobre los bienes comprendidos sobre su territorio; es preferible usar la palabra “soberanía” para establecer una distinción bien neta entre los derechos del Estado y los de los particulares.”

Tal vez en atención a las consideraciones anteriores, en el Acta Constitucional Nº 3, del año 1976, se consignó la idea que la “soberanía” comprendía la conservación del patrimonio ambiental, cuestión que fue eliminada en el texto de la Constitución de 1980.<sup>17</sup>

Fuera del precepto recién aludido, la Constitución en el inciso 2º del Nº 24 de su artículo 19 ha reiterado en forma específica dicha autorización respecto del derecho de propiedad. Ha dicho que él puede ser “limitado” (restringido) por la ley, en virtud de la función social que debe cumplir. Ahora bien, la Constitución entiende que el concepto de “**función social de la propiedad**” comprende, entre otras cosas, la conservación del patrimonio ambiental o naturaleza. Existe, pues, también un **gravamen social de la propiedad**, el cual incluye la preservación de la naturaleza.<sup>18</sup>

El Tribunal Constitucional ha señalado respecto del origen y de lo que debe entenderse por la “**función social de la propiedad**”, lo siguiente:

*“25º. Que, la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad; (...)*

*27º. Que, la consagración de la función social en la Constitución de 1980 tiene sus antecedentes en la Constitución de 1925 reformada el año 1970 y en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, especialmente en la Sesión Nº 149. Además, en el Memorando de 16 de agosto de 1978 dirigido por la Comisión de Estudios de la*

<sup>17</sup> Acta Constitucional Nº 3 (Decreto Ley Nº 1552), publicada en el Diario Oficial del 13 de septiembre de 1976.

<sup>18</sup> “Preservar” es proteger anticipadamente, mientras que “conservar” es mantener una cosa o cuidar su permanencia, de donde se desprende que son sinónimos, al igual que “medio ambiente” (conjunto de circunscripciones físicas que rodean a los seres) y “naturaleza” (todo lo que compone el universo, es decir que rodea a los seres). Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (22da ed., Madrid, 2001).

*Nueva Constitución al Presidente de la República, se dice que “La función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”. Respecto de las limitaciones al dominio dice que “constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer”.<sup>19</sup>*

Por otra parte, se desprende que el derecho a un ambiente sano así como la conservación o preservación de la naturaleza (patrimonio ambiental) constituyen en Chile principios de jus cogens interno, o si se desea, de orden público, estructurantes del sistema constitucional y que se sobreponen a cualquier norma de inferior categoría, como es la ley.

A mayor abundamiento, por pertenecer el derecho a un ambiente sano a la categoría de los derechos humanos está comprendido dentro de las normas de jus cogens internacional absolutamente vinculantes para Chile.

En consecuencia, los demás derechos constitucionales, y específicamente el derecho de propiedad, nacen gravados, actual o potencialmente, por la obligación de respetar el derecho a un medio ambiente sano y la conservación o preservación de la naturaleza.

La Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados (sesión 23ª de 15 de Diciembre de 1993), a raíz del estudio del proyecto de ley de la que sería la Ley de Bases del Medio Ambiente, dijo que:

*“A juicio de los especialistas que aportaron su asesoría a vuestra Comisión, de esta definición del constituyente se desprende que **el dominio incluye ahora la obligación de preservar el medio ambiente, la cual queda radicada fundamental y primordialmente en los dueños de las propiedades y que constituye la función ambiental de toda propiedad**”. En opinión de los estudiosos, la intención del legislador fue evitar que se produzcan alteraciones o perturbaciones en el ejercicio del derecho de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, **en la misma forma como se dio su máxima protección al derecho a la vida y a las demás garantías constitucionales.**”*

## VI.- JUS COGENS INTERNO

El Tribunal Constitucional en el fallo recaído en la causa N° 245 (así como la sentencia de la Corte Suprema que él cita) hace referencia a **principios superiores** que estarían insertos en las normas de la Constitución **y que le servirían de sustento a sus preceptos**. Ello nos permite sostener la existencia de un **jus cogens interno**, obligatorio e inderogable, de la misma manera que existe un **jus cogens internacional** expresamente reconocido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, causa Rol N° 245 (246), sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996.



Como ya se ha dicho, el *jus cogens* interno está constituido por los **valores esenciales sobre los cuales está estructurada la Nación** y por ende, el Estado. Las normas del *jus cogens* interno chileno están fundamentalmente expresadas en la Constitución, y dentro de ellas, en forma especial, aunque no excluyente, en sus Capítulos I y III. Esos principios son la base sobre la cual se construye o construyó la Constitución, suprema norma interna, la cual, necesariamente hoy, está (o debe estar) en consonancia con los principios del ***jus cogens internacional***, en especial con las normas sobre derechos humanos, tal como lo indica el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, ya citado. En esa disposición no sólo se consideran como límites de la soberanía los derechos humanos reconocidos por la Constitución sino que también los enumerados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.<sup>20</sup> Lo dicho es aún más válido desde el momento que Chile aceptó en 1990 la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos creada por el Pacto de San José de Costa Rica en 1969.

La característica esencial del *jus cogens* es su ***inderogabilidad***, esto es que las partes no pueden modificar las normas que participan de esta característica. Si bien es cierto que todo derecho es exigible y que es de su naturaleza que así sea, lo que hace diferente las normas de *jus cogens* de las de *jus dispositivum* es que esas (*jus cogens*), además de exigibles, son ***inmodificables*** por las partes o los sujetos de derecho.

Por su parte, respecto de los principios que sustentan la Constitución, el Tribunal Constitucional ha dicho:

*“9° Que el artículo 1° de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional.”<sup>21</sup>*

En el Considerando 12 de la sentencia de 5 de abril de 1988, Rol N° 53, reiteró lo dicho precedentemente:

*“12. Que, siguiendo en este mismo orden de materias, cabe señalar, ahora, que el artículo 1° de la Carta Fundamental constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional.”*

El Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 167 de 1993, sobre letreros camineros, dijo lo siguiente:

---

<sup>20</sup> Desde el momento en que un derecho pasa a ser norma de *jus cogens* internacional, como sucede con los derechos humanos, es imposible que ellos dejen de tener aplicación interna aún cuando algún Estado denuncie el tratado que le dio origen, pues lo característico del *jus cogens* es que se sobrepone al orden interno de los sujetos de derecho internacional público, de tal manera que los tribunales internacionales pueden ordenar a los Estados su aplicación, y condenarlos en los casos que no lo hagan.

<sup>21</sup> Considerando 9° de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de octubre de 1983, recaída en la causa Rol N° 19.

