

**DERECHO SUBJETIVO, PROBLEMA ECOLOGICO
Y RAZONAMIENTO JUDICIAL:
ALGUNAS REFLEXIONES***

Lucas Sierra I.
Juan Andrés Varas B.**

Los autores, preocupados por buscar un criterio que ayude a enfrentar con soluciones más adecuadas y modernas el problema del deterioro del medio ambiente y su protección a través de los mecanismos constitucionales, discurren sobre ecología, razonamiento judicial y derechos subjetivos.

A partir de la idea de que el ser humano contemporáneo posee una mentalidad determinada por la técnica moderna, que la noción de derechos subjetivos es reflejo de una concepción filosófica individualista y que, por lo mismo, hay una estrecha vinculación entre mentalidad tecnológica y el concepto de derecho subjetivo, el derecho a un medio ambiente sano, al mirarlo desde la perspectiva de los derechos subjetivos, hay que considerarlo como un derecho moral. Desarrollada y explicada esta hipótesis, los autores se abocan en el resto del trabajo, a verificar cuál es la fuerza empírica del derecho al medio ambiente sano, en nuestro país, a objeto de determinar, finalmente, si este derecho normativamente establecido, satisface la condición de eficacia, de lo que ellos denominan un derecho moral o fuerte. Este estudio se llevó a cabo analizando las argumentaciones expresadas por los jueces en los diversos fallos referidos a medio ambiente.

INTRODUCCION

El artículo que sigue es parte de un trabajo de tesis que los autores realizaron bajo el título Derecho Subjetivo y Problema Ecológico.

A partir del hecho del deterioro del medio ambiente, en dicha tesis se explora la idea de que la noción de derecho subjetivo que la dogmática jurídica maneja constituye lo que -en el lenguaje de la sociología- se denomina estructura de plausibilidad del modo de ser técnico propio del hombre moderno, que es antecedente del mencionado desgaste de la naturaleza.

* Para las referencias bibliográficas en el texto, se utilizará un sistema *cita-nota* simplificado (sólo autor, título y página). Los datos completos de las fuentes se contienen en la bibliografía final.

** Abogados, Universidad de Chile.

En torno a esa hipótesis, se traban los argumentos que, de modo lineal, se exponen a continuación.

El hombre contemporáneo posee una mentalidad determinada por la técnica moderna, que condiciona su imagen del mundo. A su vez, la noción de derecho subjetivo es una idea técnica paradigmática reflejo de una concepción filosófica individualista, de generación histórica. Se sostiene la existencia de una próxima relación entre la mentalidad tecnológica y el concepto de derecho subjetivo.

Nos parece advertir que existe un sustrato sobre el que concuerdan ambas ideas. Son concepciones que tienen por base la idea de sujeto. "Sujeto" entendido como expresión de una particular manera de verse el hombre a sí mismo como algo diverso e independiente del resto de lo que existe. Se deja ver un sentido de preeminencia del sujeto con respecto al resto, que se halla "afuera", que es "objeto". Sobre esta visión se apoya el desenvolvimiento de la mentalidad tecnológica, en la que el hombre posee una "imagen del mundo" de la que distingue y aparta su propia imagen. De igual modo, es esta concepción la que está en la base de las filosofías individualistas, que generan, en el Derecho, la idea técnica de poder subjetivizado que ha dado lugar al paradigma dogmático del derecho subjetivo.

Además de la mencionada concordancia de sustrato fundante, el concepto de derecho subjetivo es, a nuestro entender, funcional a la razón tecnocrática. Parece razonable pensar que la expansión del modo de ser determinado por la técnica hacia el mundo natural se realizó, en buena medida, a través del vehículo jurídico constituido por la idea de derecho subjetivo. El concepto otorga legitimidad, respaldo jurídico, a esta penetración de la naturaleza.

Frente a este aserto, cabe plantearse la cuestión siguiente: ¿puede pensarse al paradigma dogmático del derecho subjetivo apuntando ahora en la dirección opuesta?, es decir, ¿podemos concebir un derecho subjetivo en cuyo sentido comparezca la surgente "ética ecológica" y que sea funcional a la protección de la naturaleza? La pregunta adquiere mayor relevancia por cuanto los ordenamientos jurídicos, todavía vacilantes en su actitud en frente del problema ecológico, han solido consagrar derechos subjetivos a un medio ambiente sano.

La tesis postula que esta consagración sólo puede ser eficaz en la medida que se considere al derecho a vivir en un medio ambiente limpio como un derecho -la idea y la expresión son de

Ronald Dworkin- moral o en sentido fuerte, y por lo tanto, no susceptible de ser limitado por decisiones públicas basadas en cálculos consecuencialistas de utilidad. Por el contrario, sólo debe poder ser restringido en virtud de razones justificatorias fundadas en principios morales de igual o superior jerarquía.¹

Del estudio de los diversos preceptos constitucionales referidos al tema, la tesis postula que el derecho al medio ambiente libre de contaminación está establecido, en la letra del texto, como derecho moral. Así, frente al derecho de propiedad, que es el que se le opone con mayor frecuencia, la tensión se resuelve, como es sabido, en favor de la protección ambiental.

A partir de las hipótesis que muy sumariamente se esbozaron más arriba, nos proponemos en lo que sigue verificar cuál es la fuerza empírica del derecho al medio ambiente sano en nuestro país, a objeto de determinar, en el tráfico jurídico, si este derecho normativamente establecido satisface la condición de eficacia postulada en el párrafo anterior. Para ello, elaboraremos un diagnóstico de la forma en que es considerado el derecho al medio ambiente sano en relación con el resto del sistema de derechos, a través del estudio de las formas de argumentación que los jueces realizan cuando resuelven un conflicto a su respecto.

Es en la jurisprudencia donde se evidencia el conjunto de limitaciones que afectan al derecho moral. En ella se encuentra la manera como, en la práctica, los jueces aceptan ciertas limitaciones y rechazan otras en base a ciertos criterios. Es, por lo tanto, en la jurisprudencia, en el análisis de los criterios con que ella acepta las limitaciones de un derecho moral, donde es posible determinar la verdadera fuerza o intensidad de un derecho.

¹ Para la reflexión y desarrollo de las nociones de derecho en sentido fuerte y derecho en sentido débil, véase Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Se adelantan aquí algunas líneas en donde se toca el punto: "Por cierto que un gobierno responsable debe estar dispuesto a justificar cualquier cosa que haga, especialmente cuando limita la libertad de sus ciudadanos. Pero normalmente es justificación suficiente, incluso para un acto que limita la libertad, que el acto esté calculado para incrementar lo que los filósofos llaman la utilidad general, es decir, que esté calculado para producir, en términos generales, más beneficio que daño." (p. 284) "La perspectiva de logros utilitarios no puede justificar que se impida a un hombre hacer lo que tiene derecho a hacer (...)" (p. 288) "(...) se supone que los derechos constitucionales que llamamos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión, representan derechos en contra del Gobierno en el sentido fuerte; eso es lo que da sentido al alarde de afirmar que nuestro sistema jurídico respeta los derechos fundamentales del ciudadano." (p. 285).

Centraremos el análisis en las decisiones recaídas en procesos generados en virtud del ejercicio de la acción de protección, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política, en relación con la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contenida en el número octavo del artículo 19 de la norma fundamental.

