

TEORÍA Y PRÁCTICA SOBRE EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN: LA VISIÓN HOLÍSTICA DE FERNANDO DOUGNAC

Theory and practice on the right to live in a pollution-free environment:
the holistic vision of Fernando Dougnac

Ezio Costa Cordella

Doctor en Derecho, Universidad de Chile
Subdirector Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile
Director Ejecutivo ONG FIMA

RESUMEN: El reconocimiento del derecho a un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución de 1980 dio inicio a la práctica del derecho al ambiente en Chile. Fernando DOUGNAC, abogado de renombre en el derecho del medio ambiente, se hizo de dicho inicio para construir una teoría sobre este derecho por medio de su práctica en tribunales y sus escritos dogmáticos. En este trabajo se recogen especialmente las características que el jurista le dio al derecho al medio ambiente en sus inicios, y que hoy en día se consideran contenidos mínimos e indiscutibles de él.

PALABRAS CLAVE: derecho a un medio ambiente libre de contaminación, derechos humanos, ius cogens, visión holística.

ABSTRACT: The recognition of the right to a pollution-free environment in the 1980 Constitution initiated the practice of the right to the environment in Chile. Fernando DOUGNAC, a renowned lawyer in environmental law, took advantage of this beginning to build a theory on this right through his practice in courts and his dogmatic writings. In this work, the characteristics that the jurist gave to the right to the environment in its beginnings, and that today are considered minimum and indisputable contents of it, are specially gathered.

KEYWORDS: holistic view, human rights, ius cogens, right to a pollution-free environment.

INTRODUCCIÓN

Parte de la discusión doctrinaria del derecho ambiental chileno ha estado marcada por el contenido del concepto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Esta es la nomenclatura utilizada por la Constitución de 1980 para reconocer lo que años más tarde sería conocido como “el derecho al ambiente sano” en términos internacionales.

En las discusiones de la comisión designada por la dictadura para redactar dicha Constitución (en adelante, Comisión Ortúzar) se puede observar que los comisionados tuvieron a la vista los pocos reconocimientos previos a la Constitución de 1980 en esta materia, que básicamente se reducen a la Declaración de Estocolmo de 1972 y a las otras cuatro constituciones que a esa fecha habían incorporado este derecho –España, Portugal, Panamá y Cuba–.

Los pocos antecedentes existentes al respecto en el ámbito global y la escasísima discusión doctrinaria del asunto en los foros locales, hizo que este derecho no tuviera grandes interpretaciones ni usos hasta bien entrada la década de los 80. En efecto, el primer recurso de protección ganado en base a este derecho fue presentado en 1985. Dicho recurso fue patrocinado por Fernando DOUGNAC, presentado mediante un télex y tuvo como resultado la inédita protección del lago Chungará, frente a un proyecto de las autoridades militares locales que pretendían drenar ese lago.

De ahí en más, Fernando se convirtió en un usuario habitual de este mecanismo de protección para defender los derechos ambientales de las personas. A la par de ello, se dedicó a estudiar el contenido del derecho, sus formas y profundidad, dando con una interpretación que ha sido fundamental para el resguardo ambiental en Chile y que proviene tanto de su estudio de las fuentes existentes –principalmente la propia Comisión Ortúzar–, como de la observación de la realidad ambiental en los casos en que le tocó participar.

Dicha forma de ver el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que hemos denominada holística, ha sido sin dudas aquella que mayor espacio ha tenido en la discusión doctrinaria y jurisprudencial. La porfía de Dougnac en empujar esta visión con buenos argumentos fue clave para que no se cediera frente a otras interpretaciones restrictivas que han intentado reducir el ámbito de protección de la norma constitucional.

Sin haberlo podido saber en un principio, su visión sobre este derecho sería la que mejor se relaciona con las formas en que internacionalmente se ha entendido el derecho al ambiente sano, con prescindencia de las distintas redacciones que se le ha dado al artículo en cuestión en las diferentes constituciones del mundo.