*“10°. Que, las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen **un marco de carácter valórico y conceptual que vienen a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad**, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares;”*

Esta forma de interpretar la Constitución recibe el nombre de *interpretación teleológica* y se basa en los valores fundamentales sobre los cuales ella se sustenta. Sobre este punto, en el Considerando 6°, de la sentencia de fecha 26 de junio del 2001 recaída en la causa Rol N° 325, el Tribunal Constitucional señaló:

*“6°. ... es importante y muy oportuno tener presente en la debida resolución del problema en examen, una regla de interpretación constitucional compartida por la unanimidad de la doctrina y de las magistraturas constitucionales del mundo actual. La resume con magistral claridad el profesor Segundo Linares Quintana en su Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional en los siguientes términos: **“En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente, es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquélla debe primar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado...”**”*

De lo expuesto podemos colegir que una interpretación teleológica debe considerar que la finalidad de la Constitución **es la protección del Hombre** (*principio pro homine del derecho internacional público de los derechos humanos*), de tal manera que en caso de duda debe preferirse una exégesis que garantice la libertad del ser humano y que resalte su dignidad. En consecuencia, la Carta Magna chilena debe ser considerada como una **limitante** del poder del gobierno cuando éste entra en contacto con la libertad individual.

Nosotros agregaríamos a lo anterior, de que de la misma manera debe ser considerada respecto de todas y cada una de las garantías o derechos personales o individuales consagrados en el artículo 19 de la Constitución. Esta visión está respaldada en Chile por las declaraciones del artículo 1°, artículo 4°, artículo 5° inciso 2°, artículo 6° y artículo 7° de la Constitución. Así por lo demás lo señaló expresa y tempranamente el Tribunal Constitucional en el Considerando 9° de su sentencia de 27 de octubre de 1983, en la causa Rol N° 19 ya analizada.

De lo expuesto, queda claro que existen valores explicitados en la Constitución que sirven para declarar y explicar el verdadero sentido de ella, de tal manera que jamás podrá interpretarse en contra de dichos valores. Son estas normas las que denominamos de *jus cogens interno*.

## VII.- ORIGEN DEL JUS COGENS INTERNO

Según los historiadores del derecho, el origen del jus cogens, ya sea interno o internacional, se encuentra en la distinción efectuada en las “*Institutas*” de Justiniano entre derecho público y derecho privado, ya sea que esas normas se refieran a la “*cosa pública*” o a la “*utilidad de los particulares*”, respectivamente. En la definición que al respecto hizo Ulpiano se dejaba en claro que los particulares no podían modificar dichas disposiciones. Esto fue, a su vez, repetido en el artículo 6º del Código de Napoleón, donde se señala: “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs.*”, cambiando el concepto de “*derecho público*” por el de “*orden público*”, que como se verá más adelante, es más amplio que aquel. El Código Civil chileno consideró igual criterio.

Los principios que componen el jus cogens interno se pueden encontrar implícita o explícitamente contenidos tanto en la Constitución y como en la ley, obedeciendo o subordinándose ambos tipos de normas a ellos.

El Diccionario de la Lengua Española define “Constitución” como:

“4. [f.] *Ley fundamental de la organización de un Estado.*”

Tenemos, pues, que la Constitución es la ley máxima de un Estado ¿Pero, tiene superior?

De hecho, la Constitución de 1980 reconoce expresamente que sí. En efecto, el inciso 2º artículo 5 señala que la soberanía reconoce como **limitación**<sup>22</sup> los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Y dado que la Constitución deriva su poder de la soberanía del pueblo, ella, al igual que de quien deviene, reconoce la superioridad, y por ende, la **intangibilidad**, de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esto es, de los derechos humanos.

En palabras del profesor y miembro del Tribunal Constitucional, don José Luis Cea Egaña:

“*La Constitución es, por ende, teleología y axiología, principalmente, finalidad que se concreta en la descripción de grandes programas y no en la distribución y el control de poderes ajenos a esos designios. Tales valores sirven de parámetros imperativos en la interpretación constitucional y del ordenamiento jurídico completo, sin perjuicio de determinar la orientación y finalidad de todas las actuaciones públicas y de las conductas de los particulares.*”<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Debe considerarse que de acuerdo a su contexto es claro que aquí la Constitución emplea la palabra “limitación” (de “limitar”) para referirse a la extensión de la “soberanía”, es to es, “2. [f.] Autoridad suprema del poder público” en el sentido de “3. [tr.] fig. Fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de uno.” Por “jurisdicción” se entiende “1. f. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio.” Es decir, de acuerdo al significado de los términos empleados, el poder de la autoridad termina o concluye donde empiezan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (derechos humanos). En cambio, en otros artículos, como el N° 26 del artículo 19, usa el término “límite” (de “limitar”) en su 2ª acepción, esto es de “[tr.] fig. Acortar, ceñir, restringir”. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (22da ed., Madrid, 2001).

<sup>23</sup> CEA EGAÑA José Luis, *Aproximación a la teoría constitucional antemoderna*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (2003).

El mismo Diccionario antes citado, a su vez, define “ley” como:

“2. [f.] *Precepto dictado por la suprema autoridad, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.*

3. [f.] *En el régimen constitucional, disposición votada por las Cortes y sancionada por el Jefe del Estado.”*

La acepción tercera es la que más guarda relación con la definición de “ley” que da nuestro Código Civil, el cual señala que:

*“...es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.”*

En relación a esa definición, la pregunta fundamental a través de la cual se ha desarrollado desde ya siglos el debate jurídico, es si basta que la voluntad soberana de la Nación políticamente organizada se manifieste en la forma prescrita por la Constitución para que ella constituya una ley, o si, además, se requiere que esa voluntad esté en consonancia con la justicia y orientada hacia el bien de los gobernados.

Por lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en su sexta “Opinión Consultiva” del año 1986 que el término “leyes” usado en el artículo 30 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos,<sup>24</sup> abarcaba no sólo la **legalidad** formal sino que también la **legitimidad**, esta última expresada por la debida orientación de la norma al “bien común”. En este sentido dijo que examinado el término de acuerdo no sólo con el principio de “*legalidad*” sino que también con el de “*legitimidad*”, significaba:

*“... norma jurídica de carácter general, orientada hacia el “bien común”, emanada de órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada de acuerdo con el procedimiento legislativo establecido por las Constituciones de los Estados partes.”<sup>25</sup>*

Como se ve, la acepción que le dio la Corte Interamericana de Derechos Humanos al término se aleja del positivismo al exigir un **elemento valórico** para que sea tal (ley), esto es su orientación al “bien común”, el cual, como ya se indicó, está definido en Chile en el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución como “... **aquel que permite a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad racional el mayor**

<sup>24</sup> El artículo 30 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, se refiere a que las “*restricciones*” a los derechos humanos permitidas por el pacto, no pueden ser aplicadas sino que conforme a leyes que se dictaren en razón de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Al comparar este artículo con el artículo 32 de la misma pareciera desprenderse que la Convención usa el término “*restricciones*” como sinónimo de “*suspensiones*” respecto reglado en el Capítulo IV denominado, precisamente, “Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”. Estas “*suspensiones*” o “*restricciones*” siempre deben ser efectuadas por ley. En cambio el artículo 32 se encuentra en el Capítulo V “Deberes de las personas”, donde se indica que los derechos de las personas están “*limitados*” por los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática, lo que nos indica que estas “*limitaciones*” están insertas en los derechos mismos, son consustanciales a ellos, y son permanentes, a diferencia de las del Capítulo IV que son externas y transitorias. De tal manera, “*restricciones*” y “*limitaciones*” dentro de la Convención tienen un significado distinto.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC-6/86, de 9 de mayo de 1986 [en línea] [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf) [fecha de consulta: 19 de marzo de 2009].