I. LA INTENSIDAD EMPIRICA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE: EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Intentaremos responder a las cuestiones siguientes: ¿Con qué criterios resuelven los jueces estos casos? ¿Cuándo aceptan limitaciones reglamentarias o legislativas al derecho constitucional?

Las cuestiones que sugieren las preguntas anteriores, como puede advertirse, no se refieren a la evaluación de la "justicia" con que se ha resuelto cada caso. Tampoco se evalúa la estimación que los jueces han realizado de los hechos sometidos a su conocimiento ni a los aspectos procesales involucrados. Se apuntará, en cambio, a auscultar el itinerario por el que discurre su razonamiento. Es decir, a determinar los pasos lógicos que siguen en el proceso intelectual de justificación de sus decisiones. Es por esto, por el tipo de análisis que realizaremos, que omitimos tópicos que desvelan a nuestra dogmática tradicional, como la historia fidedigna del establecimiento de un precepto o la invocación ultraterrena del espíritu del legislador o del constituyente. Más modestamente, pretendemos, antes que interpretar o calificar una interpretación, saber qué interpretan o no interpretan los jueces.

Para efectuar este rastreo se han tenido a la vista algo más de cuarenta fallos de los tribunales superiores, recaídos en acciones de protección medioambientales, dictados desde el año 1981 a la fecha.²

Encaremos, entonces, el diagnóstico.

La primera cuestión que los jueces enfrentan es la determinación de si el hecho contra el cual se recurre es o no "arbitrario o ilegal".

² El registro completo de los fallos utilizados en el análisis puede consultarse en la tesis de los autores, "Derecho Subjetivo y Problema Ecológico", No editada, Universidad de Chile, 1991.

En el caso "Jaras Barros con Director de Obras de la Municipalidad de La Reina", fallo que constituye un muy buen ejemplo de la tendencia general en esta materia, el tribunal, luego de exponer los hechos, señala acto seguido: "Que corresponde entonces resolver si el acto que se impugna por el recurso, esto es, el permiso para la instalación del Servicio de Combustible, constituye o no un acto arbitrario o ilegal por parte del Director de Obras Municipales de la Municipalidad de La Reina, entendiéndose por arbitrario o ilegal según nuestro léxico, lo que es contrario a la justicia, la razón o las leyes, ejecutado por la mera voluntad o capricho" (Considerando 2º).³

Para responder a esta pregunta, a continuación los jueces inquieran acerca de la existencia de respaldo o sustento normativo del hecho contra el cual se recurre. En otras palabras, se preocupan de determinar si el acto en cuestión fue realizado en ejercicio de alguna facultad concedida por una norma, sea que provenga ésta del ejercicio de la potestad legislativa o de la potestad reglamentaria.

En el mismo caso anteriormente citado, se indica a continuación del considerando transcrito: "Que en este orden de ideas, cabe observar que el Director de Obras Municipales de La Reina no ha actuado al otorgar el permiso en forma arbitraria, puesto que lo ha hecho conforme a la facultad que le confiere la letra c) del artículo 24 del Decreto Ley 1.289 (...), actuando en virtud del informe solicitado a la Comisión de Transporte Urbano, organismo que a través de su Secretaría Ejecutiva examinó el proyecto (...)" (Considerando 3º). Y más adelante: "Que es así, como tampoco puede estimarse ilegal el permiso en estudio, por cuanto aparte de contar el proyecto con la aprobación del organismo técnico correspondiente, (...) cumple con las exigencias contenidas en el Reglamento sobre Instalaciones y Locales de Almacenamiento de Combustibles (...)" (Considerando 4º).⁴

Esta etapa de la secuencia del razonamiento judicial se advierte también con claridad en el fallo del caso "Ortiz de Filippi con Intendente de la Región Metropolitana y otros", donde, expuestos los hechos y las normas que respaldan el acto por el cual se recurre, se concluye: "Que, en consecuencia, el señor Subsecretario Regional Ministerial de Transportes ha actuado en

³ Revista Gaceta Jurídica, Nº 51, 1984, p. 69.

⁴ *Id.*

esta materia conforme a las facultades que la ley y reglamentación vigente le otorgan, por lo que no se puede imputar que ha existido ilegalidad ni por acción ni omisión, ni tampoco arbitrariedad de parte del mismo" (Considerando 15^o).⁵

La forma de razonar explicitada es constante. En el fallo "Vargas Abarzúa y otros con Servicio de Salud del Ambiente Región Metropolitana" se expresa con igual claridad: "Que la citada resolución N^o 8.647 no puede estimarse un acto u omisión arbitrario o ilegal, de aquellos que hacen procedente el recurso de protección (...), pues fue dictada con sujeción a preceptos legales debidamente observados, como son el artículo 17, en sus dos incisos finales agregados por la Ley N^o 18.122 al D.L. N^o 2.763 de 1979 (...)" (Considerando 8^o).⁶

Pues bien, como se observa, supuesto que se concluye que la acción cuestionada está prevista en una norma -por lo tanto, provista de respaldo normativo-, se considera, como consecuencia, que no puede ser calificada de arbitraria o ilegal. Con esta sola conclusión, los jueces niegan lugar a la pretensión que envuelve el recurso. Explicita sintéticamente y de modo muy enfático este aserto la resolución del ya citado caso "Jaras Barros": "Que, en las condiciones expuestas, no puede acogerse el recurso en estudio, por cuanto de lo expuesto en las motivaciones precedentes, se infiere que el Director de Obras Municipales de la I. Municipalidad de La Reina, obró conforme a sus facultades, oyendo al organismo técnico adecuado y cerciorándose del cumplimiento de las normas reglamentarias imperantes en la materia" (Considerando 6^o).⁷

Si, por el contrario, los jueces estiman que la acción cuestionada no parece estar sustentada normativamente -es decir, respaldada por alguna ley o reglamentación-, sólo entonces dirigen su atención a la garantía constitucional supuestamente vulnerada. Se preguntan, ahora, cuán afectado resulta el derecho invocado. De concluir que la garantía acusa interferencia, se imputa ilegalidad o arbitrariedad al acto que la causa, y se acoge el recurso.

⁵ Revista Gaceta Jurídica, N^o 63, 1985, p. 31.

⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIV, N^o 1, Enero-Abril 1987, Parte II, Sección V, p. 122.

⁷ Ver Nota N^o 3.

Aplicando este tipo de razonamiento, los jueces, en el caso "Traslaviña Valencia y otros con Bordones Iriarte y otra", han dicho: "Que en este orden de cosas, este Tribunal llega a la conclusión de que el negocio cabaret "La Querencia" ha infringido la Ordenanza Municipal de Copiapó, actualmente en vigencia, en cuanto a la contaminación acústica del sector en que funciona y con ello, además, ha perturbado la garantía constitucional que contempla el N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile" (Considerando 9°).⁸

De manera algo menos evidente, idéntico sentido tienen las expresiones de la Corte Suprema en el caso "Codeff con González Navarro y otros": "Que el acto de hacer circular vehículos motorizados que despiden humo visible por sus tubos de escape, produciendo, de esa manera, emanación de gases contaminantes, es arbitrario e ilegal, pues no sólo es irracional conducir o hacer conducir vehículos en ese estado, por el daño que la contaminación atmosférica causa en los seres humanos, sino que infringe todo un ordenamiento jurídico que prohíbe semejante conducta, constituido, entre otros preceptos, por los consabidos artículos 7° del D.S. N° 144 y 82 de la Ley de Tránsito, y quebranta, así, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que garantiza la Constitución (...)" (Considerando 13°).⁹

Como puede observarse, la lógica implícita que trasuntan las expresiones "y con ello, además" e "y quebranta, así" asume que el derecho constitucional resulta vulnerado como consecuencia del quebrantamiento de una normativa reglamentaria.