El presente artículo, en homenaje a la vida y obra de Fernando Dougnac, transcurre en la lectura de su interpretación de este derecho y las formas en que ella evolucionó. Para ello, revisaremos parte de sus escritos sobre la materia, intentando abordar especialmente sus primeras ideas basadas solamente en el texto constitucional y la evolución de ellas durante el siglo **XXI** con la incorporación de leyes ambientales y un mayor despliegue del derecho ambiental.

Es importante tomar en cuenta que la forma en que Dougnac interpreta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se enmarca en la visión holística pero no la constituye por completo. En efecto, la interpretación del autor es de corte claramente iusnaturalista y sin perjuicio de ello se conecta intensamente con visiones que mediante otros mecanismos de razonamiento llegan a un resultado similar.

Para explorar el razonamiento del autor, nos centraremos en dos elementos. El primero será el caso del lago Chungará, emblemático en el derecho ambiental chileno y que muestra su primer acercamiento al asunto. Luego, revisaremos su obra más teórica, que se desarrolló en paralelo a la práctica del litigio ambiental y que contiene las reflexiones de Dougnac sobre el asunto.

1. LA PRIMERA CAUSA AMBIENTAL: LA DEFENSA DEL LAGO CHUNGARÁ

Habían transcurrido cinco años desde que se reconoció constitucionalmente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y aún no se había logrado ganar ninguna causa basada en dicho derecho, quizás ni siquiera se había presentado, aunque no puedo confirmar este registro histórico. Sin embargo, llegó el momento en que los representantes de la dictadura en Arica decidieron implementar un sistema de riego que extraería agua del lago Chungará, la transportaría a través de la laguna Catacatani y las ciénagas de Parinacota, para luego desaguar en el canal Lauca y distribuirla entre los agricultores del valle de Azapa.

Dicho sistema implicaba la extracción de 8 millones de metros cúbicos anuales de agua desde el lago Chungará, el cual se encuentra ubicado dentro del Parque Nacional Lauca. Por supuesto, esto amenazaba el equilibrio de un ecosistema particularmente frágil como el del mencionado parque nacional, situación que generó preocupación en los activistas ambientales de la época.

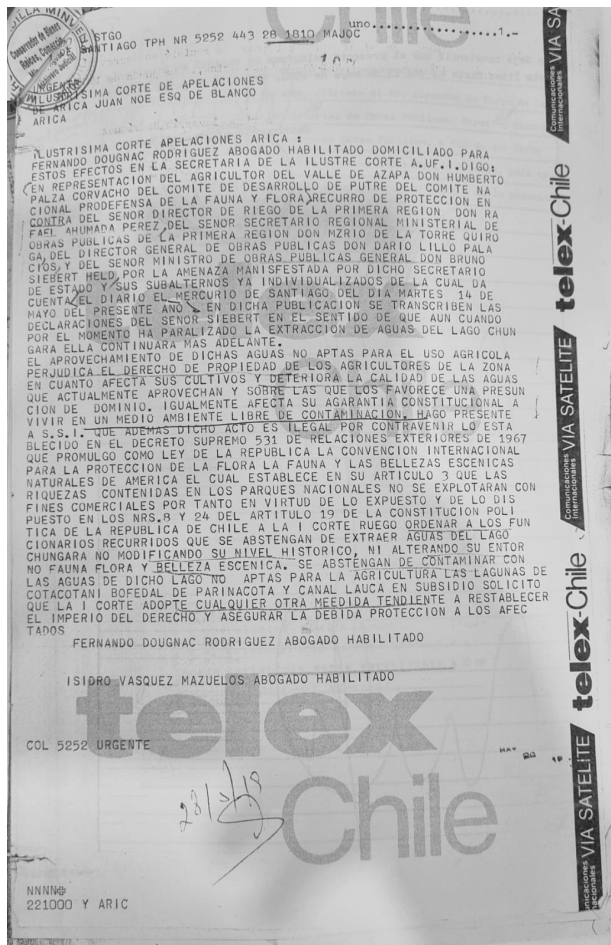
Según Fernando Dougnac¹, Godofredo Stutzin y los demás representantes de la ONG Comité de Defensa de la Flora y Fauna (CODEFF) se acercaron a él en busca de ayuda para su causa. Estaban motivados principalmente por la relación que Dougnac tenía con los agricultores y pueblos indígenas de la zona, a quienes había brindado apoyo previo en asuntos relacionados con el agua. Inicialmente, creían que el caso podría defenderse utilizando la legislación de aguas, por lo que se sorprendieron cuando él propuso presentar un recurso basado en el artículo 19 N.º 8 de la Constitución, ya que consideraban que sería muy difícil ganar con esa estrategia. A pesar de ello, decidieron presentar el recurso, y es importante reconocer que la estrategia no solo incluyó la defensa de ese derecho, sino también la defensa del derecho de propiedad sobre los