*desarrollo espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que ella establece*". Es una ecuación que busca el equilibrio entre el bienestar de la persona humana y el de la comunidad. Ni el individuo debe pasar a llevar a la comunidad, ni la comunidad debe atropellar al individuo. De ahí que se hable para ejemplificar esta aspiración de "**todos y cada uno**" de los integrantes de la comunidad nacional.

### VIII.- DERECHO PÚBLICO Y ORDEN PÚBLICO

El concepto de "*derecho público*" derivó hacia el concepto de "*orden público*", en la medida que se amplió o extendió su alcance desde las normas que estructuraban la organización política del Estado a los principios sobre los cuales descansa la sociedad misma, cualquiera que fuere su ubicación, ya sea se encontrare dentro del Derecho Público o del Derecho Privado.

Luis Claro Solar señala que:

*"Las leyes que miran al orden público, dice Domat, son aquellas que se llaman leyes del Estado, que reglan la manera como los príncipes soberanos son llamados al Gobierno; las que reglan las distinciones y las funciones de los cargos públicos; las que miran a la policía de las ciudades y a los demás reglamentos públicos". En esta acepción orden público es sinónimo en interés público. Este es el sentido del principio de derecho romano "Privatorum conventio jure publico non derogat" en que las palabras jure publico, derecho público, no están tomadas en el sentido que les da ahora a las disposiciones que reglan la constitución y fijan las atribuciones de los poderes público, sino de lo que se refiere al bien público o de la comunidad, en oposición al interés privado."*<sup>26</sup>

Más adelante el mismo autor agrega:

*"Por orden público entendemos el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas. En este sentido orden público es sinónimo de orden social."*

Y concluye invocando a Merlin, Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Laurent y Barde diciendo:

*"...pero además, en la legislación civil misma, aunque en principio sólo tenga que ver con la reglamentación de los intereses particulares hay un buen número de disposiciones que miran al orden público porque las reglas que contienen parecen indispensables para el mantenimiento de la seguridad y moralidad de las relaciones pacíficas de los individuos entre si y para la comodidad de sus relaciones económicas. Todas estas disposiciones no solamente afectan al interés de determinadas personas, sino que consultan el interés general de toda la sociedad, son leyes de interés público, de interés social, y por lo*

<sup>26</sup> CLARO SOLAR, *supra* nota 16, Tomo I, pp. 56– 57.

*mismo, no pueden depender de la voluntad de los particulares, dejarlas sin cumplimiento y pactar lo contrario de lo que ellas disponen.”<sup>27</sup>*

Como se ve, la concepción de Claro Solar es más amplia que la tradicional dado que abarca el *interés social*.

Biondo Biondi extendió el alcance dado a las normas de derecho público, precisando que aún dentro del derecho privado se podían encontrar disposiciones de derecho público las cuales son reconocibles en virtud del predominio que en ellas asume el **interés público sobre el privado**. Dijo que en Roma se distinguía el *Ius Publicum*, que era el que velaba por el interés general de la sociedad, del *Ius Populi*, que era el que organizaba el Estado. Atribuir la inderogabilidad de las normas del *Ius Populi* por parte de los ciudadanos particulares no tenía ningún sentido dado su imposibilidad práctica, así que la norma “*Ius publicum privatorum pactis mutare non potest*” contenida en el Digesto (D.2.14.38) se refería, sin dudas, **al interés general de la sociedad** y no a las normas que organizaban la estructura política romana. En consecuencia, estas normas no podían ni pueden ser modificadas por los particulares. De tal manera, lo que caracteriza o es esencial al jus cogens u orden público **es la inderogabilidad de las normas que lo componen, no la materia (pública o privada) sobre la cual versa**.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, hoy se acepta universalmente la distinción entre normas de *derecho público* y *normas de orden público*. Ambas tienen en común su inderogabilidad por los particulares pero se diferencian en el hecho que mientras las primeras organizan el funcionamiento del Estado y sus instituciones, **las segundas están constituidas por los valores sobre los cuales éste descansa**, valores estructurantes de la sociedad, los cuales pueden estar explicitados en la Constitución, o deducirse de las normas de ella, pero sin los cuales toda sociedad es inconcebible como tal.

Por lo anterior, se habla en forma más propia de “orden público” para referirse a este tipo de normas, dejando la expresión “derecho público” exclusivamente para señalar las disposiciones que reglan el funcionamiento del Estado.

Concordante con lo precedentemente expuestos, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) en su sesión 128 (páginas 13 - 14) trató el tema dejando constancia que por “orden público” entendía:

*“...aquel conjunto de normas y maneras de ser de un pueblo, **que configuran su naturaleza esencial y las cuales no pueden ser afectadas**, porque de serlo, se estaría afectando la estructura fundamental de un pueblo...”*

Agregándose más adelante, que:

*“Orden público es la forma como los hombres viven y se cohesionan dentro de un Estado de manera esencial.”*

En otras palabras, son:

---

<sup>27</sup> *Id.* Tomo XI, p. 893.

**“...los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución...”**

Y que, además, sirven para interpretar la, según nos tiene el fallo ya comentado de la causa Rol Nº 19 del Tribunal Constitucional.

De esta manera se ha fallado que:

**“6º Que el matrimonio más que un contrato civil, como se contempla en nuestra legislación, es “institución”, dado el alcance y proyección del mismo en cuanto conforma la base de la familia y, por ende, de la sociedad. Este concepto se encuentra recogido en el artículo 1º de la Constitución Política de la República y se desarrolla a través del llamado “derecho de familia”, que regula la relación personal y patrimonial entre los cónyuges y las de éstos con los hijos comunes. En consecuencia, todo lo relacionado con el matrimonio conforma el orden público familiar, en el cual, como es natural, tiene interés la sociedad toda, más allá del que puedan hacer valer los interesados directamente”<sup>28</sup>:**

También se ha hecho la diferencia entre el orden público como concepto jurídico político y el orden público como tranquilidad ciudadana. Así, a modo de ejemplo, se ha dicho en relación con la figura del artículo 6º letra b) de la ley de Seguridad Interior del Estado que ambos conceptos se diferencian, dado:

**“3º. Que, a objeto de precisar los conceptos, deben tenerse presente las palabras del tratadista Alfredo Etcheberry, quien refiriéndose a este asunto expresa que la idea de “orden público” designa, antes que el conjunto de principios jurídico políticos fundamentales de la República, algo mucho más modesto: significa simplemente “tranquilidad” y apunta a la confianza en ...”<sup>29</sup>**

En otras palabras se reconoce la diferente acepción que tiene ambos términos, destacándose que el primero se refiere a los principios fundamentales sobre los cuales descansa la organización social toda, que es lo que para estos efectos nos interesa.