En resumen, las etapas que componen la ilación lógica del razonamiento judicial en estas materias se expresan a través de las cuestiones siguientes: ¿es arbitrario o ilegal el hecho por el cual se recurre? Para contestar lo anterior, ¿existe legislación o reglamentación que faculte la realización del acto? Supuesto que sí existe, se rechaza el recurso sin más consideraciones. Si la respuesta es negativa, ¿se encuentra verdaderamente afectado el derecho constitucional? Si se responde afirmativamente, se acoge el recurso ya que el acto que provoca la interferencia es arbitrario o ilegal.

⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, N° 3, Septiembre-Diciembre 1985, Parte II, Sección V, p. 292. La cursiva es nuestra.

⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIV, N°1, Enero-Abril 1987, Parte II, Sección V, p. 267. La cursiva es nuestra.

II. REFLEXIONES EN TORNO AL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Frente a una forma de razonar como la descrita caben algunas observaciones.

Comencemos por considerar que este razonamiento judicial se enmarca en un contexto de protección de garantías constitucionales. Protección que, según los propios términos de la norma constitucional, tiene por preciso objeto "restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado". Puede ya avanzarse una primera consideración. Al confrontar la forma de razonamiento descrita con el objetivo constitucional recién enunciado, es legítimo preguntarse cuál es el derecho cuyo imperio intentan restablecer los jueces en cumplimiento de este mandato. Pues un observador atento puede razonablemente colegir que esta lógica judicial conduce a la identificación del Derecho, a propósito de un caso concreto, con la normativa legal y reglamentaria referida a dicho caso.

Parece claro que, cuando aceptan sin cuestionamiento las regulaciones legislativas y administrativas de un derecho, los jueces suponen que éstas son, per se, coherentes con los mandatos constitucionales. En otras palabras, parece haber una presunción de que los derechos constitucionales se hallan siempre recogidos y eficazmente protegidos por las reglamentaciones que con ellos dicen relación.

La presunción anteriormente referida es explicable. Sin duda, nos encontramos frente a una genuina manifestación de la dogmática tradicional, expresada a través de uno de sus más caros axiomas: la idea de la "racionalidad del legislador", o, en otras palabras, el modelo del legislador racional. Es decir, la representación mental fundada en la suposición implícita de que las leyes y reglamentos se encuentran formuladas por un sujeto respecto de cuya voluntad puede predicarse, entre otras, las características de omnisciencia (posibilidad de saberlo y preverlo todo, esto es, de saber todas las circunstancias fácticas presentes y pasadas, así como de prever todos los hechos futuros), coherencia (sus manifestaciones de voluntad no son contradictorias), precisión (posesión de una voluntad unívoca al margen de las imprecisiones del lenguaje empleado para expresarla), omnicomprensividad (es decir, sus disposiciones carecen de lagunas y conforman un sistema prescriptivo caracterizado por su "plenitud hermética"), y justicia (es decir, lo que se decide justo es tal por cuanto así lo previó "el legislador". Si, vía interpretativa, se arriba a un resultado

que aparece injusto, se desecha al suponerlo contrario a "la voluntad del legislador").¹⁰

El apego de los jueces al modelo del legislador racional llega, en algunos fallos, al extremo de dar por probada la interferencia al derecho invocado, y, sin embargo, para salvar el axioma, imputar dicha interferencia a la falta de adecuada ejecución de las reglamentaciones por parte de las autoridades correspondientes, limitándose a recomendarles la práctica de dichas regulaciones. Así, por ejemplo, en el caso "Hidalgo Molina y otra con Pesqueras Guanaye y otras", sobre emanaciones malolientes, se expresa: "Que en armonía con lo que se viene diciendo, la legislación consagra una serie de estamentos administrativos encargados de dirigir y supervigilar el comportamiento de los entes o focos que pueden constituir un factor o fuente de riesgo o menoscabo para la salud pública. Organismos o Autoridades que en un esquema correlativo son: El Servicio Nacional de Salud, a través del Título IV, Párrafo I del Libro Tercero del Código Sanitario (...)" (sigue una lata enumeración de organismos y reglamentaciones). "Que, sin embargo, es un hecho público y notorio, de conocimiento general y verdadero, que la comunidad de Arica se ha visto afectada por los fuertes olores que expiden en su actividad industrial las empresas (...) Hay así un fenómeno que ha trascendido el sector privado para convertirse en un mal colectivo (...)" "(...) razón por la cual esa actividad aparece, en tal dimensión o aspecto, injustificada o arbitraria frente a las leyes y reglamentos dictados para controlarla." "Que, en consecuencia, se admitirá este resorte constitucional sólo en cuanto a recabar de las autoridades respectivas la práctica de las disposiciones de saneamiento ambiental." (Considerandos 7º, 8º, 10º y 12º).¹¹

Otro caso en que se utiliza idéntico argumento, pero esta vez rechazando el recurso, es el ya mencionado "Ortiz de Filippi con Intendente Región Metropolitana y otros". En su fallo se señala: "Que, en suma, la legislación vigente y políticas sobre la materia establecen una serie de estamentos administrativos para dirigir y controlar el tránsito vehicular en Santiago, evitando su

¹⁰ Respecto a las presupuestas de la comunidad dogmática y, particularmente, a la idea de la racionalidad del legislador, véase, entre otros, Calsamiglia, Albert, *Introducción a la Ciencia Jurídica*; Peña González, Carlos, *¿Qué Hacen los Civilistas?*, y Zuleta Puceiro, Enrique, *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*.

¹¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, N° 1, Enero-Abril 1985, Parte II, Sección V, p. 196. El paréntesis es nuestro.

contribución a la emisión de gases contaminantes que puedan provocar daños a la salud pública, por lo que tampoco es posible concluir que haya existido en la especie ilegalidad o arbitrariedad." "Que, sin embargo, es un hecho público y notorio la contaminación ambiental que afecta no sólo la calle Bandera sino a toda la capital, y particularmente en el centro, que ha excedido en muchas oportunidades los máximos permitidos, por lo que sin desconocer los esfuerzos desplegados hasta la fecha, se hace absolutamente necesario recabar de las autoridades respectivas la práctica constante y preferencial de todas las disposiciones sobre higiene ambiental, en vigencia." (Considerandos 19º y 20º).¹²

Un fallo que también refleja el criterio de sujeción al arbitrio del legislador, aún cuando no sigue los pasos argumentales descritos -sino que apunta directamente a la consideración de los derechos y termina por aceptar el recurso-, es el dictado en el caso "Palza Corvacho con Director de Riego de la I Región y otros", por vaciamiento de las aguas del lago Chungará. Se señala al resolver la aceptación del recurso que: "(...) la suspensión de la extracción de aguas del Chungará subsistirá mientras se mantenga ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca, mientras no se le excluya del listado de la UNESCO de ser Reserva de la Biósfera, inclusión que se obtuvo por petición del gobierno chileno, y entretanto no se tome una decisión gubernamental mediante los mecanismos admitidos por la ley." (Parte resolutive). Es interesante destacar que se reconoce en la misma sentencia: "(...) que actualmente se dispone de nuevos antecedentes y estudios más completos, y se comprende mejor la necesidad de proteger la naturaleza y el medio ambiente, así como las bellezas escénicas naturales (...) en una época en que las naciones han acordado «hacer las paces con la naturaleza» y respetar sus santuarios o monumentos naturales y sus bellezas escénicas, y en que la nueva Constitución Política ha dispuesto como deber del Estado preservar la naturaleza y el medio ambiente, otorgando a los particulares el recurso de protección (...)" (Considerando 17º).¹³ Nótese que, no obstante lo anterior, los jueces sugieren su disposición a aceptar interferencias que afecten el derecho, en la medida que la decisión gubernamental respectiva se produzca "mediante los mecanismos admitidos por la ley".