¹ “Conversaciones sobre medio ambiente”. Entrevista de Ezio COSTA a Fernando DOUGNAC, 28 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=TU482krDmL0&ab_channel=ONGFIMA

derechos de aprovechamiento de agua de los propios agricultores que se verían perjudicados por el proyecto.

El recurso de protección original fue presentado mediante un télex, vale decir que fue dictado por Dougnac a un operador que lo envió a la Corte de Apelaciones de Arica, y en lugar de transcribirlo en este artículo, prefiero mostrarlo a través de Figura 1, pues creo que refleja mucho mejor la época y sus formas.

Figura 1. Recurso de protección presentado por télex



No es mucho el contenido jurídico que podemos extraer de esta presentación, pero sí del escrito en que se solicita tener presente una argumentación más profunda, presentado días después y que rola a fojas 25 y siguientes del expediente de la causa Rol 19.824-1985 de la Corte de Apelaciones de Arica. En él, Dougnac da luces de su primera interpretación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, señalando que el derecho de los habitantes de la Provincia de Parinacota y del valle de Azapa a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se vería vulnerado principalmente por dos razones: i) el incumplimiento de deberes por parte del Estado en la relación con la protección del Parque Nacional Lauca, y ii) la contaminación de las aguas de riego del valle de Azapa.

En lo que se refiere al primer argumento, se apoya principalmente en que la Convención de Washington expresamente prohíbe el uso comercial de los recursos ubicados dentro de Parques Nacionales. En el escrito se recuerda que

“[e]s preciso señalar que la acción depredadora del hombre ya ha causado daños irreparables al ecosistema del Parque Lauca. Para ello basta observar como la canalización del río Lauca disminuyó absteniblemente (*sic*) el nivel de las aguas del lago Parinacota y las lagunas Cotacotani, dañada en forma irreversible la fauna y la flora existente. Existe también un precedente funesto en la utilización de las aguas de la laguna de General Lagos, el que antaño constituía hábitat natural de barinas, flamencos y auquénidos, ahora esa zona pasó a denominarse ‘Pampa Blanca’ y la que antes era un santuario de la naturaleza hoy es un salar muerto y sin vida”².

Se recuerda en el escrito que además de ser un Parque Nacional, la zona también es una Reserva de la Biósfera declarada por la UNESCO, a solicitud del propio Estado de Chile. Interesantemente y muy en línea con la necesidad de ilustrar a los jueces de la época en la conexión entre instituciones de larga data y este inicio del derecho ambiental, Dougnac se sirve de un argumento civilista para decir:

² Fojas 32 y 32 vuelta.

“A su vez, el artículo 1.464 número 1 del código civil establece que existe objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, dado que el artículo 3° del decreto supremo 531 que mandató tener como ley de la República la Convención de Washington, establece que los límites de los parques no podrán ser alterados ni enajenados parte alguna de ellas sino por la acción de la autoridad legislativa competente, es claro que al estarse solicitando a la dirección de aguas una merced de aguas sobre aguas que forman parte de un parque nacional se está pidiendo el Estado de Chile que enajene bienes comprendidos dentro del parque nacional, cosa que no puede hacer la autoridad administrativa, sino que le compete de acuerdo con la ley sólo la autoridad legislativa, es decir la junta de gobierno”³.