Por su parte, el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos don Antonio Cançado Trindade sostiene que el “orden público” está formado por **normas que enfatizan y en las cuales predomina el interés general, razón por la cual trascienden los intereses individuales de las partes contratantes**. Las normas de orden público prescriben obligaciones de carácter esencialmente “**objetivas**”, como sucede en el caso de los tratados que versan sobre derechos humanos.<sup>30</sup> De aquí, pues,

<sup>28</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema, del 14 de diciembre de 1992, resolviendo una casación en el fondo, causa “Joo Ching, Lai Yon con Joo Gallegos, Enrique Serbandó”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX (1992), Nº 3 (septiembre – diciembre) Segunda Parte, Sección 1, pp. 188 a 194.

<sup>29</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema, del fecha 15 de febrero de 2000, resolviendo un recurso de queja, causa “Fernando Paulsen Silva y otro”, Rol 3232-99, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Volumen XCVII (enero – abril 2000), Tomo 2, Nº 1, Sección cuarta, pp. 44 a 54.

<sup>30</sup> CANÇADO TRINDADE ANTONIO, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001) p. 22.

que las disposiciones sobre derechos humanos, ya sea que formen parte del *jus cogens* interno o del *jus cogens* internacional, son normas de orden público.<sup>31</sup>

### IX.- EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO ES UN DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO CONSTITUCIONAL.

Desde la dictación del Acta Constitucional N° 3, de 1976, que modificó la Constitución de 1925, hasta la actual Constitución de 1980, el medio ambiente ha pasado a ser uno de los pilares sobre los cuales se asienta nuestra institucionalidad básica. Desde entonces es garantía constitucional que se manifiesta bajo la doble fórmula de: a) derecho *subjetivo* constitucional a un ambiente sano o no contaminado (la cual lleva inserta el derecho a exigir del Estado y demás miembros de la sociedad que la naturaleza sea preservada); y, b) de principio estructurante del Estado en cuanto a su deber u obligación *objetiva* de velar porque esos derechos no sean afectados y tutelar la preservación de la naturaleza.<sup>32</sup>

Como ya se indicó, para lograr la plena efectividad de este principio, la propia Constitución ha dotado a la garantía del N° 8 del artículo 19 de un atributo que ninguna otra de ellas posee, esto es, la facultad o autorización concedida a la ley para imponer *restricciones* específicas a determinados derechos o libertades a fin de proteger el medio ambiente.

Ahora bien, se ha discutido entre los estudiosos del tema cual es el verdadero sentido y alcance de las restricciones impuestas por diversas normas ambientales al ejercicio determinados derechos, específicamente respecto del derecho de propiedad. Concretamente, se ha debatido si en este último caso esas "*limitaciones*" dan o no derecho a indemnización de perjuicios; y si lo dan, en que circunstancias.

En una sentencia de la Excma. Corte Suprema,<sup>33</sup> inclusive citada por el mismo Tribunal Constitucional para fundamentar un fallo,<sup>34</sup> se ha establecido la doctrina que señala la procedencia de la indemnización de perjuicios reclamadas por los particulares en contra del Estado chileno cuando por razones ambientales se limita el ejercicio del derecho de propiedad. La fundamentación de dicho fallo, en general, se remite a principios de equidad, más que a derecho positivo. No obstante lo anterior, un último fallo de la misma Corte Suprema que rechazó un recurso de casación en el

<sup>31</sup> Conceptualizadas en la frase normalmente usada en este tipo de tratados de: "respetar y hacer respetar" esos derechos humanos.

<sup>32</sup> No debe olvidarse que hoy el derecho a un ambiente sano forma parte de los derechos humanos expresamente reconocidos (v.gr. artículo 11 del Protocolo de San Salvador, de 1988, *supra* nota 2) así como del *jus cogens* internacional. Sobre esto último, se puede ver el Principio 1° de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, A/CONF.151/26 (Vol. I) junio de 1992 [en línea] <http://www.un.org/documents/ga/conf151/spanish/aconf15126-1annex1s.htm> [fecha de consulta: 20 de marzo de 2009]. Ahora bien, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy se acepta la doctrina respecto de las obligaciones objetivas ("*deber de respetar y hacer respetar*") que emanan de los tratados sobre esa materia. El profesor y miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos don Antonio Cançado Trindade analiza latamente y en profundidad esta afirmación a lo largo de su obra "El derecho internacional de los derechos humanos" ya citada.

<sup>33</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Chile, del 7 de agosto de 1984, causa "Comunidad Galletué con Fisco", Rol N° 16.743, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXI. N° 3, año 1984 segunda parte, sección quinta, pp. 181-189.

<sup>34</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 245 de 2 de diciembre de 1996 sobre inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1 de 1996, de Bienes Nacionales, que reglamentó la aplicación del artículo 13 del Decreto Ley. N° 1939, de 1977.



fondo inter puesto por la demandante en el caso “Lolco con Fisco de Chile”, pareciera cambiar la doctrina anteriormente indicada.<sup>35</sup>

## X.- LIMITACIÓN Y PRIVACIÓN DEL DOMINIO.

En la sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996 recaída en la causa Rol Nº 245, el Tribunal Constitucional acertadamente distinguió entre “limitación” y “privación” del dominio. Al respecto dijo:

*“22°. Que, es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.*

*Además, privación supone, según su sentido natural y obvio “despojar a uno de una cosa que poseía” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág.1969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en “apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía” (Corte Suprema, 27.03.1983, Rev. 80, sección 5ª, pág. 244).*

*Limitar, en cambio importa “acortar, cerrar, restringir” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1258).*

*De ésta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándob subsistente en sus facultades esenciales*

En otras palabras, de acuerdo a la sentencia en comento, uno de los elementos diferenciadores entre una “**limitación**” y una “**privación del dominio**” se encontraría, fuera de sus fundamentos, en la subsistencia o no de las facultades esenciales del dominio y en el libre ejercicio del derecho.<sup>36</sup> En este sentido, si éstas se afectan, estamos en presencia de una expropiación y no de una limitación, y por ende, habría lugar a una indemnización de perjuicios por el daño patrimonial efectivamente causado, si se cumplen los demás requisitos que la disposición constitucional señala, en especial la existencia de una norma expropiatoria que autorice la expropiación.<sup>37</sup>

Sobre este particular (*limitaciones*) es necesario precisar que la Constitución dispone en el Nº 26 de su artículo 19 que las limitaciones que la ley imponga a un derecho en el caso que ella (*la Constitución*) lo autorice, no podrán afectar la **esencia** de ese derecho.

<sup>35</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Chile, del 30 de diciembre de 2004, autos rol Nº 381-04 [en línea] <http://cl.vlex.com/vid/soc-agricola-lolco-ltda-fisco-chile-30907980> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009].

<sup>36</sup> El inciso 3º del Nº 24 del artículo 19 de la Constitución habla que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación, etc. Por lo obvio de la situación, el problema no se plantea respecto de la privación directa de la propiedad o del bien sobre el cual recae, sino que surge respecto de la distinción entre una limitación y una privación del dominio, ambas permitidas por la Constitución pero con diversas consecuencias. Dicho en diferentes términos, la pregunta es: ¿cuando una limitación del dominio deja de ser tal para transformarse en una privación de éste?