¹² Ver Nota Nº 5.

¹³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, Nº 3, Septiembre-Diciembre 1985, Parte II, Sección V, p. 261.

Ahondemos en esta forma de razonar.¹⁴

Es menester recordar que el razonamiento judicial discurre en un contexto en el que -al modo de Rawls- se hallan involucrados los principios de justicia que configuran la estructura básica de una sociedad, comprometiendo y afectando esos principios.

Como todo ejercicio de la razón que conduzca a la acción (es decir, que intente responder al tipo de preguntas como: ¿Qué hacer?, por oposición al que intenta responder a esta otra clase: ¿Qué es?¹⁵) el razonamiento judicial -como ejercicio intelectual encaminado a una decisión- es un razonamiento práctico. Luego, la decisión judicial está basada en razones del tipo que Joseph Raz denomina justificatorias, distinguiéndolas de las razones explicativas.¹⁶ Ahora bien, en virtud del ámbito en el que este razonamiento práctico se realiza -como se sabe, en el marco de conflictos donde están comprometidos directamente garantías constitucionales- es necesario que las razones justificatorias de una decisión judicial sean, en primer lugar, explicitadas y, luego, que provengan de un acuerdo público intersubjetivo, para así satisfacer el ideal del estado de derecho "que maximiza la autonomía y protege las expectativas de las personas".¹⁷

Pues bien, frente a la forma de argumentar que se ha descrito previamente, surge la cuestión siguiente: ¿Cuál es la razón justificatoria que respalda la decisión de nuestros jueces?. Como ya se habrá deducido, la sola remisión a la normativa legal o reglamentaria no es suficiente razón, puesto que, en verdad,

¹⁴ Esta parte del análisis se ha realizado a partir de las ideas del profesor Carlos Peña González, contenidas en *Discreción e Interpretación Judicial: Las Tesis de Dworkin*.

¹⁵ Ejemplo tomado de Edgley, R., "La Razón Práctica", en Joseph Raz (Compilador), *Razonamiento Práctico*, p. 41.

¹⁶ La diferencia entre ambas clases de razones puede explicitarse por medio del siguiente ejemplo descrito por Carlos Peña: "Supongamos que Pedro(...) procede a(...) matar a Juan. Diego, que asiste(...) a la escena, emite(...) los dos siguientes enunciados: Primero, «la razón por la que Pedro mató a Juan es que lo odiaba»; segundo, «odiar a un hombre, sin embargo, no es una razón para matarlo»." (En *op. cit.*, p. 2). Pues bien, pese a las apariencias, no hay contradicción en lo expresado por Diego. Como se advierte, la palabra razón está empleada en dos sentidos diversos. En el primer enunciado, la voz "razón" equivale a "explicación o motivo". En el segundo, en cambio, la carencia de "razón" significa ausencia de "justificación".

¹⁷ Peña, *op. cit.*, p. 6.

constituye sólo una razón explicativa. En definitiva, las normas, en términos gruesos, no son más que hechos. Y como tales, son compatibles con diversas decisiones: la experiencia demuestra que los tribunales en ocasiones las desconocen. La razón justificatoria, entonces, se encuentra en el deber de obediencia a toda normativa reglamentaria o legal que los jueces se imponen. Es el respeto y apego al modelo del legislador racional la razón que justifica a los jueces para decidir como generalmente lo hacen.¹⁸

Este reflejo del modelo del legislador racional -propio del ámbito de la dogmática tradicional en la que los jueces se insertan- al momento de tratar asuntos referidos a garantías constitucionales, exhibe una serie de falencias que nos ocuparán en los párrafos siguientes.

Sostenemos con Dworkin la tesis de los derechos, y postulamos la consideración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho moral. Además, siguiendo al autor argentino Mariano F. Grondona pensamos que las reglamentaciones de los derechos morales deben atenerse a determinadas condiciones en orden a preservar su verdadero sentido fuerte.¹⁹

Pues bien, una forma de decisión de casos constitucionales con un razonamiento judicial como el descrito impide radicalmente la aplicación de la tesis de los derechos. Esto es lógico, puesto que agotar la reflexión en el marco de la normativa legislativa y reglamentaria, implica, en verdad, aceptar sin otra consideración la reglamentación que se decide aplicable al caso. Por lo tanto, los derechos no son otra cosa que, en las palabras del autor

¹⁸ Un diagnóstico de la presencia del modelo del legislador racional en nuestra medio legal se encuentra en el interesante estudio *La Cultura Jurídica Chilena*, de los autores Barros, Bascuñán, Cea, Correa, Cumplido, Lavados y Squella.

¹⁹ Grondona, Mariano F. *La Reglamentación de los Derechos Constitucionales*.

Grondona sostiene la existencia dentro de un sistema jurídico de un "orden de derechos" en que una *reglamentación* es legítima sólo "si aumenta o protege en forma inmediata los Derechos que se derivan del derecho constitucional limitado o de algún otro (...)" (p. 102) y "si el gobierno ha demostrado igual respeto y cuidado por todos los derechos constitucionales, a la hora de limitar unos en favor de otros, y por todas las personas titulares de derechos" (Loc. cit.); y en que una *prohibición* es legítima "si la realización del acto prohibido hubiera causado necesariamente la violación de un Derecho." (Loc. cit.) Cuando Grondona habla de "Derechos" (con D mayúscula) y de "derechos constitucionales", se refiere a una categoría que está muy cerca de lo que nosotros hemos denominado derechos en sentido fuerte.

constituye sólo una razón explicativa. En definitiva, las normas, en términos gruesos, no son más que hechos. Y como tales, son compatibles con diversas decisiones: la experiencia demuestra que los tribunales en ocasiones las desconocen. La razón justificatoria, entonces, se encuentra en el deber de obediencia a toda normativa reglamentaria o legal que los jueces se imponen. Es el respeto y apego al modelo del legislador racional la razón que justifica a los jueces para decidir como generalmente lo hacen.¹⁸

Este reflejo del modelo del legislador racional -propio del ámbito de la dogmática tradicional en la que los jueces se insertan- al momento de tratar asuntos referidos a garantías constitucionales, exhibe una serie de falencias que nos ocuparán en los párrafos siguientes.