El segundo argumento transcurre en la lógica de que la salinidad de las aguas del lago Chungará es muy distinta de la salinidad de las aguas que se utilizan para el riego en el valle de Azapa, siendo que mezclarlas constituiría contaminar las segundas con las primeras, pues el proyecto no consideraba de forma alguna esa diferencia de calidades, ni tampoco vías técnicas para hacerse cargo de ella.

Ambos argumentos se apoyaban, entre otras cosas, en Informes del Colegio de Ingenieros de Chile, suscritos por Raúl Gillet Leiva, presidente de la Comisión de Preservación Ambiental y por Eduardo Arriagada Moreno, presidente del Colegio⁴. Asimismo, se acompañaron informes de la Universidad de Tarapacá sobre el espejo de agua del lago⁵.

Al resolver la Corte de Apelaciones de Arica, hace eco de las normas sobre parques nacionales y señala en su considerando noveno:

“[q]ue los preceptos detallados, ponen de manifiesto que ellos persiguen realizar una meta fundamental, radicada en el supremo interés de preservar las bellezas naturales de las naciones, concepto dentro del cual cabe estimar al lago Chungará, y su contorno, atendido que pertenece al llamado Parque Nacional Lauca”⁶.

³ Fojas 33 vuelta.

⁴ Fojas 74-86.

⁵ Cuaderno adjunto.

⁶ Fojas 94 vta.

En el mismo considerando y en los siguientes, se citan las normas de la Convención de Washington y la Convención de Viena, para llegar a concluir que efectivamente no puede haber una explotación comercial dentro del Parque Nacional salvo que ella se cree por vía legislativa. Se da por acreditada la ilegalidad del proyecto y se resuelve a favor del recurso, pero sin expresar mayores conceptos sobre el derecho del artículo 19 N.º 8.

Es interesante observar cómo en este primer fallo se hace una conexión automática entre la ilegalidad y la vulneración del derecho, que es una manera de resolver recursos de protección que va a ser constante en el tiempo. Aun cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación pretende ser reducido a la relación entre una persona determinada y su entorno, fluye racionalmente que el quebrantamiento de normas que están destinadas a la protección de la naturaleza por su propio valor, como es el caso de los parques nacionales, importa también una vulneración de este derecho.

Ante la apelación del Consejo de Defensa del Estado, conoció la Corte Suprema, quien en su fallo sí se refiere más profundamente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Elimina los considerandos antes referidos e incorpora un concepto de medio ambiente y un concepto de afectación. El considerando 10º señala:

“Que el ‘medio ambiente’ y el ‘patrimonio ambiental’, la preservación de la naturaleza de qué 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 la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma Naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida”.

La afectación que la Corte Suprema considera existiría en el caso, es la mezcla de las aguas del lago Chungará con las de la laguna Cotacotani, pues como muestra el estudio acompañado de la Universidad de Tarapacá, la salinidad de la primera afectará a la calidad de la segunda,

perjudicando tanto a los propietarios de derechos de aprovechamiento como al medio ambiente en sí mismo. Pero también considera en su argumentación el hecho de que el propio lago Chungará se verá afectado por la pérdida de aguas y la muerte de las especies en sus riberas, el hecho de que existan normas nacionales e internacionales destinadas a proteger los parques nacionales, y les da peso a los informes del Colegio de Ingenieros.

Así, termina por concluir en su considerando décimo sexto que, tomando en cuenta esos antecedentes:

“...están demostrando la urgente necesidad de disponer la paralización, por ahora, de toda extracción de aguas del Chungará mientras forme parte del parque nacional Lauca y subsista sin limitaciones su inclusión como reserva mundial de la biosfera; la autoridad suprema, encargada del gobierno y de la administración del Estado, obviamente tendrá que considerar, a la luz de nuevos estudios, cuánto podría afectar la extracción de aguas de ese lago al medio ambiente natural existente en la zona, al sistema ecológico imperante y sopesar las transformaciones que podría sufrir en lago, el segundo más alto del mundo, que, en su estado natural, aún no muy hollado por el hombre, es un imponente y bello monumento de la naturaleza”⁷.