<sup>37</sup> Inciso 3º del Nº 24 del artículo 19 de la Constitución.

De tal manera, la extensión natural de toda carga impuesta por ley a un derecho (*limitación*), concluye donde empieza o comienza la **esencia** de ese derecho.<sup>38</sup>

Si la supera, ya no estamos en presencia de una limitación sino que de una **privación del dominio** de ese derecho, el cual sólo puede ser afectado por causa de utilidad pública o interés nacional, debidamente calificado como tales por una ley general o especial que autorice su expropiación.<sup>39</sup>

En resumen, para que exista “**limitación**” se requiere que ella se fundamente en la función social que debe cumplir la propiedad (intereses generales de la Nación; seguridad nacional; utilidad y salubridad pública; y conservación del patrimonio ambiental) y que las cargas que ella establece dejen subsistentes las facultades esenciales del dominio y no signifiquen obstáculos que impidan su libre ejercicio. Si no es así, no estamos en presencia de una “limitación” sino que de una “expropiación”, y en este caso el acto expropiatorio será o no constitucional, según exista o no una norma legal que cumpla con los requisitos que establece el inciso 3° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución.

No obstante lo anterior, existen ciertas cargas o gravámenes que no son impuestos al bien por la ley, **sino que por la naturaleza misma**, sobre todo en virtud de la íntima relación que existe entre ese bien y el papel que él juega dentro del conjunto del medio ambiente. Hay una permanente interacción recíproca de sus elementos, de tal manera que si ese equilibrio se altera gravemente, se puede producir su destrucción. Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema sobre la materia. Al respecto ha dicho:

*“...El medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven...”<sup>40</sup>*

Estas “cargas”, impuestas **por la propia naturaleza**, son **consustanciales al bien**, deben respetarse, y no pueden ser modificadas, pues, de hacerse, se altera negativamente o se destruye el medio ambiente,<sup>41</sup> cosa que no puede permitir el Estado por expreso mandato del inciso primero del N° 8 del artículo 19 de la

<sup>38</sup> Las limitaciones al ejercicio de los derechos garantidos por la Constitución pueden ser impuestas por ley sólo si ella (la Constitución) las autoriza expresamente. Concretamente, el ejercicio de la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución está afecto a dos órdenes de limitaciones: 1) las restricciones específicas con el fin de proteger el medio ambiente, según autoriza el inciso 2° del N° 8 del mismo artículo 19; y, 2) a las limitaciones u obligaciones destinadas a conservar el patrimonio ambiental, según lo dispone el inciso 2° del N° 24 del ya citado artículo 19 de la constitución. Es necesario destacar y dejar en claro que, a nuestro juicio, el N° 26 del artículo 19 de la Constitución recién aludido se refiere a las limitaciones que, a posteriori del nacimiento del derecho, imponga la ley, como es el caso de las que se crean en razón de la función social que debe cumplir la propiedad. Las limitaciones impuestas antes del nacimiento del derecho, sin dudas no dan origen a una indemnización pues se debe presumir que el titular ya asumió el costo que ello significa.

<sup>39</sup> Ver incisos 2° al 5° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución.

<sup>40</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema recaída en la causa Rol N° 19.824 del año 1985, “Palza Corvacho Humberto y Otros con Ministerio de Obras Públicas y otros” sobre extracción de aguas del lago Chungará, *supra* nota 3.

<sup>41</sup> *Id.* De acuerdo a la sentencia del caso *Chungará* medio ambiente, patrimonio ambiental y preservación de la naturaleza son sinónimos.

Constitución.<sup>42</sup> En consecuencia, ellas están implícitamente reconocidas por la Carta Fundamental.<sup>43</sup>

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de fecha 26 de junio del año 2001 recaída en los autos Rol Nº 325, relativa a la constitucionalidad de la restricción de circulación impuesta a los autos con convertidor catalítico, que reconocía como fundamento de ella el **cumplimiento del deber del Estado** consagrado en el inciso primero del número 8º del artículo 19 de la Constitución, **destinado a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas**, señaló:

*“46º. Que, acorde con lo expresado, si bien las normas legales en que se funda el D.S. Nº 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de "determinación" de los derechos que podrán ser afectados y "especificidad" de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sub-lite, **esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él.** Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y pre-emergencia ambiental **obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8º del artículo 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas.** Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. Nº 20 **podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1º de la Constitución...**”*

Ello está en plena concordancia con la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, del año 1948, que señala en su artículo XXVIII:

*“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”*

A su vez, el “Pacto de San José de Costa Rica”, de 1969, en su artículo 32 declara en igual sentido que:

<sup>42</sup> “Es deber del Estado... tutelar la preservación la naturaleza”, dice este número 8 del artículo 19 de la Constitución. “Tutelar” es de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (22da ed., Madrid, 2001), p. 2247, es: “3. [f.]fig. Dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra.” A su vez, “preservar” es: “1. tr. Proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro.” De aquí que sea obligación del Estado defender o amparar la naturaleza de todo daño o peligro.

<sup>43</sup> El artículo 29 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” admite como “límite” legal de los derechos que ella consagra, entre otros, “...el bienestar general de la sociedad democrática.” [en línea] <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2009]. El “Pacto de San José de Costa Rica” en su artículo 32 acepta como límite intrínseca de los derechos de las personas, igualmente entre otros, “... las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, *supra* nota 2.

***“2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”***

Debe notarse que las palabras empleadas sostienen que “**están limitados**”, no “**que pueden limitarse**”, lo que quiere significar que surgen o nacen limitados de esa manera. Distinto es el caso del artículo 29 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de las Naciones Unidas de 10 de diciembre del año 1948 que se remite o admite que sólo **la ley** puede establecer limitaciones a los derechos que ella consagra y es to:

***“...con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general de la sociedad democrática.”***

En consecuencia, en el fallo en análisis hay pues, una remisión implícita a las normas americanas de derecho internacional público que reconocen la limitación intrínseca de los derechos de las personas cuando se trata de proteger el bien común. Hubiere sido deseable su explicitación a fin de darle mayor solidez a su argumentación.

## **XI.- IMPORTANCIA PATRIMONIAL EN LA DISTINCIÓN ENTRE LIMITACIÓN Y PRIVACIÓN DEL DOMINIO.**

La distinción entre limitación y privación del dominio no es fútil pues las limitaciones no dan lugar a indemnización, mientras que las privaciones de dominio, sí.<sup>44</sup> Sobre este particular, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la causa Rol N° 245, ya citada, dijo:

***“23°. Que, a juicio de este Tribunal la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce;***

***24°. Que, de acuerdo al artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19, N° 26, de la Constitución Política de 1980”***

No obstante dejar establecido lo indicado precedentemente, lo que a nuestro juicio constituye una sana doctrina, agregó, citando una sentencia de la Corte Suprema, lo siguiente:

---

<sup>44</sup> Obviamente, unas y otras deben ser autorizadas por ley, salvo que ellas sean intrínsecas al bien. En el caso de la privación de dominio, la Constitución exige, además, que lo sea por una ley expropiatoria fundada en causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador, debiendo pagarse la indemnización, a falta de acuerdo entre las partes, al contado. La indemnización comprende sólo por el daño emergente (no por el lucro cesante).