Sostenemos con Dworkin la tesis de los derechos, y postulamos la consideración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho moral. Además, siguiendo al autor argentino Mariano F. Grondona pensamos que las reglamentaciones de los derechos morales deben atenerse a determinadas condiciones en orden a preservar su verdadero sentido fuerte.¹⁹

Pues bien, una forma de decisión de casos constitucionales con un razonamiento judicial como el descrito impide radicalmente la aplicación de la tesis de los derechos. Esto es lógico, puesto que agotar la reflexión en el marco de la normativa legislativa y reglamentaria, implica, en verdad, aceptar sin otra consideración la reglamentación que se decide aplicable al caso. Por lo tanto, los derechos no son otra cosa que, en las palabras del autor

¹⁸ Un diagnóstico de la presencia del modelo del legislador racional en nuestra medio legal se encuentra en el interesante estudio *La Cultura Jurídica Chilena*, de los autores Barros, Bascuán, Cea, Correa, Cumplido, Lavados y Squella.

¹⁹ Grondona, Mariano F. *La Reglamentación de los Derechos Constitucionales*.

Grondona sostiene la existencia dentro de un sistema jurídico de un "orden de derechos" en que una *reglamentación* es legítima sólo "si aumenta o protege en forma inmediata los Derechos que se deriven del derecho constitucional limitado o de algún otro (...)" (p. 102) y "si el gobierno ha demostrado igual respeto y cuidado por todos los derechos constitucionales, a la hora de limitar unos en favor de otros, y por todas las personas titulares de derechos" (Loc. cit.); y en que una *prohibición* es legítima "si la realización del acto prohibido hubiera causado necesariamente la violación de un Derecho." (Loc. cit.) Cuando Grondona habla de "Derechos" (con D mayúscula) y de "derechos constitucionales", se refiere a una categoría que está muy cerca de lo que nosotros hemos denominado derechos en sentido fuerte.

argentino, meras concesiones o facultades provisorias hechas por el gobierno. Lo que, en otras palabras, significa que todos los derechos son derechos en sentido débil. En el caso del derecho a un medio ambiente limpio, éste no pasa de ser una declaración programática, introducida para poner a la moda al texto constitucional.

Las reglamentaciones, como toda normativa general, son comúnmente justificadas señalando que tienden a favorecer los intereses de las mayorías, es decir, a incrementar la utilidad general. Dicho de otro modo, se dictan en virtud de cálculos consecuencialistas de utilidad. Estos intereses de las mayorías son, por definición, indiferenciados. Olvidarse de ello por parte de los jueces, y echar mano a las reglamentaciones sin más, esquivando la genuina consideración de los derechos en un conflicto particular significa, en buenas cuentas, privar a las personas de sus "cartas de triunfo frente a las mayorías" que son los derechos en sentido fuerte. Es decir, implica dejar a los individuos a merced de las políticas utilitaristas dictadas en favor de las preferencias -tanto personales como externas- de las mayorías.²⁰ Lo anterior es tanto más grave cuanto que la instancia jurisdiccional es, precisamente, el principal momento, y el único decisivo, en que la minoría puede hacer valer su "carta de triunfo" frente a una política utilitarista que la afecta.

Desde otra perspectiva, la solución de casos en que se envuelven garantías constitucionales pone de relieve, con particular vigor, el tema de la discreción judicial.²¹ Creemos que la aplicación del modelo del legislador racional al tratamiento de estos casos implica que los jueces pueden hacer uso de una

²⁰ Las preferencias personales dicen relación con el interés propio comprometido en una decisión pública, es decir, quien vota se encuentra involucrado porque los efectos de lo que se decida le afectan de modo directo. En cambio, las preferencias externas expresan simpatías, sin haber interés directo, ya que los beneficios o sacrificios que surjan como efecto de la decisión que se adopte no afectarán a quien la expresa. El clásico ejemplo de Dworkin al respecto es el siguiente: Supuesto que se vota la concesión de cupos obligatorios para minorías étnicas en las universidades, expresa una preferencia personal quien se pronuncia en contra porque ello afectará negativamente sus propias posibilidades de ingreso. En cambio, expresa una preferencia externa quien lo hace por simple desagrado y antipatía por quienes no son de su raza. Al respecto, véase Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 388 y siguientes.

²¹ Acerca de la reflexión sobre el interesante tópico de la discreción judicial, véase, entre otros, Dworkin, *op. cit.*, particularmente Capítulo II y Apéndice: "Réplica a los Críticos"; Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Capítulo VII; y Peña, *op. cit.*

discreción muy amplia, bajo la apariencia de no poseerla en absoluto. En la práctica, optan libremente por una u otra norma aplicable a un caso, sin mayor sujeción a los parámetros constitucionales -primariamente obligatorios- contenidos en las garantías. Además, en términos generales, esta opción se realiza sin explicitación de los principios en los cuales se basa, lo que impide, en gran medida, el examen y control públicos de las decisiones. Esto significa dejar sin satisfacción el ideal democrático de protección de las expectativas, al alterar los jueces, en el momento de la adjudicación, la primacía y orden de las garantías constitucionales que las contienen y representan de manera fidedigna.

El modelo hermenéutico que trasunta la forma de razonar de los jueces, como se ha descrito, parece suficiente para abordar conflictos insertos en un contexto en que no están en juego derechos constitucionales en forma directa. Sin embargo, es claramente insatisfactorio en frente de una controversia en que están envueltos derechos morales constitucionalizados. En verdad, enfrentarse al tema de los derechos constitucionales y sus reglamentaciones del modo como lo realizan las cortes significa abdicar de su primordial función de salvaguardar efectivamente los derechos consagrados constitucionalmente, es decir, de "restablecer el imperio del derecho" en su sentido más primario y, de paso, abdicar también de la esencial misión de controlar la constitucionalidad de las normas dictadas en ejercicio de los potestades legislativa y reglamentaria.

III. UN RAZONAMIENTO EN FUNCION DE LOS DERECHOS: PROPOSICION

Parece haber, entonces, razones más que suficientes para considerar la posibilidad de modificar la forma en que los jueces enfrentan estos temas. Creemos fundadamente que, con este objetivo, es una alternativa razonable la que se propone en lo que sigue y que se avanza como conclusión prescriptiva de estas líneas. Por otra parte, como se advertirá, esta proposición no es del todo extraña para los tribunales, puesto que hay algunos fallos que ya se han encaminado en la dirección en la que pensamos debe apuntarse.

Frente al derecho a vivir en un medio ambiente sano postulado como derecho moral, y al hecho de que la forma general de razonamiento judicial omite considerarlo así, afirmamos la necesidad de realizar una verdadera inversión en el orden lógico de dicho razonamiento. Esto es, antes de preguntar por la

arbitrariedad e ilegalidad del acto respecto del cual se recurre - entendidas como carencia de sustento normativo- la primera cuestión que los jueces deberían resolver es si el derecho subjetivo involucrado, supuesto que efectivamente lo haya, se encuentra realmente interferido.

Parece incontestable que éste debe ser el necesario primer paso a la hora de resolver conflictos en que se envuelven de modo directo derechos constitucionales. Es innecesario decir que para tomarse "en serio" estos derechos es previo ocuparse de ellos sin mediación alguna. Suponer la racionalidad del legislador, desviando la atención hacia la normativa que reglamenta un derecho, conlleva necesariamente los defectos indicados previamente, corriéndose un riesgo alto de dejarlo en desprotección.