Así la Corte Suprema daba su primer veredicto en favor de la protección del medio ambiente, incorporando un concepto para describirlo, y la teoría de Dougnac sobre el contenido del derecho en cuestión se imponía. Existía una inconstitucionalidad en la toma de una decisión que generaba un desequilibrio ambiental y con ello una afectación tanto a las personas como al propio medio ambiente.

2. LA DISPUTA POR EL CONTENIDO Y LA VISIÓN HOLÍSTICA DE DOUGNAC

El brillante uso que hizo Dougnac del recurso de protección en materia ambiental tiene como correlato el desarrollo de una visión académica del asunto, que fue siendo desarrollada por él en paralelo a la práctica

⁷ Fojas 122-122vta.

del derecho. Así, es posible encontrar entre sus aportes en esta particular área, al menos los siguientes artículos:

- i. “Reflexiones sobre la Acción de Protección y su Sentencia”, *Revista de Derecho* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 28 N°.3, pp. 615-630 (2001) Sección Estudios;
- ii. “La garantía del N.º 8 del artículo 19 de la Constitución como Derecho Humano”, *Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental*, Universidad de Chile, 1ed. (2003). LOM Ediciones;
- iii. “El ‘Jus Cogens’ como uno de los Fundamentos del Derecho Ambiental”, *II Jornadas de Derecho Ambiental: Prevención y Solución de Conflictos Ambientales*, Universidad de Chile (2004). Lexis Nexis;
- iv. “Reflexiones sobre algunos principios y valores que regulan el medio ambiente en Chile”, *Revista de Justicia Ambiental*, N°.1, pp. 101-129 (2009);
- v. “El recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público: en relación con los principios que informan el derecho ambiental en Chile”, *Revista de Justicia Ambiental* N°.3, pp. 115-140 (2011);
- vi. “El resguardo jurisprudencial del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: comentario y análisis de algunos fallos recientes”, *Revista de Justicia Ambiental* N°.4, pp. 257-292 (2012), y;
- vii. “El deber-obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de las personas”, *Revista de Justicia Ambiental* N°.6, pp. 95-113 (2014).

En esta sección se realiza una lectura de ellos para extraer los elementos que Dougnac consideraba claves para entender el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y su desarrollo. Dichos elementos son: i) La conexión entre el derecho al ambiente y el derecho a la vida; ii) el reconocimiento del derecho al ambiente como un derecho humano; iii) el derecho al ambiente es parte del *ius cogens*, y; iv)

el concepto de contaminación por sí mismo no es determinante para la interpretación de la norma.

En adición a los conceptos que se revisarán, es del caso decir que esta manera de interpretar el derecho entra en pugna con interpretaciones más formalistas que hacen una revisión palabra por palabra para determinar el contenido de la norma. Dougnac, al igual que todos los intérpretes de la visión holística, considera que, vivir en un ambiente libre de contaminación, es un concepto en sí mismo y de ahí parte su análisis.

2.1. El derecho al ambiente y el derecho a la vida

El primer elemento en la interpretación del autor es, sin dudas, la conexión que existe entre este derecho y el derecho a la vida, cuestión que para Dougnac tenía una posición central en la interpretación de la norma. Incluso señalaba que el artículo 19 N.º 8 era una versión ambiental del derecho a la vida, la integridad física y psíquica (DOUGNAC, 2003, p. 254).

Probablemente, por su formación en la Universidad Católica, confiaba mucho en el uso de las actas constitucionales como fundamento para la interpretación constitucional, cuestión que es posible de ver en sus escritos judiciales y académicos. Además, hacía mención explícita a la interpretación iusnaturalista de las normas que sería coincidente con la de los comisionados que escribieron esas normas (DOUGNAC, 2003, p. 243).

Una cita que solía utilizar en sus escritos hace referencia a la sesión número dieciocho de la Comisión Ortúzar, de fecha 22 de noviembre de 1973 y particularmente a lo señalado por el señor Sergio DIEZ: “Asimismo para la protección del derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las constituciones del mundo, será necesario establecer normas que eviten la contaminación del medio ambiente” (DOUGNAC, 2003, p. 255) y a como la posterior conversación entre los comisionados, dio como resultado la incorporación del derecho del artículo 19 N.º 8.