“38°. Que, en sentencia de la Corte Suprema de Comunidad Galletué con Fisco, de 7 de agosto de 1984, Rol Nº 16.743, se planteó **el problema del pago de indemnizaciones por las limitaciones al dominio impuestas en períodos de normalidad política**. Sobre el particular la Corte Suprema expresó en el considerando Nº 12°:

“12°. Que la **razón de equidad enunciada** se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado **si ellos se vulneran** por acto de la autoridad, de la administración **o por los legisladores** aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; así, el artículo 19 Nº 7 letra i), de la Carta dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente erróneo o arbitrario el acto de procesamiento o condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que **el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción**<sup>45</sup>, el artículo 41 en su Nº 8° prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en esos estados y que sean permitidas, darán lugar a indemnización en conformidad a la ley, **añadiendo que también darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño**<sup>46</sup>, y si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón, **por evidente equidad**, la indemnización será procedente **si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción**. 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 en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, daramente prescribe la responsabilidad del Estado”;

39°. Que, por lo expuesto anteriormente este Tribunal destaca que si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a

<sup>45</sup> Esto es un error grave pues, en realidad, la autorización del Nº 26 del artículo 19 de la Constitución es bastante más amplia. Ella no hace distinción entre estados de excepción o de normalidad constitucional; sólo se refiere a “*los casos en que ella autorice*”, dentro de los cuales están los referidos a la función social de la propiedad, indicados en el inciso 2° del Nº 24 del mismo artículo 19, que es de aplicación general y dentro de la denominada “normalidad constitucional”, como se desprende de su propio texto.

<sup>46</sup> Sobre este punto es fundamental señalar aún cuando la Constitución llama en este artículo “limitación” a lo que allí describe, en realidad estamos en presencia de una privación de dominio y no de una limitación.

*indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño.*

*Destaca, además, que **constatado el daño**, de acuerdo al artículo 38 de la Constitución Política, **la víctima siempre podrá demandar los perjuicios a la Administración;***

*40°. Que, como se ha visto de los considerandos anteriores de esta sentencia, la limitación al dominio que impone el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, **si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos**, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad”*

Al revés lo pareciera entender la Excm. Corte Suprema en el “Considerando 12°” de su sentencia del caso “Galletué”, transcrita en el “Considerando 38” de la sentencia del Tribunal Constitucional en comento, donde los artículos que cita llevan exactamente a la conclusión contraria. En efecto, el artículo 1° de la Constitución consagra la plena vigencia del concepto de “bien común” que es definido como *aquel que permite a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*. Evidentemente, la preservación de un medio ambiente apropiado permite a todos y cada uno su mayor realización espiritual y material posible.

Por otro lado, este mismo artículo establece como *obligación* del Estado resguardar la *seguridad nacional*, debiendo recordarse que durante la vigencia del Acta Constitucional N° 3, esto desde 1976 hasta el 11 de marzo de 1981, la seguridad nacional comprendía la *integridad del patrimonio ambiental*. En la Constitución de 1980 fue suprimida esta frase más bien por redundante que por ánimo de innovar en la materia. En lo tocante al artículo 5° de la Constitución, éste se refiere a que la *soberanía* reconoce como *limitación* el respeto de los *derechos humanos*, dentro de los cuales está el *derecho a vivir en un medio ambiente sano y la protección de la naturaleza*, derechos que, por lo demás, ella misma reconoce. Además, los mismos tratados internacionales sobre la materia, admiten estas limitaciones como es el caso, por ejemplo, del artículo 32 del Pacto de San José, ya analizado, que reconoce las limitaciones de los derechos de los individuos, limitaciones que se fundan en sus obligaciones hacia la comunidad a fin de poder lograr el bien común.

Por su parte, el artículo 7° de la Constitución establece el principio de legalidad, según el cual todas las actuaciones de la autoridad deben estar expresamente autorizadas, cosa que ocurre en el inciso 2° del N° 8 del artículo 19 de la Constitución. Finalmente, la mención al artículo 38 de la Constitución es igualmente errada pues para que surja derecho a reclamar en contra de las actuaciones de los órganos del Estado se requiere una *lesión*, esto es un “**daño, perjuicio o detrimento**”, a nuestro modo de ver necesariamente ocasionada por un acto ilícito, como pareciera desprenderse de la referencia al derecho del Estado a repetir en contra “*del funcionario que hubiere causado el daño*”.

Un acto basado en una ley expresamente autorizada por la Constitución para limitar un derecho no puede ser ilícito. Sólo se puede admitir la hipótesis de que la ley que lo permita sea inconstitucional por exceder los márgenes que le otorgaba la misma Constitución, esto es por afectar la esencia del derecho o su ejercicio. En ese caso, el acto legislativo (la ley) sería posible de ser declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional y eventualmente inconstitucional, pudiendo ser expulsado del ordenamiento jurídico interno. Sólo ahí podría darse la hipótesis de la indemnización de perjuicios si la aplicación de tal ley se hubiese consumado por el ejecutivo. Allí, el origen del daño estaría en un acto del poder legislativo y no del poder ejecutivo, y por ende la actuación del funcionario sería, desde su punto de vista, lícita.

Desde otro ángulo, igualmente la referencia al artículo 38 de la Constitución que hace el Considerando 39º también es totalmente inapropiada pues dicho artículo se refiere a la “*lesión*”, que sufra algún particular por parte de la Administración, sus órganos o las Municipalidades, lo que no puede suceder en el caso de las cargas, ya que las limitaciones están “*insertas*” en el ejercicio del derecho de propiedad, si ellas efectivamente derivan de su función social. Es decir, los derechos *se adquieren con esas limitaciones en su interior*; limitaciones que pueden estar o no explicitadas por la ley al momento de la adquisición de ese derecho, pero siempre están ideal o potencialmente presentes.

De tal manera, la declaración de la limitación o limitaciones que realice con posterioridad la ley y que afecten o pudieren afectar el ejercicio del derecho de propiedad **jamás** podrán considerarse un “daño” dado que el concepto de daño indica o denota un “*perjuicio*”, esto es una “*ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que este debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo*”, o un “*detrimento*”, o sea un “*daño moral*”, lo que no puede existir cuando la propia Constitución declara, **en tiempo presente o actual**, (“...esta comprende...” dice la Constitución), las fuentes de las limitaciones que abarca la función social de la propiedad.