Este imperativo de no desviar la atención hacia otro punto distinto de la consideración inmediata de la garantía constitucional, se encuentra reconocida y enfáticamente expresada en el voto disidente del fallo pronunciado en el caso "Soto Davidson y otro con Director General de Aguas". Se trata de una sentencia en que la mayoría estuvo por desechar el recurso argumentando que ya existía un pronunciamiento administrativo previo referido al mismo hecho, aún cuando respecto de otras personas distintas de los recurrentes. Se expresa en dicho voto de minoría: "Que la declaración de improcedencia del recurso, no constituye un pronunciamiento sobre el derecho discutido en el recurso de protección -el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación- pues aquella decisión tiene el único alcance de establecer que los peticionarios no han tenido la facultad procesal para solicitarlo, desconociéndoles el derecho de accionar, sólo porque la resolución impugnada no es «arbitraria ni ilegal». Pero, en el recurso no se discute la ilegalidad o arbitrariedad de la resolución-actividad de la dirección General de Aguas (...) sino que la acción entablada se basa precisamente en los efectos de dicha resolución-actividad que va a producir o produce la contaminación de las aguas del río Bío-Bío, y por eso infringe el artículo 19 Nº 8º de la Constitución (...) Pero, el fallo no se pronuncia sobre el derecho mismo que se ejercita e invoca en la acción o recurso entablado, toda vez que nada resuelve sobre la contaminación que fue propuesta justamente para ser decidida. Desprecia el derecho subjetivo ejercitado (...)" (Considerando 5º).²²

²² Revista Fallos del Mes, Nº 334, Septiembre 1986, p. 584. Voto de minoría pronunciado por el Ministro de la Corte Suprema Enrique Correa Labra.

Otro fallo que se dirige a la consideración primaria del derecho, es el pronunciado en el caso "García Sabugal con Ministro de Agricultura". La corte decidió rechazar el recurso por la carencia de legítimo contradictor, sin embargo, estimó que: "(...) a fin de no sustraerse al deber que le impone a esta Corte el artículo 20 de la Constitución Política de la República en el sentido de adoptar de inmediato las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, se examinará a continuación cuán efectivamente resulta quebrantado el derecho de propiedad del recurrente con motivo de la dictación del decreto supremo que impugna (...)" (Considerando 5º).²³

De tal manera, sólo una vez satisfecha la necesidad de considerar, como primer paso, el derecho involucrado, se está en condiciones de enfrentar la cuestión de la arbitrariedad o ilegalidad del hecho que afecta al derecho. La necesidad de este cuestionamiento estriba en que, como es claro, no todo acto que afecta a un derecho es -por esa sola circunstancia- imputable de arbitrario o ilegal. De lo hasta aquí expresado se desprende que, como los derechos operan en un sistema en el que se interrelacionan, hay limitaciones que son necesarias y legítimas. Por ello, no puede predicarse de todo acto que las produzca, ilegalidad ni arbitrariedad, aun cuando interfieran efectivamente un derecho moral.

La cuestión, entonces, es determinar cuándo puede predicarse dicha ilegitimidad de las regulaciones, en un sistema en que se respete el sentido fuerte de los derechos morales.

Para enfrentar tal problema, es necesario que los jueces se encuentren provistos de instrumentos adecuados, de herramientas de análisis apropiadas que les permitan discriminar y decidir -en un marco constitucional- entre derechos en sentido fuerte que colisionan. O bien, que los habiliten para aceptar una reglamentación de un derecho moral y rechazar otra.

Con ese propósito, tomaremos la reflexión acerca de las condiciones de legitimidad de una reglamentación de derechos morales, realizada por el autor argentino Mariano F. Grondona.²⁴ Proponemos, en consecuencia, pensar estas condiciones como

²³ Revista Gaceta Jurídica, N° 121, Julio 1990, p. 22.

²⁴ Ver Nota N° 19.

herramientas de análisis a la hora de resolver la cuestión esbozada más arriba.

Concretamente, postulamos que la imputación de ilegalidad o arbitrariedad se realice cuando se ha comprobado que el hecho cuestionado no está fundado en un derecho de igual o superior valor, o cuando el acto administrativo o legislativo cuestionado no satisface las condiciones de reglamentación legítima de derechos morales.

Comprobado que un derecho moral constitucional -como el que tenemos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación- se encuentra afectado, se debe proceder a la decisión acerca de si esta interferencia es legítima y, por lo tanto, aceptable, o si, por el contrario, debe reputarse ilegítima y, en consecuencia, debe rechazarse.

Es menester distinguir dos órdenes de situaciones posibles. La primera está constituida por los casos en que se enfrentan, sin mediación normativa significativa, dos -o más- derechos en sentido fuerte. Es decir, dos derechos morales ejercidos en concreto. La segunda serie de casos se encuentra formada por aquellos en que la confrontación se produce entre un derecho y una reglamentación legislativa o reglamentaria. Como es natural, el tema de la consideración de los derechos se presenta de modo diverso en cada tipo de situaciones.

Consideremos la primera serie de situaciones. Si el acto o hecho que interfiere un derecho en sentido fuerte constituye el ejercicio directo de otro derecho moral, los jueces deben sopesar ambos derechos y preferir el de mayor peso ético. No se piense que se trata siempre de una decisión metajurídica. Por el contrario, esta evaluación del contenido de moralidad de los derechos debe llevarse a cabo en el marco prescriptivo de la constitución. Esta contiene, en la interacción de sus preceptos, una verdadera pauta básica obligatoria para los jueces a la hora de sopesar los derechos envueltos en un caso y los principios que expresan. Ya se comprobó esto respecto al derecho a vivir en un entorno limpio. Esta pauta obligatoria tiene por principal efecto la limitación de la discreción judicial en la preferencia por uno u otro principio.

Imaginemos este caso: Ejerciendo su derecho de dominio, el propietario del predio A instala una industria cuyos desechos contaminan el medio ambiente en que vive su vecino B. No habiendo regulaciones de por medio, la tarea del juzgador de este hipotético caso será la de decidir la protección del derecho cuyo sentido sea

más fuerte, en el ámbito constitucional, con el apoyo de la argumentación ética que corresponda.

Abordemos ahora la segunda clase de situaciones. Si una reglamentación administrativa o legislativa produce una limitación a un derecho moral, los jueces deben pronunciarse sobre su legitimidad. Para ello, el primer paso consiste en preguntarse si dicha regulación tiende a aumentar o proteger el derecho que afecta u otro derecho moral. Si no es así, es decir, si la normativa que colisiona con el derecho vulnerado no aumenta ni protege ese u otro derecho moral, no puede considerarse legítima en un contexto de preocupación seria por los derechos. Con este primer examen se descartan las regulaciones de base justificatoria utilitarista.

Si, por el contrario, se verifica que la normativa cuestionada tiende a proteger o aumentar un derecho moral -el que se reglamenta u otro-, debe realizarse una segunda consideración. Como puede advertirse, nos encontramos nuevamente frente a un conflicto de derechos, esta vez con la mediación de una normativa que favorece a uno y afecta al otro.

En este punto, entonces, es preciso nuevamente realizar una verdadera tasación de los valores que impregnan los derechos en juego, en orden a arribar a una decisión fundamentable. Proponemos algunos criterios auxiliares que, en coherencia con la decisión moral alcanzada por medio de la argumentación ética de cada caso, apunten a fundamentar el juicio de legitimidad o ilegitimidad de una reglamentación. Como se verá, son criterios que poseen un referente constitucional.