El reconocimiento de esta relación entre los derechos significaba, para DOUGNAC, que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de

contaminación no puede jamás ser suspendido ni restringido, a diferencia de otros derechos como la propiedad o algunas libertades (2003, p. 255). Esta preferencia sobre otros derechos viene explicada por DOUGNAC en clave religiosa –él era un practicante del catolicismo–:

“La racionalidad del hombre no le otorga más preeminencia sobre las demás criaturas que las que su deber de cuidarlas y protegerlas. Si no lo hace, el castigo no viene sólo de un ser superior, creador de todo, sino que es inmediato. El pecado contra la naturaleza trae consigo el inminente castigo: la menor calidad de vida del hombre y su extinción. No debe olvidarse nunca que sin su medioambiente el hombre no puede existir, de tal suerte que pensar que él puede ser manipulado irresponsable e impunemente, la mayor de las veces por razones económicas dudosas, no sólo es un hecho socialmente delictual en su sentido lato, sino que produce en las víctimas inocentes (hombres y demás criaturas) las más graves consecuencias, pues pone en serio peligro lo más fundamental que ellas tienen: su propia existencia” (DOUGNAC, 2003, p. 260).

Pero uno de los elementos esenciales en la conexión entre estos dos derechos, en las reflexiones de Dougnac, es el hecho de que, para él, el artículo 19 N.º 8 no protege solamente la existencia de la vida, sino que su desarrollo en un entorno adecuado. Ese desarrollo es lo que generalmente describía como “una vida propiamente humana”, cuestión que se determina jurídicamente bajo la teoría de la esencia de los derechos y materialmente por la capacidad de tener un medio ambiente que permita una calidad de vida apropiada (DOUGNAC, 2012, pp. 257-292).

Este elemento es de crucial importancia, puesto que es aquel que permitiría observar una situación concreta y determinar si en ella hay o no una vulneración del derecho en cuestión. Vale decir, para Dougnac el derecho se encontraba vulnerado cuando, a propósito de un acto u omisión, se desmejoraba la posibilidad del medio ambiente de albergar un adecuado desarrollo de la vida de una persona.

Luego, el adecuado desarrollo de la vida se conecta con la noción de dignidad y, de manera implícita, con un concepto cualitativo sobre la calidad de vida. Lo exigible, entonces, para considerar que el derecho

está siendo respetado sería que el medio ambiente se mantenga en un estado tal que permita el desarrollo de una vida de calidad, siendo dicha calidad contextual a la causa concreta y la situación basal, pero siempre superior a una mera expectativa de supervivencia.

2.2. El derecho al ambiente es un derecho humano

A pesar de que a estas alturas no haya dudas sobre la calidad de derecho humano que tiene el derecho a vivir en ambiente sano o libre de contaminación, esta sí fue una discusión que tuvo un espacio relevante en décadas pasadas, habiendo sido para Dougnac uno de los campos de disputa en los que enmarcó su trabajo. Señala en este sentido que:

“Salta a la vista que el derecho que desarrolla el No 8 del artículo 19 de la Constitución, al igual que los otros enumerados en ese artículo, tienen no sólo un origen constitucional, sino que se afincan en la moderna teoría de los derechos humanos, de aceptación universal. Por esta razón, sobrepasan el ordenamiento meramente local que se refleja en la Constitución, o más bien en la norma fundamental, y se sobreponen jurídicamente a ella, llegando a través de la aceptación de la existencia de normas de *Jus Cogens*, a ser valores universales aplicables coercitivamente en los ordenamientos jurídicos nacionales a los cuales ellos están directamente subordinados” (DOUGNAC, 2012, p. 260).

Dougnac daba cuenta de que en las actas de la Comisión Ortúzar era posible leer una discusión sobre la naturaleza del artículo 19 N.º 8, siendo que existieron posiciones que preferían no incluir el derecho al ambiente, sino una mención genérica sobre la obligación del Estado en la materia. Finalmente, habría primado la visión que lo consideraba un derecho fundamental.