En consecuencia, el que adquiere un derecho de propiedad *sabe* o *debe saber* desde el inicio que ese derecho está limitado por su función social, de tal manera que mal hace si considera dentro de las posibles ganancias que pudiere obtener, los beneficios que pudieren derivarse de la parte afecta a tal limitación. Además, “*sabe*” que esa limitación, de acuerdo al mandato del N° 26 del artículo 19 de la Constitución, no puede afectarle el derecho en su esencia; y que si lo hace, esa norma es inconstitucional. En el caso de la “preservación de la naturaleza” todo propietario está advertido “a priori” que su derecho está limitado, o sea, *nace limitado*, por dicho objetivo, el cual, por lo demás, es, en general, bastante obvio en cuanto a lo que comprende. Debemos tener presente que desde la dictación de la Constitución de 1980 y el surgimiento del concepto de la vigencia directa o auto aplicación de la Constitución, ella no puede ser mirada ahora como algo extrínseco al derecho privado. Tal como lo sostiene Alejandro Guzmán Brito ahora el derecho privado

***“debe comenzar a ser examinado desde la Constitución misma, porque su base está incrustada en ella.”***<sup>47</sup>

Por otro lado, en el Considerando 40° del fallo en análisis, el Tribunal Constitucional hace un verdadero juego de palabras, lo que lo lleva a un grave error lógico. Una cosa no puede, a la vez, ser y no ser. O es ***“limitación”***, como lo declaró expresamente en el “Considerando 23°”, en cuyo caso constituye una **obligación de la propiedad**, la cual efectivamente está establecida expresamente en la ley (art. 13 del D.L. 1939, de 1977), o es ***“privación del derecho”***. Si en dicho artículo 13 ***“se priva”*** de los atributos esenciales del derecho de propiedad a sus titulares o de su libre ejercicio, no estamos hablando de ***“limitación”*** al derecho de propiedad, sino que ***de una afectación de la esencia del derecho o su ejercicio***, afectación que se realiza ***sin*** que exista una ley general o especial expropiatoria que autorice privar a su titular de dicho derecho por causa de utilidad pública o interés nacional. De ser así, el artículo 13 del D.L. N° 1939, de 1977, sería inconstitucional, pero mientras ello no sea declarado, goza de la presunción de constitucionalidad. Por lo tanto, si previamente no se declara la inconstitucionalidad del artículo 13 reglamentado, no es posible declarar la inconstitucionalidad del decreto reglamentario, ello por cuanto la ley se presume constitucional mientras no se declare que no lo es.<sup>48</sup>

## **XII.- JUS COGENS INTERNACIONAL**

El derecho interno en materia de derechos humanos está subordinado a lo establecido el derecho internacional público por cuanto estas normas han llegado a formar parte del jus cogens internacional, es decir de aquellas normas que de acuerdo al artículo 53 de la Convención sobre Derecho de los Tratados o Convención de Viena de 1969, son ***“imperativas de derecho internacional general”***. Se entienden por tales aquellas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que ***no admite acuerdo en contrario*** y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. En otras palabras, y tal como se dijo anteriormente, la característica de las normas de jus cogens internacional no es su exigibilidad, ya que toda norma de derecho es exigible, sino que lo es su ***inderogabilidad*** por las partes.

Ahora bien, debemos recordar que como consecuencia de la humanización del derecho internacional, las personas pueden, en ciertas circunstancias, demandar a sus propios Estados ante los tribunales internacionales, como sucede en el caso del Pacto de San José de Costa Rica, en lo tocante a los derechos humanos. De tal manera, la ***inderogabilidad (por parte de los Estados)*** de las normas sobre derechos humanos reconocidas por la comunidad internacional, constituye una de las barreras que mejor sustenta estos derechos.

<sup>47</sup> GUZMÁN BRITO Alejandro, Opinión emitida en la fundamentación de su proyecto de investigación presentado a FONDECYT en 1998, denominado “Las Bases Constitucionales del Derecho Privado” [en línea] <http://ri.conicyt.cl/575/article-18647.html> [fecha de consulta: 20 de marzo de 2009].

<sup>48</sup> Esto se deduce del hecho que el control centralizado de la constitucionalidad de la ley está entregado por la Constitución al Tribunal Constitucional, primero en forma abstracta, y actualmente en forma concreta. Por lo tanto, mientras dicho Tribunal no declare su inconstitucionalidad, o inaplicabilidad y/o inconstitucionalidad subsiguiente, debe presumirse o mejor dicho, asumirse, que la ley es constitucional.



De la debida congruencia que debe existir entre el *jus cogens* interno y el *jus cogens* internacional, nace la obligación del primero de subordinarse al segundo, cediendo aquel en caso de una incompatibilidad entre ellos.

De la distinción entre derecho público y derecho privado, surgió, a su vez, la denominación más precisa aún de “*jus cogens*” y “*jus dispositivum*”, que se aplica tanto al derecho interno como al internacional, según se faculte o no a las partes para modificar o no las normas. El artículo 6º del Código Civil francés (Código de Napoleón) prohíbe derogar por acuerdo de las partes las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres.<sup>49</sup> En Chile, el Código Civil se refiere a él (orden público) en los artículos 548, 880, 1461, 1467 y 1475, prohibiendo su contravención, mencionándose expresamente que los estatutos de las corporaciones, las servidumbres, los objetos, las causas y las obligaciones, son ilícitos o ilícitas, si lo contravienen. Dicha enumeración es meramente ejemplar y no taxativa.

De lo expresado precedentemente, se desprende una conclusión de mayor importancia social: para interpretar teleológicamente la Constitución, y por ende, la constitucionalidad de las normas dictadas conforme a ella, se debe atender no sólo a sus disposiciones imperativas explícitas sino que también a los principios fundamentales que la inspiran, tales como los indicados, por ejemplo, en sus artículos 1º, 5, 6, 7, etc., o en el derecho consuetudinario internacional que reconozcan normas de *jus cogens* internacional, como son las referidas a los derechos humanos. En palabras del jurista Alejandro Guzmán Brito:

“... el derecho privado debe empezar a analizarse desde la Constitución misma”<sup>50</sup>

### **XIII.- INTERACCIÓN ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN CHILENA**

El inciso 2º del artículo 5º de la Constitución luego de declarar que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, establece que es obligación de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos así como los reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sobre este particular, es menester dejar constancia que Chile reconoció la jurisdicción de la Corte Internacional de Derechos Humanos en estas materias.

Ejemplifica la aplicación práctica de lo dicho precedentemente, la sentencia dictada en el caso llamado “*La última tentación de Cristo*” donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió por unanimidad que el Estado de Chile:

“1. ... violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los

<sup>49</sup> GÓMEZ-ROBLEDO Antonio, *Ius Cogens y Ius Naturalis*, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Vol. X, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G Estudios Doctrinales, Nº 81, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 5 y ss.

<sup>50</sup> GUZMÁN BRITO, *supra* nota 47.

señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

3. declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.