En primer lugar, se trata de evaluar si el poder público ha demostrado igual respeto y cuidado por todos los derechos morales involucrados, a la hora de limitar unos en favor de otros, y por todas las titulares de esos derechos. En otros términos, la reglamentación en examen ha respetado las garantías de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria por parte de la autoridad.

Por otra parte, es preciso considerar el grado de afectación del derecho en cuestión. En este punto es menester recordar que, teniendo a la vista la disposición constitucional que impide afectar los derechos en su esencia, una reglamentación que desconozca por completo un derecho, o impida totalmente su ejercicio, debe reputarse ilegítima.

Y, finalmente, tener en cuenta el criterio de la inmediatez en el aumento y protección del derecho limitado o de otro. Es decir, una regulación que limite un derecho en pro de un aumento o protección futuros o hipotéticos de ese u otro derecho no es aceptable. Señala Grondona a este respecto: "El resultado propio de una reglamentación constitucional que consiste en aumentar o proteger los Derechos debe ser obtenido con inmediatez. No se puede reducir los Derechos con promesas de aumentos o protecciones futuras, pues en ese caso la suerte de los derechos sería incierta y quedaría de algún modo fuera del control de los jueces."²⁵

Supongamos este caso: Se dicta una norma que limita la extracción de un determinado recurso marino, en virtud del peligro de extinción que corre la especie. Una empresa dedicada a su explotación acciona en razón de considerar afectados sus derechos. En este ejemplo, la tarea del juzgador será la de decidir la legitimidad de la reglamentación cuestionada. Para ello, se deberá preguntar si ésta tiende a proteger o aumentar inmediatamente el derecho que afecta u otro derecho moral. En el presente caso, el o los derechos afectados (de propiedad, de libre ejercicio de actividades económicas, de libertad de trabajo) no se ven protegidos ni aumentados en forma inmediata. Luego, el juzgador debe inquirir si hay otro derecho moral que se proteja. En este punto debe concluir que el derecho al medio ambiente sí se protege en forma inmediata. Se trata, pues, de un caso en que se enfrentan, mediando una regulación, dos derechos. El juzgador deberá, en consecuencia, pesar el valor moral de los derechos en juego, considerando, por cierto, el contexto constitucional en el que se insertan. Hará luego el juicio de legitimidad de la reglamentación, considerando la inmediatez en el aumento o protección del derecho al medio ambiente, la presencia o ausencia de discriminación arbitraria hacia los afectados y la intensidad en la vulneración del derecho del recurrente.²⁶

Para concluir, retomemos el tema de la discreción judicial.

La lógica de los jueces discurre en un ámbito donde la aplicación del modelo del legislador racional permite, como se ha

²⁵ Grondona, Mariano F. *Op. cit.*, p. 105.

²⁶ En el caso de tratarse de una prohibición, en lugar de una limitación, puede considerarse el criterio de Grondona: como la realización del acto prohibido -extraer el recurso- hubiera necesariamente causado la violación del derecho a vivir en un medio ambiente sano -al extinguirse la especie en cuestión-, debe reputarse legítima la prohibición. Al respecto, véase la Nota N° 19.

dicho, una muy amplia discreción, que impide un análisis racionalmente transmisible. Creemos que este tipo amplio de discreción debe ceder terreno frente a una discreción judicial limitada por la exigencia de la consideración de los derechos en sí mismos, y, en definitiva, en el juego de los principios que éstos reflejan.

Las normas constitucionales, particularmente aquellas que reconocen y garantizan derechos, se encuentran impregnadas por principios de orden moral. Son, verdaderamente, la sustanciación de los referidos principios. Del modo como Dworkin señala que "los principios son proposiciones que describen derechos"²⁷, podemos decir que las garantías constitucionales son proposiciones que describen principios. Pues bien, los jueces deben realizar sus consideraciones en este terreno, y discrecionalmente, optar por principios. Se trata, entonces, de un ejercicio restrictivo de la discreción, que respeta el resultado del acuerdo público de convivencia que la constitución recoge.

Estas ideas se aproximan a lo expresado por Zuleta Puceiro, comentando la right-thesis de Dworkin: "Dworkin reacciona contra la pretensión de utilizar un ideal abstracto de democracia como pauta de control de la legitimación procedimental de la decisión judicial. Postula, en cambio, replantear el debate sobre nuevas bases. Los jueces deben efectuar decisiones de principio más que de política -decisiones acerca de cuáles son los derechos que tienen los ciudadanos dentro del sistema constitucional, y no las decisiones relativas a cómo promover el interés general-. Y para ello debe contar con un principio sustantivo expresable en la idea de que el gobierno debe tratar a los ciudadanos como iguales."²⁸ El concepto de "ideal abstracto de democracia" como criterio de control de la actividad jurisdiccional tiene, como se advierte, una franca cercanía con el recurso justificatorio de la racionalidad del legislador, en el que está implícita una relación formal entre expresión democrática y voluntad legislativa.

De lo dicho hasta aquí se sigue lo siguiente: la decisión de estos conflictos con una verdadera preocupación por los derechos, implica -de modo necesario- una decisión en cuestiones morales o de principios. Al respecto, Zuleta reflexionando sobre Dworkin, señala: "Toda controversia lleva consigo una ineliminable dimensión

²⁷ Dworkin, *op. cit.*, p. 158.

²⁸ Zuleta Puceiro, Enrique. *Teoría del Derecho*, p. 95.

de moralidad política (...) La revisión judicial eleva temas centrales de la lucha política a lo que Dworkin denomina «el fuero de los principios». De este modo, las cuestiones de poder pueden devenir cuestiones de justicia, y el sistema jurídico puede ejercer su papel de instrumento de racionalización y de reducción de la complejidad de la vida social.²⁹ Estamos seguros, en consecuencia, que ello requiere una forma de reflexión y un modelo de argumentación congruentes, esto es, un razonamiento situado en el terreno de la teoría y de la reflexión ética.

La actitud que proponemos, y el tipo de razonamiento congruente con ella, han sido bosquejados en una sentencia de nuestros tribunales. La consideración de los principios morales involucrados en un caso constitucional se aprecia, aún cuando inserta en un contexto todavía muy reglamentario, en el interesantísimo fallo "Flores San Martín y otros con CODELCO-Chile, División El Salvador", por contaminación con relaves mineros de la Bahía de Chañaral. Se expresa allí: "Que, el acto contaminante del medio ambiente que ejecuta la recurrida, además de ilegal es arbitrario de suyo; en efecto, importa por sí solo una violación al derecho, a principios jurídicos y de convivencia superiores, que lo tornan, más que ilegal, en injusto; así jamás podrá decirse que una persona o autoridad tiene derecho a contaminar el medio ambiente en que vive y se desarrolla una comunidad de personas, por acto voluntario suyo, como ocurre en este caso; más aún, dicho acto, al afectar la naturaleza misma, resulta atentatorio a toda norma civilizada de convivencia del hombre con su medio (...)" (Considerando 16º).³⁰

Más recientemente, un fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó apunta también a la consideración de principios y valores, relegando a un plano posterior la legalidad meramente reglamentaria. Expresa la sentencia: "Que tanto los actos de la Empresa Nacional de Minería -contaminación de la atmósfera-cuanto su omisión -no adoptar las medidas para impedirla-, resultan arbitrarias al depender exclusivamente de su voluntad, la que al ser reiterativa y sobredimensionar los factores productivos y económicos por sobre aquellos valores que garantizan y aseguran la vida y la integridad física y síquica de las personas, y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la tornan en

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, N°1, Enero-Abril 1988, Parte II, Sección V, p. 191.

ilegal e injusta" (Considerando 13^a).³¹ Este párrafo sugiere nítidamente que los jueces consideraron arbitrario o ilegal el acto porque vulneraba los valores y principios contenidos en la Constitución, y no principalmente porque careciera de sustento reglamentario.