El reconocimiento del derecho al ambiente como un derecho humano tiene como consecuencia, el necesario respeto a sus características como tal, incluyendo aspectos como la inalienabilidad y la irrenunciabilidad, lo que hace más potente la protección de este derecho.

En paralelo, criticaba amargamente algunos fallos de las Cortes a fines de la década de los 2000 y principios de la década del 2010.

Consideraba que la posición timorata de las Cortes en esa época modificaba la importancia del derecho “pasando, en la práctica, de una garantía constitucional a ser un asunto más bien del Derecho Administrativo” (DOUGNAC, 2011, pp. 115-140).

En la visión de DOUGNAC, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no podía, de modo alguno, ser disminuido en potencia y alcance por la ley, tanto por una cuestión de jerarquía normativa, como por el hecho de ser un derecho humano autónomo y universal.

2.3. El derecho al ambiente es parte del *ius cogens*

Para DOUGNAC, era evidente la conexión entre el derecho al ambiente en el orden nacional y su reconocimiento internacional. Incluso creía que la gran mayoría de las características del derecho al ambiente en Chile eran derivadas del derecho internacional público (DOUGNAC, 2009, p. 129). Caracterizaba al derecho al ambiente en Chile como un derecho que:

“1º) constituye un derecho de las personas exigible *erga omnes* 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 N.º 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 (perteneciente al *jus cogens* internacional), obligatoria e inderogable, por haber sido reconocida como un valor esencial para la mantención del orden público internacional” (DOUGNAC, 2009, p. 129).

Su visión sobre el *ius cogens* era particular, especialmente en tanto relacionaba la idea de orden público con la de *ius cogens*. Probablemente, esto aparecía en sus artículos como una manera de remarcar la existencia de un núcleo esencial, no solo de las normas individualmente observadas, sino que del ordenamiento jurídico como sistema. Vale decir, que es posible observar en la obra de DOUGNAC un convencimiento sobre la

existencia de ciertas bases normativas relativamente inmutables que le dan sentido al derecho en general, y al derecho ambiental en especial, tanto a nivel interno como internacional. Señalaba en este sentido que:

“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*” (DOUGNAC, 2009, p. 102).

DOUGNAC consideraba que existe un *ius cogens* interno y uno internacional, y que los derechos humanos, entre ellos el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, son parte integrante de ambos. Señalaba en ese sentido que:

“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’ aun cuando es de alcance más amplio” (DOUGNAC, 2009, p. 104).

La inclusión del derecho al ambiente en el orden público o *ius cogens* interno tenía especial importancia para él, en el sentido de fortalecer la idea de que el derecho en cuestión se sobrepone a cualquier otra categoría jurídica, como la ley. Adicionalmente, porque esa incorporación supondría una inderogabilidad de las normas (DOUGNAC, 2009, pp. 108-109).

Por su parte, la consideración del derecho al ambiente como *ius cogens* internacional, tiene como consecuencia que este derecho no pueda ser derogado por los Estados y, por lo tanto, que en cualquier caso deba ser respetado a los sujetos que habitan en cualquiera de los Estados, independientemente del reconocimiento específico en el ordenamiento interno (DOUGNAC, 2009, p. 125).

2.4. La contaminación como concepto de interpretación

A medida que la discusión sobre el concepto de un medio ambiente libre de contaminación para efectos constitucionales, algunas voces intentaron reducir el campo de acción del derecho fundamental, señalando que solo existiría un ambiente contaminado cuando se produjera contaminación en los términos en que el artículo 2 letra m) de la Ley 19.300 lo expresa. Vale decir, cuando hay una sustancia en el ambiente que se encuentra en concentraciones por sobre una norma⁸.

Dicha interpretación fue discutida con fuerza por el autor, en el entendido de que una norma legal no puede reducir el ámbito de aplicación de un derecho humano. Para ello, DOUGNAC reconocía, a propósito de la lectura de las actas de la Comisión Ortúzar, que la Constitución no pretendía eliminar toda contaminación, sino que consideraba la existencia de umbrales aceptables de ella. Sin embargo, dichos umbrales, para DOUGNAC, no podrían ser contrarios a la esencia del derecho del artículo 19 N.º 8, tomando en consideración el artículo 19 N.º 26 de la misma Constitución.