4. decide que **el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa** para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe **rendir** a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, **un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.**<sup>51</sup>

Sobre este particular la Corte Interamericana tuvo presente la opinión del especialista en derechos humanos don José Zalaquett Daher quien en su peritaje en este caso sostuvo:

*"La protección de la libertad de expresión en Chile a la luz del derecho internacional tiene dos etapas. La primera es la anterior a la ratificación de la Convención Americana por el Estado chileno, durante la cual existían en la legislación graves deficiencias respecto de los estándares internacionales. La segunda etapa se da a partir del momento en que se ratifica la Convención Americana, ya que es cuando se incorporan al derecho interno los estándares establecidos en dicho tratado.*

*El derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a restricciones, las cuales deben respetar ciertos límites.*

*El artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile dice que la ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y el artículo 60 de la misma dice que sólo son materia de ley aquellos asuntos que la Constitución expresamente le encarga. **Si se considera que las normas de la Convención y los derechos en ella regulados tienen rango constitucional, este tratado habría modificado el artículo 19 número 12 de la Constitución chilena, en el sentido que el sistema de censura sólo podía referirse a la calificación de espectáculos públicos para el efecto de la protección de menores y adolescentes. Si se creyera que la Convención y los derechos en ella regulados sólo tienen fuerza de ley, aún así a esa ley -la Convención- es a la que la Constitución remite a la hora de establecer el sistema de censura. Además, es una ley posterior al Decreto Ley número 679 de 1974, el cual establece la obligación del Consejo de Censura Cinematográfica "de rechazar películas por [numerosas] causales".***

<sup>51</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de febrero del 2001, en el caso "La Última Tentación de Cristo" (caso Olmedo Bustos y otros versus Chile) [en línea] [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf) [fecha de consulta: 20 de marzo de 2009].

*En cuanto al papel de los tribunales chilenos respecto de la libertad de expresión, han existido fallos en relación con la censura cinematográfica. Los argumentos de la Corte Suprema para establecer censura tienen que ver con una posible colisión de derechos, ya que al distinguir entre la aparente y posible colisión entre el derecho a la privacidad o a la honra y el derecho a la libertad de expresión, en caso de duda **tiende a favorecer la restricción y no la libertad**. Además, la protección del honor vía cautelar, aunque se trate de una medida permanente, se considera que no constituye una medida de censura. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997 estableció que la protección cautelar no es censura, aún cuando se extienda indefinidamente.”*

Basado en las distintas pruebas y peritajes practicados durante el juicio, la Corte Interamericana declaró que:

*“71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (supra párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, "por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos"; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.*

*72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, **en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, compromete la responsabilidad internacional del Estado. **En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.***

*73. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado **violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana**, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.”*

Como se desprende de las citas transcritas, los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos **primaron** por sobre las normas constitucionales internas;

es decir, los principios del jus cogens internacional, se superpusieron a los principios del jus cogens interno, ordenando, en definitiva, la Corte Interamericana al Estado de Chile restaurar la debida armonía entre ambas normas. Esto queda del todo claro al leer el fundamento o Considerando N° 87 de la sentencia en comento:

*“87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”*

En otras palabras, los principios de la Convención Americana priman sobre las normas constitucionales, razón por la cual se condena al Estado de Chile por incumplimiento de dicha Convención, pero atendido el hecho que de acuerdo con el mismo Pacto es obligación del Estado adecuar su legislación interna a los términos de la Convención (artículo 2°), se le ordena a éste hacerlo.

Estimamos que la Corte Interamericana fue un poco tímida en su sentencia dado el hecho que Chile al modificar en 1990 el inciso 2° del artículo 5° de su Constitución, había declarado que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (derechos humanos), agregando que los órganos del Estado junto con respetar los derechos que indica la constitución deben hacerlo con los derechos existentes en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Dejando de lado la última parte de esta declaración constitucional que no se aviene con la naturaleza de los derechos humanos, tenemos que constitucionalmente los derechos humanos existentes en los tratados internacionales son obligatorios para los órganos del Estado chileno, de tal manera que en caso de conflicto entre la extensión o alcance de ellos, se debe estar a la norma más beneficiosa (principio pro hómine). De esta manera, si la disposición relativa a la libertad de expresión y de pensamiento del N° 12 del artículo 19 de la Constitución chilena se consideraba más restrictivo que la norma del artículo 13 de la Convención Americana, debía concluirse que ella estaba tácitamente modificada por esta última. Y dado que ambas permiten la existencia de censura previa, sin perjuicio que la autorizada por la Convención es más restrictiva dado que sólo la admite para proteger la moral de la infancia y la adolescencia y con el único fin de impedir el acceso de menores a espectáculos públicos, éste último debería

ser el único fin de la disposición constitucional chilena, sin que fuere necesaria modificarla, basando que la Corte Interamericana la interpretara de esa manera.

No obstante, la Corte prefirió invocar el principio del derecho internacional consuetudinario relativo a la obligación del Estado que suscribe un tratado sobre derechos humanos de adecuar su legislación interna a él, y de esta forma no intervenir directamente en el ordenamiento jurídico interno de Chile. No deja de ser curiosa la remisión a ese principio del derecho consuetudinario internacional cuando dentro de la Convención Americana existe en el artículo 2º una norma similar.<sup>52</sup>

#### XIV.- CONCLUSIÓN

De lo analizado a lo largo de este trabajo se desprende que la protección del medio ambiente en Chile posee características propias, algunas (la gran mayoría) derivadas del derecho internacional público a través de su adscripción a los derechos humanos; otras, que se originan en normas constitucionales que si bien también derivan del derecho internacional público, adquieren un tinte particular al mezclarse con los principios del derecho continental imperante en nuestro país, y, básicamente, con la preeminencia que la Constitución de 1980 le asigna al iusnaturalismo como consecuencia de la aceptación por parte de los constituyentes del hecho que la cultura judeo-cristiana es la fundante de la sociedad chilena.

En consecuencia, el derecho a un medio ambiente sano se basa en hechos, principios y valores que lo sustentan y que lo diferencian de las otras garantías constitucionales, aún cuando con todas ellas configuran gran parte del armazón de los derechos humanos. De tal manera: 1º) constituye un derecho de las personas exigible *erga homines* y, a la vez, es una garantía constitucional, lo que se traduce en la obligación del Estado de protegerla; 2º) es un derecho humano reconocido por el Estado, límite, en consecuencia, de la soberanía nacional (inciso 2º del artículo 5º de la Constitución); 3º) es una norma de orden público interno que permite restringir a su favor otras garantías constitucionales (inciso 2º del Nº 8 del artículo 19 de la Constitución), constituyendo un verdadero gravamen ambiental de dichos derechos; 4º) forma parte de las normas estructurante de la sociedad, fundamento del Estado; y 5º) es, además, una norma de orden público internacional (pertenece al *jus cogens* internacional), obligatoria e inderogable, por haber sido reconocida como un valor esencial para la mantención del orden público internacional.

A todo lo anterior, se deben agregar las precisiones efectuadas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre el carácter de derecho subjetivo y objetivo constitucional que posee la garantía del Nº 8 del artículo 19 de la Constitución y su relación con otros derechos constitucionales, en especial sobre la posibilidad de restringirlos o limitarlos.

---

<sup>52</sup> El artículo 2º se denomina, precisamente, "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno", indicando que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1º no estuviere garantizado en el derecho interno, se deben adoptar las medidas necesarias para garantizarlos.