Queda así propuesto un modelo de reflexión y argumentación frente a la tarea de adjudicar derechos subjetivos constitucionales. Una actitud práctica coherente con este modelo satisface los ideales democráticos de la mayor autonomía posible de las personas y del aseguramiento de sus expectativas. Puesto que jurídicamente estas condiciones se concretizan en las garantías constitucionales, sólo una actitud judicial que verdaderamente tome en serio los derechos las cumple.

Sólo tal actitud puede asegurar la fuerza empírica de nuestro derecho moral a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Y solamente un tratamiento así de este derecho subjetivo será capaz de hacer devenir lo peligroso en salvador.

Un razonamiento como el propuesto exige como razón justificatoria última de cada decisión el deber y el deseo, por parte de los jueces -y de la comunidad dogmática en general- de procurar un efectivo respeto por el ideal del estado de Derecho.

En definitiva, postulamos un modelo argumentativo que, dejando de lado el axioma del legislador racional, permita que las decisiones jurisdiccionales consideren directamente los principios y derechos que recoge y garantiza la constitución. Este es un primer requisito necesario para asegurar su resguardo.

El modelo propuesto exige que las decisiones se justifiquen en los principios que reflejan los acuerdos fundamentales de la sociedad. Ellos limitan el ámbito de la discreción judicial. Permite, en consecuencia, que la fuerza constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se vuelque hacia su consideración empírica y comparezca en ella a través de las decisiones judiciales. De esta manera, el derecho subjetivo será capaz de revertir el peligro a que nos expone el problema ecológico.

³¹ Caso "Bórquez Muñoz y otros con ENAMI". No publicado. Fecha de la sentencia definitiva: 13 de Junio 1991, dictada por la Corte Suprema (Rol Corte Suprema N^o 16.840), confirmando sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó.

BIBLIOGRAFIA

Barros, Enrique, Antonio Bascuñán y otros, La Cultura Jurídica Chilena, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1ª Ed., 1988, 159 pp.

Calsamiglia, Albert, Introducción a la Ciencia Jurídica, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1ª Ed., 1988.

Del Vecchio, Giorgio, "Derecho y Personalidad Humana en la Historia del Pensamiento", en Persona, Estado y Derecho, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, Colección Civitas.

Supuestos, Concepto y Principio del Derecho. (Trilogía), Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1962, 327 pp. Traducción de Cristóbal Masso Escofet.

Dworkin, Ronald, Los Derechos en Serio, Ariel S. A. Barcelona, 1ª Ed., 1984, 509 pp. Traducción de Marta Guastavino.

El Imperio de la Justicia, Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 1ª Ed. española, 1988 (1ª Ed. inglesa 1986), 328 pp.

Edgley, R., "La Razón Práctica", en Raz, Joseph (comp.), Razonamiento Práctico, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1ª Ed. española, 1986 (1ª Ed. Inglesa, 1978), 366 pp.

Gandolfo Gandolfo, Pedro, "Derecho y Ecología", Tesis para Optar al Grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Chile, No editado, 1984, 256 pp.

Grondona, Mariano F., La Reglamentación de los Derechos Constitucionales, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1ª Ed., 1986, 153 pp.

Hart, H.L.A., El Concepto de Derecho, Editorial Abeledo-Perrot, 2ª Ed. (Reimpresión), 1977 (1ª Ed. inglesa 1961), 332 pp.

Derecho y Moral. Contribución a su análisis, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1ª Ed., 1962, 138 pp.

Heidegger, Martin, Ciencia y Técnica. La pregunta por la técnica, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1ª Ed., 1984, 139 pp.

"La Epoca de la Imagen del Mundo", en Sendas Perdidas, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1ª Ed., 1960, pp. 67 a 98. Traducción de José Rovira Armengol.

Kant, Immanuel, Fondements de la Métaphisique des Moeurs, Librairie Delagrave, París, 8ª ed., 1939, 210 pp.

Kiss, Alexandre, Droit International de l'Environnement, Editions A. Pedone, París, 1ª Ed., 1989, 349 pp.

"Définition et Nature Juridique d'un Droit de l'Homme à l'Environnement", en Environnement et Droits de l'Homme, (UNESCO, 1987), Presses Universitaires de France, Vendôme, 1ª Ed., 1987, 178 pp.

Kuhn, Thomas S., La Tensión Esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia, Fondo de Cultura Económica, México, DF, 1987 (1ª reimpresión de la 1ª Ed. española de 1982). (1ª Ed. en inglés 1977), 380 pp.

Nino, Carlos Santiago, Etica y Derechos Humanos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1ª Ed., 1984, 304 pp.

Patzig, Günther, "Etica Ecológica dentro de los Límites de la Mera Razón", en Hechos, Normas, Propositiones. Ensayos y conferencias, Editorial Alfa, Barcelona/Caracas, 1ª Ed., 1986, pp. 201 a 223. Colección dirigida por Ernesto Garzón V. y Rafael Gutiérrez Girardot.

Peña González, Carlos, "Discreción e Interpretación Judicial: Las Tesis de Dworkin", 33 pp., mecanografiado, en prensa, 1991.

"¿Qué Hacen los Civilistas?", 19 pp., mecanografiado, en prensa, 1991.

"Hay Razones y Razones para Actuar", en Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 18, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1991.

Rawls, John, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1ª Ed. española 1979, 1ª Reimpresión 1985. Traducción de M.D. González.

"El Constructivismo Kantiano en la Teoría Moral", en Justicia como Equidad. Materiales para una teoría de la justicia, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1ª Ed. española, 1986, 217 pp.

"Esbozo de un Procedimiento de Decisión para la Etica", en Justicia como Equidad. Materiales para una teoría de la justicia, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1ª Ed. española, 1986, 217 pp.

Raz, Joseph (Compilador), El Razonamiento Práctico, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1ª Ed. española, 1986 (1ª Ed. Inglesa, 1978), 366 pp.

Ruiz-Tagle Vial, Pablo, Revisión Crítica del Derecho, Cuadernos Universitarios Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile, 1ª Ed., 1990, 292 pp.

"La Prioridad del Derecho sobre el Concepto Moral del Bien en la Teoría de la Justicia de John Rawls", en Revista Estudios Públicos, Nº 35, Primavera 1989, pp. 147 a 167.

Villey, Michel, Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo, Ediciones Universitarias de Valparaíso (EDEVAL), Valparaíso, Chile, 1ª Ed., 1976, 248 pp.

Weber, Max, La Etica Protestante y el Espíritu del Capitalismo, Edicions 62 S.A., Barcelona, 7ª Ed., 1987.

Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1969 (1ª reimpresión de la 2ª Ed. española de 1964) traducido de la 4ª Ed. alemana de 1922, 2 volúmenes, 1240 pp.

Zuleta Puceiro, Enrique, Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1ª Ed., 1981, 302 pp.

Teoría del Derecho. Una Introducción Crítica, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1ª Ed., 1987, 164 pp.