Adicionalmente, y considerando que dicha interpretación contiene bastantes problemas internos y claramente no da cuenta de la extensión del derecho en cuestión, DOUGNAC contestaba principalmente con un argumento de la propia Constitución. Primero, dando cuenta de que la discusión de la Comisión Ortúzar no referenciaba dejar al legislador la definición de contaminación. Segundo, dando cuenta de que el derecho del 19 N.º 8 es parte del derecho a la vida y no puede ser coartado legislativamente. Y, en tercer lugar, expresando que, en base a la igualdad ante la ley, no pueden existir normas o permisos que hagan posible contaminar al nivel de dañar la vida de otras personas (DOUGNAC, 2011, p. 101).

La visión del autor, como se ha explicado también antes, es que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación envuelve un concepto en sí mismo y que es respecto de ese concepto, que a su

⁸ Una revisión de esta discusión es posible de profundizar en AGUILAR (2016).

vez se conecta con una vida de calidad, desde donde debe observarse la existencia de resguardo.

REFLEXIONES FINALES

Fernando Dougnac abrió una senda en la justicia ambiental en Chile. Construyó un modo de litigar y pensar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que fuera responsivo tanto de los valores que inspiraron la incorporación de ese derecho, como de las realidades materiales en que su aplicación era necesaria.

Para la construcción de esa senda, tuvo que despejar una serie de incógnitas y, entre ellas, la indeterminación de un derecho que, si bien era nuevo, también era consistente con otras garantías constitucionales. En ese andar, Dougnac fue dotando de forma al derecho antes que nadie, tanto para efectos prácticos como académicos. Con ello abrió una manera de entender el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que, si bien puede haber sido debatida en sus inicios, ha terminado por convertirse en aquella que es más responsiva del avance del derecho ambiental.

Así las cosas, si observamos como la Organización de Naciones Unidas ha acordado la incorporación del derecho al ambiente sano, limpio y sostenible, podremos notar que buena parte de las ideas de DOUGNAC se encuentran allí recogidas⁹, dando cuenta de la claridad que tuvo para observar las formas en que el medio ambiente debía ser protegido.

⁹ En efecto, la res. A/76/L.75 de 26 de julio de 2022, expresa que las Naciones Unidas: “1. Reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano; 2. Observa que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible está relacionado con otros derechos y el derecho internacional vigente; 3. Afirma que la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional; 4. Exhorta a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas con el fin de intensificar los esfuerzos para garantizar un medio ambiente limpio, saludable y sostenible para todos”.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo (2016): “Las deficiencias de la fórmula “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Estudios constitucionales*, vol. 14, N° 2, pp. 365-416. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000200012&lng=es&nrm=iso>.
- DOUGNAC, Fernando (2001): “Reflexiones sobre la Acción de Protección y su Sentencia”, en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 28 N°3, pp. 615-630.
- (2003): “La garantía del N.º 8 del artículo 19 de la Constitución como Derecho Humano”, en *Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Universidad de Chile*, primera edición. (Santiago: LOM Ediciones).
- (2004): “El ‘Jus Cogens’ como uno de los Fundamentos del Derecho Ambiental”, en *II Jornadas de Derecho Ambiental: Prevención y Solución de Conflictos Ambientales*. (Santiago: Lexis Nexis).
- (2009). “Reflexiones sobre algunos principios y valores que regulan el medio ambiente en Chile”, en *Revista de Justicia Ambiental* N° 1, pp. 101-129.
- (2011): “El recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público: en relación con los principios que informan el derecho ambiental en Chile”, en *Revista de Justicia Ambiental* N° 3, pp. 115-140.
- (2012): “El resguardo jurisprudencial del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: comentario y análisis de algunos fallos recientes”, en *Revista de Justicia Ambiental* N° 4, pp. 257-292.
- (2014): “El deber-obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de las personas”, en *Revista de Justicia Ambiental* N° 6, pp. 95-113.